

*Dávid R., Neckář J., Sehnálek D., (Editors). COFOLA 2009: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4821-8*

SPISY PRÁVNICKÉ FAKULTY
MASARYKOVY UNIVERZITY

řada teoretická
Svazek 345

*Dávid R., Neckář J., Sehnálek D., (Editors). COFOLA 2009: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4821-8*

COFOLA 2009: the Conference Proceedings

1. edition



muni
PRESS

*Dávid R., Neckář J., Sehnálek D., (Editors). COFOLA 2009: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4821-8*

MASARYKOVA UNIVERZITA

COFOLA 2009: the Conference Proceedings
1. edition

Dávid Radovan, Neckář Jan, Sehnálek David (eds.)

Masarykova univerzita

Brno, 2009

COFOLA 2009: the Conference Proceedings. 1. edition

Eds. Dávid Radovan, Neckář Jan, Sehnálek David

Sazba: David Sehnálek

Copyright © Masarykova univerzita, 2009

ISBN 978-80-210-4821-8

Konferenci podpořil Visegrádský fond



Generální partner konference



Hlavní partneři konference

Daniel Mališ & Partners
Advokátní kancelář / Attorneys At Law



RAKOVSKÝ & PARTNERS
ADVOKÁTNÍ KANCELÁŘ

B | R | N | O

advokátní
kancelář
polverini
strnad
ROMA PRAHA BRATISLAVA BRNO

Partneři konference



law office / rechtsanwaltkanzlei
advokátní kancelář
Vrbka, Štetina, Kezňnikl a partneři

OBSAH



SEKCE SPOLEČENSKÁ ODPOVĚDNOST PRÁVNICKÝCH OSOB

SECTION SOCIAL RESPONSIBILITY OF THE LEGAL PERSON

JAKUB HANÁK: ODPOVĚDNOST ZNALECKÝCH ÚSTAVŮ ZA ZNALECKÝ POSUDEK	19
MARTIN HOLÍK: ODPOVĚDNOST PROVOZOVATELŮ JADERNÝCH ZAŘÍZENÍ ZA ZPŮSOBENOU ŠKODU	31
ROMAN KALIŠ: CURRENT ISSUES OF INVESTING IN DEVELOPING COUNTRIES	39
MAGDALENA PYTER: TASKS OF SELF-GOVERNMENT IN THE FIELD OF SOCIAL ASSISTANCE IN THE LIGHT OF POLISH LAW	44
TOMÁŠ RADA: NEDOSTATKY TRESTNĚPRÁVNÍ ODPOVĚDNOSTI NA ÚSEKU OCHRANY PŮDY V ČESKÉ REPUBLICĚ – ABSENCE TRESTNÍ ODPOVĚDNOSTI PRÁVNICKÝCH OSOB?	54
LENKA RYBÁŘOVÁ: K ODPOVĚDNOSTI ZA ZTRÁTY NA ŽIVOTNÍM PROSTŘEDÍ V EVROPĚ	62
RUDOLF RYS: DEBYROKRATIZACE A REFORMY VEŘEJNÉ SPRÁVY	80
ALENA SALINKOVÁ: SPOLEČENSKÁ ODPOVĚDNOST V OBLASTI LOTERNÍHO PRÁVA – POUZE SLOVA, NEBO I SKUTKY?	93
ELENA-GIORGIANA SIMIONESCU: PENALTIES APPLICABLE TO THE JUDICIAL PERSON IN ROMANIAN CRIMINAL LAW	98
AGATA SUSFAŁ: THE RESPONSIBILITY OF THE MEMBERS OF THE MANAGEMENT BOARD UNDER THE REGULATION OF THE ART. 299 OF POLISH CODE OF COMMERCIAL COMPANIES	102
MICHAL VLASÁK: ODPOVĚDNOST PODNIKU V PRINCÍPECH EVROPSKÉHO DELIKTNÍHO PRÁVA (PETL)	105



SEKCE EKONOMICKÁ KRIZE

SECTION ECONOMIC CRISIS

VLADIMÍR ADÁMEK: EKONOMICKÁ KRIZE V MINULOSTI A SOUČASNOSTI	114
LENKA ČERVENKOVÁ: THE FINANCIAL CRISIS AND CURRENT TRENDS IN BANKING SEKTOR	122
GERGELY DELI: METUS REVERTENTIALIS: COME-BACK OF AN OLD CONCEPT?.....	131
JÁCINT FERENCZ: THE LABOUR LAW ASPECTS OF THE ECONOMIC CRISIS.....	137
TOMÁŠ HULKÓ: CESTA Z LOMÉ	145
ZDENĚK HUSTÁK: NAŘÍZENÍ O RATINGOVÝCH AGENTURÁCH - „OBVYKLÁ“ REAKCE NA FINANČNÍ KRIZI?	155
BORIS JANČA: LIDSKÉ ZDROJE ZA ČASŮ KRIZE.....	168
JAN JANEČEK: SOCIO-EKONOMICKÁ SITUACE A TRENDY V PRÁVNÍ ÚPRAVĚ.....	176
DAVID JOPEK: WHAT WILL BRING THE NEW INSURANCE ACT?.....	180
JAN KOPŘIVA: EKONOMICKÁ KRIZE Z POHLEDU DANÍ.....	189
ALEŠ MARTÍNEK: CAUSES, IMPACTS AND RECOVERY.....	196
DUŠAN MASÁR: SÚ OPODSTATNENÉ OBAVY Z KATASTROFICKÝCH SCENÁROV V NASTUPUJÚCEJ HOSPODÁRSKEJ KRÍZE?.....	203
PETRA MYŠÁKOVÁ: THE GLOBAL ECONOMIC CRISIS – WHAT WENT WRONG AND THE WAYS OUT.....	209
JAN NECKÁŘ: NĚKOLIK POZNÁMEK K PŘIPRAVOVANÉMU ZÁKONU O DANÍCH Z PŘÍJMŮ	217
FRANTIŠEK NEMETH: ECONOMIC CRISIS – ARGUMENTS OF ITS ORIGINATION AND ITS POTENTIAL SOLUTIONS	223
MARTIN NETOLICKÝ: JAKÝ VLV MÁ EKONOMICKÁ KRIZE NA ÚZEMNÍ ROZPOČTY?.....	228
FRANTIŠEK ORÁLEK: PŘIPRAVOVANÉ LEGISLATIVNÍ ZMĚNY A MOŽNOST JEJICH ZNEUŽITÍ	231
PARDAVI LÁSZLÓ: SYSTEM OF THE PREFERENTIAL AGREEMENTS AMONG THE EUROPEAN UNION AND THE MEDITERRANEAN COUNTRIES	237
KATERINA ŘÍHOVÁ: THE ECONOMIC AND FINANCIAL CRISIS AND TRADE-RELATED DEVELOPMENT UNDER THE WTO UMBRELLA	245
DAVID SEHNÁLEK - DANA ŠRAMKOVÁ: DOPING FOR NATIONAL ECONOMIES WITHIN THE LIMITS GIVEN BY THE EUROPEAN UNION	250
JOHAN SCHWEIGL: "FINANCIAL CRISIS" OR HEALING PROCESS?.....	259
PETR SKOPAL: FINANČNÍ KRIZE IMPULSEM K MARKETINGOVÝM A PROCESNÍM ZMĚNÁM V PODNÍCÍCH	267
MARTIN SOBOTKA: NĚKTERÁ KONKRÉTNÍ OPATŘENÍ ZAMĚSTNAVATELŮ V SITUACI “KRIZE”	276
MAREK ŠIMÁK: GLOBAL ECONOMICAL CRISIS AND ACCOUNTANCY STANDARDS.....	283
JAROMÍR TAUCHEN: ŘEŠENÍ DŮSLEDKŮ HOSPODÁŘSKÉ KRIZE VE VÝMARSKÉ REPUBLICCE A TŘETÍ ŘÍŠI	288
ANDRAŽ TERŠEK: DEFENDING SOCIAL RIGHTS IN ECONOMIC CRISIS: MORE ACTIVE CONSTITUTIONAL POLICY AND GREATER POSITIVE OBLIGATIONS OF THE STATE	304
EVA TOMÁŠKOVÁ: ECONOMIC CRISIS AND THE CZECH REPUBLIC.....	313

*Dávid R., Neckář J., Sehnálek D., (Editors). COFOLA 2009: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4821-8*

ATTILA VERMES: INSURANCE LAW IN THE MIRROR OF ECONOMIC CRISIS 319



SEKCE RESTRUKTURALIZACE PODNIKU

SECTION REORGANIZATION OF ENTERPRISE

LEONA BUZRLOVÁ: POSTAVENÍ ZAMĚSTNANCŮ V INSOLVENČNÍM ŘÍZENÍ	325
MARTINA HAVLIŠOVÁ: RESTRUCTURING OF COMPANIES WITH AN EMPHASIS TO THE CURRENT MARKET SITUATION	332
IVANA HENDRYCHOVÁ: SKONČENÍ PRACOVNÍHO POMĚRU DOHODOU	337
ANDREA HRDLIČKOVÁ: OCHRANA PRÁV ZAMĚSTNANCŮ V EVROPSKÉ JUDIKATUŘE PŘI STRUKTURÁLNÍCH ZMĚNÁCH ZAMĚSTNAVATELŮ.....	346
JANA KOMENDOVÁ: LEGAL REGULATION OF COLLECTIVE REDUNDANCIES	352
JAROMÍR KOŽIAK: K ROZLIŠOVÁNÍ MEZI SMLOUVOU O PRODEJI PODNIKU A KUPNÍ SMLOUVOU	360
KSENIYA PALGOVA: CREATION OF HOLDING STRUCTURES AT MERGE: THE PERMISSION OF „IMPASSES“	365
JULIA PESHKOVA: PROTECTION OF PARTICIPANTS' AND CREDITORS' RIGHTS IN THE REORGANIZING COMPANIES ...	373
DOMINIK ŽENATÝ: REENGINEERING OF HUMAN RESOURCES.....	381



SEKCE NABÝVÁNÍ MAJETKU STÁTEM

ACQUISITION OF ASSETS BY THE STATES

JUDIT BŮHM: STATE PROPERTIES CONCERNING ELECTRICITY PRODUCTION IN HUNGARY	388
TJAŠA IVANC - MAJA EKART: EXPROPRIATION AS A FORM OF INTERFERENCE WITH OWNERSHIP RIGHT IN ORDER TO ATTAIN GOALS OF SPATIAL LEGISLATION OF THE REPUBLIC OF SLOVENIA (RS).....	396
MIROSLAV FRÝDEK: VZNIK POZEMKOVÉHO VLASTNICTVÍ CIVITAS ROMANA - ORIGINS OF ESTATE PROPERTY CIVITAS ROMANA	407
PAVEL SALÁK: HROMADA KAMENÍ.....	415
ANDREA SCHELLEOVÁ: AKTUALITY V OBLASTI VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK	425
IVANA STARÁ: VYDRŽENÍ MAJETKU STÁTEM –INSTTUT VYDRŽENÍ V ŘÍMSKÉM PRÁVU A JEHO ÚPRAVA DE LEGE	431
DAGMAR STREJČKOVÁ: ÚŘAD PRO ZASTUPOVÁNÍ STÁTU VE VĚCECH MAJETKOVÝCH A JEHO HOSPODAŘENÍ SE STÁTNÍM MAJETKEM	436
JAN SÝKORA: STÁT JAKO OPRÁVNĚNÝ Z NÁROKU NA VYDÁNÍ BEZDŮVODNÉHO OBOHACENÍ.....	446
ÁGOTA TÖRÖK: STATE PROPERTY MANAGEMENT IN HUNGARY, IN VIEW OF THE DEVELOPMENT OF PUBLIC PROCUREMENT RULES IN HUNGARY.....	459
RADIM VIČAR: VYVLASTNĚNÍ A NUCENÉ OMEZENÍ VLASTNICKÉHO PRÁVA BĚHEM KRIZOVÝCH SITUACÍ V ČESKÉ REPUBLICCE	471



**SEKCE POLITICKO-BEZPEČNOSTNÍ A HOSPODÁŘSKÉ VZTAHY EVROPSKÉ UNIE
KE TŘETÍM STÁTŮM A MEZINÁRODNÍM ORGANIZACÍM**

***POLITICAL- SECURITY AND ECONOMIC RELATIONS BETWEEN THE EUROPEAN
UNION AND THIRD STATES AND INTERNATIONAL ORGANIZATIONS SECTION***

IGOR BLAHUŠIAK: EXTERNAL RELATIONS OF THE EUROPEAN UNION AT THE REGIONAL LEVEL.....	481
RADKA DRULÁKOVÁ – ZUZANA TRÁVNÍČKOVÁ – ŠTĚPÁNKA ZEMANOVÁ: ČESKÁ SANKČNÍ POLITIKA VE VÍRU EVROPEIZACE.....	497
JAKUB HANDRLICA: VÝLUČNÉ NABÝVACÍ PRÁVO ZÁSOBOVACÍ AGENTURY EURATOMU OHLEDNĚ SMLUV O DODÁVKÁCH RUD, SUROVIN, NEBO ZVLÁŠTNÍCH ŠTĚPNÝCH MATERIÁLŮ	509
VERONIKA HRADILOVÁ: WTO, LEGAL FRAMEWORK FOR FOREIGN INVESTMENTS AND CHINA	521
LAURA MAGDALENA TROCAN: THE POLITICAL, LEGAL AND ECONOMICAL ASPECTS OF THE PROCESS OF ROMANIA'S INTEGRATION INTO THE EUROPEAN UNION.....	531
KATARZYNA MIASKOWSKA-DASZKIEWICZ: ECONOMIC RELATIONS BETWEEN THE EUROPEAN UNION AND THE HELVETIC CONFEDERATION.....	546
KATEŘINA NOVOTNÁ: KOSOVO'S POST-INDEPENDENCE - TEST FOR THE EU'S COMMON FOREIGN AND SECURITY POLICY. WHAT ROLE HAS THE EULEX MISSION TO PLAY IN KOSOVO?.....	555



SEKCE PRÁVNÍ, EKONOMICKÉ A SOCIÁLNÍ ASPEKTY POHYBU OSOB V EVROPSKÉ ÚNII

LEGAL, ECONOMIC AND SOCIAL ASPECTS OF THE MOVEMENT OF PERSONS IN THE EUROPEAN UNION SECTION

ANNA BUDNIK: MOBILITY OF STUDENTS AND THE NEW LAW ON HIGHER EDUCATION IN POLAND.....	568
TOMÁŠ GONGOL: DOPADY SMĚRNICE MIFID DO ČESKÉHO PRÁVNÍHO ŘÁDU	576
PETR HLUŠTÍK: DETENTION OF FOREIGNERS IN CZECH LEGAL SYSTEM.....	581
RADKA CHLEBCOVÁ: THE MOVEMENT OF LEGAL ENTITIES: JOINT VENTURES	592
JAN JIRÁSEK: ZNEUŽITÍ IMIGRAČNÍHO PRÁVA: ÚČELOVÉ SŇATKY (EVROPSKÁ ÚPRAVA A JEJÍ TRANSPOZICE V ČESKÉM PRÁVNÍM ŘÁDU)	603
ONDŘEJ KÁBELA: OBČANSTVÍ EVROPSKÉ UNIE Z POHLEDU NÁROKŮ NA FINANČNÍ PODPORU VŮČI VLASTNÍMU STÁTU	615
PAVEL KANTOŘÍK: VZNIK NÁROKU NA PENĚŽITOU DÁVKU V NEMOCI JAKO PŘÍKLAD VÝKLADOVÝCH PROBLÉMŮ SEKUNDÁRNÍHO PRÁVA ES.....	627
VIKTOR KRÍŽAN: VYBRANÉ ASPEKTY DOČASNÉHO VYSLANIA ZAMESTNANCOV V RÁMCI POSKYTOVANIA SLUŽIEB.....	632
VERONIKA KUDROVÁ: PRINCIP UZNÁVÁNÍ V PRÁVU ES, UZNÁVÁNÍ ROZHODNUTÍ VE VĚCECH VYŽIVOVACÍ POVINNOSTI	647
KATARZYNA LECHFOROWICZ: REVIEW OF THE LAW RELATING TO THE FREE MOVEMENT OF LAWYERS WITHIN THE EU.....	657
ARTUR MODRZEJEWSKI: SYSTEM INFORMACJI WIZOWEJ (VIS) I WYMIANA INFORMACJI POMIĘDZY PAŃSTWAMI CZŁONKOWSKIMI W PRZEDMIOCIE WIZ JEDNOLITYCH KRÓTKOTERMINOWYCH.....	664
PETRA NOVOTNÁ: CONNECTING CRITERIA AFTER CARTESIO.....	677
ARTUR OLECHNO: THE ELECTORAL RIGHTS OF THE CITIZENS OF THE EUROPEAN UNION IN THE REPUBLIC OF POLAND	702
EVA ŽATECKÁ - KATEŘINA PŘEPECHALOVÁ: THE EUROPEAN ARREST WARRANT.....	707
KATEŘINA SKŘIVÁNKOVÁ: CONSUMER PROTECTION IN THE EC/EU – FROM MINIMUM TO MAXIMUM HARMONIZATION?.....	717
MICHAEL ŠVARC: REFLECTION ON THE APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF MUTUAL RECOGNITION IN CRIMINAL MATTERS, DEMONSTRATED ON THE IMPLEMENTATION OF THE EUROPEAN ARREST WARRANT IN THE EU MEMBER STATES	725



SEKCE INFORMACE V PRÁVU

INFORMATION IN LAW SECTION

PETR AULICKÝ: ZÁKAZ ZVEŘEJŇOVÁNÍ ODPOSLECHŮ DLE § 8C TRESTNÍHO ŘÁDU	738
JÁN BAHÝL: POSKYTOVÁNÍ INFORMACÍ O ŽIVOTNÍM PROSTŘEDÍ NA ŽÁDOST V ČESKÉ REPUBLICCE A NA SLOVENSKU – NĚKOLIK KRITICKÝCH POZNÁMEK	745
DAMIAN CZUDEK - KRISTÝNA CHALUPECKÁ: OBECNÉ VYMEZENÍ PRÁVA NA INFORMACE A JEHO VZTAH K VEŘEJNÉ SPRÁVĚ.....	751
KATEŘINA ČERVENÁ: PRÁVO NA INFORMACE A POSKYTOVÁNÍ ROZSUDKŮ	758
RADOVAN DÁVID: ELECTRONIC FORM OF PROCEDURAL ACTS IN THE CIVIL PROCEDURE LAW.....	765
JAN DUDA: FREE ACCESS TO INFORMATION IN THE FRAMEWORK OF EU REGARDING CZECH REPUBLIC	770
JANA FILIPOVÁ: K NĚKTERÝM OTÁZKÁM ÚPRAVY JEDNACÍHO JAZYKA VE SPRÁVNÍM ŘÍZENÍ.....	786
ZSÓFIA HORVÁTH: NEW ASPECTS OF CONSUMER INFORMATION IN THE EUROPEAN UNION.....	797
JOSEF CHÝLE: VÝZNAM INFORMACE PŘI APLIKACI ZÁKONA O PRÁVU SHROMAŽĎOVACÍM, ANEB PROBLEMATIKA EXTREMISTICKÝCH SHROMAŽDĚNÍ V PRAXI.....	809
PÉTER JÁRMAI, INFORMATION IN COMMERCIAL PRACTICES ACCORDING TO THE HUNGARIAN LAW	823
TOMÁŠ ROZEHNAL - DAVID JEROUŠEK: PROJEVY PRÁVA NA INFORMACE V DAŇOVÉM ŘÍZENÍ.....	839
NIKITA KORNILOV: INFORMATION IN LAW IN RUSSIA NOWADAYS	850
LIBOR KYNCL - MICHAL RADVAN: POVINNOST UVEŘEJNIT PROSPEKT CENNÉHO PAPIŘU	854
KATARZYNA MELGIEŚ: THE RIGHT TO INFORMATION ON THE ACTIVITIES OF PUBLIC ADMINISTRATION – COMMENTS ON THE BACKGROUND OF THE POLISH LEGAL SOLUTIONS	860
ONDŘEJ MORAVEC: ZVEŘEJŇOVÁNÍ ODPOSLECHŮ V HROMADNÝCH SDĚLOVACÍCH PROSTŘEDCÍCH	873
MICHAELA MOŽDIÁKOVÁ: INFORMAČNÍ POVINNOST SUBJEKTŮ KOLEKTIVNÍHO INVESTOVÁNÍ VŮČI ČESKÉ NÁRODNÍ BANCE.....	879
LUKÁŠ POTĚŠIL - FILIP RIGEL: ROZHODOVÁNÍ O POSKYTOVÁNÍ INFORMACÍ	887
LENKA ŘEHULOVÁ: PROBLEMATIKA DORUČOVÁNÍ PLATEBNÍHO ROZKAZU DE LEGE LATA A DE LEGE FERENDA.....	894
PETRA SCHILLEROVÁ: MEZINÁRODNÍ SPOLUPRÁCE PŘI SPRÁVĚ DANÍ – PRAKTICKÉ ASPEKTY	907
TEREZIE SMEJKALOVÁ: TRANSLATION OF LEGAL TEXTS	916
MICHAL ŠALOMOUN: PRÁVO NA INFORMACE JAKO PROSTŘEDEK ŠIKANY	923
ONDŘEJ ŠTEFÁNIK: AGGRIEVED PARTY AND THE RIGHT TO INFORMATION ABOUT CRIMINAL PROCEEDINGS	931
LENKA TUŠEROVÁ: ZVEŘEJŇOVÁNÍ INFORMACÍ.....	939



SEKCE AUTONOMIE VŮLE STRAN

SECTION AUTONOMOUS WILL OF PARTIES

ALIN-GHEORGHE GAVRILESCU: THE INTEGRITY OF CONSENT TO MARRIAGE IN THE ROMANIAN LAW AND THE FRENCH LAW	947
ANA-MARIA DIACONU: LES LIMITES DU DROIT DE PROPRIÉTÉ DÉFINIES PAR LA VOLONTÉ DES PARTIES.....	955
PAVEL ANDRLE: ODPOVĚDNOST OPRÁVNĚNÉHO ZA NÁKLADY EXEKUCE PŘI ZASTAVENÍ EXEKUCE PRO NEMAJETNOST POVINNÉHO VE SVĚTLE JUDIKATURY NEJVYŠŠÍHO A ÚSTAVNÍHO SOUDU ČR	965
ANA DANIELA BOBARU: THE UTILITY OF MEDIATION IN ROMANIA	972
PETRA BOHŮNOVÁ: FORUM SHOPPING: UNACCEPTABLE PRACTICE?	976
MARTIN CRHA: VOLBA LEX MERCATORIA V INTENCÍCH MEZIAMERICKÉ ÚMLUVY O PRÁVU APLIKOVATELNÉM NA MEZINÁRODNÍ SMLOUVY	989
VLADIMÍR DOLEŽEL: QUO VADIS PROROGACE?.....	995
LENKA DOUBRAVOVÁ: PŘEDSMLUVNÍ ODPOVĚDNOST V ZÁVAZKOVÉM PRÁVU JAKO POSÍLENÍ AUTONOMIE VŮLE STRAN?	1007
JINDŘIŠKA FIALOVÁ: AUTONOMIE VŮLE STRAN PRACOVNÍHO POMERU - FIKCE NEBO REALITA.	1015
TOMÁŠ GÁBRIŠ: AUTONÓMIA VÔLE V ZMLUVNOM SYSTÉME PRÁVA SOCIÁLNEHO ZABEZPEČENIA	1020
JANA HERBOCZKOVÁ: AUTONOMIE VŮLE STRAN PŘI URČENÍ ROZHODNÉHO PRÁVA V MEZINÁRODNÍM ROZHODČÍM ŘÍZENÍ	1034
ANNA HOŘÍNOVÁ: CASE OF EVANS V. UK	1047
MILOSLAV HRDLIČKA: ELEKTRONICKÁ KONTRAKTACE A ZÁSADA AUTONOMIE VŮLE STRAN	1055
PETRA JELÍNKOVÁ: PRAKTICKÉ DOPADY UST. § 262 OBCHZ.....	1062
ÁGNES JUHÁSZ: THE LIMITS OF CONTRACT FREEDOM IN THE PUBLIC PROCUREMENT	1070
MARTIN KORNEL: DOHODY RODIČŮ PŘI ROZVODU NEBO SEPARACI A NEZLETILÉ DÍTĚ	1077
PAVEL KOUKAL: NÁVRH NOVÉHO OBČANSKÉHO ZÁKONÍKU VE SVĚTLE ANTIDISKRIMINAČNÍCH SMĚRNIC EU	1086
INGRID KOVÁŘOVÁ KOCHOVÁ: NÁJEMNÉ U NÁJMU BYTŮ S TZV.REGULOVANÝM NÁJEMNÝM	1095
TEREZA KYSELOVSKÁ: ROZHODČÍ DOLOŽKY (NEJEN) VE SPOTŘEBITELSKÝCH SMLOUVÁCH A OCHRANA ZÁKLADNÍCH LIDSKÝCH PRÁV	1107
JANA LOJKOVÁ: BOUNDS OF AN AUTONOMOUS WILL OF PARTIES IN CASES OF SURROGACY AGREEMENTS.....	1116
PETRA MARKOVÁ: NÁJEM BYTU A AUTONOMIE VŮLE STRAN?.....	1125
MOISE BOJINCA: THE WILL AND ITS LIMITS IN THE ACHIEVEMENT OF THE CONTRACT	1130
ZDENĚK NOVÝ: DOBRÁ VÍRA A MEZINÁRODNÍ OBCHODNÍ SMLOUVY	1135
ALICA OBERTO VÁ: AUTONOMIE VŮLE STRAN PŘI UZAVÍRÁNÍ ARBITRÁŽNÍ DOLOŽKY Z POHLEDU SPOTŘEBITELE ..	1168
LUCIE OBROVSKÁ: AUTONOMIE VŮLE V ANTICKÉM ŘÍMĚ: OTROK VERSUS OTROKÁŘ.....	1179
MARTIN ORGONÍK: ÚČINNOST NEEKLUZIVNÍ A EKLUZIVNÍ PROROGACE Z ČESKÉHO POHLEDU	1187
RODICA PEPTAN: MANIFESTATION OF WILL IN THE SENSE OF PRODUCING THE EFFECTS OF THE ACQUISITIVE PRESCRIPTION	1198

PAVEL PETR: CONTRACTUAL DUTY IN COMPULSORY INSURANCE	1202
MARKÉTA SELUCKÁ: AUTONOMY OF WILL AND CONSUMER PROTECTION	1210
JAROSLAV STRÁNSKÝ: SMLUVNÍ SVOBODA V INDIVIDUÁLNÍCH PRACOVNĚPRÁVNÍCH VZTAZÍCH A JEJÍ ZÁKLADNÍ LIMITY	1218
KLÁRA SVOBODOVÁ: NEWYORSKÁ ÚMLUVA A AUTONOMIE VŮLE STRAN V MEZINÁRODNÍM ROZHODČÍM ŘÍZENÍ	1230
SIMONA TRÁVNÍČKOVÁ: LEGAL CERTAINTY AND PARTY AUTONOMY IN CONFLICT OF LAWS	1248
JANA TUROŇOVÁ: SOUDOBE TENDENCE V EVROPSKÉ PRÁVNÍ ÚPRAVĚ MAJETKOVÉHO REŽIMU MEZI MANŽELI	1265
PETR VOJÍŘ: ČASOVÉ MEZE AUTONOMIE VŮLE STRAN.....	1277

**SEKCE SPOLEČENSKÁ ODPOVĚDNOST
PRÁVNICKÝCH OSOB**



***SECTION SOCIAL RESPONSIBILITY OF THE
LEGAL PERSON***

ODPOVĚDNOST ZNALECKÝCH ÚSTAVŮ ZA ZNALECKÝ POSUDEK

JAKUB HANÁK

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Kvalita znaleckých posudků je problematická. Podle názoru odborné veřejnosti je důvodem právní úprava, která neumožňuje dostatečně kontrolovat a postihovat znalce a znalecké ústavy. V příspěvku jsou rozebrány jednotlivé druhy odpovědnosti znaleckých ústavů za znalecký posudek: odpovědnost podle znaleckého zákona, trestní odpovědnost konkrétních pracovníků znaleckého ústavu a odpovědnost za škodu podle občanského zákoníku. Autor zastává názor, že právní úprava obsahuje dostatečné množství prostředků ke kontrole znaleckých ústavů, které však nejsou příslušnými orgány dostatečně využívány.

Key words in original language:

Znalecký ústav, znalecký posudek, odpovědnost, vyškrtnutí ze seznamu, trestní odpovědnost, náhrada škody.

Abstract:

The quality of expert opinions is problematic. Jurists think that this problem is caused by inappropriate legal regulation, which does not enable efficient supervision and penalization of experts. The paper is focused on different kinds of the liability of expert institutes for expert opinion: liability according to the Expert and Interpreter Act, criminal liability of employees of expert institute and liability to damages. Author believes that existing legislation includes sufficient penal powers, which are not used efficiently by the authorities concerned.

Key words:

Expert institute, expert opinion, liability, deletion from the register, criminal liability, damages.

Znalecké posudky mají dnes velký vliv na rozhodování soudu. Soudci na ně spoléhají v takové míře, že bez nich téměř nerozhodnou, takže v podstatě nesoudí soudce, ale znalec.¹ Spolu s tímto trendem stoupá také nespokojenost s kvalitou samotných znaleckých posudků a frustrace z nepostižitelnosti znalce, protože jeho odpovědnost je téměř nulová.² Je tomu skutečně tak?

Pokusím se v tomto příspěvku poukázat na způsoby, kterými lze kontrolovat a případně sankcionovat znalce při výkonu znalecké činnosti, tj. pokusím se odpovědět na otázku, jaká je jejich odpovědnost za znalecký posudek. Zaměřím se přitom pouze na znalce - právnické osoby, jež vytvářejí významné množství znaleckých posudků a jejichž odpovědnost je ještě

¹ Vyjádření ombudsmana Otakara Motejla. In: MAHDALOVÁ, Kateřina. Ombudsman: soudní znalci ničí lidské životy. *Hospodářské noviny* [online]. 2007 [cit. 2009-05-06]. Dostupný z WWW: <http://www.reaia.cz/ruzne/Ombudsman%20Soudn%C3%AD%20znalci%20ni%C4%8D%C3%AD%20lidsk%C3%A9%20C5%BEivoty%20%20HN_IHNED_CZ%20-%20tituln%C3%AD%20strana.htm>.

² Tamtéž.

problematictější než znalců - fyzických osob. Téma je aktuální také proto, že je nyní projednávána novela znaleckého zákona, která se snaží zejména o zefektivnění kontroly a zpřísnění podmínek pro výkon znalecké činnosti.

1. ZNALECKÁ ČINNOST A POSTAVENÍ ZNALECKÝCH ÚSTAVŮ

Znalecká činnost má své nezastupitelné místo především v řízení před státními orgány, které vyžadují znalecké posudky v případě, že je k posouzení skutečností potřeba odborných znalostí.³ Po sametové revoluci nabyla na významu také činnost pro soukromé osoby (zejména v oboru ekonomika), která je honorována mnohem lépe a je často hlavním motivem znalecké činnosti vůbec.⁴ Větší poptávka po znaleckých posudcích vedla mj. k tomu, že jako platforma pro výkon znalecké činnosti začaly být využívány také znalecké ústavy. S jejich působením jako soukromoprávních subjektů právní úprava⁵ přitom vůbec nepočítala, což se nejvíce odráží právě v otázce odpovědnostních vztahů. Ty nejsou výslovně vůbec upraveny a je tak nutné přiměřeně aplikovat ustanovení vztahující se k znalcům.

Právní úprava také používá místo kostrbatého pojmu znalci - právnické osoby označení znalecké ústavy. Pod tímto názvem se skrývají dva druhy subjektů:⁶

- ústavy a jiná pracoviště specializovaná na znaleckou činnost (tzv. I. oddíl), která mají nejčastěji podobu obchodní společnosti, různou velikost i kredit a jejich cílem je povětšinou vytvářet zisk;⁷

- vědecké ústavy a vysoké školy (tzv. II. oddíl), jež představují veřejnoprávní právnické osoby s vysokou odbornou úrovní. Posudky na žádost státních orgánů podávají takřka výhradně pouze ve zvlášť obtížných případech, vyloučena však není ani činnost pro soukromé osoby.

Znalecké ústavy mohou vykonávat znaleckou činnost, pokud jsou zapsány do seznamu ústavů, který vede Ministerstvo spravedlnosti a člení se na dva oddíly pro dvě výše uvedené skupiny ústavů.⁸ Atraktivní jsou především znalecké ústavy zapisované do I. oddílu, neboť

³ K provádění důkazů znaleckým posudkem srovnej ust. § 127 občanského soudního řádu, ust. § 105 trestního řádu a ust. § 56 správního řádu.

⁴ Znalecká činnost pro potřeby státních orgánů je totiž odměňována podle vyhlášky, kde je maximální hodinová odměna v běžném případě 350 Kč, do které jsou zahrnuty také režijní náklady. Navíc ji soudy často ani v plné výši nepřiznávají. Časté jsou rovněž stížnosti znalců na opožděné vyplácení odměny nebo oddalování rozhodnutí o odměně až do vynesení meritorního rozsudku. Z těchto důvodů se řada znalců snaží různými způsoby práci pro stát vyhnout a vykonávat znaleckou činnost převážně ve smluvním režimu.

⁵ Zákon č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících (dále jen znalecký zákon) a vyhláška Ministerstva spravedlnosti č. 37/1967 Sb., k provedení zákona o znalcích a tlumočnících (dále jen vyhláška).

⁶ Viz § 6 vyhlášky.

⁷ Ačkoliv jejich činnost s největší pravděpodobností není podle současné judikatury podnikáním. Srovnej rozhodnutí Krajského soudu v Českých Budějovicích ze dne 14. 10. 1994, čj. 10 Ca 348/94, Identifikační číslo v ASPI: JUD5498CZ. Na toto rozhodnutí odkázal také Nejvyšší správní soud v rozhodnutí ze dne 25. 5. 2004, čj. 6 A 57/2001-61, dostupné na www.nssoud.cz.

⁸ V současnosti je v seznamu ústavů evidováno v I. oddíle 157 a ve II. oddíle 289 znaleckých ústavů.

volných míst znalců v obvodech krajských soudů je nedostatek a právní úprava neobsahuje žádné podmínky pro zápis do seznamu ústavů (oproti požadavkům na jmenování znalce).

Současná právní úprava přitom přikládá znaleckým ústavům velký význam, neboť ukládá státním orgánům vyžadovat posudky především od nich. Ačkoliv praxe tento požadavek v případě znaleckých ústavů I. oddílu víceméně nerespektuje,⁹ role vědeckých ústavů ve zvláště obtížných případech je nezastupitelná. Mimo situace, kdy je znalecký ústav přímo ustanoven státním orgánem, však dnešní procesní předpisy umožňují samotným účastníkům, aby předložili znalecký posudek vypracovaný na jejich vlastní žádost.¹⁰ U těchto posudků pak hrozí, že budou na úkor objektivitu odrážet více zadání objednatele. Stejně, ne-li větší, riziko existuje pochopitelně i u těch posudků, které jsou vytvořeny na žádost soukromých osob pro účely daňové či obchodní. Bez kontroly a patřičné odpovědnosti znalců a znaleckých ústavů je naprosto nepředstavitelné naplnit cíl a smysl znalectví, kterým je objektivní, odborné a nezávislé posouzení skutečností.

2. ODPOVĚDNOST PODLE ZNALECKÉHO ZÁKONA

Znalecký zákon ukládá znaleckým ústavům povinnost vykonávat znaleckou činnost řádně a ve stanovené lhůtě.¹¹ Nezbytným předpokladem řádného výkonu znalecké činnosti je odborná způsobilost znaleckého ústavu. Jak již bylo naznačeno výše, zákon žádné požadavky, které by musel znalecký ústav splnit, nestanoví. Teoreticky lze tak do seznamu zapsat a tím udělit oprávnění pro výkon znalecké činnosti jakékoliv právnické osobě, jež o zápis požádá. Skutečnost je naštěstí poněkud jiná. Ministr spravedlnosti, jenž o zápisu rozhoduje, vyžaduje, aby žadatel splnil téměř shodné podmínky, které obsahuje současný návrh znaleckého zákona a také obdobná slovenská právní úprava.¹² Ty jsou poměrně přísné, ovšem stále víceméně formální.

Vlastní kontrola spočívá až v hodnocení správnosti samotného znaleckého posudku, které je současně nutnou podmínkou pro případné uplatnění sankcí. S přihlédnutím ke skutečnosti, že v době vzniku znaleckého zákona nebyla kontrola zásadním problémem, pak nepřekvapí, že není vymezena působnost státních orgánů v této věci. Ministerstvo spravedlnosti, které ústavy zapisuje a může jmenovat i znalce, odkazuje v posuzování správnosti posudku na soudce, který znalce do řízení přibral,¹³ soudy pak judikovaly, že správnost posudku přezkoumávat nemohou.¹⁴ Znalci také nejsou povinně sdružováni ve znalecké komoře (žádá ani

⁹ CHMELÍK, Jan, et al. *Místo činu a znalecké dokazování*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2005, s. 170.

¹⁰ Podle § 110 zákona č. 141/1961 Sb., trestní řád, je takový posudek v trestním řízení rovnocenný s posudkem vypracovaným na žádost soudu. V občanském soudním řízení je takový posudek pouze dalším listinným důkazem.

¹¹ Viz § 8 ve spojení s § 22 odst. 3 znaleckého zákona.

¹² Blíže viz HANÁK, Jakub. Podmínky zápisu do prvního oddílu seznamu ústavu. In: *Junior Forensic Science Brno '09 : Sborník příspěvků*. Brno: VUT Brno, 2009. s. 6-13.

¹³ Celou problematiku lze pochopitelně vztáhnout na znalecké ústavy, jejichž odpovědnost je předmětem příspěvku.

¹⁴ *Problémy v činnosti soudních znalců z oboru zdravotnictví: Systémové doporučení Ligy lidských práv č. 7* [online]. 2008, 23. 7. 2008 [cit. 2009-05-06]. Dostupný z WWW:

neexistuje), jež by mohla plnit kontrolní funkci obdobně jako advokátní či exekutorská komora. Poněvadž kontrola správnosti znaleckých posudků je specifickou a obtížnou činností, absence specializovaného orgánu s patřičným odborným zázemím je zřejmě hlavní příčinou špatného stavu znalecké činnosti.

Podle mého názoru se této pravomoci nesmí zříkat soudy, které mohou hodnotit znalecký posudek nepřímou v tom smyslu, zda je jeho odůvodnění v souladu s obecnými zkušenostmi a poznatky, zda je jeho odůvodnění logické a zda znalec přihlédl ke všemu, co mu bylo k posouzení předestřeno.¹⁵ Takto vymezený rozsah přezkumu je dostatečný, zvláště s přihlédnutím k možnosti porovnat závěry znaleckého posudku s ostatními důkazy. V případě vážnějšího podezření může soud provést důkladnější prošetření.

Aktivní mohou být také samotní účastníci řízení nebo zadavatelé posudků, kteří si mohou na postup znaleckého ústavu při posuzování znaleckého úkolu stěžovat. V případě stížnosti na znalecký ústav¹⁶ je příslušným orgánem k vyřizování stížnosti ministr spravedlnosti, který by měl, jako orgán udělující ústavům oprávnění k výkonu znalecké činnosti, prověřit důvodnost stížnosti. Poměrně častou praxí účastníků řízení je pak objednání si znaleckého posudku od jiného znalce,¹⁷ který je jimi vnímán jako objektivnější a správnější, ačkoliv jsem přesvědčen, že právě u posudků tohoto druhu dochází nejčastěji k porušení povinnosti znalce. Soud je pak nucen řešit rozpor dvou protichůdných znaleckých posudků. Protože sám jej není ve většině případů schopen ani oprávněn rozhodnout, je nucen si vyžádat další znalecký posudek. Lze jen doporučit, aby se soudy v takových případech obraceli pokud možno na vědecké ústavy a vysoké školy, popřípadě na takové soukromoprávní znalecké ústavy, se kterými mají dobrou zkušenost, protože všeobecně není odborná kvalita soukromoprávních znaleckých ústavů z výše uvedených důvodů vyšší než samotných znalců. Vědecké ústavy se navíc těší dobrému renomé a nelze si ani představit objektivnější instituci. Má-li soud již v tu chvíli podezření, že některý znalecký posudek trpí vadami, což je u protikladných posudků pravděpodobné, je na místě dát ústavu za úkol vypracovat revizní posudek, přestože odměna za něj je pak vyšší. Na základě takového posudku pak může soud bez obav zahájit sankční proceduru.

Takový způsob kontroly je samozřejmě finančně i časově náročný, ovšem jediným možným řešením je zřejmě přesunutí pravomoci posuzovat správnost na jiný orgán. V úvahu připadají především poradní sbory, se kterými dokonce počítá právní úprava, ale jež jsou zřizovány jen výjimečně.¹⁸ S jejich znovuoživením počítá také projednávaná novela, čímž se zřejmě uzavřela cesta pro vznik komory soudních znalců po vzoru advokátní či lékařské komory. Ministerstvo se pro takové řešení rozhodlo možná i proto, že předchozí pokusy o zřízení

<http://www.llp.cz/_files/file/SYSTEMOVE_DOPORUCENI_7.pdf>. Citováno je rozhodnutí Městského soudu v Praze, sp. zn. 69 Co 417/2007. Shodně se k věci vyjádřila také prvorepubliková judikatura v rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 1. 1929, čj. 34083/28, Identifikační číslo v ASPI: JUD18791CZ.

¹⁵ Tamtéž.

¹⁶ Nemusí se jednat jen o stížnost na jím vypracovaný znalecký posudek, ale také na jednání zástupců ústavu při jeho přípravě, nedodržení lhůty apod.

¹⁷ CHMELÍK, Jan, et al. *Místo činu a znalecké dokazování*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2005, s. 177.

¹⁸ KOLÁČKOVÁ, Jana. *Jednou znalec, navždy znalec aneb Jak se žije znalci v Česku?* [online]. 2007, 1. 8. 2007 [cit. 2009-05-06]. Dostupný z WWW: <<http://www.viaiuris.cz/index.php?p=msg&id=164>>.

takové komory byly neúspěšné. Osobně se přikláním k názoru, že poradní sbory jako orgány soudu mají větší předpoklady pro nezávislé hodnocení činnosti znalců a znaleckých ústavů, než profesní samosprávné komory, ačkoliv sbory budou pro nedostatek vhodných kandidátů tvořeny zase převážně osobami z řad znalců. Z těchto důvodů se rovněž nepřikláním k povinnému členství znalců v profesní komoře.

2.1 SANKCE

Pokud je prokázáno porušení povinností znaleckým ústavem, je možné přistoupit k postihům podle znaleckého zákona. Nejmenším je snížení odměny za znalecký posudek až na polovinu v případě nekvalitně nebo opožděně provedeného posudku. Jde-li o zvláště nekvalitně provedený posudek, může být odměna zcela odepřena.¹⁹ Zejména nedodržení lhůty není výjimečným jevem a současně se dá snadno kontrolovat. Soudy však k finančnímu postihu přikračují laxně,²⁰ což je s ohledem na volání po co nejrychlejším rozhodnutí ve věci překvapivé. Obdobného výsledku lze docílit také uložením pořádkové pokuty v případě, že znalec svým jednáním ztěžuje postup soudu v řízení. Takovým jednáním je v praxi nejčastěji nedostavení se zástupce ústavu²¹ k soudu nebo také pozdní vypracování posudku. Obě sankce je možné kombinovat a docílit tak větší účinnosti.

Vedle finančního postihu může být znaleckému ústavu udělena výstraha v případě, že nevykonával znaleckou činnost řádně. Výstraha je zároveň podmínkou, aby mohl být znalecký ústav vyškrtnut ze seznamu, jestliže porušuje své povinnosti i nadále. Jde o velmi vážnou hrozbu. V případě znaleckých ústavů je k takovému postupu oprávněn Ministr spravedlnosti.²² Zákon je v tomto ohledu stručný a neuvádí ani demonstrativní výčet povinností, při jejichž porušení by mělo být přistoupeno k odvolání znalce. Tato úprava se na základě odkazu použije také na vyškrtnutí ze seznamu ústavů. V literatuře jsou jako důvody uváděny: nedůvodné prodlužování lhůt k vypracování posudku a případy, kdy znalec řeší právní otázky.²³ K tomuto výčtu můžeme, podle mého názoru, přiřadit také flagrantní porušení nestrannosti či opakované zjištění základních neznalostí, které brání řádnému vypracování posudku.

Někteří autoři jdou ve snaze o co nejúčinnější kontroly a trestání docela daleko, když považují za komplikaci, že řízení o vyškrtnutí ze seznamu není jednoduché a spadá pod režim

¹⁹ Viz § 27 vyhlášky.

²⁰ *Problémy v činnosti soudních znalců z oboru zdravotnictví: Systémové doporučení Ligy lidských práv č. 7* [online]. 2008, 23. 7. 2008 [cit. 2009-05-06]. Dostupný z WWW: <http://www.llp.cz/_files/file/SYSTEMOVE_DOPORUCENI_7.pdf>.

²¹ Ústav je podle § 22 odst. 2 znaleckého zákona povinen ustanovit osobu, která stvrdí správnost posudku a podá případně vysvětlení.

²² Viz § 20 ve spojení s § 22 odst. 3 znaleckého zákona.

²³ Viz BRADÁČ, Albert. *Úvod do soudního znaleství*. Brno: CERM, 2004, s. 18. Spáchání úmyslného trestného činu chápe jako ztrátu osobních vlastností, které jsou podmínkou pro výkon znalecké činnosti, což je poněkud problematický závěr.

správního řádu, čímž dostává znalecký ústav možnost opravných prostředků.²⁴ Domnívám se, že jde o takový zásah do práv znaleckého ústavu, že přezkum nezávislým orgánem je pro ochranu práv nezbytný. Navíc tato možnost existovala již dříve.²⁵ Proti rozhodnutí ministra o vyškrtnutí ústavu ze seznamu není podle mého názoru možné podat rozklad, protože správní řád se na řízení ve věcech znaleckých používá na základě principu subsidiarity, přičemž možnost použít rozklad nelze ze subsidiárního použití správního řádu dovodit, neboť představuje samostatný procesní institut, který nelze mechanicky převzít do zcela jiného typu řízení pouze s odkazem na subsidiaritu.²⁶ Znalecký ústav se však může proti rozhodnutí ministra bránit správní žalobou. Pravdou zůstává, že pro ministra může být obtížné unést důkazní břemeno, což opět souvisí s výše naznačenou problematikou kontroly správnosti znaleckého posudku. Jde každopádně o účinný prostředek a záleží jen na odvaze ministrů, zda půjdou do sporu se znaleckým ústavem, který s velkou pravděpodobností skončí u správního soudu. Bez snahy orgánů, jež mají řádný výkon znalecké činnosti zajišťovat, se ovšem kvalita znaleckých posudků nezlepší. Zákon totiž k zajištění řádného výkonu znalecké činnosti, což je jeho hlavním cílem, obsahuje dostatečné množství různých sankčních nástrojů

2.2 ÚPRAVA V NOVELE ZÁKONA

V této souvislosti považuji za vhodné se zmínit o předmětné úpravě v návrhu novely znaleckého zákona, kterou chce ministerstvo zejména zpřísnit dohled nad činností znalců a vyřešit neuspokojivou situaci v oblasti znaleckých ústavů.²⁷ Navrhovaná novela²⁸ se lepší kontroly snaží dosáhnout pomocí podrobnější úpravy, která obsahuje také řadu nových institutů, které jako řešení navrhovala odborná veřejnost. Výrazně přísnější podle mého názoru ovšem není. Správným krokem je snaha o zajištění co největší odbornosti a nezávislosti znaleckých ústavů, když jsou pro zápis do seznamu ústavů konečně stanoveny jednoznačné podmínky. Tím by mělo dojít ke zvýšení odborné i materiální základny pro výkon znalecké činnosti. Zásadním je v tomto směru zejména povinnost, aby osobami odpovědnými za znalecký posudek ústavu byly znalci, přičemž ústav bude také odpovědný za jejich celoživotní vzdělávání. Uvítat je nutné také povinné pojištění pro případ odpovědnosti za škodu způsobenou výkonem znalecké činnosti. Tato opatření však představují pouze nepřímé nástroje: vytyčí jasné mantinely činnosti ústavů a zdůrazní jejich hmotnou odpovědnost, sama však zlepšení stavu nezajistí

²⁴ KOLÁČKOVÁ, Jana. *Jednou znalec, navždy znalec aneb Jak se žije znalci v Česku?* [online]. 2007, 1. 8. 2007 [cit. 2009-05-06]. Dostupný z WWW: <<http://www.viaiuris.cz/index.php?p=msg&id=164>>.

²⁵ Viz rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 1. 7. 2007, čj. 2 As 69/2006-61, dostupné na www.nssoud.cz. Shodně také rozhodnutí Ústavního soudu ze dne 22. 1. 2002, sp. zn. I. ÚS 567/01, dostupné na <http://nalus.usoud.cz/>.

²⁶ Viz rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 1. 7. 2007, čj. 2 As 69/2006-61, dostupné na www.nssoud.cz. Toto rozhodnutí se vztahuje k rozhodnutí o odvolání z funkce znalce, proti kterému bylo podáno odvolání. Přesto se domnívám, že rozhodnutí lze na tento případ analogicky aplikovat.

²⁷ Viz informace Ministerstva spravedlnosti k návrhu novely znaleckého zákona: [cit. 2009-05-26], dostupná z WWW: <<http://portal.justice.cz/justice2/ms/ms.aspx?o=23&j=33&k=4979&d=282638>>.

²⁸ Znění návrhu viz Knihovna připravované legislativy, dostupná na <http://eklep.vlada.cz/eklep/page.jsf>.

V oblasti samotné kontroly a sankcí zůstává novela na půli cesty. Pozitivní je, že formalizuje řízení o vyškrtnutí ze seznamu ústavů a přesně vymezuje důvody pro tento postup. Vedle současných sankčních nástrojů pak zavádí, v jiných oborech běžně užívaný, institut správních deliktů, který je založen na objektivní odpovědnosti znaleckého ústavu. Tím rozšiřuje okruh možných sankcí o pokuty, jejichž maximální výše je již poměrně citelná (až jeden milión Kč.) Spáchání správního deliktu pak může být současně důvodem pro vyškrtnutí ze seznamu ústavů, který jako nejpřísnější postih pochopitelně zůstává. Řízení o deliktech bude provádět ministerstvo.

Poněvadž za vážnější problém považuji nedůsledné vymáhání povinností znaleckých ústavů ze strany kontrolních orgánů, kterou lze zvýšit zejména tlakem účastníků, je pozitivní, že novela výslovně dává účastníkům řízení možnost stěžovat si na znalce v případě podezření na porušení jeho povinností v souvislosti se znaleckým posudkem, kterou musí předseda krajského soudu ve lhůtě prošetřit a shledá-li ji oprávněnou, dát ministerstvu podnět k zahájení řízení o správním deliktu. Novela omezuje stížnost pouze na posudky zadané orgánem veřejné moci, což je pochopitelné, protože u těchto posudků je největší zájem na řádném výkonu znalecké činnosti. Přesto by stálo za úvahu, zda tuto stížnost nevztáhnout také na ostatní posudky, jelikož řada z nich je sice objednána soukromými osobami, ale následně jsou použity pro potřeby státu (např. v daňovém řízení). Účastníkům řízení pak zůstává možnost stěžovat si na jakýkoliv posudek nebo činnost ústavu v souvislosti s ním.

3. ODPOVĚDNOST PODLE TRESTNÍHO ZÁKONA

Vedle specifické odpovědnosti podle znaleckého zákona je jednou ze záruk řádného výkonu znalecké činnosti také trestní zákon, který obsahuje trestný čin nepravdivého znaleckého posudku. Ten je upraven v ustanovení § 175 trestního zákona a jeho objektem je právě řádný výkon znalecké činnosti.²⁹ Na, pro tento příspěvek zásadní, otázku, zda mohou tento trestný čin spáchat také osoby, které vypracovávají posudky jako pracovníci znalecký ústavů, odpověděl dosud zřejmě nejpodrobněji J. Chmelík ovšem bez bližšího vysvětlení. Pouze konstatoval, že odpovědnost příslušného znalce zůstává jen v rovině pracovně právní, nikoliv nebo velmi obtížně, v rovině trestně právní.³⁰ Tento závěr vychází ze skutečnosti, že pachatelem tohoto trestného činu může být pouze znalec, který posudek podává (tzv. speciální subjekt),³¹ přičemž znalecký zákon určuje odpovědného za včasné a řádné provedení posudku přímo ústav.³² Přesto jsem přesvědčen, že lze konkrétní osoby jednající za znalecký ústav trestně postihnout.

²⁹ ŠÁMAL, Pavel. *Trestní zákon: komentář/II.díl.* 6. vyd. Praha : C.H. Beck, 2004, s. 1043. Dále se zde uvádí, že jeho objektivní stránka může být naplněna aktivním jednáním (podáním nepravdivého či hrubě zkresleného posudku) i úmyslným opomenutím (podáním neúplného posudku nebo zamlčení podstatných okolností v něm). V obou případech se vyžaduje úmyslné zavinění. Podstatné je rovněž, že zákon rozlišuje dvě skutkové podstaty, kdy druhá je trestána vyšší sazbou, protože chrání zájem na správném zjištění skutkového stavu jako základu zákonného rozhodnutí soudů.

³⁰ CHMELÍK, Jan, et al. *Místo činu a znalecké dokazování.* Plzeň: Aleš Čeněk, 2005, s. 176.

³¹ ŠÁMAL, Pavel. *Trestní zákon: komentář/II.díl.* 6. vyd. Praha: C.H. Beck, 2004, s. 1044.

³² Viz § 22 odst. 2 znaleckého zákona.

Základem pro toto tvrzení, je argumentace k aplikaci ustanovení § 90 odst. 2 trestního zákona, podle kterého je za speciální subjekt trestného činu považována i fyzická osoba, která jednala za právnickou osobu a u které je zvláštní způsobilost dána.³³ Většinou je rovněž odmítán názor, že jednání fyzické osoby učiněné v rámci činnosti právnické osoby zavazuje pouze tuto právnickou osobu,³⁴ neboť pak by se mohly fyzické osoby jednoduše vyhnout trestněprávní odpovědnosti založením právnické osoby. V případě znaleckých ústavů jde přitom o reálnou obavu, zvýrazněnou absencí dalších podmínek regulujících činnost ústavů. Odpovědnostní vztahy v souvislosti s trestní odpovědností za posudek ústavu komplikuje ještě jeho kolektivní podstata. Posudek zde totiž není dílem jednoho znalce, ale výsledkem společné práce několika jednotlivců.

Znalecké ústavy však mají povinnost určit osobu, která stvrdí správnost posudku a podá případná vysvětlení. Tato osoba pak následně před soudem skládá nebo je jí připomenut znalecký slib a stvrzuje samozřejmě správnost posudku. Tím podle mého názoru přebírá odpovědnost i za další členy týmu, kteří na posudku rovněž pracovali. Jelikož jedná za znalecký ústav je zároveň speciálním subjektem a tudíž trestně odpovědná. Další spolupracovníci pak mohou být postiženi již jen podle předpisů pracovního práva.

Bohužel praxe i teorie³⁵ plně nesdílí závěry týkající se trestní odpovědnosti fyzické osoby jednajících za osobu právnickou. Zejména se však k této otázce zatím nevyjádřily ani soudy. Proto nezbyvá, než souhlasit s výše uvedeným závěrem, že odsouzení konkrétního pracovníka ústavu za tento trestný čin je obtížné. Tento stav nevyjasňuje ani projednávaná novela znaleckého zákona. Ta zavádí pouze povinnost, aby stvrzující osobou byl vždy znalec (dnes kdokoliv). Místo osobní odpovědnosti konkrétních znalců volí naopak poměrně přísnou odpovědnost právnické osoby za správní delikt (pokuta až 1 milion Kč a vyškrcnutí ze seznamu), čímž preventivně působí také na konkrétní společníky či pracovníky, ačkoliv jejich individuální odpovědnost je stále menší, než kdyby znaleckou činnost vykonávali sami.³⁶

4. ODPOVĚDNOST ZA ŠKODU PODLE OBČANSKÉHO ZÁKONÍKU

Poněvadž odborná veřejnost volá zejména po zpřísnění kontroly a trestů, zřejmě se předpokládá, že nejúčinnější je veřejnoprávní odpovědnost. Přitom znalecký posudek může být příčinou i značné škody. A to nejenom v souvislosti s právními úkony soukromých osob. Také pro soudní rozhodnutí je znalecký posudek důležitým podkladem. S oběma případy se v praxi lze běžně setkat a pak je pro poškozeného důležitější náhrada vzniklé škody než výstraha udělená znaleckému ústavu. Na danou problematiku se samozřejmě vztahuje ustanovení § 420 občanského zákoníku, které upravuje obecnou občanskoprávní odpovědnost za škodu a stanoví předpoklady vzniku této odpovědnosti:

³³ ŠÁMAL, Pavel. *Trestní zákon: komentář/1.díl*. 6. vyd. Praha : C.H. Beck, 2004, s. 694.

³⁴ Cit. dílo, s. 699.

³⁵ K tomu srovnej: TERYNGEL, Jiří. K trestní odpovědnosti právnických osob a osob za ně jednajících. *Trestní právo*. 1996, č. 1, s. 15-18 nebo TERYNGEL, Jiří. Ještě k rozlišení odpovědnosti právnických a fyzických osob. *Trestní právo*. 1996, č. 12, s. 9-11.

³⁶ Takto upravená správněprávní odpovědnost podle mého názoru rovněž účinně nahrazuje v českém právním řádu absentující trestní odpovědnost právnických osob.

- porušení právní povinnosti,
- škoda,
- příčinná souvislost mezi porušením právní povinnosti a škodou,
- zavinění.

Poškozený musí unést důkazní břemeno ohledně prvních tří předpokladů – zavinění se presumuje.³⁷ Prokázání porušení právní povinnosti teoreticky nečiní obtíže ani v případě nešťastně formulované smlouvy, protože znalecký zákon ukládá povinnost vykonávat znaleckou činnost řádně a včas. Prakticky ovšem nemusí být snadné prokázat, že znalecký posudek není vypracován řádně. Jak již ostatně bylo poukázáno výše (část 2.). Pokud sám poškozený nedisponuje odbornými znalostmi, tak jen těžko bude moci argumentovat proti znaleckému posudku a bude donucen požádat o spolupráci jiného odborníka (často opět znalce). To může spolu s náklady na právní zastoupení spor i výrazně prodražit. Nehledě na časové hledisko, protože při kolizi dvou znaleckých posudků soudu většinou nezbyvá, než zadat vypracování dalšího znaleckého posudku. Zpravidla je jím znalecký ústav, přičemž u obtížnějších případů lze doporučit, aby jím byl vědecký ústav nebo vysoká škola, protože jde o respektované a vysoce odborné instituce, jejichž závěry nebývají dále zpochybňovány. Jejich „dodací lhůty“ ovšem zřídka kdy bývají kratší než 6 měsíců.³⁸

Typickým příkladem, kdy je znalecký posudek příčinou škody, je chybné určení ceny prodávané či zastavované věci pro účely koupě nebo úvěru. Judikatura původně zastávala názor, že příčinou vzniku škody není nesprávný znalecký posudek, ale skutečnost, že se na výši ceny účastníci dohodli v rámci jejich smluvní volnosti.³⁹ Taková argumentace do značné míry popírala smysl znaleckých posudků jako fundovanějšího podkladu pro rozhodování laiků a de facto vylučovala soukromoprávní odpovědnost znalce, resp. v našem případě znaleckého ústavu. Byla také odmítnuta Ústavním soudem, který judikoval, že pokud ze smlouvy jednoznačně vyplývá, že výše kupní ceny je odvislá od ceny zjištěné znaleckým posudkem podle předpisů o oceňování majetku, tak vypracování znaleckého posudku je ve vztahu k ujednané výši kupní ceny *conditio sine qua non* a okolnost, že kupní cena je určena dohodou stran, je zcela irelevantní.⁴⁰ Posléze byla tato argumentace vztažena také na znalecké posudky, které jsou jedním z důkazů v soudním řízení pro vydání soudního rozhodnutí, když Nejvyšší soud judikoval, že znalecké posudky jsou sice především podkladem pro vydání rozhodnutí, jejich obsah je však zároveň důležitou, podstatnou a

³⁷ŠVESTKA, Jiří, et al. *Občanský zákoník: komentář*. 10. vyd. Praha : C.H. Beck, 2006. s. 708.

³⁸ Potřebu delší lhůty na vypracování posudku vědeckým ústavem potvrzuje také judikatura. Srovnej např. rozhodnutí Krajského soudu v Ústí nad Labem ze dne 27. 6. 2007, sp. zn. 10 Co 528/2007, Identifikační číslo ASPI: JUD103473CZ.

³⁹ Viz rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 27. 1. 2005, sp. zn. 25 Cdo 1231/2004 a rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 29. 5. 2007, sp. zn. 25 Cdo 1503/2005, dostupné na www.nsoud.cz. Obdobně lze odůvodnění aplikovat i na jiné druhy smluv, kde je účel posudku jednoznačně spjat s účelem smlouvy.

⁴⁰ Viz rozhodnutí Ústavního soudu ze dne 1. 11. 2007, sp. zn. I. ÚS 312/05, dostupné na <http://nalus.usoud.cz/>.

značnou (byť ne jedinou) příčinou vzniku majetkové újmy, čímž je dán vztah příčinné souvislosti mezi porušením právní povinnosti na straně znalce a škodou.⁴¹

Poslední předpoklad, zavinění v podobě nedbalosti, se předpokládá. Poškozený je tudíž nemusí dokazovat, škůdce se však může vyvinut. Podle teorie tzv. adekvátního kausálního nexu, kterou aplikuje Ústavní soud a která je aplikovatelná také na nedbalostní zavinění, postačí, pokud není vznik škody pro typizovaný jednající subjekt vysoce nepravděpodobný.⁴² Poněvadž je při činnosti pro státní orgány znalecký ústav seznámen s účelem posudku v rozhodnutí o ustanovení a obdobně vyplývá účel také ze smlouvy mezi ústavem a soukromou osobou,⁴³ je pravděpodobnost vzniku škody víceméně jasná.

Za posudek odpovídá podle ustanovení § 420 odst. 2 občanského zákoníku přímo ústav, nikoliv konkrétní znalci, kteří posudek vytvářeli. Pro poškozeného je skutečnost, že místo zaměstnanců odpovídá jejich zaměstnavatel v podobě právnické osoby, obvykle výhodnější, protože disponuje větším majetkem. V případě znaleckých ústavů však může jít pouze o prázdnou skořápku, kde se sdružují znalci, kteří se tak zbavují své osobní odpovědnosti (u vědeckých ústavů tento stav nastat nemůže). Protože naprostá většina soukromoprávních znaleckých ústavů má formu společnosti s ručením omezeným, může být pak náhrada větší škody problematická. Proto lze jen přivítat navrhovanou povinnost pojištění pro případ odpovědnosti za škodu.

5. ZÁVĚREM

Přestože nelze nesouhlasit s kritikou současného stavu znalecké činnosti, domnívám se, že skepse k objektivitě a nestrannosti znalecké činnosti není výhradně vinou znalců a znaleckých ústavů, ale spíše odrazem situace v justici jako takové, s níž je do značné míry také propojena. Rovněž neobstojí závěr, že současná právní úprava brání ve zlepšení stavu. Znalecký zákon totiž umožňuje zhodnotit a případně zamezit další činnosti nezpůsobilých či neobjektivních subjektů, ačkoliv tento proces je většinou komplikovaný, finančně i časově náročný.⁴⁴ Rovněž hmotná odpovědnost podle občanského zákoníku umožňuje napravit vzniklé škody. Za překážku nepovažuji ani skutečnost, že právní úprava umožňuje postihnout takřka výhradně pouze znalecký ústav, nikoliv jeho jednotlivé pracovníky, které lze jednoznačně sankcionovat pouze ve vztahu k jejich zaměstnavateli, kterým je samotný ústav. Koneckonců také podle Ústavního soudu představuje právní úprava dostatečnou záruku pro vypracování objektivního znaleckého posudku.⁴⁵

Vedle výše rozebíraných druhů odpovědnosti pak existuje ještě morální (etická) odpovědnost znaleckého ústavu za posudek. S ohledem na charakter a smysl činnosti jde možná o závazek

⁴¹ Viz rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 30. 7. 2008, sp. zn. 25 Cdo 883/2006 dostupné na www.nsoud.cz.

⁴² Viz rozhodnutí Ústavního soudu ze dne 1. 11. 2007, sp. zn. I. ÚS 312/05, dostupné na <http://nalus.usoud.cz/>.

⁴³ V případě nejednoznačnosti, je jeho povinností vyžádat si upřesnění, jinak to jde k jeho tíži.

⁴⁴ I toto je do jisté míry faktor, který podkopává důvěru ve znalcetví jako takové.

⁴⁵ Viz rozhodnutí Ústavního soudu ze dne 8. 2. 2007, sp. zn. II. ÚS 666/06, dostupné na <http://nalus.usoud.cz/>. Tvrzení je vztáhnuto na znalce jako fyzické osoby, protože je však úprava prakticky shodná také pro znalecké ústavy, domnívám se, že lze vztáhnout i na ně.

nejdůležitější. Ovšem jen obtížně vymahatelný. Pokud budou znalecké posudky chápány jen jako snadno opatřitelný důkaz pro tvrzení účastníků, nedá se předpokládat, že by znalecké ústavy usilovali v první řadě o svou dobrou pověst a teprve poté o zisk. Zlepšení stavu se tak dočkáme, až budou všichni zainteresovaní důsledně využívat dostupných prostředků. Protože vadné posudky dopadají nejvíce na občany, je v jejich vlastním zájmu, aby si stěžovali na laxnost soudů, oponovali zjevně nesprávným posudkům a žádali náhradu vzniklých škod.

Literature:

- Bradáč, A.: Úvod do soudního znalectví. Brno: Akademické nakladatelství CERM, 2004, 220 s., ISBN: 80-7204-365-X.
- Hanák, J.: Podmínky zápisu do prvního oddílu seznamu ústavů. In: Junior Forensic Science Brno 09. Brno: VUT Brno, 2009, ISBN: 978-80-214-3822-4.
- Chmelík, J.: Místo činu a znalecké dokazování. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2005, 303 s., ISBN: 80-86898-42-3.
- Kolářková, J.: Jednou znalec, navždy znalec aneb Jak se žije znalcům v Česku? [online]. 2007, 1. 8. 2007 [cit. 2009-05-06]. Dostupný z WWW: <<http://www.viaiuris.cz/index.php?p=msg&id=164>>.
- Problémy v činnosti soudních znalců z oboru zdravotnictví: Systémové doporučení Ligy lidských práv č. 7. [online]. 2008, 23. 7. 2008 [cit. 2009-05-06]. Dostupný z WWW: <http://www.llp.cz/_files/file/SYSTEMOVE_DOPORUCENI_7.pdf>.
- Šámal, P., Púry, F., Rizman, S.: Trestní zákon: komentář. Praha: C.H.Beck, 2004, 1719 s., ISBN: 80-7179-896-7.
- Švestka, J. et al: Občanský zákoník: komentář. Praha: C.H. Beck, 2006, 1465 s., ISBN: 80-7179-486-4.
- Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 5. 2004, čj. 6 A 57/2001-61, dostupné na www.nssoud.cz
- Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 1. 7. 2007, čj. 2 As 69/2006-61, dostupné na www.nssoud.cz
- Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 27. 1. 2005, sp. zn.. 25 Cdo 1231/2004, dostupné na www.nsouid.cz
- Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 29. 5. 2007, sp. zn. 25 Cdo 1503/2005, dostupné na www.nsouid.cz

- Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 30. 7. 2008, sp. zn. 25 Cdo 883/2006, dostupné na www.nsoud.cz
- Rozhodnutí Ústavního soudu ze dne 8. 2. 2007, sp. zn. II. ÚS 666/06, dostupné na <http://nalus.usoud.cz/>
- Rozhodnutí Ústavního soudu ze dne 1. 11. 2007, sp. zn. I. ÚS 312/05, dostupné na <http://nalus.usoud.cz/>
- Rozhodnutí Krajského soudu v Ústí nad Labem ze dne 27. 6. 2007, sp. zn. 10 Co 528/2007, Identifikační číslo v ASPI: JUD103473CZ
- Rozhodnutí Krajského soudu v Českých Budějovicích ze dne 14. 10. 1994, sp. zn. 10 Ca 348/94, Identifikační číslo v ASPI: JUD5498CZ

Reviewer:

Ilona Jančářová

Contact – email:

jakub.hanak@mail.muni.cz

ODPOVĚDNOST PROVOZOVATELŮ JADERNÝCH ZAŘÍZENÍ ZA ZPŮSOBENOU ŠKODU

MARTIN HOLÍK

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Příspěvek se zabývá problematikou odpovědnosti provozovatelů jaderných zařízení za způsobené škody. V první části příspěvku je nastíněna stávající právní úprava v této oblasti, a to jak na mezinárodní, tak na vnitrostátní úrovni. S ohledem na stávající systém, který by v případě vzniku závažné havárie nebyl schopen poskytnout prostředky na úhradu veškerých škod, jsou dále rozebrány jednotlivé možnosti jeho změny, které by mohly zabezpečit dostatek finančních prostředků na krytí škod. Vzhledem k možnosti vzniku škod obrovského rozsahu v případě závažné jaderné nehody, je nejvhodnější možností vytvoření systému vzájemného sdílení škody mezi státy.

Key words in original language:

Odpovědnost za jadernou škodu, odpovědnost provozovatelů jaderných elektráren, Vídeňská úmluva o občanskoprávní odpovědnosti za jaderné škody, atomový zákon.

Abstract:

The contribution deals with the liability for reparations of the nuclear facility operators. The first part of the contributions outlines both the current international and legal regulations in this area / sphere. With respect to the current system, which would not be able to provide enough financial resources to cover damages of a serious nuclear accident, possible change suggestions of the system are analyzed, which could guarantee enough financial resources. In view of major damages in case of possible serious accident, the creation of a system of mutual risk sharing by a pool of states presents itself as the most suitable solution.

Key words:

Liability for nuclear damages, liability of nuclear facility operators, Vienna convention on civil liability for nuclear damage, atomic law.

1. MEZINÁRODNÍ ÚMLUVY O ODPOVĚDNOSTI ZA JADERNÉ ŠKODY

S okamžikem zprovoznění prvních jaderných elektráren vyvstaly obavy z možných vážných havárií těchto zařízení a případné odpovědnosti za škody, které v těchto případech dosahují obrovských částek. Tyto obavy plynuly především z možnosti exploze jaderného reaktoru, při které by se do okolního prostředí, v případě selhání bezpečnostních zařízení, uvolnilo velké množství radioaktivních látek. Opodstatněnost těchto obav se ukázala po havárii černobylské jaderné elektrárny.

Před touto havárií byly na mezinárodní úrovni sjednány dvě úmluvy, které se danou problematikou zabývaly.

První byla Vídeňská úmluva o občanskoprávní odpovědnosti za jaderné škody přijatá na úrovni Mezinárodní agentury pro atomovou energii (dále jen „IAEA“) v roce 1963, která vstoupila v platnost v roce 1977. Stranou této úmluvy je i Česká republika.

Druhou úmluvou byla Pařížská úmluva o občanskoprávní odpovědnosti v oblasti jaderné energie , která byla přijata v rámci Organizace pro hospodářskou spolupráci a rozvoj (OECD) v roce 1960, tato vstoupila v platnost šest let poté, tedy roku 1968.

Tyto dvě mezinárodní úmluvy byly sjednoceny v roce 1988 společným protokolem. Pro obě úmluvy jsou společné tyto hlavní principy:

- Odpovědni jsou výlučně provozovatelé jaderných zařízení.
- Odpovědnost provozovatele zařízení je objektivní, to znamená, že provozovatel odpovídá za škodu bez ohledu na zavinění, vyjma škod způsobených přímo v důsledku ozbrojeného konfliktu, nepřátelství, občanské války nebo povstání.
- Odpovědnost provozovatele je limitována co do rozsahu. Vídeňská úmluva nestanovuje přímo horní hranici. Tato hranice však může být stanovena legislativou každého členského státu. Pařížská úmluva stanovuje odpovědnost na nejvyšší částku odpovídající 360 milionům Euro .
- Odpovědnost je časově limitována. Nárok na náhradu škody zaniká, pokud nebude uplatněna do deseti let od vzniku škody.
- Provozovatel musí zajistit pojištění nebo další finanční zajištění v částce stanovené státem, ve kterém je zařízení provozovatele umístěno. Stát může poskytnout dodatečné zajištění přesahující povinnou část.
- Pravomoc projednávat žaloby mají pouze soudy státu, na jehož území se jaderné zařízení nachází.
- Státy nesmí diskriminovat poškozené z důvodu státního občanství, bydliště či pobytu.

Po černobylské havárii zahájila IAEA činnosti vedoucí ke zlepšení stávajících úmluv a k zakotvení jednotného režimu odpovědnosti. Výsledkem těchto snah a spolupráce s Agenturou pro atomovou energii při OECD bylo přijetí Společného protokolu týkajícího se aplikace Vídeňské úmluvy a Pařížské úmluvy. Tento protokol, který vstoupil v platnost v roce 1992, rozšířil rozsah obou úmluv a sjednotil je v jeden režim. Záměrem bylo především vyloučit možné konflikty právních režimů při mezinárodních transportech jaderného materiálu.

Dalším krokem vedoucím ke zvýšení odpovědnosti provozovatele jaderného zařízení za možné škody bylo přijetí Protokolu o doplnění Vídeňské úmluvy o občanskoprávní odpovědnosti za jaderné škody z roku 1997, který výrazně zvýšil limit odpovědnosti provozovatelů na nejméně 300 milionů SDR, což je přibližně 360 milionů Euro. Tento protokol také rozšířil pojem jaderné škody o škody na životním prostředí a dále rozšířil dobu, po kterou mohou být uplatněny nároky z titulu usmrcení či osobního zranění. I když protokol vstoupil v platnost v roce 2003, žádný stát provozující na svém území jaderné elektrárny jej prozatím nepřijal.

V roce 1997 byla mezi členskými státy IAEA přijata Úmluva o dodatkovém odškodnění jaderných škod, která by měla posílit právní rámec odškodnění. Úmluva zavazuje státy, bez ohledu na to, zda jsou vázány jinou smlouvou, či zda jsou na jejich území provozovány jaderné elektrárny, k tomu, aby deponovaly dodatečné zajištění, které by bylo okamžitě k dispozici pro úhradu škod v případě jaderné havárie. Pro vstup této úmluvy v platnost je zapotřebí, aby ji ratifikovalo minimálně pět států, které na svém území mají jaderná zařízení, což se doposud nestalo.

Bez ohledu na výše uvedené existuje určitý minimálně tichý souhlas, že státy, na jejichž území jsou umístěna jaderná zařízení, by v případě vážné havárie poskytly prostředky na úhradu škod přesahující výše uvedené částky, a to stejně jako v případě jiných velkých havárií a přírodních katastrof. Tato skutečnost však nemění nic na primární odpovědnosti provozovatelů jaderných zařízení.

Dále je nutno zmínit skutečnost, že řada států, na jejichž území je provozována většina reaktorů, nejsou stranou žádné z výše uvedených úmluv.

2. SPECIFICKÝ PŘÍSTUP USA

Zcela odlišný přístup učinily Spojené státy, které nejsou stranou žádné z výše uvedených úmluv. Spojené státy přijaly v roce 1957 zákon, který byl vůbec prvním zákonem upravující odpovědnost za jaderné škody. Na základě tohoto zákona je v současné době připraveno 10 bilionů dolarů na úhradu případných škod, a to bez jakýchkoliv nákladů z veřejných prostředků. Tento fond byl vytvořen na krytí případných havárií jaderných reaktorů, výzkumných reaktorů a ostatních jaderných zařízení. Všichni provozovatelé jaderných zařízení jsou povinni být na základě tohoto zákona pojištěni ve dvou úrovních. Každý provozovatel individuálně je jednak povinen zajistit pojištění až do výše 300 milionů dolarů od soukromých společností. Druhá úroveň je tvořena společně všemi provozovateli jaderných zařízení ve Spojených státech. Je financována na základě zpětných plateb jednotlivých operátorů jaderných reaktorů. Každý operátor je povinen v případě potřeby odvést do společného fondu až 112 milionů dolarů za každý provozovaný reaktor, přičemž tato částka je splácena v ročních splátkách ve výši 17,5 milionu dolarů. Do fondu přispívá i ministerstvo pro energetiku, a to za jím provozovaná jaderná zařízení. Čerpání z fondu by v případě závažné jaderné havárie bylo závislé na rozhodnutí kongresu, který by v poslední instanci rozhodoval o způsobu poskytnutí financí.

Z fondu bylo prozatím na náhradu škod a soudních nákladů vyplaceno více než 200 milionů dolarů, přičemž zhruba 71 milionů dolarů bylo použito na náhradu škody po havárii jaderného zařízení v Three Mill Island.

Samotný zákon je v mnoha ohledech kontroverzní. Kritické upozorňují především na skutečnost, že se jedná o ohromnou podporu daňových plátců jadernému průmyslu, který značně redukuje náklady těchto podnikatelů. Někteří z oponentů namítají, že jaderný průmysl by nemohl přežít bez stanovení hranice ručení za způsobené škody. Tomuto zákonu je dále namítáno, že byl původně přijat pro uklidnění investorů, chystajících se investovat do nového a z tehdejšího pohledu riskantního podnikání. V současnosti se však již jedná o rozvinuté průmyslové odvětví a jednotliví podnikatelé by měli být plně odpovědní za škody způsobené v případě jaderné havárie a měli by si sami hradit pojištění všech škod, které mohou být jejich činnostmi způsobeny. Dle kritiků tak i po 40 letech po přijetí tohoto zákona jaderný průmysl

využívá podpory, která deformuje náklady za využívání jaderné energie a v případě závažné jaderné havárie přenechává úhradu škod na daňové plátce.

3. PŘÍSTUP VYBRANÝCH ZEMÍ VYUŽÍVAJÍCÍCH JADERNOU ENERGIÍ

Ve většině evropských zemí byly přijaty jednotlivé zákony na základě mezinárodních úmluv, přičemž odlišný je většinou zákonem stanovený horní limit náhrady škod. Výjimkou je Německo, kde provozovatelé ručí neomezeně a každý provozovatel jaderného zařízení musí složit zálohu ve výši 2,5 miliardy euro za každé jím provozované zařízení.

Ve Švýcarsku musí mít každý provozovatel jaderného zařízení pojištění do výše 700 milionů euro. V případě vzniku škody by dotčené osoby nemusely prokazovat zavinění, postačovalo by prokázání vzniku škody. V případě vyčerpání horní hranice by byly další finanční prostředky poskytnuty vládou.

Ve Velké Británii byla stávající legislativa uvedena energetickým zákonem z roku 1983 do souladu s Pařížskou a Bruselskou úmluvou, přičemž byly stanoveny nové limity odpovědnosti pro jednotlivá jaderná zařízení. V roce 1984 byl tento limit zvýšen na 140 milionů liber za každé významné jaderné zařízení. Každý provozovatel je povinen pojistit jím provozované zařízení na tuto částku.

V Evropě byly dále přijaty dva vzájemné pojišťovací mechanismy, které doplňují komerční systém hromadného pojištění provozovatelů jaderných zařízení. Jedná se o Vzájemné evropské pojištění pro jaderný průmysl (European Mutual Assurance for the Nuclear Industry - EMANI), který byl založen v roce 1978 a Evropské pojištění odpovědnosti pro jaderný průmysl (European Liability Insurance for the Nuclear Industry - ELINI), který byl založen v roce 2002. V rámci ELINI je plánováno vytvořit finanční zdroje ve výši 100 milionů euro pro krytí případných škod. Členy tohoto programu je většina evropských provozovatelů jaderných zařízení. V rámci EMANI bylo doposud shromážděno pouze 500 milionů eur.

Kanadský zákon o odpovědnosti za jaderné škody z roku 1976 je v souladu s mezinárodními úmluvami a zakotvuje absolutní a výhradní odpovědnost za škody vzniklé třetím osobám. Případné škody by byly hrazeny ze společného pojištění provozovatelů.

Japonsko není stranou žádné z mezinárodních úmluv, jeho právní úprava je s nimi z větší míry shodná. Ručení provozovatele jaderného zařízení je výlučné a neomezené, každý provozovatel zařízení musí složit finanční záruku ve výši 60 miliard jenů. Není však jasné, co by se stalo v případě, kdy by tato hranice byla vyčerpána. Při vážné nehodě v jaderném zařízení Tokaimura byla na základě pojištění vyplacena jedna miliarda jenů a společnost provozující toto zařízení vyplatila 13,5 milionů jenů.

Ukrajina ratifikovala všechny významné mezinárodní úmluvy v této oblasti. Odpovědnost provozovatele jaderného zařízení je limitována částkou přibližně 180 milionů euro. Speciální ustanovení byla přijata i pro financování krytu černobylské elektrárny.

Rusko ratifikovalo Vídeňskou úmluvu v roce 2005 a vytvořilo systém hromadného pojištění, zahrnující 23 pojišťoven ručících do výše 350 milionů dolarů.

Ačkoliv Čína není stranou žádné mezinárodní úmluvy, je aktivním členem mezinárodního systému hromadného pojištění. Národní právo ustavilo systém odpovědnosti za nukleární

škody, který odpovídá standardům mezinárodních úmluv a výše ručení byla postupně zvýšena na úroveň běžnou v ostatních zemích.

4. VNITROSTÁTNÍ ÚPRAVA

V českém právním řádu je odpovědnost provozovatele jaderného zařízení upravena v hlavě páté atomového zákona (zákon č. 18/1997 Sb.) a dále ve Vídeňské úmluvě, na kterou atomový zákon odkazuje. Obecná ustanovení občanského zákoníku, týkající se odpovědnosti příp. výše a rozsahu hrazené škody, se použijí pouze tehdy, nestanoví-li atomový zákon či Vídeňská úmluva jinak. Ustanovení občanského zákoníku by se tedy použila především pro stanovení rozsahu a způsobu náhrady jaderné škody.

Odpovědnost provozovatelů jaderných zařízení za jadernou škodu způsobenou každou jednotlivou jadernou událostí je omezena v případě jaderných zařízení pro energetické účely, skladů a úložišť vyhořelého jaderného paliva, určeného pro tato zařízení, nebo jaderných materiálů, vzniklých zpracováním tohoto paliva částkou 6 miliard Kč. U ostatních jaderných zařízení a přeprav je škoda limitována částkou 1,5 miliardy Kč. Do výše těchto částek poskytuje stát záruku za uspokojení přiznaných nároků, pokud nebyly uhrazeny z pojištění či jiného finančního zajištění. Provozovatelé jaderných zařízení musí sjednat pojištění na pojistnou částku větší než 1,5 miliardy Kč v případě, kdy jejich ručení je limitováno částkou 6 miliard Kč, či do výše 200 milionů Kč v ostatních případech.

V současné době byla Poslaneckou sněmovnou přijata novela atomového zákona, která zvyšuje odpovědnost provozovatelů jaderných zařízení na 8 miliard Kč a limit pojistné částky na 2 miliardy Kč.

Právo na náhradu jaderné škody se promlčí, jestliže nárok na její náhradu nebyl uplatněn ve lhůtě tří let ode dne, kdy se poškozený o události, která vedla k jaderné škodě, a o tom, kdo za ni odpovídá, dozvěděl nebo mohl dozvědět, nejpozději však ve lhůtě deseti let ode dne vzniku takové události, popřípadě po uplynutí platnosti pojištění, pokud byla platnost pojištění delší.

5. LIMITY A MOŽNOSTI DOPLNĚNÍ STÁVAJÍCÍHO SYSTÉMU

Při stanovení vhodného systému zajištění odpovědnosti provozovatelů jaderných zařízení je na jedné straně nutno zohlednit relativně malou pravděpodobnost nastání závažné havárie, která je však na straně druhé zastíněna hrozbou vzniku škod obrovského rozsahu v případě jejího vzniku.

V současnosti je ve většině států odpovědnost provozovatelů jaderných zařízení omezena výší povinného plnění, přičemž tento systém odpovídá platným mezinárodním úmluvám, které byly v této oblasti uzavřeny.

Případné prostředky na finanční odškodnění jsou omezeny na (a) krytí z povinného pojištění provozovatele jaderného zařízení, (b) příspěvky od států, které jsou stranami mezinárodních úmluv, (c) příspěvky států, na jehož území by škoda vznikla a (d) případné jmění společnosti, která by byla odpovědná za vzniklou škodu.

Skutečnost je však taková, že v případě vzniku jaderného havárie závažného rozsahu by nebyly k dispozici zdroje na úhradu veškerých škod. V případě jaderné havárie v hustě zalidněných oblastech by bylo postiženo obrovské množství jednotlivců, firem a států. Daná

situace by vyžadovala i přijetí závažných politických rozhodnutí, které by na danou situaci musely reagovat a jejichž realizace by vyžadovala obrovské finanční prostředky. Bylo odhadnuto, že havárie černobylské elektrárny způsobila jen na území Běloruska škodu ve výši 235 miliard dolarů. Stávající systém však dokáže pokrýt pouze malou část celkových škod, které by v případě závažné havárie vznikly. Klade se tedy otázka, do jaké míry je stávající systém únosný a kdo by měl být za způsobené škody zodpovědný.

V první řadě by měl být v souladu s principem „znečišťovatel platí“ odpovědný provozovatel jaderného zařízení. Tento princip je však efektivní pouze v případě, kdy výše jmění případného znečišťovatele stačí ke krytí možných škod, které mohou být jeho činnostmi způsobeny. V případě vzniku závažné jaderné havárie by škody dalece přesáhly jmění každého provozovatele. Princip „znečišťovatel platí“ nachází své limity právě ve výši jmění provozovatele. Na tomto místě je nutno zdůraznit, že v řadě zemí bývají provozovatelem jaderného zařízení dceřiné společnosti, jejíž jmění je na rozdíl od mateřské společnosti značně limitované, a to většinou právě na provozované jaderné zařízení. V případě odpovědnosti za jaderné škody je tedy pouhá odpovědnost provozovatele nedostačující.

Druhou možností, která se logicky nabízí, je zvýšení pojistného limitu pojištění. Je však odhadováno, že soukromé pojišťovny nebudou ochotny akceptovat pojištění přesahující částku 700 milionů dolarů. Tato skutečnost je daná především tím, že pojišťovny nemají dostatek informací pro vypočtení celkového rozsahu pojistného plnění, které by v případě vážné jaderné havárie bylo nutno vyplatit. Dalším možným důvodem je obrovský rozsah plnění, které by pojišťovny musely uhradit v případě takové havárie. Nelze se tedy spolehnout na to, že veškeré škody by byly uhrazeny z komerčního pojištění provozovatelů jaderných zařízení.

Dalším subjektem, na který by mohla být odpovědnost za jaderné škody přenesena, je jaderný průmysl. Vzorem by mohl být výše uvedený model platný ve Spojených státech, který je postaven na kombinaci společného fondu, do kterého přispívají jednotliví provozovatelé jaderných zařízení a povinného pojištění provozovatelů. Mohlo by se jednat o kombinaci vertikální odpovědnosti, v rámci které by byli odpovědni výrobci a distributoři jaderné energie s odpovědností horizontální, tj. společnou odpovědností všech výrobců jaderné energie. Tento systém však předpokládá nelehkou harmonizaci právních ráďů států, které by se chtěly do systému zapojit. Dalším úskalím zavedení takového systému je, že jeho strany by musely souhlasit s případným plněním ve prospěch třetí osoby, a to mnohdy proti vlastním zájmům. Strany s modernější technologií by tak mohly blokovat příslušná jednání o vytvoření takového systému. Vytvoření tohoto systému je tak možné pouze v rámci jedné země případně Evropské unie. Podobně jako v případě pojištění je i zde otázkou, zda by daný systém byl schopen shromáždit dostatek finančních prostředků pro krytí případných škod.

Dalším subjektem, který by měl být v případě závažné jaderné havárie odpovědný, je stát, na jehož území by došlo k havárii. Odpovědnost státu za jaderné škody je dána především tím, že každý stát rozhoduje o tom, zdali na jeho území budou jaderná zařízení provozována a o tom, jaká bezpečnostní kritéria musí tato zařízení splňovat. V mnoha státech je jaderný průmysl vlastněn nebo spolu-vlastněn státem. Stát také benefituje na jaderném průmyslu prostřednictvím daní. Často také bývá zdůrazňováno, že jaderný průmysl přispívá ke snížení emisí skleníkových plynů.

Je jasné, že v případě závažné jaderné havárie by příslušný stát musel přijmout opatření, která by na danou situaci reagovala. Důležitou roli by nepochybně sehrál i tlak veřejnosti. Postižený

stát by byl nucen reagovat pod hrozbou civilních nepokojů a v krajním případě i mezinárodních konfliktů. V současné době však nebyla přijata žádná mezinárodní úmluva, která by přímo zakotvila odpovědnost států za škody způsobené haváriemi jaderných zařízení umístěných na jejich území. S ohledem na těžkosti spojené s vyjednáváním takové úmluvy je nepravděpodobné, že by podobná úmluva byla na mezinárodní úrovni přijata.

V rámci Evropské unie je přijetí systému odpovědnosti států za jaderné škody vzniklé na jeho území představitelné. Opět je zde ale problém s rozsahem škod závažné havárie, který by u menších států mohl být na hraně jejich finančních možností. Je tedy otázkou jak zajistit, aby byl tento systém všeobecně akceptovatelný.

Jedním z možných řešení je takový systém, ve kterém by státy byly odpovědny za škody způsobené jadernými zařízeními umístěnými na jejich území, přičemž by tento systém zároveň zakotvil vzájemné sdílení případných škod jaderných havárií mezi jednotlivými členskými státy. Výše příspěvků jednotlivých států by mohla být limitována procentuálně v závislosti na hrubém domácím produktu. Existují v podstatě dva možné způsoby vzniku takového systému. První předpokládá ustanovení takového systému mezi dvěma státy, a to na základě mezinárodní smlouvy, přičemž tento systém by byl otevřen i dalším státům. Čím více států by se do tohoto systému zapojilo, tím více prostředků by v jeho rámci mohlo být připraveno, což by bylo motivací pro vstup ostatních států. Druhou možností je vytvoření tohoto systému v rámci Evropské unie, kde by mohl být takový systém v případě politické vůle zaveden.

6. ZÁVĚR

Stávající systém odpovědnosti provozovatelů jaderných zařízení za jaderné škody, který vychází z mezinárodních úmluv, by nedokázal v případě závažné havárie poskytnout dostatek finančních prostředků na krytí všech škod. Za současného stavu by tak většinu škod musel uhradit stát na základě ad hoc řešení, jejichž přijetí by si daná katastrofa vyžádala. Vzhledem k této skutečnosti se dostává provozovatelům jaderných reaktorů ze strany států značné podpory. Na druhou stranu je jen stěží představitelné, že provozovatelé budou moci zajistit úhradu všech škod, které by při havárii provozovaného jaderného zařízení mohly vzniknout.

Jediným možným subjektem, který může dostatek finančních prostředků zabezpečit je stát. Vzhledem k rozsahu možných škod by závažná havárie mohla být na hranici finančních možností jednoho státu. Nejvhodnějším řešením je proto vytvoření systému vzájemného sdílení škod jaderných havárií mezi jednotlivými státy, přičemž Evropská unie by mohla zajistit optimální prostředí pro vznik takového systému.

Literature:

- Ian Hore-Lacy, Civil liability for nuclear damage. World Nuclear Association, 2008.
- Göran Skogh, A European Accident Pool, The Geneva Papers, 2008, str. 277.
- Dudová, J., Jančářová, I., Pekárek, M., Průchová, I., Právo životního prostředí. 2. díl., 2. přeprac. vyd., Brno : Masarykova univerzita, 2006.
- Damohorský, M. a kol. Právo životního prostředí. 2. Vydání. Praha: C.H. Beck, 2007.

*Dávid R., Neckář J., Sehnálek D., (Editors). COFOLA 2009: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4821-8*

Reviewer:
Ivana Průchová

Contact – email:
marlik@seznam.cz

CURRENT ISSUES OF INVESTING IN DEVELOPING COUNTRIES

ROMAN KALIŠ

Faculty of Law, Masaryk University, the Czech Republic

Abstract in original language:

Přestože mnoho rozvojových zemí disponuje velkým investičním potenciálem, příliv zahraničních investic na jejich území neroste. Právě probíhající světová ekonomická krize by mohla být nejjednodušším vysvětlením této skutečnosti. V době kdy velké finanční instituce, nadnárodní společnosti a dokonce i některé státy bojují o „přežití“, pohyb mezinárodního kapitálu nemůže zůstat nedotčen. Ekonomická krize však ve většině případů není hlavním důvodem stagnace přílivu mezinárodních investic do rozvojových zemí.

Key words in original language:

Mezinárodní investice; rozvojové v. rozvinuté země; světová ekonomická krize; ochrana zahraničních investic.

Abstract:

In spite of the fact that many developing countries have beyond any doubt a big investment potential, the inflow of foreign investments is not growing. These countries are turning to the biggest world economies and ask why the inflow of foreign direct investment from developed countries is stagnating. The current global economic crisis can be one reason and most likely would be the easiest explanation. At the height of global economic crisis when large financial institutions, multinational companies and even governments are struggling, the transfer of international investment cannot stay unaffected. Nevertheless, the economic crisis is not the main reason in most cases.

Key words:

International investments; developing v. developed countries; global economic crisis; protection of foreign investments.

INTRODUCTION

Foreign trade and investment could be the major driving force for developing countries.¹ It can help to attain higher and more sustainable economic growth rates through supporting economy modernization and its structural adjustment, creating employment, providing more opportunities for domestic private sector, facilitating competition, transferring skills, knowledge and technology, etc². It is obvious that there is a great need to promote foreign trade and at the same time attract foreign investments in developing world. In spite of the fact

¹ „There is a widespread consensus on the importance of foreign direct investment to developing state“. Bayzakova, D., Zarafshan – Newmont Case and International Investment Arbitration against Uzbekistan: Interpretation of Consent by the Host State and Relevance of National Legislation. *Journal of World Investment and Trade*.

²UNDP; Capacity Building and Strengthening Foreign Trade in Investment Promotion Institutions in Uzbekistan

that many developing countries have beyond any doubt a big investment potential, the inflow of foreign investments is not growing. These countries are turning to the biggest world economies and ask why the inflow of foreign direct investments from developed countries is stagnating. The current global economic crisis can be one reason and most likely would be the easiest explanation. At the height of global economic crisis when large financial institutions, multinational companies and even governments are struggling, the transfer of international investment cannot stay unaffected. Investment budgets of many multinational companies are cut and they are therefore lacking funds to invest abroad. Nevertheless, the economic crisis is not the main reason in most cases. The investors who have the investments funds available at the moment have realized that the cost of many investment opportunities is decreasing and that the crisis can be actually the best time to invest their capital with the view of high profits in the future³. International investors are however not willing to invest in a foreign territory unless they feel their investment is dully protected against non-commercial risks usually in form of a state's expropriatory or other actions with similar effect that could harm their property.

1. INTERNATIONAL INVESTING

The transfer of cross-border investments has become a daily reality of today's more and more globalized world. In order to promote international investment exchange, the states insist on mutual facilitation of transfer of international capital and are trying to take all advantages connected with the inflow of foreign investments. For developing countries, the placement of foreign investment in their territories does not mean only acquiring financial capital, but also an opportunity to strengthen the stagnating economy, acquiring the latest foreign technologies, decreasing unemployment, as well as raising the qualification of the laborers and managers employed by foreign companies⁴. Foreign trade and investment could thus be the major driving force for developing countries⁵, which would help to attain higher and more sustainable economic growth rates through supporting economy modernization and its structural adjustment, creating employment, providing more opportunities for domestic private sector, facilitating competition, transferring skills, knowledge and technology, etc⁶.

The advantages for foreign investors then lie especially in the opportunity to use cheaper labor force⁷ in the host state, opportunity to enter new markets and also getting an access to

³ For instance the cost of real estate property as well as other investment opportunities in European Union and America is decreasing and the volume of Chinese investments in Europe is rapidly growing every year, on the other hand the volume of European investments in China is decreasing.

⁴ „For transitional economies foreign direct investments (FDI) has a special significance as it can accelerate the modernization of their economies not only through capital inflows but also through the transfer of technology and business and management skills“. UNDP, *Investment Guide to Uzbekistan*, 2007

⁵ „There is a widespread consensus on the importance of foreign direct investment to developing state“. Bayzakova, D., *Zarafshan – Newmont Case and International Investment Arbitration against Uzbekistan: Interpretation of Consent by the Host State and Relevance of National Legislation*

⁶UNDP; Capacity Building and Strengthening Foreign Trade in Investment Promotion Institutions in Uzbekistan

⁷ At the time of global economic crisis many workers from developing countries working abroad (usually in the European Union and United States) were laid off and returned to their home countries where they also stayed

natural resources which are not available in their home countries. The foreign investors, however, don't feel comfortable to invest in a foreign territory, unless they feel that their investment is sufficiently protected against political risks. One of the indispensable conditions for attracting foreign investments is therefore the creation of favorable legal environment in the host state. In order to stimulate international investing, the states are usually concluding bilateral investment treaties⁸, accessing to multilateral treaties⁹ dealing with international investment protection and passing national legislation aimed at protection and promotion of foreign investments. Any country should however bear in mind at all times that the sole acceptance of international obligation in form of an international treaty or by passing national investment legislation, is not sufficient and that the protection embodied in these legal acts has to be effectively promoted in practice. The host country has thus the important duty to guarantee an appropriate protection of foreign investors property placed at the host state's territory. Such protection currently lies especially in providing foreign investor with such treatment as is guaranteed by investment treaties and investment legislation. Breach of these obligations leads to international responsibility of the host state and creates an investor's right to claim compensation at a national court or agreed arbitral tribunal¹⁰. The cost of such a breach may then be very high.

2. INVESTING IN DEVELOPING WORLD

One of the biggest problem foreign investors usually face in developing countries is the legal uncertainty caused by high frequency of investment legislation's changes¹¹. To deal with this issue, the national investment legislation sometimes introduces so called "grandfather clause" which gives the foreign investor the right to opt out of any piece of legislation passed after the entrance of the concerned investment to the territory of the host state which "impairs the conditions of investing."¹² If the investment is made based on an "investment contract" concluded between the international investor and the host government, it is also highly recommended to include a stabilization clause in this contract which freezes the legal regime to the date when the international investment was placed in the host-country. The stabilization clause has got similar effect as the grandfather clause provided for by the national investment legislation and renders all adverse legislative changes inapplicable to the international investment in question. However, the foreign investors are often in reality not able to take

unemployed. The foreign investors who are ready to invest in a devoping country can now take advantage of employing well educated local laborers and managers with the experience working abroad.

⁸ So called „Bilateral treaties on reciprocal encouragement and protection of foreign investments“.

⁹ International Convention on Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (the Washington Treaty), The Soul Treaty on Multilateral Investment Guarantees Agency, Energy Charter Treaty.

¹⁰ As was for instance the case in *C.M.E. v the Czech Republic* (2002) in which the Czech Republic was found in breach of investment treaty treatment standards and had to pay compensation of about USD 300 milion.

¹¹ „A primary complaint of foreign investors was the legal uncertainty caused by the remarkable frequency with which the Uzbek government adopted new laws and repeals old ones.“ Newman, A., *Investing in Uzbekistan: A Rough Ride on the Silk Road*. 30 Law & Pol'y Int'l Bus. 1998-1999

¹² Article 11 of 1994 Foreign Investment Law

advantage of these provisions because the negative effect of any subsequent legislation is to be determined by the host state's national authorities themselves whose objectivity is (at least) controversial¹³.

Another "hot" issue the international investors keep complaining about is the restrictions the host states place on repatriation of profits. The national legislation usually proclaims the right of investors to freely transfer his hard currency income to and from the host country. In the next sentence it can however introduce an additional condition saying that this right exists pursuant to the host state's national legislation. Such provision again gives the national authorities a great amount of discretion to restrict the freedom of profit repatriation basically at any time. International investors has to realize and be aware of the fact that immediate transfer of hard currency capital is not going to be possible due to pertaining problem with hard currency conversion and that the conversion and transfer of hard currency profit out of the country is in reality not as simple and can last for several months or even longer. As can be implied from this fact and as was already mentioned above, the conversion and following repatriation of profit can be very burdensome.

CONCLUSION

As I have already noted above, the ongoing global economic crisis is not of the biggest concern for an investor thinking about investing in a developing country. The main problem persists to be the legal uncertainty often created by the host state's legislation as well as insufficient observance of international obligations providing for protection of international investments. The solution is not a difficult one. Any host state which seeks to attract foreign investor should honor investment treaties it has concluded and at the same time put stress on keeping promises it has given to the investors in national legislation to encourage them to invest on its territory. It is important to realize that the breaches of any such obligation will most likely lead to an international arbitration and if the host state is found guilty of breaching international investor's rights the price will be very expensive. Moreover, the punishment does not take only the financial form of compensating investor's loses but also harms the host state's prestige in international arena which will make it less attractive for any potential investor in the future.

Literature:

- Baker & McKenenzie, *Doing Business in Uzbekistan* 2008
- Bayzakova, D.: *Zarafshan – Newmont Case and International Investment Arbitration against Uzbekistan: Interpretation of Consent by the Host State and Relevance of National Legislation*. *Journal of World Investment and Trade*, 6/10/2008
- Kalis, R.: *Legal Environment for International Investments in Uzbekistan*, Masaryk University, Cofola 2008

¹³ As can be implied from this fact, there has been a great scope of discretion on part of the authorities and their objectivity was unfortunately doubtful.

- Newman, A., Investing in Uzbekistan: A Rough Ride on the Silk Road. 30 Law & Pol'y Int'l Bus. 1998-1999
- PriceWaterHouseCoopers, Uzbekistan Doing Business Guide, 2008-2009
- UNCTAD, The Global Economic Crisis: Systematic Failures and Multilateral Remedies. United Nations 2009
- UNDP, Capacity Building and Strengthening Foreign Trade in Investment Promotion Institutions in Uzbekistan.2007

Reviewer:
Naděžda Rozehnalová

Contact – email:
romankalis@seznam.cz

TASKS OF SELF-GOVERNMENT IN THE FIELD OF SOCIAL ASSISTANCE IN THE LIGHT OF POLISH LAW

MAGDALENA PYTER

The John Paul II Catholic University of Lublin; Faculty of Law, Canon Law and Administration, Poland

Abstract in original language:

Do jednostek samorządu terytorialnego zaliczyć należy: gminy, powiaty oraz województwa. W Polsce analogicznie do innych krajów europejskich jedynie część zadań lokalnych i regionalnych jest realizowana przez agendy administracji rządowej, które hierarchicznie podlegają Radzie Ministrów, Premierowi bądź poszczególnym ministrom. Istotna część zadań administracyjnych jest realizowana przez samorząd terytorialny. Dokonują tego organy samorządowe, które są podporządkowane odpowiedniej wspólnotie lokalnej (gminnej, powiatowej) bądź regionalnej (wojewódzkiej) i które reprezentują jej interesy. Zgodnie z ustawą z 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (Dz. U. Nr 64, poz. 593; ost. zm. Dz. U. z 2007 r. Nr 221, poz. 1649) pomoc społeczna należy do instytucji polityki społecznej państwa. Ma ona na celu umożliwienie osobom i rodzinom przezwyciężenie trudnych sytuacji życiowych, których nie są one w stanie pokonać przy wykorzystaniu własnych uprawnień, zasobów i możliwości. Do zorganizowania pomocy społecznej zobowiązane są organy administracji rządowej i samorządowej. Na zasadach partnerstwa współpracują one z organizacjami społecznymi i pozarządowymi oraz z Kościołem Katolickim, innymi kościołami, związkami wyznaniowymi oraz osobami fizycznymi i prawnymi.

Key words in original language:

Polskie prawo; jednostki samorządu terytorialnego; pomoc społeczna.

Abstract:

Among local governments in Poland one can distinguish: commune, district and voivodeship (province) governments. In Poland, like in other European states, only a part of local and regional tasks is carried out by organs of central government administration, subordinate to the Council of Ministers, the Prime Minister or particular ministers. A significant portion of these tasks is carried out by organs of local governments, which are subordinate to the given administrative unit -- either local (commune and district) or regional (voivodeship). Among mandatory internal tasks of a commune the act covers such tasks as: summarizing the overall needs of the commune connected with social assistance, developing programmes aimed at solving social problems, addictions prevention and treatment, integrating families in high-risk groups, providing persons in need with shelter, meals and clothes, granting and paying permanent benefits and purpose benefits covering the costs connected with acts of God, granting and paying purpose benefits covering the costs of medical assistance for the homeless and other persons without income, who cannot have the aforementioned costs covered by the National Health Fund according to regulations governing social insurance, and paying social insurance premiums on behalf of person who are unable to work due to the necessity of giving direct, personal care to their chronically or very seriously ill family members.

Key words:

Polish law; local government; social assistance.

1. INTRODUCTION

In the past several years, in relation to Polish state, many intense changes have taken place. They have occurred for a variety of reasons and concerned non-uniform areas. Political and social transformations resulted, and sometimes forced, changes in Polish law. However, it seems that the most intense mobility of law can be seen in connection with the accession of Poland to the European Union¹.

Among many fields of law, which in recent years have undergone changes, there have been worked out a new solution for bodies of local self-government², as well as social assistance³. As I was trying to demonstrate in the paper, both the local government and social activities are organically linked with each other.

With this in mind the aim of the article was to present tasks appointed by the legislature appointed for individual units of local self-government in the provision of social assistance. The solutions presented relate to the Polish legal system. Article is divided into two parts. The first one presents the general problem of local government and the basic information in the field of social assistance. This part is therefore an introduction to the other, which raised the issues of individual tasks of social assistance and ways of its implementation.

The paper used legal acts of individual units of local self-government and social assistance. Among the literature that was there are commentaries to these laws, university textbooks and articles from scientific journals. This article only outlines the problem of participation of local government units in carrying out social assistance and may be a contribution to further research.

2. THE UNITS OF LOCAL SELF-GOVERNMENT AND SOCIAL ASSISTANCE

The institution of the modern local government is a result of long-term evolution. Self-government in Poland was re-activated in 1990, after forty years⁴. It is a specific organization of a local or regional community and at the same time - a form of public administration, in which residents form a community, by law, and relatively independently decide on the implementation of administrative tasks arising from the needs of the community on a given territory and permitted to self-government by law, under the supervision of statutory specific government administration. The following local government units can be extinguished: municipality, district and province. It is worth to point out that the Constitution of the Republic of Poland of 1997 in Article 164 Paragraph 1 states that the municipality is the basic unit of local self-government⁵.

¹ The Republic of Poland joined the EU on 1 May 2004 .

² The act of 8 March 1990 of municipal self-government (Laws Journal of 2001 no. 142 pos 1591 with amendments); The act of 5 June 1998 of district self-government (Laws Journal of 1998 no. 91 pos 578); The act of 5 June 1998 of province self-government (Laws Journal of 1998 no. 91 pos 576).

³ The act of 12 March 2004 on social assistance (Laws Journal of 2004 no. 64, pos. 593).

⁴ B. Dolnicki, *Samorząd terytorialny*, wyd. III, Kraków 2006, p. 17 i 15, ISBN 83-7444-199-2.

⁵ See: W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Commentary*, ed. IV, Kraków 2002, p. 223, ISBN 83-7333-106-9.

According to the classical theory of self-government, among tasks of individual units, there can be identified own and assigned tasks. It is worth to mention that the above-mentioned division has been adopted and has been used in most European countries⁶. As own tasks should be understood such tasks, that are to be performed by a unit itself. Interference of the state bodies is allowed only in the form of supervision determined normatively through correction of illegal activities⁷. Assigned task are entrusted to local government units to be performed by a statutory norm. Implementation of these tasks is associated with specific financial consequences and stronger supervision from organs assigning such tasks.

Each of these units of local government was obliged by law to carry out actions in the field of social assistance. The term social assistance is understood by law as a social security institution of state social policy, whose objective is to enable individuals and families to overcome difficult situations in life that they are not able to deal with using their powers, resources and opportunities⁸. In the literature it is stressed that social assistance is one of the oldest forms of social activity⁹. The aim of social assistance is to support individuals and families in their effort to satisfy essential needs, as well as enabling them to live in conditions which conform to the dignity of man. The primary task of social assistance is to prevent the above situations, as well as their correction. Units of local government responsible for benefits in terms of social assistance are taking actions which should results in independence of persons and families, and the integration of these entities with the environment.

Although the legislature imposed on each unit of local government responsibilities in the field of social assistance, the law on social assistance emphasizes necessity of cooperation between those units and entities interested in receiving such assistance¹⁰. The act clearly states that the entities in the most disadvantaged situations have a duty to cooperate in resolving this situation. It does not indicate the way or the extent of that interaction. Despite this it should be understood relatively broadly. It can therefore be assumed that it equally concerns for example active seeking a job or raising qualifications and real cooperation with both local authorities and individual social workers. Behavior of the entitled people aimed at non-cooperation in the field of the improvement of their difficult situation, refusal to conclude a social contract¹¹, not complying with its provisions, unjustified refusal to work by a person

⁶ See: M. Deubert, G. Liegmann, *Rechtsgrundlagen kommunaler Selbstverwaltung und regionalne Strukturen in Europa*, Köln 1989.

⁷ B. Dolnicki, *Samorząd terytorialny*, p. 26.

⁸ Art. 2 par. 1 of the act on social assistance.

⁹ See: K. Podolski, W. Turnowiecki, *Polityka społeczna*, Gdańsk 1998, p. 122.

¹⁰ Art. 10 of the act on social assistance.

¹¹ The term social contract should be understood a written contract with a person seeking assistance. The contract defines the rights and obligations of the contract parties, within the framework of joint efforts undertaken to overcome the difficult condition of that person or family. Art. 6 point 6 of the Law on Social Assistance.

who is unemployed, or refusal to undergo treatment by an addict can be a condition to refuse to grant, or cancel a decision granting benefits or stop cash benefits from social assistance¹².

It should be stressed that the failure to cooperate should not be the sole and absolute condition for the refusal of the assistance. You have to remember the actual cause of the impossibility of cooperation. It may in fact be due to certain reasons, such as alcoholic or psychic disease, or various types of psychological addictions¹³. Social assistance is granted to individuals and families in particular because of: poverty, orphanhood, homelessness, unemployment, disability, or long or severe illness, domestic violence, need of protection of maternity or great families, helplessness in care and educational matters, conduct of a household especially in incomplete or large families, lack of skills in adapting to life by young people leaving care and education centres, difficulties in adapting to life after being released from penal establishments, alcoholism or drug addiction, random events and crisis situations and natural or ecological disasters¹⁴.

We must stress that the above-mentioned list is only a sample criteria of dysfunctions occurring in a family, which should be fulfilled in order to apply for social assistance benefit. These criteria can be met individually, or they may be overlapping¹⁵.

3. TASKS IN THE FIELD OF SOCIAL ASSISTANCE AND THEIR IMPLEMENTATION

In accordance with Article 16 paragraph 1 of the act on social assistance, the obligation to ensure the implementation of social assistance tasks lies on local authorities¹⁶. Both the municipality and the district were obligated by the legislature to carry out the tasks in the field of social assistance¹⁷. Therefore, they can not refuse to help a person in need, despite the existing obligation of individuals or legal entities to meet their essential needs.

Each of the units of local self-government, under the terms of the Act, is required to provide benefits in terms of social assistance. However, it is worthwhile to mention that this assistance has different character. For the reason, that the municipality is the basic unit, and - de facto - is the closest to an eligible entity, the law imposed upon it the most responsibilities¹⁸. Among the most typical own tasks compulsory are: granting and paying periodic and targeted benefits, paying contributions to the pension and retirement scheme for a person who

¹² See: art. 11 par. 2 of the Act on Social Assistance.

¹³ See: C. Martysz, S. Nitecki, G. Szpor, *Komentarz do ustawy o pomocy społecznej*, Gdańsk 2001, p. 20

¹⁴ See: art. 7 of the Act on Social Assistance.

¹⁵ Ł. Borkowski [et al.] *Komentarz do ustawy o pomocy społecznej wraz ze zbiorem przepisów wykonawczych*, Kutno 2005, p. 20, ISBN 83-60179-10-7.

¹⁶ Art. 16 of the Act on Social Assistance.

¹⁷ Tasks in the field of social assistance should also be fulfilled by the government. See: Ł. Borkowski [et al.], *Komentarz do ustawy o pomocy społecznej*, p. 41.

¹⁸ *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 1998, p. 178, ISDN 83-88166-67-0.

renounces the employment because of the need of long-term personal care of a sick family member, feeding children ; organization and delivery of care services, including in the place of residence. Own tasks of municipalities include among others: assignment and payments for economic independence in the form of benefits, loans and aid in kind, keeping and providing places in social welfare facilities and municipal supporting centers and cooperation with district authorities in the field of popularization of job posts and information on job vacancies¹⁹.

The following tasks assigned by the government and implemented by the municipality can be distinguished: granting and payment of permanent and targeted benefits for covering expenditures related to natural or ecologic disasters, organization and provision of special care services at the place of residence for people with mental disorders and maintenance and development of the infrastructure of environmental self-help homes for people with mental disorders²⁰.

Apart from tasks performed by each municipality, self- government units responsible in the field of benefits in terms of social assistance are districts. Each district performs public tasks of over-municipal character set out in the laws, for instance: professional training of social assistance personnel from the district, working out a list of district needs in the scope of social assistance, as well as development and implementation of the district strategy for resolving social problems, but after consultation with locally relevant municipal authorities²¹.

Among own tasks performed by a district dominant are those, which relate to the functioning of foster families and care and education centers. The sphere of activities mainly deal with the care of a family and child. These tasks are in particular: organization of care in foster families, providing monetary assistance to cover partial cost of living of children placed in them and paying compensation for being ready to adopt a child or provided care and upbringing for foster parents not related to the child; provision of care and education for children totally or partially deprived of parental care. Such assistance is provided in particular by organizing and conducting adoption and care centers, care and education centres, as well as creation and implementation of programs of aid for a child and family. In addition to the above, district's tasks include covering the cost of living children from the area of the district, placed in care and education centers and foster families, even in another district and granting monetary assistance to those who leave the above-mentioned facilities or continuing education²².

Provincial self-government has spontaneous tasks in social assistance. This is due to the fact that the scope of action of this self- government can not affect the independence of municipalities and districts²³. The activities of provincial self-government have mainly programming and

¹⁹ Art. 17 par. 1-2 of the Act on Social Assistance.

²⁰ Art. 18 par. 1 of the Act on Social Assistance.

²¹ Ł. Borkowski [et al], Komentarz do ustawy o pomocy społecznej, p. 47.

²² Art. 72, 78, 80 and 88 of the Act on Social Assistance.

²³ E. Ochendowski, Prawo administracyjne. Część ogólna, Toruń 1999, p. 305.

coordinating character²⁴. It should be understood that due to system reasons provincial self-government is "far away" from various beneficiaries of social assistance. This does not mean, however, that the self-government unit does not work for them. This activity can be described as more general action than at lower levels of self-government.

In accordance with Article 21 of the cited law, the tasks of provincial self-government include, in particular: development, updating and implementation of provincial strategies in the scope of social policy which is an integral part of the provincial development strategy covering a range of programs²⁵. There is a specific subordination of provincial self-government to the governor. It is mainly demonstrated in the reporting obligation and the balance of needs that should be handed over to the governor.

Article 22 imposes on the governor, a representative of the Council of Ministers in the province, defined tasks of social assistance. Of particular importance are the governor's powers and obligations concerning social assistance homes. These are for instance the right to issue and revoke permits for their operation, as well as keeping a register of these centres. In addition to the above, the governor has control competences. These include both organization units of social assistance as well as non-public entities fulfilling tasks of social assistance on the basis of relevant agreements²⁶.

The tasks of social assistance in municipalities carry out organizational units, which are social assistance centers²⁷. As it was rightly pointed out by one of the authors, social assistance centers are the main and often the sole assistance entity in a municipality²⁸. With this in mind it seems reasonable to say that the role of such centers is extremely important. Social assistance centers perform tasks of two types. First of all these are tasks assigned by the government²⁹. In addition to the above there must be distinguished mentioned above own tasks of a municipality³⁰. It is worth to note that in the implementation of the first type of tasks, social assistance centers are guided by the governor's findings, and for the implementation of others the base are findings of a reeve, mayor or a president. In order to improve the performance of the tasks in the field of social assistance, the legislature allowed for the creation within the municipality additional (other) organization units³¹. Use of this

²⁴ See: R. Golat, Nowe rozwiązania w pomocy społecznej, „Gazeta Samorządu i Administracji” 2004, nr 9-10, p. 53.

²⁵ The Act sets out the assistance programs: program against social exclusion, equal opportunities for persons with disabilities, social assistance, prevention and resolution of alcohol problems, cooperation with non-governmental organizations - after consultation with districts. See: art. 21 par. 1 of the Act on Social Assistance.

²⁶ More in M. Pyter, Problematyka kontroli i nadzoru w pomocy społecznej, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” no. 5 (4/2008), p. 28-35.

²⁷ Art. 110 par. 1 of the Act on Social Assistance.

²⁸ See: J. Krzyszkowski, Polityka społeczna i pomoc społeczna na poziomie lokalnym, „Polityka Społeczna” 1997, no. 7, p. 6.

²⁹ See: art. 18 of the Act on Social Assistance.

³⁰ See: art. 17 of the Act on Social Assistance.

³¹ See: art. 11 of the Act on Social Assistance.

competence is up to the municipal council, which should take an appropriate decision. It seems, however, that inspiration to create these units must come from the social assistance center manager, or reeve, mayor or president³².

At the level of a district, the tasks in the field of social assistance are carried out by district family assistance centers. As in the case of municipalities, the activities concern both own tasks, as well as appointed tasks in the field of social assistance. District family assistance centers' tasks in towns with district rights are carried out by municipal social assistance centers. Certain powers of the centers are similar to the scope of social assistance centers and their managers. It is, however, worth to note that district family assistance centers, with starosts have a duty to have supervision over activities of so-called foster family care, adoption-care centers, specialized counseling units, including family and support centers, social assistance homes care and education centers³³.

Important own tasks of a district are preparing and implementation of a district strategy to resolve social problems. The Act states that the manager of a district family assistance center must cooperate with the court in matters of custody and upbringing of children, which due to different reasons were wholly or partially deprived of parental care. It should in particular include mutual information and taking immediate action, bearing in mind the good of the child deprived of parental care. A particular type of center manager's activities is providing the court with a list of foster families not related to a child and professional not-related to the child³⁴. The manager obligated to the above-mentioned activities is required to make such action at least once a year. It is also stressed that in the event of changes of actual data or situation this list should be made more often³⁵.

Regional centers for social assistance are obligated to perform tasks in the field of social assistance. The primary task of these centers is to coordinate the implementation of the provincial strategy referred to in art. 21 paragraph 1 of the act on social assistance. In presented organizational structures operating at various levels of local self-government units, the vital role play social workers³⁶. In accordance with the legal status of social workers they are specialists that are professionally engaged in meeting social needs through methods of social work. That definition includes the following elements: a social worker is a professional in solving social problems of people in need, he performs professional activities, in the field of solving these problems or concerning about people; social worker works in the area of meeting the needs of individuals, small groups, as well as communities, social workers

³² See: Ł. Borkowski [et al], *Komentarz do ustawy o pomocy społecznej*, p. 195.

³³ See the regulation of the Minister of Social Policy of 14 February 2005 r. On care and education centers (*Laws Journal* of 2005 r. No 37, pos. 331).

³⁴ More in: the regulation of the Minister of Social Policy of 18 October 2004 r. On foster families (*Laws Journal* of 2004 r. Nr 233, pos 2344).

³⁵ See: Ł. Borkowski [et al], *Komentarz do ustawy o pomocy społecznej*, p. 198.

³⁶ An interesting opinion on social workers as professionals working in the field of social assistance presented B. Ćwietniak, W. Koczur, *Status zawodowy pracowników socjalnych w przepisach ustawy o pomocy społecznej*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2000, no. 6.

carry out their tasks using certain methods, such as the method of conducting an individual case, the method of working with a group and method of organizing the environment³⁷.

According to article 119 par. 1 social worker's tasks include, in particular:³⁸ social work, researching and assessing phenomena that cause the need for the provision of social assistance and eligibility to receive these benefits, providing information, guidance and assistance in solving life issues to those who, with this assistance will be able to solve their own problems which cause difficulty in life. It is also important to efficiently and effectively use law in carrying out these tasks, help in providing people who are in difficult circumstances with guidance on the possibility of solving problems and assistance by the competent state institutions, local government and NGOs³⁹, stimulating social activities and inspiring self-help actions in fulfilling necessary needs of people, families, social groups and environmental groups, cooperation and interaction with other professionals to prevent and limit the effects of pathology and negative social phenomena, as well as mitigate the effects of poverty, initiating new forms of assistance to individuals and families in difficult situation⁴⁰.

Duties of a social worker, among others, are as follows: following principles of professional ethics, good of families and individuals; preventing anti-humanitarian and anti-discriminatory practices against individuals as well as families and social groups, giving comprehensive information to people about their benefits and available forms of assistance.

Social workers' tasks also include the obligation of professional secret and employees' commitment to improve their professional qualifications. As to the first statutory obligation, the rules of law require that a social worker observes secret regarding information obtained in connection with the environmental interview conducted and obtained information. The obligation to keep the secret is during the worker's employment, as well as after its expiration. Waiving of secret can be justified only with the good of the person or family, but this is a subjective issue. As to the second obligation, the social workers' commitment to raising their qualifications should be understood broadly. The law establishes a duty to participate in training and education but gives no legal basis to force social workers to get for example higher education. However, it is assumed that in an era of wide and attractive educational offer, the demand for higher education seems fully justified.

4. CONCLUSIONS

Among many tasks which the legislature imposed on local self-government, activities in the field of social assistance can be distinguished. These tasks are carried out in many ways, which depend mainly on the various levels self-government. There is no doubt that assistance

³⁷ A. Olubińska, *Praca socjalna. Aspekty humanistyczne i pedagogiczne. Teoria i praktyka*, Toruń 2004, p. 44-46.

³⁸ The term social work must be understood professional activities aimed at helping individuals and families in strengthening or regaining the ability to function in a society through playing appropriate social roles and creating an environment conducive to this goal. Article 6 par. 12 of the act on social assistance.

³⁹ See: The act of 24 April 2003 about activity of the public benefit and voluntary services (Laws Journal of 2003 no. 96 pos 873).

⁴⁰ See: art. 119 par. 1 of the act on social assistance.

in the widest extent is conducted by municipal self-government. It seems that this is mainly due to the implementation of the constitutional regulation, according to which the municipality is the basic unit of local self-government. It is positioned the closest to the entitled. Therefore, the character of municipal benefits is the most universal.

District self-government's domain are activities in the field of family support. This is an extremely important category of assistance, hence its allocation to districts seems to be fully justified. Specific social assistance is provided by provincial self-government. Most often these are strategic activities of social policy nature.

It is important that individual units of local self-government cooperate with entities entitled to benefits in terms of social assistance. The law emphasizes that duty of cooperation, and imposes this obligation on both self-governments and entities entitled to benefits.

It seems justified to claim that only cooperation between all levels of self-government and individuals and families in crisis situation can ensure an optimal implementation of the act on social assistance.

Literature:

- The act of 8 March 1990 of municipal self-government (Laws Journal of 2001 no. 142 po1591 with amendments),
- The act of 5 June 1998 of district self-government (Laws Journal of 1998 no. 91 pos 578),
- The act of 5 June 1998 of province self-government (Laws Journal of 1998 no. 91 pos 576),
- The act of 12 March 2004 on social assistance (Laws Journal of 2004 no. 64, pos. 593),
- The act of 24 April 2003 about activity of the public benefit and voluntary services (Laws Journal of 2003 no. 96 pos 873),
- The regulation of the Minister of Social Policy of 18 October 2004 r. On foster families (Laws Journal of 2004 r. Nr 233, pos 2344),
- The regulation of the Minister of Social Policy of 14 February 2005 r. On care and education centers (Laws Journal of 2005 r. No 37, pos. 331),
- B. Dolnicki, Samorząd terytorialny, ed. III, Kraków 2006, s. 17 i 15, ISBN 83-7444-199-2,
- W. Skrzydło, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Commentary, ed. IV, Kraków 2002, p. 223, ISBN 83-7333-106-9,
- A. Olubińska, Praca socjalna. Aspekty humanistyczne i pedagogiczne. Teoria i praktyka, Toruń 2004, p. 44-46,
- J. Krzyszkowski, Polityka społeczna i pomoc społeczna na poziomie lokalnym, „Polityka Społeczna” 1997, no. 7, p. 6,

- M. Pyter, Problematyka kontroli i nadzoru w pomocy społecznej, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” no. 5 (4/2008), p. 28-35,
- R. Golat, Nowe rozwiązania w pomocy społecznej, „Gazeta Samorządu i Administracji” 2004, nr 9-10, p. 53,
- E. Ochendowski, Prawo administracyjne. Część ogólna, Toruń 1999, p. 305,
- Prawo administracyjne, red. J. Boć, Wrocław 1998, p. 178, ISDN 83-88166-67-0,
- Ł. Borkowski [et al.], Komentarz do ustawy o pomocy społecznej wraz ze zbiorem przepisów wykonawczych, Kutno 2005, p. 41, ISBN 83-60179-10-7,
- C. Martysz, S. Nitecki, G. Szpor, Komentarz do ustawy o pomocy społecznej, Gdańsk 2001, p. 20,
- K. Podolski, W. Turnowiecki, Polityka społeczna, Gdańsk 1998, p. 122,
- M. Deubert, G. Liegmann, Rechtsgrundlagen kommunaler Selbstverwaltung und regionalne Strukturen in Europa, Köln 1989,
- W. Skrzydło, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Commentary, ed. IV, Kraków 2002, p. 223, ISBN 83-7333-106-9,
- B. Ćwietniak, W. Koczur, Status zawodowy pracowników socjalnych w przepisach ustawy o pomocy społecznej, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2000, no. 6.

Reviewer:
Antoni Dębiński

Contact – email:
magdalena.pyter@kul.pl

NEDOSTATKY TRESTNĚPRÁVNÍ ODPOVĚDNOSTI NA ÚSEKU OCHRANY PŮDY V ČESKÉ REPUBLICE – ABSENCE TRESTNÍ ODPOVĚDNOSTI PRÁVNICKÝCH OSOB?

TOMÁŠ RADA

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Czech Republic

Abstrakt:

Pachateli deliktů, které znamenají podstatný zásah do životního prostředí, jsou ve smyslu trestního zákona pouze fyzické osoby, i přes to, že prospěch z daného jednání případně právnické entitě. V její struktuře, je nad míru potřebnou složité vyhledat a usvědčit konkrétní fyzickou osobu, která se jednání dopustila a její usvědčení pro právnickou osobu neznamená dostatečně motivující efekt, aby nedocházelo ke vzniku dalších deliktů. Trestní odpovědnost právnických osob přináší řešení, které umožní postihnout nejcitlivější místa právnické osoby a působit tak mnohem efektivněji na adresáty trestních norem.

Klíčová slova:

Právní odpovědnost; trestněprávní odpovědnost; ochrana půdy; odpovědnost právnických osob; sankce; vymahatelnost práva.

Abstract in English:

Despite the fact that the benefits of environmental offences falls to a legal person, offenders are within the interpretation of the Criminal Code, only individuals. In structure of particular legal entity, is more difficult than it is necessary to find out and to convict a particular natural person who commits particular offence and conviction of such person does not constitute enough incentive effect (for such legal entity) in order to avoid the occurrence of other offenses. Criminal liability of legal entities provides solutions that enable infliction into the most sensitive places of legal persons and to operate more efficiently on addressee of criminal regulations.

Key words:

Liability; criminal liability; soil protection; criminal liability of entities; sanction; law enforcement.

1. NĚKOLIK ÚVODNÍCH POZNÁMEK.

Nedostatkem právní regulace ochrany půdy je její funkční vymahatelnost. Při zkoumání současné problematiky se jako jedno z tzv. bílých míst její právní úpravy ochrany půdy projevila právní odpovědnost, která nedostatečně reguluje přímé právní vztahy plynoucí z narušení právních povinností týkající se ochrany půdy.

Naprostá většina deliktů je způsobována právnickými osobami - podnikateli, kteří jsou ochotni případné pokuty již předem kalkulovat do nákladů, čímž se mívá účinkem jak preventivní, tak i sankční funkce právní odpovědnosti.

Jelikož současný právní systém v oblasti odpovědnost právnických osob akcentuje správněprávní odpovědnost za správní delikty, odpovědnost za ekologickou újmu a občanskoprávní odpovědnost, vyvstala v důsledku neefektivního vymáhání práva opětovně

otázka nad trestněprávní odpovědností právnických osob, a to nejenom na úseku ochrany půdy.

2. PROBLEMATIKA POSTIHU ZA SOUČASNÉ TRESTNÉ ČINY SMĚŘUJÍCÍ PROTI PŮDĚ.

Pomyslný vrchol právní odpovědnosti představuje trestněprávní odpovědnost, která i v oblasti ochrany životního prostředí postihuje nejzávažnější nežádoucí případy narušení půdy. Specializovaných skutkových podstat, které by přímo regulovaly ochranu půdy, případně by upravovaly vztahy s ochranou půdy související, však trestní zákon č. 140/1961 Sb., trestní zákon, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „trestní zákon“) obsahuje poskrovnou. Základními jsou i nadále §§ 181a a 181b, které obecně regulují trestní odpovědnost za ohrožení a poškození životního prostředí. Již první věta § 181a trestního zákona stanoví: „kdo úmyslně znečistí nebo jiným způsobem poškodí půdu, vodu, ovzduší, les nebo jinou složku životního prostředí...“, čímž trestní zákon klade ochranu půdy do popředí chráněných zájmů. Předpokladem trestní odpovědnosti fyzických osob je tak již případ, kdy dojde k poškození půdy a v důsledku toho k ohrožení společenstva nebo populace volně žijících živočichů nebo planě rostoucích rostlin.

Další skutkové podstaty jsou především § 257, tj. poškozování cizí věci, dále §§ 179 a 180 trestního zákona v podobě obecného ohrožení, zneužívání vlastnictví dle § 258 trestního zákona a § 181e trestního zákona – nakládání s odpady.

Nový trestní zákoník č. 40/2009 Sb. (dále jen „nový trestní zákoník“), který nabude účinnosti 1. ledna 2010, favorizuje ochranu životního prostředí výrazněji než stávající trestní zákon. Vyčleňuje samostatnou hlavu VIII, označenou jako trestné činy proti životnímu prostředí, ve které čelní místo představují §§ 291 a 292, které upravují trestný čin poškození a ohrožení životního prostředí. Skutkové podstaty tohoto trestného činu zůstaly ve své podstatě stejné s tím, že došlo k dlouho požadovanému rozšíření ochrany o další předpisy, jejichž porušení bude subsumováno pod příslušné skutkové podstaty trestného činu poškození a ohrožení životního prostředí, které tak nově bude znamenat např. i trestněprávní ochranu chráněných území podle Natury 2000.¹

I přes zlepšení trestněprávní ochrany půdy v České republice, kterou přináší nový trestní zákoník, je postih výše uvedených trestních činů nad míru potřebnou komplikovaný, a to především z následujících důvodů:

- nutnost zjištění subjektivní stránky trestného činu – ve většině případů újma na životním prostředí vzniká nezaviněně, případně v souvislosti s udělenou licencí, povolením či

¹ Nový trestní zákoník zakotvuje i související skutkové podstaty, jejichž předmětem je taktéž ochrana půdy. Jsou to především § 227 nového trestního zákoníku – zneužívání vlastnictví, které však zvýšilo minimální výši škody na 50.000,- Kč, § 270 – obecné ohrožení, které bylo ze stávajícího trestního zákona přebráno beze změny, obecné ohrožení z nedbalosti dle § 271, kde došlo ke zvýšení trestních sazeb a dále především § 297 – neoprávněné nakládání s odpady, které doznalo podstatných změn. Nově koncipovaný trestný čin neoprávněného nakládání s odpady více cílí na ochranu půdy, jelikož došlo k vypuštění termínu „nebezpečné“, čímž bylo zrušeno zbytečné odlišování mezi nebezpečnými odpady a jinými. Nebezpečnost odpadů se tak odráží především do zvýšení trestní sazby ve čtvrtém odstavci § 296 nového trestního zákoníku.

oprávněním a tedy jednáním „po právu“, které však může znamenat závažné narušení půdy;

- pozdní zjištění škody případně jiných následků zásahu do půdy – značná část negativních vlivů se projeví se zpožděním několika let oproti samotnému jednání - důsledkem tohoto zpoždění může být i promlčení trestnosti, nejčastěji však bude znamenat likvidaci relevantních důkazů a v návaznosti na to i zamezení úspěšného vyšetřování samotné trestné činnosti;
- délka vyšetřovací fáze – narozdíl od běžné kriminální činnosti, je vyšetřování trestných činů na úseku ochrany půdy časově náročné (např. čas strávený nad vypracováváním odborných posudků zaměřených na zjištění rozsahu poškození složek půdy);
- komplikovanost vyšetřovací fáze - trestní právo nemá určeny podrobné standardy pro vymezení závažnosti následku zásahu do půdy, což nutí orgány činné v trestním řízení zásahy posuzovat dle závazných norem práva životního prostředí rozprostřených do mnoha předpisů různé právní síly² (nikoliv systematicky řazených do funkčního kodexu);³
- absence trestní odpovědnosti právnických osob – při stavu současné právní úpravy není možné trestněprávně postihnout osobu právnickou, která měla evidentně z trestného činu vůči půdě prospěch, případně tento trestný čin umožnila, což na úseku ochrany půdy znamená podstatnou výlukou v právní odpovědnosti, jelikož v organizaci velké společnosti určit, kdo konkrétně (která fyzická osoba) odpovídá za určitý zásah do půdy, je prakticky nemožné.

Díky těmto nedostatkům můžeme hovořit o nepříliš účinné současné právní úpravě, která nedostatečně motivuje adresáty norem chovat se zákonem aprobovaným způsobem. Problematika trestní odpovědnosti právnických osob a konstrukce skutkových podstat trestných činů by tak měly být de lege ferenda podrobeny kritice, jelikož představují základní nedostatky stávající právní úpravy a snižují efektivní postih narušitelů.

Cíle takové právní úpravy jsou jednoznačné - zamezit skrývání odpovědných fyzických osob ve složitém prostředí struktury právnických osob, díky postihu samotné právnické osoby, která pak bude sama vyvíjet iniciativu v zabraňování páchání nežádoucích skutků.

3. KONCEPCE TRESTNÍ ODPOVĚDNOSTI PRÁVNICKÝCH OSOB

Není správnou cestou vymezení koncepce subjektivní stránky odpovědnosti právnické osoby prostřednictvím aplikace téhož u trestní odpovědnosti fyzických osob. Je totiž zřejmé, že koncepce odpovědnosti není u fyzických a právnických osob stejná. Odpovědnost za vinu není např. možné u právnických osob vůbec aplikovat. Již z tohoto důvodu je zřejmé, že musí

² Což odrazuje právě orgány činné v trestním řízení, aby se jednotlivými zásahy zabíraly i v trestněprávní rovině. Pověštinou tak vyčkávají na reakci České inspekce životního prostředí.

³ k potřebnosti a problematice takového kodexu blíže viz Průchová, I. Environmentalizace českého právního řádu, - vývoj, současnost a perspektivy, Aktuální otázky práva životního prostředí, 1. vyd. Brno : Masarykova univerzita, 2005, ISBN 80-210-3629-X, strana 15.

být užita jiná koncepce trestní odpovědnosti, která nebude zbytečně kriminalizovat další fyzické osoby, a která přitom bude cílit na ohnisko problémů.

Při znalostech současného stavu právní úpravy v ČR, migrace členů statutárních orgánů ve společnostech, jejichž členství se společností samotnou nebývá kromě formálního zapsání do obchodního rejstříku nijak spojené, se jeví zkoumání odpovědnostních vztahů uvnitř společností za naprosto nereálné. Natožpak zkoumání vlastních kontrolních mechanismů ve společnosti a míru jejich selhání.

Koncepce subjektivní stránky „spáchaného“ trestného činu by tak měla stavět na dvou pilířích, které by se vzájemně doplňovaly – 1) doktrína alter ego se zkoumáním prospěchu právnické osoby a 2) koncepce strict liability.

Odpovědnost právnických osob za spáchání trestného činu by tak byla v první řadě odvozována od zjištěného následku – škody, případně jiného následku trestného činu, nejčastěji však z prospěchu získaného z trestného činu, dále pak z jednání člena statutárního orgánu právnické osoby, které by ve smyslu doktríny alter ego⁴ bylo přičítáno odpovědnosti právnické osoby, jehož statutárního orgánu je členem.⁵

Nedostatkem této koncepce trestní odpovědnosti právnické osoby je zajisté nemožnost trestání konkrétního právnické entity za činy bez zjištěného viníka – fyzické osoby, od které by mohla být přičtena odpovědnost právnické osobě.

Koncepce strict liability je objektivní odpovědnosti právnické osoby za trestné činy vůči životnímu prostředí čili odpovědností právnické osoby za následek. Není tak zapotřebí zkoumat vztah fyzické osoby, jež jednala, (případně neznámého viníka) a právnické osoby, která měla z takového jednání prospěch. Právě u trestných činů v oblasti životního prostředí je velmi obtížné, ne-li prakticky vyloučené, zjišťovat jeho subjektivní stránku. Proto tato koncepce trestní odpovědnosti právnické osoby přichází zejména v úvahu u regulace její trestní odpovědnosti za skutky vůči ekologickým zájmům státu chráněným trestním právem.

Doktrína strict liability je již v českém právním řádu využita u odpovědnosti za správní delikt, čili u administrativněprávní odpovědnosti. Její převedení do trestní odpovědnosti by tak sice neznamenalo podstatné novum,⁶ nicméně by umožňovalo rozšířit katalog sankcí (o čemž bude dále pojednáno), které by pro byly pro adresáty těchto norem podstatně citlivější než stávající pokutní systém.

⁴ Doktrína alter ego má svůj původ v anglosaském právním systému – konkrétně Velké Británii, kde první rozhodnutí ve věci Lennard's Carrying Company Ltd. vs. Asiatic Petroleum Company, Ltd. znamenalo přiřknutí volných funkcí - řídících a rozhodovacích právnické osoby fyzickým osobám. Pokud tedy tyto osoby jednaly, tak že došlo ke spáchání trestného činu proti životnímu prostředí a právnická osoba z takového jednání měla prospěch, je za takový trestný čin odpovědná přímo tato právnická osoba.

⁵ Nejedná se samozřejmě jen o přičítání jednání člena statutárního orgánu, ale i jednání jiných osob ve vedoucích funkcích právnické osoby – v českých podmínkách nejčastěji ředitelů, manažerů či jiných odpovědných funkcí.

⁶ Srov. s Vaníček, D. Trestní odpovědnost právnických osob a fyzických osob za ně jednajících: disertační práce. Brno : Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2008, strana 102.

4. URČENÍ SANKCÍ

V právních úvahách nad zakotvením trestněprávní odpovědnosti právnických osob za trestné činy směřované proti půdě vyvstává celá řada otázek, primárně však otázka určení efektivních a motivujících sankcí, čili zakotvení fungujících právních následků za porušení povinností do právní ochrany půdy. Otázkou tedy je, jaké účinné sankce zvolit, aby odpovědná právnická osoba byla skutečně potrestána (pociťovala by danou sankci za citelné potrestání), jakož i účinně motivována dalšího nepatřičného jednání se neodpouštět.

Následky trestných činů proti životnímu prostředí kladou preventivní funkce sankcí jednoznačně do popředí. Již na první pohled je proto zřejmé, že základní katalog trestněprávních sankcí nemůže vystačit při postihu právnických osob (např. podmíněné či nepodmíněné odnětí svobody). Proto při úvahách o trestněprávní odpovědnosti právnických osob ve sféře trestných činů vůči půdě zůstává hlavním limitem právě oblast ukládání sankcí, jelikož neexistuje jiný tak účinný a univerzální trest jakým je trest odnětí svobody u fyzických osob.⁷

Tato otázka již v právní teorii nastolena byla a její hodnocení přineslo podstatný poznatek ve směru účinné kriminalizace nežádoucích skutků právnických osob. OSN za účelem zjištění aktivizace sankcí a jejich účinnosti vůči právnickým osobám zadala studii, na jejímž základě bylo zjištěno, že účinky kodifikované trestní odpovědnosti právnických osob za poškozování životního prostředí z posuzovaných zemí hodnotí příhodně znalci z Kanady a Austrálie, což je odůvodňováno tím, že v těchto zemích nemá sankce za porušení trestní normy většinou výstup v podobě pouhé pokuty.⁸

Pozornost je tak nutné věnovat stanovení jiných efektivních trestů, které budou ukládány právnickým osobám v souvislosti s odsouzením pro trestný čin směřující vůči půdě. Při pohledu do české právní úpravy odpovědnosti v oblasti ochrany kvality půdy, musíme konstatovat, že tato je prakticky omezena na odpovědnost za správní delikty, ekologickou újmu a občanskoprávní odpovědnost, kdy možnými sankcemi je povětšinou variabilní finanční pokuta a v případě zatím prakticky neuplatňované odpovědnosti za ekologickou újmu primární reparace narušeného stavu. Opatření k nápravě či náhradě však mají zcela minoritní zastoupení, ostatní sankce pak nejsou prakticky vůbec využity.

Po zkoumání české trestněprávní úpravy a při znalostech zkušeností z jiných států se jako nejúčinnější postihy jeví ty, které směřují na nejcitlivější místa právnické osoby, která měla ze zásahu vůči půdě evidentní prospěch. Mezi nejzákladnější sankce by tak měly patřit:

- publikování trestního rozsudku,
- nucené provedení ekologického auditu činnosti společnosti na náklady této společnosti a jeho publikace,

⁷ Srov s. Vaníček, D., Rada, T. Trestněprávní ochrana životního prostředí a trestní odpovědnost právnických osob, Trestní právo, číslo 5/2007, Praha : LexisNexis CZ s.r.o., 2007, ISSN 1211-2860, strana 10.

⁸ Srov. s Anna Alvazzi del Frate, Gunter Heine, Mohan A. Prabhu. Environmental Protection: Potentials and Limits of Criminal Justice Evaluation of Legal Structures, Freiburg im Breisgau, Freiburg im Breisgau, Edition iuscrim, Germany, 1997, ISBN 3-86113-958-8, strana 20.

- povinnost odstranit způsobenou újmu,
- nucená realizace veřejně prospěšných projektů,
- odejmutí oprávnění, licence či povolení ke konkrétní činnosti (která je pro daného narušitele citelná),
- stanovení zákazu účastnit se po určitou dobu veřejných zakázek, nabídek, soutěží a vyloučení z již probíhajících veřejných zakázek,
- odejmutí dotací, vyloučení z dotačních programů a zákaz účastnit se jich po stanovenou dobu,
- nucené odvolání členů statutárních orgánů (sekvestrizace čili vynucené odvolání členů představenstva u akciové společnosti, jednatele ve společnosti s ručením omezeným, atp.),
- nucená správa,
- zákaz činnosti,
- nucený prodej části akcií (obchodního podílu) společnosti,
- nucená emise cenných papírů ve prospěch určitého subjektu, kterým by v případě trestných činů proti životnímu prostředí byly především organizace zabývající se ochranou životního prostředí,⁹
- uzavření podniku.

Z výše uvedeného katalogu sankcí je zřejmé, že široká variabilita v jejich možném ukládání jednoznačně existuje a že postižení narušitelů v jejich intencích by pro danou právní entitu znamenalo větší důsledky, než zásah pokutou do cash flow podniku.¹⁰ Je nutné mít na mysli, že na pomyslných miskách vah leží momentálně cash flow společnosti - narušitele a základní produkční, mimoprodukční případně ekologické funkce půdy.

Zkušenosti z Velké Británie přitom hovoří obdobně: „pro takové společnosti a organizace, které nejsou odrazeny od svých ilegálních aktivit hrozbou zjištění, stíhání a sankcionování, či zda jim bude uložena pokuta či ne, případně ve velmi extrémních případech nucená správa,

⁹ Srov. s Bauer, Ch. Fragen der Verbandsstrafbarkeit, Linz : Universitätsverlag Rudolf Trauner, 2003, ISBN 3-85487-443-X, strana 200.

¹⁰ O nepřilíš účinných pokutách viz též Jančářová, I. Environmental Limitation of the Land Use. In Białostockie Studia Prawnicze. Zeszyt nr 4, Białystok : Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, 2008, ISBN 978-83-89620-43-9, strana 189.

musí být nalezeny jiné prostředky k zajištění souladu činnosti těchto společností s právem životního prostředí.“¹¹

5. ZÁVĚR

Zakotvení trestněprávní odpovědnosti právnických osob sebou nese četné problémy. Její případná existence však znamená nesporné výhody, jako intenzivnější preventivní působení na potencionální narušitele z řad právnických osob, působení na vědomí si odpovědnosti u osob, které kontrolují činnost právnických osob, širší katalog sankcí, jež budou eliminovat kalkulaci budoucích sankcí do potencionálních nákladů ekologicky nešetrného projektu, aj.

Požadavek na kriminalizaci právnických osob taktéž vyplývá, z poměrně nové směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2008/99/ES ze dne 19. listopadu 2008 o trestněprávní ochraně životního prostředí. Její článek 6 totiž ukládá povinnost členských státům „zajistit, aby právnické osoby mohly být činěny odpovědnými za trestné činy uvedené v člancích 3 a 4...“.¹² Výhodou této směrnice je nesporně skutečnost, že kriminalizovány jsou právnické osoby i v případě, že ke spáchání trestného činu došlo v důsledku nedostatku kontroly ze strany odpovědné fyzické osoby, který umožnil spáchat příslušný trestný čin osobou právnické osobě podřízenou. Nevýhodou směrnice je však absence určení vhodného katalogu sankcí, které by měly povinnost členské státy transponovat do vlastních právních řádů.

Literatura:

- Anna Alvazzi del Frate, Gunter Heine, Mohan A. Prabhu. Environmental Protection: Potentials and Limits of Criminal Justice Evaluation of Legal Structures, Freiburg im Breisgau, Edition iuscrim, Germany, 1997, 530 s., ISBN 3-86113-958-8.
- Bauer, Ch. Fragen der Verbandsstrafbarkeit, Linz : Universitätsverlag Rudolf Trauner, 2003, 292 s., ISBN 3-85487-443-X.
- House of Commons, Enviromental Audit Commitee: Corporate Enviromental Crime, Second Report of Session 2004-05, London : The Statinery Office Limited, 2005, 115 s.
- Jančářová, I. Environmental Limitation of the Land Use. In Białostockie Studia Prawnicze. Zeszyt nr 4, Białystok : Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, 2008, ISBN 978-83-89620-43-9.

¹¹ V originále: „For those companies and organisations who are not dissuaded from their illegal activity by the threat of detection, prosecution and sentencing, whether that be a financial penalty or, in a very few and extreme cases, a custodial sentence, other means have to be found to ensure their compliance with environmental laws and regulations.“ zveřejněno v: House of Commons, Enviromental Audit Commitee: Corporate Enviromental Crime, Second Report of Session 2004-05, London : The Statinery Office Limited, 2005, strana 6 čili v Auditě ekologických trestných činů spáchaných právnickými entitami vypracovaného na základě zadání Dolní sněmovny britského parlamentu.

¹² Lhůta pro transponování obsahu směrnice do právních řádů členských států je do roku 2010.

- Průchová, I. Environmentalizace českého právního řádu, - vývoj, současnost a perspektivy, Aktuální otázky práva životního prostředí, 1. vyd. Brno : Masarykova univerzita, 2005, s. 9-16, ISBN 80-210-3629-X.
- Vaníček, D. Trestní odpovědnost právnických osob a fyzických osob za ně jednajících: disertační práce. Brno : Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2008, 361 s.
- Vaníček, D., Rada, T. Trestněprávní ochrana životního prostředí a trestní odpovědnost právnických osob. Trestní právo, číslo 5/2007, Praha : LexisNexis CZ s.r.o., 2007, s. 5-15, ISSN 1211-2860.

Recenzent:

Ivana Průchová

Kontakt – email:

rada@dsblaw.eu

K ODPOVĚDNOSTI ZA ZTRÁTY NA ŽIVOTNÍM PROSTŘEDÍ V EVROPE

LENKA RYBÁŘOVÁ

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Cílem tohoto příspěvku je představit a porovnat vybrané právní nástroje, které zaujímají významné postavení v rámci stávajícího systému odpovědnosti za ztráty na životním prostředí - Úmluvu o občanskoprávní odpovědnosti za škody způsobené činnostmi nebezpečnými životnímu prostředí a Směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2004/35/ES o odpovědnosti za životní prostředí v souvislosti s prevencí a nápravou škod na životním prostředí. Komparací vybraných prvků těchto právních instrumentů je možné zjistit podobnosti a rozdíly, a zároveň zhodnotit vliv dříve přijaté Luganské úmluvy na aktuální komunitární právní úpravu.

Key words in original language:

Ekologicko-právní odpovědnost; odpovědnost za ztráty na životním prostředí; škody na životním prostředí; Luganská úmluva; směrnice o odpovědnosti za životní prostředí (ES).

Abstract:

The principal aim of this article is to present and compare two substantial legal instruments of the liability for environmental losses system in Europe - Convention on Civil Liability for Damages Resulting from Activities Dangerous to the Environment (Lugano Convention) and Directive 2004/35/CE of the European Parliament and of the Council on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage. Chosen elements of these legal instruments are compared so that it is possible to learn similarities and differences and at the same time to evaluate influence of (earlier adopted) Lugano Convention to actual legal regulation of European Community.

Key words:

Environmental liability; environmental losses; environmental damages; Lugano Convention; Environmental Liability Directive (EC).

1. ÚVOD

Právní odpovědnost představuje důležitý institut každého právního systému. V oblasti ochrany životního prostředí je tzv. ekologicko-právní odpovědnost předmětem pozornosti a zkoumání již od doby, kdy se ochrana životního prostředí dostala do popředí veřejného zájmu, tzn. zhruba od 70. let 20. století.¹ Ztráty na životním prostředí mohou mít lokální, ale i přeshraniční (mezinárodní) důsledky, nemluvě o důsledcích globálních (typicky škody způsobené emisemi skleníkových plynů). A jsou to zejména (i když samozřejmě nikoliv výlučně) právní nástroje, které mohou napomoci zabránění či zmírnění těchto ztrát, a které

¹ Již v Deklaraci OSN o životním prostředí z roku 1972 (Stockholm) byly státy vyzvány „ke spolupráci při dalším rozvíjení mezinárodního práva v otázkách odpovědnosti a náhrady škody obětem znečišťování a jiných ekologických škod, jež byly způsobeny činnostmi prováděnou v rámci jejich jurisdikce nebo činnostmi prováděnou pod jejich kontrolou v oblastech mimo jejich jurisdikci“(princip 22).

zároveň disponují potenciálem k tomu, aby došlo k efektivní nápravě (příp. náhradě) či minimálně peněžní kompenzaci ze strany odpovědných osob. Systém odpovědnosti za ztráty na životním prostředí se nicméně doposud zdaleka neustálil, což platí především pro oblast mezinárodního práva. Na komunitární úrovni však bylo, i díky poměrně intenzivní environmentální politice Evropské unie², dosaženo pokroků významnějších.

Cílem tohoto příspěvku je představit a porovnat vybrané právní nástroje, které zaujímají významné postavení v rámci stávajícího systému odpovědnosti za ztráty na životním prostředí. Jedná se o Úmluvu o občanskoprávní odpovědnosti za škody způsobené činnostmi nebezpečnými životnímu prostředí (tzv. Luganská úmluva) a Směrnici Evropského parlamentu a Rady 2004/35/ES o odpovědnosti za životní prostředí v souvislosti s prevencí a nápravou škod na životním prostředí (dále jen „Směrnice“). Přestože oběma právními předpisy byl věnován ze strany odborníků poměrně značný prostor³, diskuze neutichá z důvodu komplikovanosti, neustálenosti i relativní „mladosti“ problematiky. Luganská úmluva je pramenem mezinárodního práva a Směrnice spadá do oblasti práva komunitárního, oba dokumenty však mají minimálně jedno společné – představují v rámci svého právního prostředí (a zároveň v Evropě) zatím nejvýznamnější přijaté dokumenty odpovědnostního systému za ztráty způsobené na životním prostředí. Komparací vybraných prvků těchto právních instrumentů bude možné zjistit podobnosti a rozdíly, a zároveň zhodnotit vliv dříve přijaté Luganské úmluvy na aktuální komunitární právní úpravu.

2. ABYCHOM SI ROZUMĚLI...(VYSVĚTLENÍ POJMŮ)

Předem je třeba vyjasnit klíčový pojem „ztráty na životním prostředí“, který se bude prolínat celým příspěvkem. Systém právní odpovědnosti v oblasti práva životního prostředí sestává z odpovědnosti deliktů (odpovědnost za trestné činy, správní delikty a přestupky) a z odpovědnosti za ztráty na životním prostředí. Posledně jmenovaná odpovědnost zahrnuje odpovědnost za škodu (soukromoprávního charakteru) a odpovědnost za tzv. ekologickou újmu (veřejnoprávního charakteru). „Ztrátami na životním prostředí“ proto budeme i pro účely tohoto příspěvku rozumět škodu (tj. majetkovou ztrátu na složkách životního prostředí, které jsou věcmi v právním slova smyslu) i ekologickou újmu (jako imateriální snížení funkčních vlastností ekosystémů nebo jiných hodnot životního prostředí).⁴

S pojmem „ekologická újma“ je to však poněkud složitější. Luganská úmluva ani Směrnice tento pojem nezná, obě pracují s pojmem „damage“ (škoda), případně „loss“ (ztráta). Jedná se

² Hlavními politicko-strategickými nástroji ES v oblasti ochrany životního prostředí jsou tzv. akční programy. V současnosti je aktuální již šestý Akční program Evropského společenství pro životní prostředí „Životní prostředí 2010: Naše budoucnost je v našich rukou“, který byl (jako první akční program) přijat formou rozhodnutí (Evropského parlamentu a Rady), tedy právně závazným aktem (1600/2002/ES). Podrobněji např. Smolek, M. Šestý akční program Evropského společenství pro životní prostředí „Životní prostředí 2010: Naše budoucnost je v našich rukou“. In Časopis pro české právo životního prostředí, č. 4, 2002, s. 3 – 14.

³ Viz např. seznam vybrané literatury v závěru příspěvku.

⁴ Jedná se již o ustálenou kategorizaci v rámci českého práva životního prostředí, k systému ekologicko-právní odpovědnosti přehledně viz Damohorský, M. a kol. Právo životního prostředí. 2. vydání, Praha: C. H. Beck, 2007, s. 71 – 87.

totiž výlučně o pojem českého práva⁵, který se obvykle (nepřesně) překládá jako „environmental damage“. Snahou českého zákonodárce bylo evidentně zřetelně odlišení pojmů „škoda“ a „škoda na životním prostředí“. Uvedme si základní rozlišení těchto pojmů v následující tabulce, jak vyplývá z českého práva:

Tabulka 1: Odpovědnost za ztráty na životním prostředí

	Škoda (na životním prostředí)	Ekologická újma
Charakter	Soukromoprávní	Veřejnoprávní
Oprávněný subjekt	Vlastník (poškozený)	Stát
Objekt ochrany	Složky životního prostředí, které mohou být předmětem vlastnického práva (např. půda, les)	Všechny složky životního prostředí – vlastnitelné i nevlastnitelné (např. ovzduší, povrchové a podzemní vody, jeskyně)
Povaha ztráty	Materiální, ztrátu lze vyčíslit v penězích	Imateriální (převážně), ztrátu může být obtížné vyčíslit v penězích ⁶
Způsob odčinění ztráty	peněžní náhrada, příp. návrat do původního stavu (závisí na vůli vlastníka)	1. uvedení do původního stavu, 2. náhradní plnění (kompenzace), 3. peněžní náhrada

Je evidentní, že „škoda (na životním prostředí)“ a „ekologická újma“ nejsou zřetelně oddělenými instituty, nýbrž se částečně překrývají, a to v případě ztrát na vlastnitelných složkách životního prostředí a s tím spojených ztrát nebo oslabení produkčních funkcí ekosystémů. Souběh odpovědnosti za škodu a ekologickou újmu tedy nelze vyloučit⁷.

K problematice právní odpovědnosti již bylo popsáno mnoho stran textu, na tomto místě však ještě považují za zajímavé poukázat na jazykové zvláštnosti tohoto pojmu v angličtině.

⁵ Pojmem „ekologická újma“ odlišil již v roce 1988 prof. Valér Fábry ztráty na životním prostředí od škod na hmotném majetku. Viz Fábry, V. Ekologická odpovědnost. In Správní právo, č. 3 a 4, 1988.

⁶ V zákoně č. 17/1992 Sb., o životním prostředí je „ekologická újma“ definována jako „ztráta nebo oslabení přirozených funkcí ekosystémů, vznikající poškozením jejich složek nebo narušením vnitřních vazeb a procesů v důsledku lidské činnosti“ (§ 10). Tyto funkce se obvykle dělí na *produkční* (např. úrodnost půdy, užitné vlastnosti přírodních zdrojů surovin a energie, hodnota prostorového využití území), jejichž hodnotu lze vyčíslit v penězích, a *mimoprodukční* (estetické, kulturní, ekologické apod.). Viz Petržílek, P., Tylová, E., Vícha, O., Hájek, T. Škody na životním prostředí – řešení, realita, perspektivy. In Časopis pro právo životního prostředí, č. 3, 2002, s. 9.

⁷ Viz § 27 odst. 5 zákona č. 17/1992 Sb., o životním prostředí.

Zatímco civilní právo obecně nerozlišuje mezi výrazy „liability“ a „responsibility“⁸, v mezinárodním právu je tomu jinak. Právní angličtina totiž používá výraz „responsibility“ pro odpovědnost států za mezinárodně protiprávní chování (jednání, opomenutí), tj. porušení platného mezinárodního závazku, které se státu přičítá, zatímco výraz „liability“ se váže k odpovědnosti za škodlivé následky nezakázaných činností, mezi které typicky spadají právě ztráty na životním prostředí.⁹ Vzhledem k relativně krátkému (či spíše velmi pozvolnému) vývoji mezinárodní odpovědnosti za přeshraniční ztráty na životním prostředí¹⁰ doposud nedošlo v mezinárodním obecném (obyčejovém) právu k vytvoření pravidel o odpovědnosti států za škodlivé následky činností nezakázaných mezinárodním právem (liability), ta proto mohou být založena zatím toliko prostřednictvím mezinárodních smluv.¹¹

3. LUGANSKÁ ÚMLUVA

Úmluva o občanskoprávní odpovědnosti za škody způsobené činnostmi nebezpečnými životnímu prostředí¹² byla v roce 1993 přijata Radou Evropy v Luganu.¹³ K Úmluvě je možné přistoupit od 21. června 1993, nicméně doposud ji podepsalo pouze 9 států¹⁴, ratifikována není ani jedním z nich. Ke vstupu v platnost je přítom zapotřebí minimálně tří ratifikací.

3.1 PŮSOBNOST A ZÁSADY

Cílem a účelem Úmluvy je zajistit odpovídající náhradu za škody vznikuvší z činností nebezpečných pro životní prostředí a rovněž zabezpečit preventivní a nápravná opatření (čl.

⁸ Stejný význam má výraz „odpovědnost“, „Haftung“, „responsabilité“ či „responsabilidad“. Hoss k tomu uvádí, že nejhodnější ekvivalent k pojmu „liability“ je „Gefährdungshaftung“ či „Responsabilité pour risque“. Viz Wolfrum, R., Langenfeld, Ch., Minnerop, P. *Environmental Liability in International Law: Towards a Coherent Conception*. Berlin: Erich Schmidt Verlag, 2005, s. 455.

⁹ Viz Šturma, P. *Mezinárodní odpovědnost za škodlivé následky činností nezakázaných mezinárodním právem*. In Čepelka, Č., Jílek, D., Šturma, P. *Mezinárodní odpovědnost*. Brno: Masarykova univerzita, 2003, s. 118.

¹⁰ Byť odpovědnost za přeshraniční škody ve vztahu k životnímu prostředí byla předmětem patrně nejstaršího (dnes již „učebnicového“) mezinárodního sporu – viz případ Trail Smelter z roku 1939.

¹¹ V 60. a 70. letech 20. století došlo k uzavření několika mezinárodních úmluv zaměřených na dvě rizikové oblasti, které se v rámci přeshraničních škod projevují nejvýraznějším způsobem – znečištění moří ropou a jaderné havárie. Z těchto úmluv jmenujme alespoň ty, které vstoupily v platnost: Pařížská úmluva o odpovědnosti třetích osob v oblasti jaderné energie (1960, v platnost 1968), Bruselská dohoda doplňující úmluvu o odpovědnosti třetích osob v oblasti jaderné energie (1963, v platnost 1973), Vídeňská úmluva o občanskoprávní odpovědnosti za jaderné škody (1963, v platnost 1977), Mezinárodní úmluva o občanskoprávní odpovědnosti za škody způsobené ropným znečištěním (1969, v platnost 1975), Bruselská úmluva týkající se občanskoprávní odpovědnosti v oblasti námořní přepravy jaderného materiálu (1971, v platnost 1975), Úmluva o vytvoření mezinárodního fondu pro kompenzaci škod způsobených ropným znečištěním (1971, v platnost 1978).

¹² Convention on Civil Liability for Damane Resulting from Activities Dangerous to the Environment.

¹³ Práce na Úmluvě započaly v roce 1987, a to na základě výstupů 15. konference evropských ministrů spravedlnosti v Oslu (17. – 19. 6. 1986). Viz Wolfrum, R., Langenfeld, Ch., Minnerop, P. *Environmental Liability in International Law: Towards a Coherent Conception*. Berlin: Erich Schmidt Verlag, 2005, s. 76.

¹⁴ Kypr, Finsko, Řecko, Island, Itálie, Lichtenštejnsko, Lucembursko, Portugalsko a Nizozemí.

1). Od dříve přijatých mezinárodních úmluv, které se týkají problematiky odpovědnosti v oblasti životního prostředí¹⁵, se Luganská úmluva odlišuje svojí působností, neboť s výjimkou škod vzniklých z přepravy nebezpečných materiálů a z jaderných havárií (čl. 4)¹⁶, stanoví režim odpovědnost pro všechny škody způsobené na životním prostředí z nebezpečných činností. Za „nebezpečnou činnost“ (čl. 2 odst. 1), pokud je vykonávána profesionálně, se považuje: a) výroba, manipulace, skladování, používání nebo vypouštění nebezpečných látek, b) výroba, kultivace, manipulace, skladování, používání atd. nebezpečných geneticky modifikovaných organismů či mikroorganismů (patogenního nebo toxického charakteru), c) provozování typizovaných zařízení (viz příloha II Úmluvy) pro spalování, úpravu, manipulaci nebo recyklaci odpadů a d) provoz místa pro trvalé ukládání odpadu. Za nebezpečné činnosti se považují i činnosti výše uvedené, pokud jsou řízeny orgány veřejné moci.

„Nebezpečnost“ výše uvedených činností se přitom odvíjí od nebezpečnosti látek, se kterými je v těchto zařízeních nakládáno. Úmluva v této souvislosti stanoví tři skupiny nebezpečných látek (čl. 2 odst. 2): 1. látky uvedené v příloze I části B Úmluvy, které jsou vždy považovány za nebezpečné¹⁷, 2. látky s charakteristickými vlastnostmi (např. výbušnost, extrémní hořlavost, toxicita atd.) ve smyslu přílohy I části A Úmluvy a 3. všechny ostatní látky, které představují významné riziko pro člověka, životní prostředí nebo majetek. Třetí skupina nebezpečných látek, která není uzavřená, odpovídá zásadě předběžné opatrnosti (obezřetnosti).

Úmluva vychází z principu „znečišťovatel platí“ (polluter pays principle), který se projevuje mj. v tom, že úmluva nestanoví ani subsidiární odpovědnost státu za způsobené ztráty na životním prostředí. Veškerá odpovědnost proto leží na znečišťovateli (tzv. soustředěná odpovědnost, channelling liability), kterým je většinou vlastník či provozovatel nebezpečné činnosti (provozu).

3.2 ODPOVĚDNOST

Úmluva zakládá objektivní odpovědnost provozovatele nebezpečné činnosti, tzn. bez zřetele k zavinění. Pokud však provozovatel prokáže některý z důvodů liberace (čl. 8), bude odpovědnosti zproštěn. Liberačními důvody jsou případy, kdy škoda byla způsobena:

- a) válkou, válečným stavem, občanskou válkou, povstáním nebo přírodní katastrofou výjimečného a neodvratitelného charakteru¹⁸,
- b) jednáním třetí osoby s úmyslem způsobit škodu,
- c) respektováním příkazu nebo závazného opatření orgánu veřejné moci,

¹⁵ Viz úmluvy unifikující občanskoprávní odpovědnost za jaderné škody a za znečištění moří při přepravě ropy.

¹⁶ Výjimka se nicméně netýká potrubní přepravy, ani přepravy v rámci provozního zařízení či na místě nepřístupném veřejnosti, pokud je tato přeprava nedílnou součástí dalších činností.

¹⁷ Tato příloha přitom odkazuje na přílohu I směrnice Rady ze dne 27. června 1967 o sblížení právních a správních předpisů týkajících se klasifikace, balení a označování nebezpečných látek.

¹⁸ Obvyklý liberační důvod „force majeure“ Luganská úmluva nezná.

d) znečišťováním na úrovni přípustné vzhledem k místním okolnostem nebo

e) nebezpečnou činností prováděnou legálně v zájmu osoby, jež utrpěla škodu.

Zavinění poškozeného může být důvodem pro snížení nebo vyloučení náhrady za takto vzniklou škodu (čl. 9). Odpovědnou osobou za škodu způsobenou nebezpečnou činností bude vždy provozovatel příslušného zařízení, tzn. osoba, která nebezpečnou činnost provozovala v době, kdy došlo k nehodě (čl. 6). Zvláštní ustanovení se v tomto ohledu váže k místům k trvalému ukládání odpadů, kdy za vzniklou škodu odpovídá provozovatel nebezpečné činnosti v době, kdy se škoda stala známou (čl. 7).

Pojem „škoda“ zahrnuje (čl. 2 odst. 7): a) smrt nebo zranění osob, b) zničení nebo poškození majetku (s výjimkou samotného zařízení nebo majetku pod dohledem provozovatele v místě nebezpečné činnosti), c) ztráty na životním prostředí za předpokladu, že náhrada za tyto ztráty bude omezena výší nákladů na uvedení do původního stavu¹⁹, d) náklady na preventivní opatření a jakékoliv ztráty těmito opatřeními způsobené. Podmínkou pro uplatnění nároku na náhradu takto vymezené škody je skutečnost, že škoda vznikla na životním prostředí následkem některé z nebezpečných činností podle (čl. 2 odst. 1).

Velice široce Úmluva pojímá i „životní prostředí“, kterým rozumí nejen složky přírody neživé i živé, ale také majetek, který je součástí kulturního dědictví a krajinný ráz. Z této definice lze dovodit, že práva na náhradu škody za poškození či zničení kulturních památek se lze (za stanovených podmínek) na základě této Úmluvy rovněž domáhat.

U ztrát na životním prostředí často vyvstávají problémy s kauzalitou. Úmluva na tento problém reaguje v čl. 10, který „rozvolňuje“²⁰ požadavky na prokázání příčinné souvislosti mezi ztrátami na životním prostředí a nebezpečnou činností. Na základě tohoto ustanovení má soudce při posuzování kauzality brát náležitý zřetel na zvýšené nebezpečí vzniku škody, které je spjato s příslušnou nebezpečnou činností. Toto ustanovení se však jeví být dosti vágním, s nejistým vlivem na případnou soudní praxi. Důležitými ustanoveními, která mohou usnadnit dokazování příčinné souvislosti mezi událostí a škodou, jsou proto v této souvislosti čl. 14 – 16 Úmluvy, které umožňují přístup k informacím kontrolovaným orgány veřejné správy a provozovateli nebezpečných činností.

Vedle objektivní odpovědnosti, kterou Úmluva na provozovatele nebezpečných činností klade, dále prostřednictvím čl. 12 rozšiřuje povinnosti těchto subjektů, neboť ukládá smluvním stranám, aby v souladu s vnitrostátním právem zajistily, (kde je to s ohledem na

¹⁹ Tímto ustanovením jsou pokryty ztráty na životním prostředí – byť v limitované výši nákladů na nápravná opatření. „Nápravnými opatřeními“ se přitom podle Úmluvy (čl. 2 odst. 9) rozumí jakákoliv odůvodněná opatření, jimiž mají být navráceny do původního stavu poškozené nebo zničené prvky (složky) životního prostředí, nebo (kde je to odůvodněné) jimiž mají být tyto prvky životního prostředí nahrazeny. Za nápravná opatření se tedy výslovně považují i náhrady (kompenzace), pokud uvedení životního prostředí do původního stavu není možné.

²⁰ Viz Wolfrum, R., Langenfeld, Ch., Minnerop, P. Environmental Liability in International Law: Towards a Coherent Conception. Berlin: Erich Schmidt Verlag, 2005, s. 80.

rizika nebezpečné činnosti možné), povinnost provozovatelů mít finanční zajištění nebo pojištění pro účely pokrytí odpovědnosti podle této Úmluvy (čl. 12).²¹

3.3 ŽALOBY NA NÁHRADU ŠKODY A JINÉ NÁROKY

Úmluva obsahuje hmotná i procesní ustanovení k uplatnění odpovědnosti. Šturma k tomu uvádí, že „přitom rozlišuje mezi žalobami na náhradu škody, které jsou vyhrazeny pro poškozené, a jinými žalobami“.²² Toto rozlišení je poněkud nepřesné, neboť Úmluva rozlišuje žaloby na náhradu škody²³ (čl. 17) a žádosti organizací (čl. 18). Vedle žalob poškozených subjektů tedy Úmluva zakotvuje zvláštní právo pro sdružení nebo nadace, které mají podle svých stanov jako předmět činnosti ochranu životního prostředí²⁴, kdykoli požadovat zákaz protiprávní nebezpečné činnosti, která představuje vážnou hrozbu pro životní prostředí, a dále mohou požadovat nařízení (vydání rozhodnutí), aby provozovatel přijal preventivní nebo nápravná opatření (čl. 18 odst. 1)²⁵. Úmluva potom ponechává na vnitrostátním právu, který ze státních orgánů (zda správní úřad či soud) bude o těchto žádostech rozhodovat. Před rozhodnutím o takové žádosti by měl příslušný orgán dát prostor k vyjádření ostatním veřejným orgánům (čl. 18 odst. 4).

Žaloby na náhradu škody mohou být uplatněny v subjektivní promlčecí lhůtě tří let (tj. od okamžiku, kdy se žalobce dozvěděl nebo mohl a měl dozvědět o škodě a totožnosti provozovatele nebezpečné činnosti), objektivní lhůta k uplatnění žaloby je stanovena na třicet let. Pokud je nehoda trvalého charakteru, objektivní lhůta počíná až od ukončení tohoto trvání, v případě série nehod stejného původu se tato lhůta počítá od poslední nehody této série (čl. 17).

Vzhledem k zaměření tohoto příspěvku je dále důležité zmínit, že Úmluva se vymezuje k členským státům Evropské unie tak, že tyto státy se budou ve vzájemných vztazích řídit právem Společenství, a jen tam, kde v tomto právu příslušná pravidla chybí, budou aplikovat Úmluvu.

²¹ Obdobné ustanovení obsahují i další mezinárodní úmluvy, např. Basilejská úmluva o kontrole přeshraniční přepravy nebezpečných odpadů a nakládání s nimi (čl. 6 odst. 11).

²² Cit. Šturma, P. *Mezinárodní odpovědnost za škodlivé následky činností nezakázaných mezinárodním právem*. In Čepelka, Č., Jílek, D., Šturma, P. *Mezinárodní odpovědnost*. Brno: Masarykova univerzita, 2003, s. 140.

²³ U tohoto typu žalob je příslušný soud místa, 1) kde došlo ke škodě, 2) kde byla prováděna nebezpečná činnost, 3) kde má žalovaná strana své obvyklé sídlo (čl. 19 odst. 1).

²⁴ Za předpokladu, že vyhoví dalším podmínkám, které státy, ve kterých je žádost podána, mohou ve svém vnitrostátním právu stanovit.

²⁵ Žádost o zákaz protiprávní nebezpečné činnosti může být podána pouze u příslušného orgánu státu místa, kde je (nebo bude) nebezpečná činnost provozována; žádost o nařízení preventivních nebo nápravných opatření může být zase podána toliko k příslušnému orgánu státu místa, kde je (nebo bude) nebezpečná činnost provozována nebo místa, kde mají být opatření přijata.

4. HARMONIZACE ODPOVĚDNOSTI ZA ZTRÁTY NA ŽIVOTNÍM PROSTŘEDÍ V EU

Evropská komise již v roce 1993 vydala tzv. Zelenou knihu o náhradě ekologických škod²⁶, ve které byl představen základní koncept systému odpovědnosti za ztráty na životním prostředí. Povahou se jednalo o dokument diskusního charakteru, nicméně díky vlivu Luganské úmluvy šlo o představení kompenzačních mechanismů v rámci občanskoprávní odpovědnosti. Následně Komise představila myšlenku, že by se Evropské společenství mohlo stát smluvní stranou Luganské úmluvy, tento přístup však byl zavržen²⁷. V roce 1994 přijal Evropský parlament rezoluci vyzývající Komisi, aby předložila návrh směrnice o občanskoprávní odpovědnosti s ohledem na (budoucí) škody na životním prostředí (environmental damage)²⁸ a v roce 1997 začala Komise pracovat na tzv. Bílé knize o ekologické odpovědnosti²⁹, jež byla vydána v roce 2000. Bylo v ní mj. uvedeno, že právní odpovědnost je efektivním nástrojem k náhradě ztrát na životním prostředí pouze za splnění následujících podmínek: zjištěný znečišťovatel (původce), určitelná a vyčíslitelná škoda a příčinná souvislost mezi vzniklou škodou a původcem. Proto není individuální odpovědnost vhodným nástrojem v případě znečištění difúzního charakteru (znečištěné ovzduší, kyselé deště). Bílá kniha předpokládala, že systém odpovědnosti v oblasti ochrany životního prostředí Společenství by měl pokrývat tzv. tradiční škody (na zdraví a životě osob a majetku) i ekologickou odpovědnost (environmental damage), která měla zahrnovat znečištění míst a škody na přírodě a biologické rozmanitosti. Odpovědnostní režim měl spočívat v objektivní odpovědnosti provozovatele, pokud je škoda způsobena nebezpečnou činností. V případě škod na biodiverzitě v oblastech NATURA 2000 se mělo jednat o odpovědnost omezenou (fault-based, tj. se zřetelem k zavinění), bez návaznosti na některou z nebezpečných činností. Bílá kniha přitom navrhla i subsidiární odpovědnost státu. Výsledkem těchto přípravných prací bylo přijetí Směrnice, která ve srovnání s Bílou knihou doznala podstatného zúžení své působnosti, a sice o škody tradiční.

4.1 SMĚRNICE – ZÁSADY A PŮSOBNOST

Směrnice vychází z čl. 175 odst. 1 Smlouvy o založení Evropského společenství a jejím účelem je „vytvořit rámec odpovědnosti za životní prostředí založený na zásadě „znečišťovatel platí“ s cílem předcházet škodám na životním prostředí a napravovat je“ (čl. 1). Prevence a náprava škod by měly být prováděny v souladu se zásadou trvale udržitelného rozvoje (odst. 2 preambule), zmínit lze rovněž nejobecnější zásadu v oblasti ochrany životního prostředí, a sice zásadu prevence, která se váže k odpovědnosti původce (znečišťovatele) a zhmotňuje se v povinnosti přijímat preventivní opatření. Těmi se v případě Směrnice rozumí opatření k předcházení či minimalizaci škod, pokud zde již existuje

²⁶ Communication from the Commission to the Council and Parliament and the Economic and Social Committee: Green Paper on remedying environmental damage, COM(93) 47, květen 1993.

²⁷ Podle: Bergkamp, L. The Commission's White Paper On Environmental Liability: A Weak Case for an EC Strict Liability Regime. In *European Environmental Law Review*, April, 2000, s. 106.

²⁸ Rezoluce ze dne 20. 4. 1994, podle: Wolfrum, R., Langenfeld, Ch., Minnerop, P. *Environmental Liability in International Law: Towards a Coherent Conception*. Berlin: Erich Schmidt Verlag, 2005, s. 185.

²⁹ White Paper on Environmental Liability, COM/2000/66 final, únor 2000.

bezprostřední hrozba v důsledku nějaké události, jednání či opomenutí (čl. 2 odst. 10). Obecnými zásadami harmonizační politiky Společenství jsou potom zásady subsidiarity a proporcionality, jejichž naplnění Směrnice také deklaruje.³⁰

Věcná působnost směrnice je jasně vymezena – vztahuje se na škody na životním prostředí, kterými se rozumí toliko škody na chráněných druzích a přírodních stanovištích, škody na vodách a škody na půdě, pokud jsou způsobeny některou z vymezených pracovních činností (v příloze III). V případě chráněných druhů a přírodních stanovišť se směrnice uplatní i v případě, pokud byly škody způsobeny i jinou než vymezenou pracovní činností. Směrnice se rovněž vztahuje na jakoukoliv bezprostřední hrozbu těchto škod. V rámci tohoto vymezení se pak působnost dále zužuje, neboť chráněnými druhy a přírodními stanovišti se rozumí tyto druhy a stanoviště uvedené ve směrnici o ochraně volně žijících ptáků³¹, případně určené členskými státy (čl. 2 odst. 3 písm. c), škody na vodách jsou pokryty, pouze pokud odpovídají škodám ovlivňujícím kvantitativní stav nebo ekologický potenciál vod podle rámcové vodní směrnice³², a na škody na půdě se Směrnice použije jen v případě, že se jedná o kontaminaci, která představuje vážné riziko pro lidské zdraví. Zvláště u půdy je takto stanovená podmínka rozsahu škody až příliš restriktivní, půda se v tomto smyslu vlastně dostala do nerovného postavení ve srovnání s ostatními složkami přírody. Takto limitovanou působnost Směrnice nicméně mohou členské státy na základě čl. 2 odst. 3 písm. c) a čl. 16 rozšířit.³³

Směrnice nedopadá na škody na životním prostředí (ani jejich bezprostřední hrozbu), pokud jsou pokryty některou z vymezených mezinárodních smluv (čl. 4 odst. 2)³⁴, ani na jaderná nebezpečí nebo škody na životním prostředí či jejich hrozbu, pokud jsou způsobeny činnostmi zahrnutými ve Smlouvě o založení EURATOMU³⁵ nebo pokud se jedná o škody spadající do

³⁰ Naplnění těchto principů a vůbec potřeby harmonizovat právní předpisy členských států v této oblasti je však zpochybňováno. Více viz Smedt, K. D. Is Harmonisation Always Effective? The Implementation of the Environmental Liability Directive. In *European Energy and Environmental Law Review*, 2009, February, s. 3-7. Této kritice lze přisvědčit minimálně v tom, že Směrnice nezbytnost harmonizace nijak nevysvětluje, pouze opakuje smysl těchto principů („cíle této směrnice nemůže být uspokojivě dosaženo na úrovni členských států, a proto jich může být lépe dosaženo na úrovni Společenství...“).

³¹ Směrnice Rady 79/409/EHS.

³² Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2000/60/ES, kterou se stanoví rámec pro činnost Společenství v oblasti vodní politiky.

³³ Směrnice se nebude aplikovat také tehdy, pokud jsou škody na životním prostředí způsobeny činnostmi spojenými s národní obranou, mezinárodní bezpečností nebo ochranou před přírodními katastrofami.

³⁴ Mezinárodní úmluva o občanskoprávní odpovědnosti za škody způsobené ropným znečištěním (1992); Mezinárodní úmluva o zřízení Mezinárodního fondu pro náhradu škod způsobených ropným znečištěním (1992); Mezinárodní úmluva o občanskoprávní odpovědnosti za škody způsobené znečištěním ropnými palivy (2001);

Mezinárodní úmluva o odpovědnosti a náhradě za škodu v souvislosti s přepravou nebezpečných a škodlivých látek po moři (1996); Úmluva o občanskoprávní odpovědnosti za škody způsobené při přepravě nebezpečných

věcí po silnici, železnici a na plavidlech pro říční plavbu (1989).

³⁵ Smlouva o založení Evropského společenství pro atomovou energii.

působnosti některé z mezinárodních smluv, které se týkají nakládání s jaderným materiálem.³⁶ Takto rozsáhlé vyloučení škod na životním prostředí však nutně vyvolává otázku, zda tyto mezinárodněprávní úmluvy nabízejí vždy alternativu rovnocennou k mechanismu ochrany a nápravy podle Směrnice, neboť se zásadně jedná o nástroje občanskoprávní odpovědnosti.

4.2 ODPOVĚDNOST

Směrnice je primárně založena na objektivní odpovědnosti provozovatele, který je povinen předcházet škodám na životním prostředí, oznamovat je a přijímat příslušná opatření po jejich vzniku, a to i bez návaznosti na rozhodnutí či požadavky příslušných orgánů veřejné správy.³⁷ Lze souhlasit s názorem, že tento postup „přispívá k podnikatelskému prostředí, kde se ochrana životního prostředí považuje za záležitost vlastní odpovědnosti spíše než za plnění byrokratických příkazů“.³⁸ Omezená (fault-based)³⁹ odpovědnost provozovatele se uplatní toliko u ztrát na chráněných druzích a přírodních stanovištích, které vznikly jinou než vymezenou (příloha III) pracovní činností. V tomto případě je třeba prokázat, že došlo k úmyslnému či nedbalostnímu jednání ze strany provozovatele, tj. k porušení právních předpisů či zanedbání odborné péče. Odpovědnost provozovatele podle Směrnice nevznikne, pokud byly škody na životním prostředí způsobeny ozbrojenými konflikty, nepřátelskou akcí, občanskou válkou nebo povstáním či živelní událostí výjimečné a neodvratné povahy.

Důležitou podmínkou vzniku odpovědnosti je příčinná souvislost mezi činností provozovatele a škodou (vzniklou či bezprostředně hrozící) na životním prostředí. Zvláště problematické bude uplatnění odpovědnosti v případě škod způsobených znečištěním neohraničené povahy (difuzní znečištění), kdy je kauzalitu obtížné prokázat.

Vedle povinností plynoucích z objektivní odpovědnosti provozovatele ukládá Směrnice členským státům, aby přijaly opatření k podpoře rozvoje nástrojů finančního zajištění. Případnou harmonizaci těchto nástrojů by Komise navrhla až na základě zkušeností s jejich uplatňováním a dostupností v členských státech (čl. 14).

³⁶ Pařížská úmluva 1960 o odpovědnosti vůči třetím stranám v oblasti jaderné energie (1960) a Bruselská doplňující úmluva (1963); Vídeňská úmluva o občanskoprávní odpovědnosti za jaderné škody (1963); Úmluva o dodatečných náhradách za jaderné škody (1997); Společný protokol týkající se Vídeňské úmluvy a Pařížské úmluvy (1988); Bruselská úmluva o občanskoprávní odpovědnosti v oblasti námořní přepravy jaderného materiálu (1971).

³⁷ Zavedení této základní povinnosti provozovatele, tj. bez závislosti na rozhodnutí orgánů veřejné správy, je pro mnoho členských států inovační. Viz Winter, G., Jans, J. H., Macrory, R., Krämer, L. Weighing up the EC Environmental Liability Directive. In *Journal of Environmental Law*, Oxford University Press, 2008, s. 168 – 169.

³⁸ Cit. (volně přeloženo) tamtéž, s. 169.

³⁹ Vzhledem k tomu, že odpovědnými subjekty jsou právnické osoby jakožto provozovatelé různých druhů činností, použití pojmu českého práva „subjektivní odpovědnost“, jež vyjadřuje existenci některé z forem zavinění (úmysl, nedbalost) jako subjektivní stránky odpovědnostního vztahu mezi fyzickou osobou a způsobenou škodou, není vhodné v těchto případech používat. Jako přesnější se proto jeví pojem „omezená odpovědnost“.

4.3 PREVENTIVNÍ A NÁPRAVNÁ OPATŘENÍ

Povinnosti provozovatele lze podle Směrnice rozdělit na 1) přímé (primární), které spočívají v jedné úzce spojené se škodami na životním prostředí (předcházet škodám, oznamovat škody, přijímat opatření při a po vzniku škody) a 2) nepřímé (sekundární), kam patří úhrada nákladů za preventivní a nápravná opatření (čl. 8). Provozovateli může být plnění těchto povinností rovněž nařízeno ze strany příslušného orgánu.

Pokud provozovatel neplní své primární povinnosti, ani nereaguje na nařízení příslušného orgánu, nebo pokud provozovatele není možné zjistit, a pokud jsou zároveň vyčerpány všechny jiné možnosti, může tento orgán přijmout preventivní opatření sám. Nápravná opatření či další kroky po vzniku škody na životním prostředí může tento orgán sám učinit kdykoliv, odpovědnost provozovatele (pokud je ho možné zjistit) je však samozřejmě zachována. Přijímání nápravných opatření⁴⁰ (jiného než stabilizačního charakteru) provozovatelem po vzniku škody na životním prostředí je vázáno na souhlas příslušného orgánu (čl. 7).

Provozovatel v zásadě nese náklady na preventivní a nápravná opatření. Této povinnosti se může zprostit, pokud prokáže, že škody na životním prostředí (či jejich bezprostřední hrozba) byla způsobena třetí stranou, a to i přes přijetí vhodných bezpečnostních opatření, nebo vznikla důsledkem splnění závazného příkazu nebo pokynu orgánu veřejné moci⁴¹ (čl. 8 odst. 3 a 4). Takto vynaložené náklady může stěžovatel regresně vyžadovat po odpovědných osobách (třetí osoba, orgán veřejné moci). Členské státy přitom mohou být vůči provozovatelům ještě benevolentnější, pokud ve svých právních rádech stanoví, že náklady na preventivní a nápravná opatření nenese provozovatel, pokud škoda na životním prostředí vznikla bez jeho zavinění, a zároveň se jednalo o škody způsobené emisemi nebo událostmi, které byly povoleny, nebo vznikly činností, která byla podle dosažené úrovně znalostí považována za bezpečnou.

Provedení či přijetí opatření souvisejících s prevencí či nápravou škod na životním prostředí mohou prostřednictvím žádosti příslušnému orgánu členského státu iniciovat rovněž subjekty (fyzické či právnické osoby), pokud jsou těmito škodami dotčeny či alespoň pravděpodobně dotčeny, nebo pokud mají dostatečný zájem na rozhodování o životním prostředí (v souvislosti se škodami na životním prostředí), nebo pokud tvrdí, že došlo k porušení práva (je-li to předpokladem účasti těchto subjektů ve správním řízení příslušného členského státu). Těmito subjekty budou podle Směrnice vždy nevládní organizace usilující o ochranu životního prostředí (čl. 12 odst. 1). Žádost o opatření, která musí být doprovázena relevantními informacemi, zváží příslušný orgán členského státu a poskytne provozovateli prostor k vyjádření. O svém rozhodnutí přijmout či zamítnout podanou žádost potom uvedené subjekty „co nejdříve“ informuje. Směrnice přitom umožňuje členským státům rozhodnout, zda institut žádosti o přijetí opatření umožní uvedeným subjektům využívat i v případech bezprostřední hrozby škod⁴² (čl. 12 odst. 5). Směrnice dále „vtahuje“ subjekty podle čl. 12

⁴⁰ Seznam těchto opatření, ze kterých si provozovatel vybírá, je uveden v příloze II Směrnice.

⁴¹ S výjimkou příkazů nebo pokynů vydaných v důsledku emisí nebo událostí způsobených vlastní činností provozovatele.

⁴² Podle čl. 2 odst. 9 Směrnice se „bezprostřední hrozbou škod“ rozumí dostatečná pravděpodobnost, že v blízké budoucnosti dojde ke škodám na životním prostředí.

odst. 1 do přezkumného soudního řízení (čl. 13), nicméně pouze za předpokladu dodržení dalších podmínek, které jsou stanoveny v jednotlivých členských státech pro přístup ke spravedlnosti, což prakticky nikterak procesní práva těchto subjektů nerozšiřuje.

Prevence a náprava přeshraničních škod na životním prostředí (mezi členskými státy EU) má být podle Směrnice řešena na základě vzájemné spolupráce těchto států. Tato formule bývá ve směrnicích Společenství používána často, nicméně nechává spíše prostor pro otázky.

5. KOMPARACE

Na základě výše uvedeného můžeme přistoupit ke srovnání vybraných atributů Luganské úmluvy a Směrnice. Uveďme si je nejprve v přehledné komparativní tabulce:

Tabulka 2: Luganská úmluva vs. Směrnice

	Luganská úmluva	Směrnice
Přijetí, platnost, účinnost	1993 přijata, doposud nevstoupila v platnost	21. 4. 2004 přijata, v platnost 30. 4. 2004, nejzazší termín pro implementaci 30. 4. 2007
Věcná působnost	Odpovědnost za škody způsobené nebezpečnými činnostmi	Odpovědnost za škody způsobené vymezenými provozními činnostmi
Pojem „škoda“	a) smrt nebo zranění osoby, b) zničení nebo poškození majetku c) ztráty na životním prostředí (limitace do výše nákladů na uvedení do původního stavu), d) náklady na preventivní opatření a jakékoliv ztráty těmito opatřeními způsobené	Měřitelná nepříznivá změna v přírodním zdroji nebo měřitelné zhoršení přírodního zdroje, ke kterému může dojít přímo nebo nepřímo (přírodním zdrojem se rozumí chráněné druhy a přírodní stanoviště, voda a půda)
Charakter odpovědnosti	Objektivní odpovědnost provozovatele	Objektivní/subjektivní odpovědnost provozovatele, subsidiární odpovědnost státu
Preventivní opatření	Veškerá odůvodněná opatření přijatá (v důsledku události) k odvrácení či minimalizaci škody	Opatření přijatá (v důsledku události, jednání nebo opomenutí), k odvrácení či minimalizaci škody na životním prostředí (nebo její bezprostřední hrozby)

Nápravná opatření	Opatření, jimiž mají být navraceny do původního stavu poškozené nebo zničené složky životního prostředí, nebo (kde je to odůvodněné) jimiž mají být tyto složky nahrazeny.	Činnosti k obnovení, ozdravení nebo nahrazení poškozených přírodních zdrojů, poskytnutí rovnocenné alternativy těchto zdrojů (příloha II)
Postavení dotčených subjektů	Podání žádosti k přijetí opatření	Podání žádosti k přijetí opatření

5.1 PŮSOBNOST

Luganská úmluva má ve srovnání se Směrnicí velmi širokou oblast působnosti, zahrnuje jak odpovědnost za škody tradiční (škody na zdraví a majetku), tak odpovědnost za ztráty na životním prostředí, která je omezena toliko co do výše nákladů na uvedení do původního stavu. Podstatná je rovněž neuzavřenost seznamu nebezpečných činností, jejichž provozovatelé mohou být na základě Luganské úmluvy voláni k odpovědnosti. Tyto skutečnosti, byť z pohledu ochrany životního prostředí žádoucí, stojí za současnou neaplikovatelností této úmluvy, která „jde“ ve své působnosti dále, než mnohé z členských států Evropské unie.⁴³ Směrnice je co do působnosti omezena pouze na vybrané složky životního prostředí, aniž by rozlišovala, zda jsou tyto složky (věci) někým vlastněny či nikoli. Na rozdíl od Luganské úmluvy obsahuje Směrnice taxativní výčet typových činností, jejichž provozovatelé jsou odpovědní za případně vzniklé škody na životním prostředí. V tomto smyslu lze Směrnicí ocenit zejména z pohledu právní jistoty potenciálních znečišťovatelů. Ze strany zájmu na ochraně životního prostředí nicméně bude nutné v případě potřeby tento výčet typových činností přizpůsobovat praxi.

5.2 ODPOVĚDNOST

Na základě uplatnění zásady „znečišťovatel platí“ v Luganské úmluvě i Směrnicí jsou oba právní nástroje založeny na primární odpovědnosti znečišťovatele v osobě provozovatele nebezpečných (v případě Směrnice vymezených) činností, která má objektivní charakter. V případě Směrnice se vedle objektivní odpovědnosti provozovatele uplatní i jeho odpovědnost omezená, a to u škod na chráněných druzích a přírodních stanovištích, které vznikly jinou než vymezenou pracovní činností. Nabízí se však otázka, proč by nemohla být tato odpovědnost uplatněna i v případě ostatních složek životního prostředí chráněných Směrnicí, tzn. vody a půdy. Oproti tomu Luganská úmluva klade důraz nikoli na typ provozu, nýbrž na jeho nebezpečnost plynoucí z nakládání s nebezpečnými látkami.

Další odlišnost lze spatřovat v možnostech liberace. Zatímco Luganská úmluva obsahuje explicitní výčet liberačních důvodů, Směrnice je konstruována poněkud odlišně. V případě ztrát na životním prostředí způsobených ozbrojenými konflikty, nepřátelskou akcí, občanskou

⁴³ Viz Bílá kniha o ekologické odpovědnosti. Např. Dánsko, Německo nebo Velká Británie již deklarovaly, že k Luganské úmluvě nepřistoupí.

válkou nebo povstáním či živelnou událostí výjimečné a neodvratné povahy odpovědnost nevznikne podle Směrnice vůbec, neboť takto způsobené ztráty jsou z její působnosti vyňaty. Pokud jsou ztráty způsobeny třetí osobou (i přes přijetí vhodných bezpečnostních opatření) nebo důsledkem závazného příkazu orgánu veřejné moci, a tyto skutečnosti je provozovatel schopen prokázat, vznikne mu toliko právo na náhradu nákladů na přijatá preventivní nebo nápravná opatření.

Podstatnou odlišností mezi Luganskou úmluvou a Směrnicí je rovněž vymezení pojmu „škoda“. V režimu Luganské úmluvy pod tento pojem spadají škody tradiční i ztráty způsobené na životním prostředí, Směrnice pod tímto pojmem rozumí výlučně změny způsobené na vybraných přírodních zdrojích. Podobnost je však možné spatřovat v tom, že předpokladem i cílem plnění po vzniku takové ztráty je jejich náprava, která zahrnuje uvedení do původního stavu, příp. náhradu. S peněžitou formou náhrady za ztráty na životním prostředí, která by nebyla spojena s nápravnými (či preventivními) opatřeními (např. ušlý zisk), nelze v případě Směrnice počítat vůbec, u Luganské úmluvy by bylo možné tento nárok uplatnit v rámci odpovědnosti za tradiční škody. Otázka případné náhrady za ztrátu na tzv. mimoprodukčních funkcích životního prostředí zůstává „nedotknutelnou“ i nadále.

5.3 OPATŘENÍ K PREVENCI A NÁPRAVĚ

Luganská úmluva i Směrnice počítá s prováděním preventivních i nápravných opatření. Pojetí preventivních nástrojů je shodné, nicméně na rozdíl od Směrnice Luganská úmluva povinnost přijetí preventivních nástrojů provozovatelem explicitně nestanoví a vlastně se těmito nástroji blíže nevěnuje. Obdobný problém - absence podrobnější regulace - lze Luganské úmluvě vytknout i v případě nápravných opatření. Výslovně totiž počítá pouze s možností návrhu ze strany třetích subjektů na jejich provedení. Směrnice se naopak provádění preventivních i nápravných opatření věnuje poměrně důkladně. U preventivních opatření stanoví povinnost jejich neprodleného přijetí ze strany provozovatele a dále zakotvuje možnost, aby tato opatření byla sekundárně přijata státem (tj. příslušným orgánem). Jedná se sice pouze o fakultativní odpovědnost státu, nicméně ve srovnání s Luganskou úmluvou, která se subsidiární odpovědností státu nepočítá vůbec, je to krok kupředu. Nápravná opatření Směrnice dělí na dvě skupiny: opatření, která je provozovatel povinen přijmout sám ihned po vzniku škody na životním prostředí, jež mají spíše stabilizační charakter, a potom opatření (sanačního charakteru), která může (resp. musí) provozovatel provést až po jejich schválení příslušným orgánem. I u nápravných opatření dává Směrnice členským státům možnost aktivní ingerence.

5.4 POSTAVENÍ TŘETÍCH SUBJEKTŮ

Luganská úmluva i Směrnice vycházejí z neoddiskutovatelné skutečnosti, totiž že významný podíl na ochraně životního prostředí mají různé nevládní organizace. Mnohdy jsou to právě tyto subjekty, které jako první upozorní na ekologické problémy a hrozící ekologické škody. Rozsah oprávnění těchto subjektů je v obou dokumentech upraven podobně. Významnější rozdíl lze spatřovat snad pouze v tom, že Luganská úmluva nepočítá s aktivitou tohoto charakteru (tj. podání žádosti o přijetí opatření) ze strany fyzických osob, což Směrnice nevyklučuje. Směrnice rovněž stanoví na podanou žádost o přijetí opatření podrobnější parametry (musí být doprovázena relevantními informacemi a údaji); to však lze implicitně předpokládat i u žádosti podané v režimu Luganské úmluvy. Směrnice ovšem stanoví příslušným orgánům povinnost minimálně se ke každé takto podané žádosti vyjádřit. Přijetí požadovaných opatření je však již zcela v kompetenci těchto orgánů. Přestože se Luganská

úmluva i Směrnice snaží „vtáhnout“ tyto subjekty do případných navazujících řízení, jejich výsledné postavení v těchto řízeních na národní úrovni se bude vždy odvíjet od konkrétních podmínek aktivní legitimace stanovených vnitrostátním právem.

6. ZÁVĚR

Z provedené komparace vyplývá, že Luganská úmluva významně ovlivnila výslednou podobu Směrnice, jež byla vytvořena mj. i na základě zkušeností s tím, co je politicky přijatelné a co nikoli. Luganská úmluva má velmi širokou oblast působnosti, zahrnuje totiž jak odpovědnost za škody způsobené na zdraví a majetku (tzv. tradiční škody), tak odpovědnost za ztráty na životním prostředí. Vedle široké působnosti a prakticky všeobjímajícího chápání pojmu „environmental damage“ bývá jako negativum Luganské úmluvy uváděna absence upřednostnění uvedení životního prostředí do původního stavu.⁴⁴ Tuto hierarchii způsobů odčinění ztrát na životním prostředí však lze z Luganské úmluvy dovodit implicitně; vždyť potřeba zabezpečit preventivní a nápravná opatření v případě způsobených škod je jedním z jejích hlavních účelů. Co se týká široké působnosti Luganské úmluvy, jedná se o skutečnost ve prospěch životního prostředí. Podle Šturmy její „(j)edinou slabinou je, že zcela ponechává stranou smluvní odpovědnost státu“⁴⁵. S tímto tvrzením lze souhlasit, pokud odhlédneme od doposud nepřekonané slabiny této Úmluvy, kterou je její neplatnost. Výše uvedená „negativa“ zatím převažují v případě této mezinárodní úmluvy nad pozitivy, což nakonec ovlivnilo i Společenství, které dospělo k závěru o nereálnosti svého přistoupení k Luganské úmluvě a vydalo se na cestu vlastní, na jejímž konci vzniklo prozatím maximum možného – Směrnice. Z výsledné podoby tohoto právního předpisu je nicméně velice patrné, že Luganská úmluva splnila minimálně úlohu inspirační.

Směrnice má svoji působnost velmi přesně vymezenou a obsahuje podrobnou úpravu postupu při přijímání preventivních a nápravných opatření. Je třeba ocenit, že v případě ztrát způsobených na chráněných druzích a přírodních stanovištích je odpovědnost rozšířena i na provozovatele, jejichž činnosti nelze do seznamu vymezených činností zařadit, není však příliš zřejmé, z jakého důvodu by nemohla být tato tzv. omezená odpovědnost vztahována i na ostatní chráněné složky životního prostředí. Významným pozitivem Směrnice je možnost zakotvení subsidiární odpovědnosti státu, což umožňuje napravit ztráty na životním prostředí v případech, kdy není možné odpovědnost provozovatele prokázat, kdy tento provozovatel není znám, resp. již neexistuje, a také v případech škod, jež vznikly před účinností této Směrnice.

K implementaci Směrnice do českého právního řádu došlo zákonem č. 167/2008 Sb., o předcházení ekologické újmy a její nápravě.⁴⁶ Směrnice se snaží vytvořit rámec odpovědnosti

⁴⁴ Viz Stejskal, V., Vícha, O. Zákon o předcházení ekologické újmy a její nápravě, s komentářem, souvisejícími předpisy a s úvodem do problematiky ekologicko-právní odpovědnosti. Praha, Leges, 2009, s. 39; Damohorský, M. Právní odpovědnost za ztráty na životním prostředí. Praha: Karolinum, 1999, s. 33.

⁴⁵ Šturma, P. Mezinárodní odpovědnost za škodlivé následky činností nezakázaných mezinárodním právem. In Čepelka, Č., Jílek, D., Šturma, P. Mezinárodní odpovědnost. Brno: Masarykova univerzita, 2003, s. 141.

⁴⁶ Je nutné si uvědomit, že pojem „ekologická újma“ v pojetí zákona č. 167/2008 Sb. se svým rozsahem odlišuje od vymezení tohoto pojmu v rámci doktríny a dosavadní české právní úpravy (zákon č. 17/1992 Sb., o životním prostředí), jak byla naznačena v kapitole 2 tohoto příspěvku. Jedná se o „ekologickou újmu“ pro účely zákona č. 167/2008 Sb.

za životní prostředí; nechává přitom v některých aspektech na členských státech, k jak „přísné“ úpravě se přikloní. Účinnost Směrnice tedy v poměrně značné míře závisí na způsobu její implementace do národních právních řádů členských států. V případě České republiky je třeba dodat, že zákon č. 167/2008 Sb. pouze doplnil stávající systém právní odpovědnosti za ekologickou újmu.⁴⁷ Podrobnější analýze implementace Směrnice do českého právního řádu a jejího postavení v rámci české právní úpravy odpovědnosti za ztráty na životním prostředí však již bude věnován prostor v jiném příspěvku.

Literature:

- Bergkamp, L. The Commission's White Paper On Environmental Liability: A Weak Case for an EC Strict Liability Regime. In *European Environmental Law Review*, April, 2000, s. 105 – 114.
- Boyle, A. E. Globalising Environmental Liability: The Interplay of National and International Law. In *Journal of Environmental Law*, Vol 17, No 1, Oxford University Press, 2005, s. 3 – 26.
- Damohorský, M. Právo životního prostředí. 2. Přpracované a doplněné vydání. Praha: C.H. Beck, 2007, 599 s.
- Damohorský, M. Právní odpovědnost za ztráty na životním prostředí. Praha: Karolinum, 1999, 213 s.
- De Smedt, K. Is Harmonisation Always Effective? The Implementation of the Environmental Liability Directive. In *European Energy and Environmental Law Review*, Vol. 18, Issue 1, s. 2 – 18.
- Fábry, V. Ekologická odpovědnost. In *Správní právo*, č. 3 a 4, 1988, 1. Část, s. 129-144.
- Hinteregger, M. (ed.) *Environmental Liability and Ecological Damage in European Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- Jančářová, I. Pojetí škody v Luganské úmluvě ve srovnání s jinými mezinárodně právními odpovědnostními režimy. In *Zborník príspevkov z medzinárodnej vedeckej konferencie konanej 11. septembra 2008*. Trnava: Typi Universitatis, 2008, s. 79-93.

⁴⁷ V oblasti předcházení a nápravy ekologické újmy, již existuje řada právních předpisů, které představují někdy širší a méně podrobnou právní úpravu (např. zákon č. 17/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, zákon č. 334/1992 Sb., o ochraně zemědělského půdního fondu, zákon č. 289/1995 Sb., o lesích a o změně a doplnění některých zákonů), někdy naopak úpravu podrobnější a přísnější (např. ukládání kompenzačních opatření v územích Natury 2000 podle § 45i) zákona č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění zákona č. 218/2004 Sb.).

- Jančářová, I. Právní prostředky a cesty k řešení ekologických zátěží. Brno: Masarykova univerzita, 2008.
- Jančářová, I. Staré ekologické zátěže v kontextu americké, evropské a mezinárodní právní úpravy, Brno: Masarykova univerzita, 2007.
- Mlčoch, S. Nad návrhem směrnice ES o ekologické odpovědnosti. In Časopis pro právo životního prostředí, č. 1, 2003, s. 19 – 28.
- Pekárek, M. Úmluva o civilní odpovědnosti za škody vyplývající z činností nebezpečných pro životní prostředí a její transpozice do českého práva. In Zborník príspevkov z medzinárodnej vedeckej konferencie konanej 11. septembra 2008. Trnava: Typi Universitatis, 2008.
- Petržílek, P., Tylová, E., Vícha, O., Hájek, T. Škody na životním prostředí – řešení, realita, perspektivy. In Časopis pro právo životního prostředí, č. 3, 2002, s. 8 – 29.
- Smolek, M. Šestý akční program Evropského společenství pro životní prostředí „Životní prostředí 2010: Naše budoucnost je v našich rukou“. In Časopis pro české právo životního prostředí, č. 4, 2002, s. 3 – 14.
- Stejskal, V., Vícha, O. Zákon o předcházení ekologické újmy a její nápravě, s komentářem, souvisejícími předpisy a s úvodem do problematiky ekologicko-právní odpovědnosti. Praha, Leges, 2009, 336 s.
- Stejskal, V. Ke směrnici o právní odpovědnosti za prevenci škody na životním prostředí a její nápravě. In Časopis pro právo životního prostředí, č. 3, 2004, s. 9 – 17.
- Šturma, P. Mezinárodní odpovědnost za škodlivé následky činností nezakázaných mezinárodním právem. In Čepelka, Č., Jílek, D., Šturma, P. Mezinárodní odpovědnost. Brno: Masarykova univerzita, 2003, s. 111 – 182.
- Wilde, M. L. The EC Commission's White Paper on Environmental Liability: Issues and Implications. In Journal of Environmental Law, Vol 13, No 1, Oxford University Press, 2001, s. 21-37.
- Winter, G., Jans, J. H., Macrory, R., Krämer, L. Weighing up the EC Environmental Liability Directive. In Journal of Environmental Law, Oxford University Press, 2008, s. 163 – 191.
- Wolfrum, R., Langenfeld, Ch., Minnerop, P. Environmental Liability in International Law: Towards a Coherent Conception. Berlin: Erich Schmidt Verlag, 2005.

*Dávid R., Neckář J., Sehnálek D., (Editors). COFOLA 2009: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4821-8*

Reviewer:
Ilona Jančářová

Contact – email:
rybarova@mail.muni.cz

DEBYROKRATIZACE A REFORMY VEŘEJNÉ SPRÁVY

RUDOLF RYS

Territorial Public Administration Department, Ministry of Interior, Czech Republic

Abstract in original language:

Příspěvek pojednává o aktuální problematice byrokracie a reformy veřejné správy, konkrétně se zaměřuje na problematiku debyrokratizace. Je zde stručně shrnuta daná problematika a zdůrazněny zajímavé odlišnosti i podobnosti ve srovnání se situací v Německu. Situace v Německu je zde zastoupena především širokým náhledem na problematiku měření administrativní zátěže (SCM měření a SCM Quick Scan). Situace v České republice je omezena pouze na popis pojmů zjednodušování a administrativní zátěž. Příspěvek ponechává velký prostor pro diskusi k danému tématu.

Key words in original language:

Byrokracie; debyrokratizace; reformy veřejné správy; zjednodušování; administrativní zátěž; standardní nákladový model; vládní regulace; new public management; správní věda.

Abstract:

This paper deals with the current problems of Bureaucracy and Reforms of Public Administration abroad, particularly is focusing on problems of Debureaucratisation, briefly summarises existing problems and points out interesting diversities and similarities in comparison with the situation in Germany. The situation in Germany is here represented especially by a wide insight into problems of measurement of Administrative Burdens (SCM measurement and SCM Quick Scan). The situation in the Czech Republic is reduced on a description of terms simplification and administrative burdens. The paper lets a great space for discussions to the given theme.

Key words:

Bureaucracy; Debureaucratisation; Reforms of Public Administration; Simplification; Administrative Burdens; Standard Cost Model (SCM); Government Regulation; New Public Management; Administrative Science.

1. ÚVODEM

Ve svém příspěvku se chci především věnovat problematice byrokracie, debyrokratizace, reformy veřejné správy (konkrétně souvislostem pojmu decentralizace), zjednodušování (právního a administrativního prostředí) a administrativní zátěži (a problematice jejího měření) a dalším tématům souvisejícím. Pokládám za velmi vhodné s ohledem na aktuální vývoj v rámci naší veřejné správy podat nyní trochu retrospektivně laděný výklad k této stále více důležité problematice. Na příkladu sousedního Německa lze názorně poukázat na komplexnost a složitost snah o zlepšení fungování - debyrokratizaci - veřejné správy jako celku.¹ Za velmi důležitou pokládám problematiku administrativní zátěže a jejího měření

¹ V Německu je tzv. debyrokratizace součástí širšího komplexního programu zvaného „Bürokratieabbau und bessere Rechtsetzung“.

pomocí metody SCM (standardního nákladového modelu). Již předem se však musím omluvit za přespříliš stručné pojetí tohoto příspěvku.

2. POJEM "BYROKRACIE"

Samotný pojem "byrokracie" lze pokládat za pojem vsutku obecně známý a často užívaný. Je poněkud smutnou skutečností, že tento pojem má v současnosti spíše pejorativní zabarvení, přitom v samém počátku historie tohoto pojmu byl takto prostě pouze označován způsob vládnutí. Je zcela samozřejmé, že s tímto způsobem vládnutí byla vždy spojena jak pozitiva tak i negativa. Z historie je známo, že byrokracie byla přítomna i v tradičních společnostech, například ve staré Číně. V kulturně - společenském kontextu pokládám za velmi zajímavé, že v literatuře se často objevují zmínky o spojitosti konfucianismu s byrokracií staré Číny. Konfucianismus vlastně nebyl náboženstvím v pravém slova smyslu - i když jej lze v některých ohledech za náboženství pokládat - jeho posláním bylo demytologizovat čínské náboženské představy: nadpřirozené bytosti mění ve ctnosti, nebe přestává být bohem, ale stává se principem, který zajišťuje řád etc.² Výrok "Když nejsme schopni sloužit lidem, jak můžeme sloužit duchovním bytostem" znamenal, že je potřeba zanechat hledání neviditelné skutečnosti. Konfucianismus uctíval střízlivý racionalismus a ideál disciplinovaného klidu a pořádku. Základem konfucianismu je racionální etika s minimálním odporem světu. Cestou ke spáse bylo přizpůsobení se řádům světa a plnění svých povinností. Nepokoj duchů vyvolával nectnosti. Aby se tomu věřící vyvarovali, uctívali své předky. Prostředkem ke zdokonalování bylo vzdělávání se v dílech starých klasiků. Ctnostné žití se projevovalo bohatstvím. To bylo "náboženství byrokracie", úředníků staré Číny. Nebylo to vsutku náboženství chudých a nevzdělaných. Konfucianismus neměl kněze, vykonavatelé rituálů byli žu, vzdělaní úředníci.³ Pro středoevropské myšlení je dle mého názoru však spíše více charakteristický přístup významného sociologa, který se věnoval sociologii organizace, Maxe Webera.⁴ Max Weber zdůrazňoval význam písemných dokumentů pro fungování organizace - aby organizace mohla fungovat, potřebuje psaná pravidla. Všechny rozsáhlé organizace mají podle názoru Maxe Webera byrokratickou povahu. Nelze než souhlasit s myšlenkou, že v moderní společnosti je expanze byrokracie jednoduše nevyhnutelná. Max Weber definoval následující charakteristické znaky byrokracie: 1. existuje jednoznačná hierarchie pravomocí, 2. jednání pracovníků na všech úrovních organizace se řídí psanými pravidly, 3. úředníci pracují na plný úvazek a dostávají plat, 4. úkoly, které úředník vykonává v rámci organizace, jsou striktně odděleny od jeho soukromého života, 5. příslušníci organizace nejsou vlastníky hmotných prostředků, se kterými pracují. Max Weber si všiml především formálních vztahů v rámci organizace, neformálními vztahy se příliš nezabýval. Jako státní úředník však mohl z vlastní zkušenosti potvrdit, že právě neformální vztahy jsou často potřebné pro flexibilní řešení problémů. Jak uvedl Max Weber, moderní úřadování je natolik svázáno pravidly, že dnes (pozn.: konec 19. stol.) například v teorii platí tato norma: Je-li úřad zmocněn, aby zařídil provedení nějaké věci, neopravňuje jej to dávat rozkazy od případu k případu, ale má jen vydat abstraktní směrnice.⁵ Úředníci si při své činnosti vedou podle obecných, víceméně

² Srov. blíže např. na: <http://cs.wikipedia.org/wiki/Konfucianismus>

³ Konfucius říkal: „Studuj, jako kdybys nikdy nemohl dosáhnout dokonalosti, jako kdybys měl strach, že své znalosti ztratíš.“ Tolik ke vzdělávání úřednictva staré Číny.

⁴ Prof. Dr. Max Weber, sociolog a ekonom (narozen r. 1864 v Erfurtu, zemřel r. 1920 v Mnichově)

⁵ Weber, M.: Autorita, etika a společnost: pohled sociologa do dějin, Praha: Mladá fronta, 1997, str. 67

pevných, víceméně naučitelných pravidel. Osvojování těchto pravidel se ustavuje ve zvláštní nauku (právní věda, případně spravověda, kancelářská nauka), které se úředníci učí.⁶ Byrokratizace především skýtá optimální možnost zavést v administrativě dělbu práce podle čistě věcných kritérií, a to tím, že jsou jednotlivé práce přidělovány specificky připraveným funkcionářům, kteří se stále doškolují. Vyřizovat věci "věcně" pak především znamená vyřizovat je "bez ohledu na osobu", dle vypočitatelných pravidel. Pro moderní byrokracii mají rozhodující význam "vypočitatelná pravidla". Aby výsledky byly vypočitatelné - to je vůbec požadavkem moderní kultury, zvláště její technické a ekonomické základny. Důsledná byrokracie stojí ve specifickém smyslu na principu "sine ira et studio".⁷ Činnost byrokratické organizace musí být podle Maxe Webera rovněž koordinována v čase a prostoru za pomoci přesných časových harmonogramů.⁸ Autor tohoto příspěvku odesílal osobně každý týden hlášení, kolik procent z každé jednotlivé etapy (milníku) zpracovávaného cíle vlády bylo splněno. Jak je vidno, některé myšlenky jsou stále živé. Rozvinutá byrokracie zastává vždy silnou mocenskou pozici. Byrokracii je rovněž ve většině případů jedno, jakému pánu slouží. Byrokracie bývá často řazena k vládnoucí třídě, nepracuje však pro sebe (podle Ralfa Dahrendorfa), ale pro měnící se pány, někdy proto bývá nazývána servisní třídou. Jak uvádí Max Weber, "všichni bez rozdílu jsou vůči školeným úředníkům vedoucím provoz administrativy, vůči "odborníkům", v postavení diletantů".⁹ Byrokratická správa má vždy tendenci být správou s vyloučením veřejnosti.¹⁰ Zda pod slovo "všichni" lze zahrnout i vrcholnou politickou reprezentaci naší země a zda opravdu vždy byrokracie usiluje o utajení svých úmyslů je otázkou pro diskusi, neboť zde mohou být různé názory. Pokud ovšem bych se ještě na chvíli mohl vrátit ke kořenům, rád bych zde uvedl několik postřehů o byrokracii v podání Karla Havlíčka Borovského, které byly publikovány v článku "Co jest byrokracie ?" v době zlaté éry byrokracie - staré monarchie. "Byrokracie jest ten nepřírozený způsob vlády, při kterém se úřady do všeho občanského života míchají, všechno občanům předpisují, žádnou svobodnou vůli a samosprávu jim nenechávají, jest to ten způsob vlády, při kterém, jak praví Adriani, ani vrabec nemůže spadnouti ze střechy, aby se o tom k ministerstvu zpráva nepodala, jest to ten způsob vlády, při kterém z kabinetu ministra buď telegrafem neb poštou se předpisují veškeré zemi cesty k pohybování. (..) Byrokracie jest, když si může každý ministr, tedy jeden člověk, podle okamžitého nápadu svého vydati na cokoli několik milionů, neb až na sta milionů, které musí země, tj. celý národ zaplatiti: kdežto se v dobře zřízeném státu žádná nová výloha bez povolení sněmu národu uložiti nesmí; byrokracie jest, když si ministerstvo může držeti vojska, co se mu zlíbí, ovšem všechno na útraty celého národa, kdežto v dobře zřízených právních státech jenom sněm, tj. národ ustanovuje, jak mnoho se vojska držeti má, aby výlohy byly národu snesitelné. Tj. byrokracie, když si ministerstvo samo vydává zákony, takové, zítra zase jiné, a pokavad nebudou svolány sněmy, máme vládu byrokratickou a musíme až do té doby opakovati, že jen byrokracie získala něco z roku 1848."¹¹ Rovněž velmi kvalitně je zpracováno heslo "byrokracie" v Ottově slovníku naučném,

⁶ Weber, M.: *Autorita, etika a společnost: pohled sociologa do dějin*, Praha: Mladá fronta, 1997, str. 67

⁷ tamtéž, str. 78; „Sine ira et studio.“ – klidně a nestranně; zásada objektivního posuzování

⁸ doporučuji pro představu: <http://www.zmenyprobudoucnost.cz/prectete-si/programove-cile-vlady/uvod.aspx>

⁹ Weber, M.: *Autorita, etika a společnost: pohled sociologa do dějin*, Praha: Mladá fronta, 1997, str. 84

¹⁰ tamtéž, str. 85

¹¹ Plný text článku je uveden na: <http://citanka.cz/havlicek/s11-9.html>

nicméně pro účely tohoto příspěvku není vhodné věnovat se tam obsaženým podrobnostem. Můžeme nicméně poněkud překvapivě v závěru této kapitoly konstatovat, že současné Rakousko postoupilo od strážce konzervativních struktur k opatrnému modernizátorovi. Přednosti tradiční rakouské byrokracie - spolehlivost, správnost, nekorupčnost, objektivita a vysoká míra loajality a kompetentnost jsou obdivovány i v současném anglosaském vědeckém prostředí.¹² Cílem současných reforem veřejné správy v Rakousku je pak kombinovat pozitivní elementy tradičního rakouského právního státu a jeho regulační kultury s nejpokročilejšími elementy New Public Management a Good Governance a to pokud možno inteligentním a inovativním způsobem.

3. POJEM "DEBYROKRATIZACE"

Pojem "debyrokratizace" lze v současnosti podle nejčastěji používaného významu definovat jako "snížování významu či velikosti byrokratického aparátu, přičemž v časech privatizace a liberalizace ztrácí byrokracie obecně vzato na významu a velikosti". Nejsystematičtější přístup k debyrokratizaci (Entbürokratisierung) lze jako obvykle najít v Německu. Debyrokratizace je zde vnímána jako komplexní proces. Zajímavým faktem bezesporu je, že pro německé snahy o debyrokratizaci byly bezesporu inspirací pokroky učiněné v Nizozemí a ve Velké Británii. Nizozemský "standardní nákladový model (Standard Cost Model - SCM)" použitý pro měření administrativní zátěže je pro Německo vzorem. Samotné měření v Nizozemí probíhá na základě testování administrativní zátěže jednotlivých podniků a takto získané výsledky jsou pak propočítány pro celé národní hospodářství. Zjištěny jsou pouze pak administrativní náklady uložené zákony a plnění informačních povinností, nikoliv náklady, které jsou samotným obsahem zkoumané právní regulace. Podle SCM měření byly kupříkladu administrativní náklady vyčísleny ve výši 3,5 % nizozemského HDP. V roce 2005 byla přijata opatření s cílem zredukovat administrativní zátěž o 25 %. Podle prognóz nizozemských národohospodářských odborníků by mohla takováto redukce znamenat úsporu až 4 miliard Euro, což by mělo vyvolat hospodářský růst ve výši 1,5 %. Ve Velké Británii je vyvíjen tlak na debyrokratizaci již od 80. let minulého století. V britském systému hodnocení dopadů regulace přezkoumává "Better Regulation Executive"¹³ napříč vládními rezorty předlohy zákonů a stávající zákony s ohledem na jejich důsledky v oblasti podnikání. Better Regulation Executive se rovněž věnuje poradenství, konzultací a vlastním návrhům zákonů "se sníženým obsahem byrokratické zátěže". Pro aktuální vývoj v Německu je důležité, že se od vzniku velké vládní koalice (podzim 2005) prosadila tendence používat nizozemský Standardní nákladový model (dále jen SCM) k měření s právním předpisem spojených administrativních nákladů (administrativní zátěže) pro podnikatele. Paralelně k tomu byla v září 2006 zřízena tzv. Normenkontrollrat (srov. Better Regulation Executive, Better Regulation Commission ve Velké Británii), která zkoumá návrhy zákonů ohledně administrativní zátěže (může zkoumat i již existující a používané zákony). Předobrazem německé Normenkontrollrat byla především srovnatelná v roce 2000 zřízená nizozemská "Adviescollege Toetsing Administratieve Lasten". Německá Normenkontrollrat se skládá z uznávaných expertů z oblasti hospodářství, vědy i politiky. Předsedající řídicího grémia je bývalý šéf Německých drah (Deutsche Bahn) Johannes Ludwig. Normenkontrollrat podává ročně spolkové kancléřce zprávy; k návrhům

¹² Srov. např.: Du Gay, P.: In Praise of Bureaucracy: Weber, organisation, ethics; London: Sage, 2000

¹³ Původně součást tzv. Cabinet Office (Úřad vlády), nyní součást Ministerstva průmyslu, obchodu a regulační reformy; viz též blíže na: <http://www.berr.gov.uk/whatwedo/bre/>

zákonů spolkových ministerstev jsou přikládána stanoviska sepsaná Normenkontrollrat. Dále ovšem existuje při Úřadu spolkového kancléře příslušná ministryně (Hildegard Müller) jako koordinátorka pro snižování byrokracie a lepší regulaci. Jako řídicí grémium programu na snižování byrokracie funguje okruh státních tajemníků (státních úředníků) jako výbor státních tajemníků pro snižování byrokracie pod předsednictvím koordinátorky (ministryně) pro snižování byrokracie a lepší regulaci. Řídicí grémium je spojnicí s rezorty a slouží k odsouhlasování a prosazování opatření programu "Snižování byrokracie a lepší regulace" a zasedá příležitostně. Nejpozději za dva roky bude spolkový kabinet informován o dosaženém pokroku.¹⁴

4. REFORMY VEŘEJNÉ SPRÁVY - POJEM "DECENTRALIZACE"

Decentralizační a dekoncentrační charakter reformy veřejné správy vylučuje rozšiřování vlivu krajů na úkor obcí. Uspokojení požadavků krajů pak je možné pouze snížením úlohy státu. Nalezení optimální míry a souladu zájmů státu a samospráv je však nesmírně obtížné vzhledem k možnostem daným při přerozdělování omezených příjmů státního rozpočtu ve formě výdajů směřujících k zajištění možnosti zajištění kvalitního výkonu veřejné správy v území. Výše uvedená slova nejsou vskutku ničím novým a objevným.¹⁵ Při pohledu do zahraničí však lze konstatovat, že ničím nepřerušovaná popularita reformy decentralizačního charakteru spočívá především na pozoruhodné konvergenci politického stanovování cílů při současné divergenci jejich teoretických přístupů. Aby se decentralizace nestala jen prázdným pojmem a nebyla jako analytická kategorie doslova nepoužitelná, měla by nejprve vždy být představena její rozvojová politická koncepce.¹⁶ Již na počátku 50. let minulého století byla v západní Evropě decentralizace považována za všelék proti oligarchicky zkonstatěným mocenským strukturám, nedostatečné administrativní výkonnosti, jakož i územním a sociálním disparitám. Podstatou byl postulát co nejvíce širokého rozptýlení státní moci, čímž měla být podpořena vertikální dimenze sdílení moci, pluralizace politiky a větší politická soutěž. Tyto strategie ale nemohly (v některých zemích) ani v oblasti "institution building" ani při socioekonomickém vývoji vykázat výsledky, co by stály za zmínku, mnohem více však uvedly do samovolného pohybu "autonomii místních oligarchů" stejně tak jako sociální a politickou exkluzi.¹⁷ Poté co debata o decentralizaci byla omezována na pozadí státně centralisticky orientovaných vývojových teorií v šedesátých letech, počalo její znovuoživení na konci 70. let jako odpověď na selhání často autoritářských rozvojových modelů a začínající fiskální krizi mnoha států. Umocněno to bylo především přehodnocením postojů

¹⁴ Pozn.: Metoda hodnocení dopadů regulace (RIA) je používána již od roku 2000 na spolkové úrovni spolkovými ministerstvy, avšak existují zde výrazné implementační problémy. Podobné procedury byly však již dříve upraveny pomocí GGO (Společného jednacího řádu) spolkových ministerstev.

¹⁵ K řešení dané problematiky v ČR existují jednoznačné závěry uvedené ve strategickém koncepčním materiálu „Možnosti a limity dělby kompetencí mezi státem a územními samosprávou“, který byl uvozen Usnesením vlády ze dne 17. srpna 2005 č. 1008, k možnostem a limitům dělby kompetencí mezi státem a územní samosprávou. Tento materiál zpracoval kolektiv pracovníků Ministerstva vnitra pod vedením JUDr. Miloše Matuly, CSc. Autor tohoto konferenčního příspěvku zpracoval část C předmětného strategického koncepčního materiálu.

¹⁶ Burchardt, H.-J.: Dezentralisierung und local governance. Empirische Befunde und neue theoretische Anforderungen; publikováno na: <http://www.ish.uni-hannover.de/Dateien/staff/HB/texte/dezentra.pdf>

¹⁷ Rüländ, J.: Politisch-institutionelle Reformen und Dezentralisierung: Thesen zum Forschungsstand; in: Simon, K./ Stockmayer, A./ Fuhr, H.: Subsidiarität in der Entwicklungszusammenarbeit, Baden-Baden, str. 181-195

zvláště mezinárodních finančních institucí, které chtěly redukovat státní výdaje národních států k zajištění dluhové služby, přičemž vycházely z předpokladu, že decentralizace funguje účinněji nežli centralismus. Bylo zde principiálně očekáváno snížení objemu přítomnosti státu a současné zvýšení efektivnosti pomocí místní dostupnosti, přizpůsobení se potřebám jednotlivých případů, podpoře motivace a inovací, díky většímu prostoru pro rozhodování, urychlení díky kratším vzdálenostem etc. Tato "druhá decentralizační debata" byla tímto přístupem v protikladu k dřívějším více normativně ovlivněným koncepcím silněji funkčně uspořádaná.¹⁸ Přístup k reformování veřejné správy v ČR (a tedy i k decentralizaci) nelze pokládat za důsledně teoreticky zaměřený, ba právě naopak. Důraz byl vždy kladen především na technická a funkční hlediska a decentralizace jako taková byla svým způsobem pokládána za všelék, čímž se tehdejší postoje těch, kteří rozhodovali ("decision makers") /zvláště pak politická reprezentace státu/ na počátku a v polovině devadesátých let, blížily postojům podobným "první decentralizační debatě" v západní Evropě. Zdali nás nyní čeká ještě fáze "druhé decentralizační debaty" je otázkou do diskuse.

5. POJEM "ZJEDNODUŠOVÁNÍ" (SIMPLIFICATION)

V roce 2003 představitelé několika průkopnických zemí ustavili Síť Standardního nákladového modelu (Standard Cost Model Network), tj. neformální pracovní skupinu vytvořenou ze zástupců států (mezi něž patří i ČR), používajících uvedený model (SCM) k měření administrativní zátěže. SCM byl zpracován a poprvé úspěšně použit právě v roce 2003 v Nizozemsku, přičemž ČR patřila spolu s Dánskem a Velkou Británií mezi jeho nejbližší následovníky (ČR je členem skupiny od roku 2005), postupně se do činnosti skupiny zapojovaly další a další země, v současnosti je počet členů 22. Zástupci¹⁹ uvedených zemí se setkávají na zasedáních Řídící skupiny SCM Network, která se schází zpravidla 4x ročně. Cílem těchto jednání je především výměna zkušeností a výsledků měření při používání Standardního nákladového modelu, koordinace postupů, formulace metodologických doporučení a dále prezentace výsledků práce jednotlivých podvýborů a skupin, které v mezidobí vyvíjejí svou činnost. V rámci Sítě standardního nákladového modelu (Standard Cost Model Network), působí jako jedna ze dvou pracovních skupin také skupina pro zjednodušování (Simplification Group, dále je "SG"; druhou je metodologická skupina), SG jako jeden z výsledků své činnosti představila určitý zjednodušovací manuál, pracovně nazvaný "Pět cest ke zjednodušení". Jde jednak o soubor obecných způsobů zjednodušování, k nimž je připojen výčet konkrétních akcí jakožto nástrojů, které mohou vést k vytčenému cíli. SG dále iniciovala vznik tzv. "Simplifikačního katalogu", tj. elektronického přehledu příkladů, projektů a dobré praxe v oblasti zjednodušování v jednotlivých zemích. Doposud zveřejnily na příslušné stránce své příklady pouze tři státy, a to Dánsko, Nizozemsko, a Velká Británie. Očekává se, že na základě výzvy učiněné v průběhu posledního zasedání Řídící skupiny SCM Network se počet zemí rozšíří, nemusí jít totiž jen o projekty již ukončené, ale i probíhající nebo zahajované. Jednotlivé příklady dobré praxe mohou být jak sektorově (zemědělství, právo společností, zaměstnanost, životní prostředí, zdravotnictví, statistika, daně, stavebnictví, doprava, tak i průřezově, tj. pokrývající více oblastí. Pět cest ke

¹⁸ Illy, H., Schimitzek, K. (eds.): *Entwicklung durch Dezentralisierung ? , Studien zur Kommunal- und Regionalverwaltung in der Dritten Welt*, München 1986

¹⁹ Zástupcem České republiky na Řídící skupině SCM Network je JUDr. Petr Fejtek z Ministerstva vnitra.

zjednodušení²⁰: Cesta ke zjednodušení - Akce k jeho dosažení: 1. Odstranění, snížení, spojení či zkvalitnění regulace: a) odstranění nadbytečných, zatěžujících nebo zastaralých předpisů; b) používání alternativních způsobů regulace, např. dobrovolných kodexů chování, jednání a postupů; c) odstraňování informačních povinností z právních předpisů; d) vynětí některých skupin či subjektů z informačních povinností, např. malých podnikatelů; e) konsolidace, slučování právních předpisů, (zejména sekundární legislativy) a požadavků; f) zjednodušení jazykové terminologie právních předpisů a snížení jejich složitosti. 2. Zjednodušení procesů v rámci regulace: a) odstranění zbytečných formulářů, inspekcí či požadavků na údaje; b) snížení časové náročnosti u vyplňování nezbytných formulářů, např. zlepšením jejich podoby, zpřehledněním, zjednodušením; c) určení pořadí důležitosti zdrojů, např. menším počtem inspekcí u subjektů s dobrými výsledky (zaměření se na rizikové subjekty); d) snížení frekvence plnění informačních povinností; e) sladění požadavků na informace s ostatními informačními povinnostmi (odstranění duplicitního poskytování informací). 3. Sdílení dat a integrovaná vláda: a) sběr a vyžadování dat spíše od ostatních vládních orgánů než od jednotlivých subjektů; b) získávání dat přímo z ICT systémů povinných subjektů; c) zřízení systému "one stop shop" (jednotných kontaktních míst)²¹; d) používání srozumitelných a standardních definic v právních předpisech. 4. Rozvíjení ICT - řešení a služeb: a) zpřístupnění formulářů a přehledu informačních povinností na internetu; b) představení formulářů předem, předvyplnění údajů orgánu známých; c) vytváření interaktivních, srozumitelných formulářů, které nebudou vyžadovat nadbytečná data; d) umožnění přístupu na společné vládní webové portály a jejich propojení s jednotnými kontaktními místy. 5. Poskytování lepšího vedení (metodika, poradenství, směrnice) a kvalitnějších informací: a) vytváření kvalitnějších a dostupnějších metodik, např. zveřejněním na internetu; b) přepracování metodik do srozumitelnějšího jazyka; rozlišení povinných a dobrovolných informací a požadavků v metodikách; d) zveřejnění veškerých právních předpisů on-line, nejlépe prostřednictvím společných vládních portálů.²² Do popředí zájmu se v poslední době v mnoha státech dostává také problematika byrokratické zátěže občanů. V lednu 2008 proto z iniciativy nizozemské vlády došlo k ustavení nové Pracovní (studijní) skupiny pro snížení byrokratické zátěže občanů, jejíž čtyři zasedání v průběhu roku 2008 proběhla v Haagu, v Helsinkách, Paříži a Bruselu. Tato skupina vznikla v rámci tzv. Evropské sítě veřejné správy (European Public Administration Network - EUPAN). Cíle pracovní skupiny byly stanoveny následovně: a) výměna informací, zkušeností a nejlepší praxe jednotlivých států pokud jde o přístup a metodiku měření zátěže, s důrazem na nalezení možných zlepšení; b) výběr určitých typů veřejných služeb, které jsou provázeny nejvýznamnější byrokratickou zátěží pro občany; c) možné budoucí změnění administrativní zátěže občanů v participujících státech, včetně doprovodných aspektů u vybraných veřejných služeb (časová zátěž, transparentnost, počet nutně navštívených úřadů apod.), "iritační koeficient" (míru podráždění) občanů u jednotlivých typů služeb. Prvním významným výsledkem práce skupiny je souborný dokument příspěvků jednotlivých zemí obsahující informace o národních přístupech k zjišťování, měření a snižování administrativní zátěže občanů. Jedná se např. o sledování času

²⁰ Viz blíže: „5 routes to simplification“ na <http://www.administrative-burdens.com/print.asp?page=172>

²¹ Kontaktní místa tohoto typu již v České republice úspěšně fungují, jde o tzv. Czech POINT (Český Podací Ověřovací Informační Národní Terminál), který by měl zredukovat přílišnou byrokracii ve vztahu občan – veřejná správa. Již nyní si můžeme z pracovišť Czech POINT odnést ověřené výstupy z živnostenského a obchodního rejstříku, z katastru nemovitostí a z rejstříku trestů. K tomuto projektu blíže viz: <http://www.mvcr.cz>

²² Simplifikační katalog je dostupný na: <http://www.administrative-burdens.com/default.asp?page=174>

a nákladů, které musí občan vynaložit při plnění svých zákonných povinností, a jejich následném snížení (Nizozemsko), sledování míry "zátěžovosti" jednotlivých správních řízení na občana (Španělsko), sledování pocitů a zkušeností občana v průběhu celé procedury (Velká Británie), měření spokojenosti občanů s úrovní poskytovaných služeb (Finsko) či snížení nutné zátěže v konkrétních životních situacích (např. v Portugalsku při ztrátě peněženky s doklady, ve Slovinsku při narození dítěte).²³

6. ADMINISTRATIVNÍ ZÁTĚŽ - SCM MĚŘENÍ A SCM QUICK SCAN

Hodnocení administrativní zátěže je jedním z nástrojů používaných ke zlepšování kvality právních předpisů a jeho podstata je v měření nákladů spojených s plněním ukládaných informačních povinností. Právní předpisy způsobují přímé finanční náklady (výsledek konkrétní povinnosti odvést určité finanční prostředky ve prospěch odpovědného orgánu), nepřímé finanční náklady (související s plněním stanovených požadavků na výrobní proces a produkt) a náklady přímo spojené s plněním informačních povinností, tzv. administrativní zátěž. Pro výpočet administrativní zátěže se používá Standardní nákladový model. Model je založen na měření vynaložených nákladů na vykonání určitých povinností spojených s plněním informační povinnosti uložené právním předpisem.²⁴ Cílem řádného měření administrativních nákladů podle SCM je získat pokud možno přesné a detailní údaje o nákladech, jejich příčinách a možných alternativách řešení. Ne všechny zákony a oblasti právního řádu obsahují však informační povinnosti a způsobují tak administrativní náklady. Nakonec existuje jen několik tuctů zákonů a nařízení, které způsobují převážnou většinu nákladů. Tím pádem by bylo zajímavé, nejdříve tyto původce identifikovat a nejprve je podrobit regulérnímu měření a dosáhnout pokud možno co nejrychleji vysoké redukční kvóty. V Nizozemí byl vyvinut postup zvaný SCM Quick Scan, který hrubými odhady administrativních nákladů v jedné oblasti právního řádu umožnil identifikaci původců nákladů - původně za účelem ex - ante posuzování návrhů zákonů. Při SCM Quick Scanu lze velmi široce upustit od vlastních pátrání a měření. Místo toho jsou použita k výpočtům potřebná data (spotřeba času, sazebník poplatků, četnost vyhotovení informace, počet podniků) z dostupných databank, které obsahují data jiných průzkumů a měření. V Nizozemí je takovýto postup možný, bylo zde sesbíráno a porovnáno dostatečné množství dat z různých SCM měření. Použití SCM Quick Scanu v Německu by bylo na základě chybějících dat z SCM měření možné jedině díky pozměnění celé metody, např. pokud by se použilo dat z jiných spolkových zemí nebo jiných podobných databank v Německu. Při srovnání měření SCM a SCM Quick Scanu lze konstatovat, že společným základem obou metod je teoretický základní koncept metody SCM. Při pohledu na výzkumné a hodnotící metody však můžeme vidět podstatné rozdíly. Společný výchozí bod ke kvantitativnímu hodnocení administrativních nákladů tvoří právní úprava. Obě metody ji analyzují, zda obsahuje a ukládá zákonné informační povinnosti. Na analytické úrovni jsou při SCM měření požadované správní činnosti obsahující požadavky na informace přesně analyzovány a na tomto základě jsou pak spočítány administrativní náklady "typického podniku". Typickým podnikem se zde myslí podnik, který plní informační povinnosti uložené zákonem. Oproti tomu následuje u SCM Quick Scanu odhad administrativních nákladů na informační povinnosti na základě zkušeností

²³ Podrobněji dále viz především Fejtek, P.: Byrokratická zátěž občanů: Přístupy k jejímu měření a snižování; Veřejná správa č. 6/2009, str. 14 a násl.

²⁴ Viz blíže na: <http://www.mvcr.cz/clanek/odbor-efektivni-verejne-spravy.aspx>

s výsledky již provedených srovnatelných SCM měření. Explicitní rozebrání informačních povinností u požadovaných správních činností se vůbec nekoná. Ohledně metod zkoumání platí, že při SCM měření jsou použity různé výzkumné techniky kombinovaně. K identifikaci zákonných informačních povinností u SCM Quick Scanu následuje intenzivní "průzkum od stolu". U SCM jsou zjišťovány standardní administrativní náklady díky expertům a rozhovorům s podnikateli. SCM Quick Scan se oproti tomu omezuje v tom podstatném pouze na "výzkum od stolu". Díky kvalitní analýze až na úroveň požadovaných správních činností umožňuje SCM měření detailní pohled na původ administrativních nákladů a vytváří v tomto ohledu vysokou transparentnost. Dále je zajištěna několikanásobná validace takovýchto výsledků díky použití výše uvedených technik průzkumu, protože u těchto výsledků se pak jedná o uznané standardizované administrativní náklady ve smyslu SCM. Oproti tomu umožňuje metoda SCM Quick Scan globální přehled o administrativních nákladech. Díky odhadu výzkumníka jsou učiněny posudky o komplexitě a četnosti použití dané informační povinnosti. Tímto způsobem mohou být identifikováni hlavní původci administrativních nákladů. Všeobecné funkce SCM měření se hodí obzvláště k objevení nových možností redukce nákladů. Kromě toho mohou být na základě SCM měření přesně simulovány výsledky působení návrhů na redukci administrativních nákladů stejně jako celkový vývoj administrativních nákladů. Pokud je při SCM měření detailní výpočet byrokratických nákladů cílem zkoumání, tak prostřednictvím SCM Quick Scanu by měly být zjištěny nejvíce relevantní zákony a informační náklady pro celé národní hospodářství. Přitom bylo již kupříkladu za pomoci SCM Quick Scanu úspěšně přezkoumáno celé zemské právo několika spolkových zemí v Německu (včetně jednotlivých paragrafů). V protikladu k SCM měření upouští SCM Quick Scan při zjišťování výše nákladů na plnění právem uložených informačních povinností na vlastní stanovování a měření díky dotazování na místě. Namísto toho bylo zde sáhnuto ke spočtení času, který je ke splnění informační povinnosti nutný, za pomoci dostupných databank. Databanky obsahují standardizované časové hodnoty pro typizované jednoduché, středně těžké a komplexní procesy. V nynější době se podílí spolková země Sársko společně s dalšími spolkovými zeměmi (např. s Braniborskem) a společně s Bertelsmannovou nadací na pilotním projektu "Quick Scan zemského práva". V rámci tohoto projektu jsou všechny sárské zemské zákony zkoumány s ohledem na vysoké administrativní náklady. Projekt je zaměřen aby ukázal: a) které informační povinnosti existují pro podnikatele díky zemskému právu, b) podat odhad zátěže zaviněné těmito informačními povinnostmi, c) určit pořadí zemských zákonů zjištěné podle výše zátěže náklady, d) na základě těchto všech informací podat návrhy pro další postup při měření informačních povinností na zemské úrovni. Konkrétně ve spolkové zemi Braniborsko proběhl ve dnech 10. dubna 2006 až 6. června 2006 SCM Quick Scan. Zadavatelem projektu zde byla zemská vláda a zemská obchodní komora. Cílem bylo zjištění informačních nákladů pro podnikání a veřejnou správu v Braniborsku. Bylo zjištěno, že 11% braniborských zemských právních norem obsahuje 316 informačních povinností. Bylo identifikováno 148 norem s informačními povinnostmi z toho bylo 56 zákonů a 92 nařízení. Jen 64 ze všech 316 informačních povinností vykazalo roční četnost více než 100. Existují zde rovněž velmi specifické právní úpravy, které platí jen pro velmi malý počet specializovaných podnikatelů. Byly identifikovány následující typy informačních povinností: podání zprávy, statistika, povolení /souhlas, licence/, uznání, oznámení, uvolnění /zpřístupnění/, záznam /zápis/, prohlídka /anketa/, zkouška, inspekce. Součástí výsledků byl i přehled jednotlivých norem s největší četností informačních povinností i přesný přehled úspor v jednotlivých rezortech. Mezi výsledky projektu našla své místo i doporučení pro další následovníky v použití této metody. Důležité je: a) přesné zadání času trvání projektu, b) jasná struktura projektu /provázání špičkové politické úrovně a odborně-pracovní úrovně/, c) mezitímní souhlasy rezortních

ministerstev - nutnost vyjasnit si otevřené body /interpretační prostor, ale žádná "vyjednávání"/, d) nutné zapojení nezávislých expertů, e) nasazení "jízdního řádu" - plánu k dalšímu prosazování. Ve stejném čase se konalo na území ČR na základě Usnesení vlády ze dne 21. prosince 2005 č. 1661, "Záměr snížení administrativní zátěže fyzických osob při řízeních nebo činnostech, při nichž je vyžadován výpis z evidence Rejstříku trestů za účelem doložení bezúhonnosti", první opravdové snižování administrativní zátěže občanů v pravém slova smyslu. Účelem bylo docílení stavu, kdy o výpis může požádat přímo příslušný orgán veřejné moci, který jej vyžaduje a nikoli fyzická osoba, které se výpis týká. Ministrům, vedoucím ústředních orgánů státní správy a guvernérovi ČNB bylo uloženo provést revizi příslušných právních předpisů a do 31. ledna 2006 sdělit ministru spravedlnosti výsledky revize. Ve spolupráci s ministryní informatiky pak měl zpracovat ministr spravedlnosti na základě revizí jednotlivých rezortů návrh postupu realizace záměru a to do 31. května 2006. Následovalo Usnesení vlády ze dne 12. července 2006 č. 855, "Návrh postupu realizace Záměru snížení administrativní zátěže fyzických osob při řízeních nebo činnostech, při nichž je vyžadován výpis z evidence Rejstříku trestů za účelem doložení bezúhonnosti". Revizi provedla všechna ministerstva, Česká národní banka, Český báňský úřad, Český statistický úřad, Český úřad zeměměřičský a katastrální, Energetický regulační úřad, Komise pro cenné papíry, Národní bezpečnostní úřad, Správa státních hmotných rezerv, Státní úřad pro jadernou bezpečnost, Úřad pro ochranu hospodářské soutěže a Úřad průmyslového vlastnictví. Revize prokázaly, že požadavek doložení bezúhonnosti výpisem z Rejstříku trestů je obsažen ve 121 právních předpisech, týká se 205 správních řízení, kterých ročně zahájeno cca 520 000. Jako nejvhodnější řešení se jevila novelizace zákona č. 269/1994 Sb., o Rejstříku trestů ve znění zákona č. 126/2003 Sb. V § 12 byl rozšířen výčet orgánů, kterým se výpis na jejich žádost vydává o správní orgán, který vede správní řízení ("Výpis se dále vydává (...) správnímu orgánu pro potřeby řízení o přestupku a pro účely správního řízení, ve kterém je požadováno doložení bezúhonnosti či důvěryhodnosti.") Vedlejším přínosem je zamezení nárůstu počtu padělků výpisů z Rejstříku trestů a množství zneužití ztracených či odcizených dokladů při podávání žádosti o výpis z Rejstříku trestů.

7. ZÁVĚREM

Na závěr tohoto příspěvku bych se ještě velmi rád zmínil o jednom stále aktuálním pojmu, který tak trochu spadá pod tematické zaměření mého příspěvku. Jde o pojem "New Public Management", který je v německy mluvících zemích označován ve svém širším významu jako "Öffentliche Reformverwaltung" /reformní veřejná správa/, což je směr v rámci reformy veřejné správy a modernizace státu, který spočívá v převzetí technik a postupů používaných managementem v soukromém hospodářském sektoru. Vymezení new public managementu se liší podle jednotlivých zemí a autorů. V Evropě byla už jedna zvláště radikální forma new public managementu v osmdesátých letech minulého století - jednalo se o tzv. thatcherismus. Tyto postupy byly reakcí na krizi zastaralého modelu "státu blahobytu" - sociálního státu. Jednalo se zde o politiku Margaret Thatcher a Ronalda Reagana, ale také např. sociálnědemokratických vlád na Novém Zélandě nebo ve Švédsku. Mnoho reformních přístupů bylo rozvinuto a prohloubeno i vládami Tonyho Blaira a Billa Clintona. New public management je rozvíjen v angloamerickém prostoru od druhé poloviny osmdesátých let minulého století a kupříkladu na Novém Zélandě dosáhl velmi vysoké úrovně. Veřejné podniky byly privatizovány, soukromé a veřejné trhy práce byly deregulovány a bylo určeno jasné rozdělení na jasné stanovení úkolů státu politickými úřady /orgány veřejné správy/ (CO stát dělá) a operativním plněním úkolů orgány veřejné správy nebo osamostatněnými či soukromými nositeli veřejné správy (JAK budou plněny úkoly). Veřejná správa a soukromí

nositelé veřejné správy plní od státu přenesená pověření na základě kvantitativně a kvalitativně ohraničených "pověření", za které je dohodnuta finanční odměna (Leistungsauftrag - pověření výkonem).²⁵ Je třeba opětovně zdůraznit, že ne vždy se rozumí pod pojmem new public management to samé. Většinou je ovšem odborné literatuře new public management zmiňován jako systém decentralizovaného řízení používající inovativní nástroje řízení jako je controlling, benchmarking a lean management. Méně často je za new public management (v širším smyslu) považováno dalekosáhlé privatizování činností státu. Většina autorů rozlišuje mezi přístupem k řízení jako je nové vybavení nástroji pro řízení státu a přístupu k privatizaci jako je co nejdalekosáhlejší deregulace a privatizace činností státu. Důvody, proč se politikové a i veřejná správa samotná zajímá o new public management, jsou rozličné. V rámci veřejné správy je očekávána větší autonomie a debyrokratizace, oblast veřejných financí touží po možnosti rychlé sanace veřejných rozpočtů, které obvykle nejsou zrovna v nejlepším stavu, vlády a parlamenty doufají ve více možností řízení - a to především v nové možnosti řízení. Nicméně pravdou je, že nositelé výkonu veřejné správy bývají často zklamáni výsledky benchmarkingu (srovnání výkonů a nákladů), neboť většinou dojde ke krácení jejich rozpočtů na základě zjištěné nehospodárnosti jejich počínání. Indikátory výkonnosti pak bývají často označeny za nevyhovující, nebo celý výsledek benchmarkingu je odbyt označeními typu "pomýlený ekonomický výplod" nebo rovnou jako "urážka profesionálního způsobu úřadování" benchmarkingem dotčeného orgánu veřejné správy.²⁶ Pokud bychom problematiku new public managementu měli posuzovat z pohledu správní vědy, šlo by tento pojem definovat jako sběrný pojem pro vícero mezinárodních reformních přístupů. Samotný pojem new public management však zároveň především představuje nové paradigma v příbuzných správních vědách.²⁷ Změna či spíše postupný přechod od weberianského (neoweberianského) státu k New Public Managementu proběhnul podle německé odborné literatury na dvou úrovních: reforma struktury veřejné správy (Strukturreform) a přerozdělení úkolů veřejné správy (Binnenreform) a předpokládá celkovou změnu ve vnímání role státu.²⁸ Zbývající část závěru tohoto příspěvku bych rád ještě věnoval problematice administrativní zátěže. Cílem zavádění procesu hodnocení administrativní zátěže tedy je: a) zastavit růst administrativní zátěže podnikatelů, b) přistoupit k postupnému snižování administrativní zátěže podnikatelů, c) zjednodušit administrativní náročnost ukládaných informačních povinností. Snižování administrativní zátěže bylo stanoveno jako jedna z priorit vedoucích ke zlepšení podnikatelského prostředí v Národním programu reformy České republiky²⁹ a Strategii hospodářského růstu. Ministerstvo průmyslu

²⁵ Viz k tomu podrobněji a dále in: Buschor, E.: New Public Management an den Hochschulen, publikováno na: <http://www.kommunikation.uzh.ch/static/unimagazin/archiv/1-97/publicmanagement.html>

²⁶ Pozn.: Citované názory jen dokládají obtížnost použití některých metod v praxi (zde konkrétně ve Švýcarsku). Pravdou však je, že řada švýcarských obcí si provedení benchmarkingu svého obecního úřadu sama objednává u soukromých poradenských agentur, které se benchmarkingem zabývají a je zde dokonce i řada příznivých ohlasů k výsledkům benchmarkingu (pokud ovšem výsledek je v souladu s cíli a přáními zastupitelstva dané obce).

²⁷ Viz blíže in: Plamper, H.: Neue Steuerungsmodelle im kommunalen Bereich: Überblick und Erfahrungen; Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis č. 6/1997, str. 614

²⁸ Budäus, D.: Von der bürokratischen Steuerung zum New Public Management – Eine Einführung; in: Budäus, D., Conrad, P., Schreyögg, G. (eds.): Managementforschung 8: New Public Management; Berlin, New York 1998

²⁹ Viz blíže na: <http://www.mvcr.cz/soubor/nar-pror-ref-pdf.aspx>

a obchodu ve spolupráci s Ministerstvem vnitra zpracovalo v roce 2007 Plán snižování administrativní zátěže podnikatelů³⁰, který počítá s redukcí administrativy v podnikání do konce roku 2010 o 20 %. Proces hodnocení administrativní zátěže samotný byl spuštěn v ČR již v dubnu roku 2005, na základě usnesení vlády ze dne 13. dubna 2005 č. 421, kterým byl: a) schválen Akční plán snižování administrativní zátěže podnikatelů³¹, b) schválena Metodika určování velikosti a původu administrativní zátěže podnikatelů a c) uloženo ústředním orgánům státní správy a Radě pro rozhlasové a televizní vysílání úkol provést s pomocí Standardního nákladového modelu výpočet administrativní zátěže podnikatelů plynoucí z existujících právních předpisů. V roce 2005 byla provedena analýza, která vyčíslila administrativní zátěž podnikatelů na 86,4 mld. Kč/rok. V roce 2007 byla dne 30. března pod č.j. ORR-105/2007 publikována Analýza administrativní zátěže podnikatelů. Jen pro zajímavost bych zde rád uvedl několik tvrzení v ní obsažených: a) výše administrativní zátěže není závislá na počtu právních předpisů, které stanovují informační povinnosti, tzn. neplatí čím vyšší podíl úřadu na počtu právních předpisů, tím vyšší administrativní zátěž je způsobována; b) výše administrativní zátěže není závislá na počtu informačních povinností, jejichž plněním je způsobována, tzn. neplatí čím je více informačních povinností, tím vyšší administrativní zátěž způsobují a naopak; c) počet informačních povinností není závislý na počtu právních předpisů, tzn. neplatí čím vyšší je počet právních předpisů, tím vyšší je počet informačních povinností a naopak.³² Podle této analýzy je celková administrativní zátěž převážně způsobována osmnácti právními předpisy v gescích devíti úřadů. Právním předpisem s největší administrativní zátěží je z. č. 110/1997 Sb., o potravinách a tabákových výrobcích, v platném znění, nacházející se v gesci Ministerstva zemědělství (zátěž ve výši 12 961 445 000 Kč), následován z. č. 592/1992 Sb., o pojistném na všeobecné zdravotní pojištění, v platném znění, nacházející se v gesci Ministerstva zdravotnictví (zátěž ve výši 8 096 366 000 Kč) a trojici zákonů s největší administrativní zátěží pak uzavírá z. č. 582/1991 Sb., o organizaci a provádění sociálního zabezpečení, v platném znění, v gesci Ministerstva práce a sociálních věcí (zátěž ve výši 7 680 108 000 Kč).³³ Vláda svým usnesením ze dne 11. července 2007 č. 759 k Analýze administrativní zátěže podnikatelů schválila předmětnou analýzu a zároveň úkol připravit snížení administrativní zátěže podnikatelů až o 20% do roku 2010. Schválený materiál obsahuje následující části: Analýzu administrativní zátěže podnikatelů, upravenou Metodiku pro určování velikosti a původu administrativní zátěže podnikatelů (verze 1.2) a návrh dalšího postupu v oblasti snižování administrativní zátěže podnikatelů. Přijetím tohoto materiálu vláda: a) zahájila proces snižování zátěže, která podnikatelům plyne z informačních povinností, ukládaných státem prostřednictvím regulace; b) s předstihem splnila doporučení Evropské komise členským státům přijmout na vnitrostátní úrovni metodiku pro měření administrativní zátěže a uplatňovat ji při přípravě legislativních materiálů a c) umožní naplňovat konkrétní doporučení obsažená ve Strategii hospodářského růstu a Národním lisabonském programu 2005 - 2008. V případě úspěšné realizace navržených kroků lze dosáhnout snížení administrativní zátěže a tím úspory nákladů, které

³⁰ Metodika určování velikosti a původu administrativní zátěže podnikatelů zpracovaná Ministerstvem vnitra pod č.j. ORR-105/2007 je dostupná na: <http://www.mvcr.cz/soubor/dopady-adminizatez-pdf.aspx>

³¹ Viz blíže na: <http://www.mvcr.cz/soubor/akcni-plan-pdf.aspx>

³² Viz blíže na str. 28 a násl. materiálu Analýza administrativní zátěže podnikatelů; vše dostupné na: <http://www.mvcr.cz/soubor/analyza-125-pdf.aspx>

³³ Viz tamtéž na str. 32 a násl.

podnikatelé musí vynaložit na plnění informačních povinností vůči státu nebo třetím osobám. Podle zahraničních zkušeností přináší dvacetiprocentní snížení administrativní zátěže růst HDP ve výši zhruba 1-1,5%. Následně pak Usnesením vlády č. 446 ze dne 21. dubna 2008 vláda schválila Plán týkající se šesti rezortů (Ministerstvo financí, Ministerstvo práce a sociálních věcí, Ministerstvo zdravotnictví, Ministerstvo zemědělství, Ministerstvo životního prostředí a Ministerstvo průmyslu a obchodu), jejichž právní předpisy působí největší celkovou administrativní zátěž 76,5 mld. Kč/rok a ukládají 998 informačních povinností. Plán redukce administrativní zátěže v podnikání počítá do roku 2010 se zrušením 104 a omezením 102 povinností, což přinese úsporu podnikatelům 16,7 mld. Kč/rok. V další fázi jsou do projektu zapojena zbývající ministerstva a ústřední orgány státní správy, která sestavila do 30.9. 2008 obdobný plán³⁴ snižování administrativní zátěže. Ministerstvo průmyslu a obchodu ve spolupráci s Ministerstvem vnitra zpracovalo v roce 2008 Plán snižování administrativní zátěže podnikatelů, který předpokládá snížení administrativní zátěže v podnikání do konce roku 2010 minimálně o 20 %. Plán snižování administrativní zátěže podnikatelů reaguje na problémy, na které podnikatelé nejčastěji upozorňují. Jen novela živnostenského zákona č. 130/2008 Sb. účinná od 1.7. 2008 by měla přinést roční úsporu nákladů podnikatelů 480 mil. Kč/rok.³⁵ Ke zlepšení právního prostředí pro podnikání by měly přispět i další projekty vlády ČR jako Audity agend veřejné správy nebo eLegislativa a eSbírka v gesci Ministerstva vnitra.

Literature:

- Weber, M.: Autorita, etika a společnost: pohled sociologa do dějin, Praha: Mladá fronta, 1997, s. 294, ISBN 80-204-0611-5
- Interní materiály Ministerstva vnitra zpracované autorem tohoto příspěvku a materiály zveřejněné na www.mvcr.cz; a další webové stránky: www.administrative-burdens.com; www.mpo.cz; www.verwaltung-innovativ.de; www.saarland.de/moderne_verwaltung.htm; www.brandenburg.de ; www.bertelsmann-stiftung.de

Reviewer:

Petr Havlan

Contact – email:

rrys@mvcr.cz

³⁴ Publikováno dne 30. 4. 2008 pod názvem „Vláda schválila Plán snižování administrativní zátěže podnikatelů do roku 2010“ na <http://mpo.cz/dokument43985.html>

³⁵ Dané problematice se (mimo jiné) věnují následující usnesení vlády: Usnesení vlády ze dne 13. dubna 2005 č. 421, o snižování administrativní zátěže podnikatelů; Usnesení vlády ze dne 11. července 2007 č. 759, k Analýze administrativní zátěže podnikatelů; Usnesení vlády ze dne 22. října 2007 č. 1173, K Průběžné zprávě o plnění Omezování administrativní zátěže podnikání; Usnesení vlády ze dne 21. dubna 2008 č. 446, o Plánu snižování administrativní zátěže podnikatelů do roku 2010; Usnesení vlády ze dne 24. listopadu 2008 č. 1478, o upřesnění Plánu snižování administrativní zátěže podnikatelů do roku 2010 ve vybraných resortech; Usnesení vlády ze dne 20. dubna 2009 č. 455, ke Zprávě o plnění Plánu snižování administrativní zátěže podnikatelů do roku 2010 a jeho urychlení.

SPOLEČENSKÁ ODPOVĚDNOST V OBLASTI LOTERNÍHO PRÁVA – POUZE SLOVA, NEBO I SKUTKY?

ALENA SALINKOVÁ

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Článek je věnován jednak obecně problematice společenské odpovědnosti v oblasti loterního práva a také konkrétněji společenské odpovědnosti ve vztahu ke kurzovým sázkám, resp. ke společnostem, které kurzové sázení provozují. Stanovení cílů společenské odpovědnosti v této oblasti podnikání je jisté vhodné, je však otázkou, kde končí slova a začínají skutky.

Key words in original language:

Kurzové sázky, společenská odpovědnost, loterní zákon.

Abstract:

Article is devoted to both general issues of social responsibility in the field of social responsibility in Gaming Law, more specifically in relation to rates bets, respectively to companies that operate a rates bets. The aim for social responsibility in this area of business is certainly appropriate, however, is a question of where in the case of words ending and starting the deeds.

Key words:

Rates bets, Social responsibility, Gaming Act.

Co rozumět pod označením „společenská odpovědnost“ nelze určit jednoznačnou definicí.^{1 2} Dle konkrétního zaměření podnikání společností lze více či méně stanovit také zaměření principů a zásad společenské odpovědnosti. Je zřejmé, že u některých společností převládají více společenské, resp. sociální zájmy, jinde environmentální zájmy. Obecně lze tedy říct, že společnost, která se rozhodne stanovit cíle, jež chce dodržovat v rámci své „společenské odpovědnosti“, takto činí dobrovolně a ony cíle stanoví většinou ze sociálního nebo environmentálního hlediska. S ohledem na fakt, že společnosti jsou primárně orientovány na vytváření zisku, lze stanovení cílů v rámci společenské odpovědnosti té které společnosti označit za potěšující a v některých případech i vhodné. Samozřejmě pod podmínkou, že účelem není samo-prezentování se společnosti, nýbrž prezentování a dodržování cílů stanovených samotnou společností. Tyto cíle by měly mít charakter opravdovosti a věrohodnosti a také by měly směřovat nad zákonné očekávání. S ohledem na dobrovolnost,

¹ Společenská odpovědnost zahrnuje odpovědnost finančně právní, morální, politickou. Podle některých autorů je sama právní odpovědnost problematikou nejen ryze právní, ale také problematikou etickou, filozofickou, sociologickou a ekonomickou. Viz Boguszak, J., Čapek, J.: Teorie práva. Praha, CODEX Bohemia, 1997, str. 141.

² Společenskou odpovědnost firem lze chápat jako dobrovolné integrování sociálních a ekologických hledisek do každodenních firemních operací a interakcí s firemními stakeholders. Princip zahrnutí sociálních a environmentálních hledisek do strategie firmy (vedle primární orientace na vytváření zisku) se nazývá také trojí zodpovědnost. Viz http://cs.wikipedia.org/wiki/Spole%C4%8Densk%C3%A1_odpov%C4%9Bdnost_firem [citováno z 01.05.2009].

kteřá je společností při stanovení znaků jejich „společenské odpovědnosti“ dána, je otázkou závaznost stanovených cílů a postup v případě jejich porušování, resp. je otázkou nutnost dodržování vytýčených cílů.

Stanovení principů společenské odpovědnosti v oblasti loterního práva lze považovat za přinejmenším vhodné ze strany provozovatelů loterií nebo jiných podobných her. Ústředním právním předpisem v oblasti loterií a jiných podobných her je zákon č. 202/1990 Sb., o loteriích a jiných podobných hrách, v platném znění (dále jen „loterní zákon“). Tento zákon (i když velice nedostatečně) upravuje hry, kterými jsou peněžité a věcné loterie, tomboly, číselné loterie, sázkové hry provozované v kasinech, hry provozované prostřednictvím výherních hracích přístrojů, kursově sázkové hry a jiné.

Na společenskou odpovědnost lze z pohledu jednotlivých druhů her nahlížet rozdílně, a to s ohledem na míru hazardu³, kterou jednotlivé hry poskytují. Míru hazardu lze definovat jako možnost dosažení maximální prohry sázejícího za určenou časovou jednotku. Míra hazardu je objektivně nižší například u tombol, než u hraní prostřednictvím výherních hracích přístrojů nebo kursových sázek a i případné následky hraní mohou být rozdílné. Lze si jen stěží představit hráčskou závislost na tombole, nicméně gamblerství plynoucí z jiných her se vyvíjí poměrně rychle a snadno.

Další pohled, který může ovlivňovat cíle společenské odpovědnosti, je přístupnost té které hry. U živých her v kasinu je míra hazardu zajisté vysoká, nicméně většina „hráčské populace“ využívá her, které lze uskutečnit prostřednictvím výherních hracích přístrojů, video-loterních terminálů, nebo podá kursovou sázku. Dle mého názoru je tomu tak z důvodů pohodlí a času hráče a také z důvodů výše částek, které je hráč ochoten do hry vložit. V kasinech je také žádané určité společenské oblečení a chování, naproti tomu podat kursovou sázku může hráč víceméně kdekoliv a kdykoliv. Dnes totiž lze kursovou sázku učinit i prostřednictvím internetu.

Člověk je tvor hravý, a proto nelze předpokládat, že hraní za peníze, ať už hry jakékoli podoby, by se podařilo vymýtit nebo jakýmkoliv způsobem omezit, a to jenom s ohledem na veřejné zdraví. Herní průmysl a hraní hazardních her v České republice je již součástí „kultury“ a jakýkoliv způsob nebo snaha o omezení se jeví jako nereálná.

Svou pozornost bych chtěla zaměřit na kursově sázkové hry, které lze provozovat v kamenných pobočkách jednotlivých provozovatelů a nově od začátku roku 2009 již i prostřednictvím internetu. Tento druh hry jsem vybrala z důvodu, že vedle výherních hracích přístrojů lze kursově sázení považovat za nejrizikovější, a to s ohledem na vznik nelátkové závislosti – gamblerství, a také jako nejpřístupnější možnost hraní sázkových her pro osoby mladší 18-ti let. Také ho lze označit za jednu z lidí nejvíce vyhledávanou a hranou hru.

Loterní zákon o kursových sázkách ve svém § 2 písm. h) stanoví, že: „Loteriemi a jinými podobnými hrami jsou zejména: sázkové hry, při nichž je výhra podmíněna uhodnutím sportovních výsledků nebo pořadí ve sportovních soutěžích, závodech nebo uhodnutím jiných

³ Hazard lze chápat jako riskantní jednání či podnikání, jehož faktický výsledek závisí na náhodě či na šťastné souhře okolností. Viz <http://cs.wikipedia.org/wiki/Hazard> [citováno z 01.05.2009]. Také činnost, jejíž výsledek závisí na náhodě; vysoké riziko. Viz http://slovník-cizich-slov.abz.cz/web.php/hledat?typ_hledani=prefix&cizi_slovo=hazard [citováno z 01.05.2009].

událostí veřejného zájmu, pokud sázky na tyto události neodporují etickým principům. Výše výhry je přímo úměrná výhernímu poměru, ve kterém byla sázka přijata a vyšší vsazené částky.“

Největšími provozovateli kurzových sázek v České republice je pět společností, a to Fortuna sázková kancelář a. s., Chance a. s., Sazka a. s., Synot Tip a. s., Tipsport a. s.⁴ Tyto společnosti v roce 2007 založili Asociaci provozovatelů kurzových sázek („APKURS“).⁵ V rámci této asociace si stanovili „Deklaraci principů společenské odpovědnosti APKURS“. V této deklaraci uvádějí, že jsou si vědomi své sociální odpovědnosti a považují za důležité otevřeně deklarovat své stanovisko v jednotlivých oblastech této problematiky. Pojmem společenská zodpovědnost se rozumí začlenění sociální odpovědnosti a obecně platných společenských hodnot v jejich obchodních a marketingových aktivitách. V souvislosti se sportovním sázením společnosti vidí dva hlavní problémy. Tím prvním je zabránění přístupu nezletilých k sázení, tím druhým je riziko spojené se vznikem patologického hráčství. Dále v deklaraci uvádějí, že si nepřejí, aby sázeli děti a nezletilí, a že pokud se dospělý člověk rozhodne sázet, mělo by vždy jít o svobodné a informované rozhodnutí, které bude v každém okamžiku zohledňovat jeho reálné finanční možnosti. Také si společnosti nepřejí, aby sázení komukoli způsobovalo finanční těžkosti nebo závislosti a aby sázení ohrožovalo rodinu. Jejich cílem je nastavit prostředí, kde se sportovního sázení budou účastnit pouze dospělí lidé, a to v rozumné míře, podle svých možností a na základě svobodného a informovaného rozhodnutí.⁶ Tyto záměry lze zajisté hodnotit pozitivně, nicméně je otázkou, co pro to společnosti ve skutečnosti dělají, kolik pozornosti, energie a prostředků pro tento účel vynakládají.

V deklaraci společnosti také stanovují základní zásady a principy společenské odpovědnosti. Tyto se však z mého pohledu zdají poněkud zvláštními, duplicitními ve vztahu k loternímu zákonu a v některých případech těžko uvěřitelnými. V deklaraci uvádějí, že základním cílem firem⁷ působících v oblasti kurzového sázení je v první řadě vytvoření výtěžku a teprve v druhé řadě zisku.⁸ Výtěžkem se dle loterního zákona rozumí základ, z něhož se stanoví procento odvodu na veřejně prospěšné účely. Je těžko představitelné, že subjektům provozujícím kurzové sázky (a ne jenom těm) nejde primárně o zisk. Dále také deklarují „pomoc potřebným“ tím, že procento z výtěžku odvádějí na veřejně prospěšné účely.⁹ Tuto povinnost jim však stanoví zákon v § 4 odst. 2 a § 16 loterního zákona. Dále také v bodu „umíst'ování a provozování terminálů“ uvádějí závazek neumíst'ování provozoven a terminálů

⁴ http://www.financninoviny.cz/zpravy/pet-ceskych-firem-v-pondeli-spusti-internetove-kurzove-sazeni/352783&id_seznam= [citováno z 01.05.2009].

⁵ <http://www.apkurs.cz> [citováno z 01.05.2009].

⁶ <http://www.sazkatip.cz/Info.aspx?InfoID=Rezerva> [citováno z 01.05.2009]. také viz https://home.tipsport.cz/kodex_zodpovedneho_sazeni/kodex-zodpovedneho-sazeni.php [citováno z 01.05.2009].

⁷ Podle autora je správné označení „společnost“ ne „firma“. Dle zák. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku je obchodní firma název, pod kterým je podnikatel zapsán do obchodního rejstříku.

⁸ <http://www.sazkatip.cz/Info.aspx?InfoID=Rezerva> [citováno z 01.05.2009]. také viz https://home.tipsport.cz/kodex_zodpovedneho_sazeni/kodex-zodpovedneho-sazeni.php [citováno z 01.05.2009].

⁹ tamtéž

ve školách, školských zařízeních, v zařízeních sociální a zdravotní péče, v budovách státních orgánů a církví.¹⁰ Tato povinnost jim zákonem stanovena není, nicméně za stávajícího stavu, kdy byly povoleny kursové sázky na internetu, kamenné provozovny provozovatelé spíše zavírají. A u těch provozoven, co již jsou v provozu a jsou v blízkosti zařízení výše zmíněných, lze jen těžko předpokládat, že by je rušily v duchu citované deklarace. Členové APKURS také deklarují, že si uvědomují, že sázení u některých lidí může vést k vážným osobním a sociálním problémům. Informují o tomto své zaměstnance, aby se učili rozlišovat příznaky závislosti a rozhodně ji nepodporovali – třeba i odmítnutím sázek.¹¹ Deklarace však nestanoví jak příznaky závislosti rozpoznat; jestli je projevem závislosti sázení uskutečňované denně, byť jen v malé částce, nebo je projevem závislosti sázení sice jenom sporadické, ale v obrovských částkách atd. Odmítání sázek v kamenných provozovnách si dokáží představit jen stěží, odmítání sázek učiněných prostřednictvím internetu už vůbec.

Dále společnosti deklarují v rámci zásad a principů společenské odpovědnosti také korektní vztahy se třetími stranami. V této souvislosti uvádějí, že jejich účetnictví je důvěryhodné, transparentní a že respektují a dodržují platné zákony ČR.¹² Tento znak společenské odpovědnosti však nelze považovat za znak, který směřuje nad rámec zákonných očekávání. Dodržování zákonů a řádné vedení účetnictví lze objektivně považovat za samozřejmost související s podnikáním každého subjektu. Očekává se, že společnosti při svém podnikání, resp. při vytváření zisku postupují ve smyslu platných zákonů. Proto lze uvedenou zásadu označit za „nicneřkající“.

Společnosti deklarují i princip „otevřeného přístupu k problémům“ s tím, že jsou si vědomy problémů, jako je například přístup mladistvých ke sportovnímu sázení nebo patologické hráčství. Uvádějí, že chtějí o těchto problémech „otevřeně mluvit“ a také přispět k jejich řešení.¹³ Tento princip společenské odpovědnosti nevzbuzuje velkou věrohodnost. Doposavad jsem nezaznamenala, že by společnosti podnikající v oblasti hazardního průmyslu rozpoutávaly mezi širokou veřejností diskuzi v tomto směru, resp. řešily uvedené problémy zásadnějším způsobem.

Jak již bylo uvedeno výše, cíle, které si společnost stanoví, ve smyslu své společenské odpovědnosti by měly nést znaky opravdovosti a věrohodnosti, toto však z uvedených příkladů patrné není. Principy a cíle společenské odpovědnosti jsou postaveny mimo podnikání společností a odpovídají, resp. jdou nad rámec etických, zákonných, komerčních a společenských očekávání. Není-li tomu tak, pak lze jen stěží mluvit o společenské odpovědnosti.

Je tedy otázkou, jestli společenská odpovědnost a deklarované principy, které jsou v deklaraci nastiány, jsou pouze prázdným projevem nového trendu „společenské odpovědnosti společností“, který se stává součástí filosofie společnosti, nebo skutečně a alespoň v částečné

¹⁰ <http://www.sazkatip.cz/Info.aspx?InfoID=Rezerva> [citováno z 01.05.2009]. také viz https://home.tipsport.cz/kodex_zodpovedneho_sazeni/kodex-zodpovedneho-sazeni.php [citováno z 01.05.2009].

¹¹ tamtéž

¹² tamtéž

¹³ tamtéž

míře se tím společností řídí. Je asi utopii očekávat, že by se například místo reklamních spotů v televizi objevily spoty o tom, kam až hráčská závislost může vést, nebo že by se na tiketech s kursovou sázkou objevily výstrahy podobné těm na tabákových výrobcích. Nicméně odpovědnost společností podnikajících v této oblasti by tady být měla. Deklarace obsahuje také „Pravidla bezpečného sázení“ (Bezpečné desatero pro sázení), tedy zásady, jejichž dodržování umožní minimalizovat rizika spojená se sportovním sázením. Dokáží si představit, že by tato pravidla byla v provozovnách, resp. na internetu vystavena, nebo lidem předložena než si vsadí. Tento krok by pak bylo možno zařadit k principům společenské odpovědnosti uvedených společností.

Nicméně vše, co společnosti v deklaraci uvedly, tedy všechny zásady a principy pojaté z jejich strany jako zásady a principy společenské odpovědnosti, nejsou závazné. Tudiž „bude-li něco porušeno vědomě či nevědomě nic se neděje“...lidé budou hrát tak či tak.

Literature:

Boguszak, J., Čapek, J.: Teorie práva. Praha, CODEX Bohemia, 1997, str. 141.

<http://www.apkurs.cz> [citováno z 01.05.2009].

<http://www.sazkatip.cz/Info.aspx?InfoID=Rezerva> [citováno z 01.05.2009].

https://home.tipSPORT.cz/kodex_zodpovedneho_sazeni/kodex-zodpovedneho-sazeni.php
[citováno z 01.05.2009].

http://cs.wikipedia.org/wiki/Spole%C4%8Densk%C3%A1_odpov%C4%9Bdnost_firem
[citováno z 01.05.2009].

<http://cs.wikipedia.org/wiki/Hazard> [citováno z 01.05.2009].

http://slovník-cizích-slov.abz.cz/web.php/hledat?typ_hledani=prefix&cizi_slovo=hazard
[citováno z 01.05.2009].

http://www.financninoviny.cz/zpravy/pet-ceskych-firem-v-pondeli-spusti-internetove-urzove-sazeni/352783&id_seznam= [citováno z 01.05.2009].

Reviewer:

Dana Šramková

Contact – email:

asalinkova@post.cz

PENALTIES APPLICABLE TO THE JUDICIAL PERSON IN ROMANIAN CRIMINAL LAW

ELENA-GIORGIANA SIMIONESCU

Constantin Brancusi University of Târgu-Jiu, Faculty of Juridical Sciences, Romania

Abstract in original language:

Criminal liability of legal person is not a new one. This origins in ancient law, it falls in late-nineteenth century to the European criminal doctrine, that today reach one of the central themes of scientific and legal approaches. Study the historical evolution of this institution is able to support the idea that the criminal liability of legal persons is in perfect agreement with the fundamental principles of criminal law, the very nature of the legal person is justified by the necessity of a socio - economic.

Key words in original language:

Criminal liability; legal person.

1. GENERAL CONSIDERATIONS

The issue of criminal liability of legal person has been the object of concern for legal doctrine, but especially for Romanian legislature for aligning our legislation to the EU, with Romania's EU This interest has become even more acute today, when for certain offenses (environmental, tax, money laundering, consumer protection) is necessary to bring criminal responsibility of legal person for acts committed.

Because the legal responsibility to be committed, the offense must be committed to the following conditions: the achievement of the object or on behalf or in the interest of the legal person, any person acting individually or as part of a legal person who is responsible for leadership among its form of guilt that attracts criminal liability to that provided by law, not about the state, public authorities or public institutions not engaged in private.

According to art. ¹ 53 C. pen., The legal person is applicable to a main punishment - fine - and more complementary punishments.

2. FINE

Unlike the individual, legal person if the legislature has provided for one main sentence, fine.

2.1 SPECIAL LIMITS OF THE FINE

Penalty fine in the regulation applicable to the legal person established an almost perfect parallelism with the provisions governing the sanctions in this case the person. However there are some differences between the two rules.

As with the person, the fine applicable legal limits known general and special limits. General minimum was set at 2500 RON, and most general 2,000,000 RON. Determination special limits after an algorithm similar to that used for natural person, ie according to the prison sentence provided for the crime committed. Thus, the law provides for the crime committed by individual prison sentence not exceeding 10 years or fine, the minimum fine for the

particular legal person is 5,000 RON, and most notably the fine is 600,000 RON. When the law provides for the offense committed by the person detențiunii death penalty or life in prison more than 10 years, the minimum fine for the particular legal person is 10,000 RON, and most notably the fine is 900,000 RON.

In connection with this mechanism can be brought against two objections. First, the provision of only two intervals of individualisation judicial - as the jail sentence is less than or greater than 10 years - was not the happiest choice. This is because on the one hand, the range of judicial individualization becomes extremely large, thereby matchlessly solutions in practice and on the other hand, some crimes in which there is an obvious difference in terms of degree of social danger assigned same special of punishment.

2.2 INDIVIDUAL PENALTY FINE

As regards individualisation penalty fine, art. 72 C. pen. was complemented with a new paragraph became paragraph. 3, in the following forms: the establishment and application of legal sanctions to take account of the general provisions of this Code, the penalty set limits on the special person, the seriousness of the crime committed and the circumstances that attenuate or aggravated criminal liability.

Achiesãm to think that would be desirable to add an additional criterion of individualization, namely turnover or asset value of the patrimony of the legal person, to achieve the purpose fine.

2.2.1 MITIGATING AND AGGRAVATING CIRCUMSTANCES

The effects of aggravating and mitigating circumstances are regulated in a manner similar to that seen in individuals. According to art. 76 para. 4 C. pen., Introduced by Law no. 278/2006 concerning the criminal liability of legal person, especially when the minimum fine is 10,000 RON, or more, the fine is lower below this minimum, but no more than a quarter, and especially when the minimum is 5,000 RON, or greater is lower under the minimum but less than one third. If particular minimum sentences with 5,000 RON category in which most crimes - should not be lowering the penalty to a minimum of one third, as would generally exceed the minimum so that the fine is 2500 RON. Accordingly, you should recognize that the text refers to lowering the minimum sentence, with one quarter and one third of it.

Thus, individual courts will be in the range 7500 - 10,000 RON in the first category of offenses, and in the range 3.334-5.000 RON for the second. Consequently, if circumstances of detention, the punishment of a crime of ownership of the property found, breaking of seals or gamble and a crime of slavery or deprivation of liberty unlawfully (Article 189 para. 1) is 1666 lei. And the difference between a vindictive petty larceny and murder very seriously, the more committed people, and they committed in the presence of mitigating circumstances, is of 2,500 lei.

These very narrow limits, the court will have to make individual judicial restraint in case of mitigating circumstances, the result is unfortunate option legislature to establish two special limits of a fine, imprisonment as punishment is less than or greater 10 years.

In the case of aggravating circumstances, the sanction mechanism is similar to that established for punishment with a fine ordered in person, indicating that the increase would apply to the legal person is no more than a quarter of the most special.

2.2.2 THE CRIME

As regards the crimes, the sanction mechanism established by art. 40 is similar to that provided by art. 34 points. c), indicating that growth is less applicable than for individuals, reaching only up to 1 / 3 of the most special. To appeal to a lower growth than that of the person, in considering the need to achieve a progressive increase of increases for the following forms of plurality (postcondamatorie relapse and postexecutorie). Legal requirement for a growth lower than that of the person, although it may excite nedumeriri, could be justified by the higher amount of penalty fine if the legal person.

2.2.3 RELAPSE

In relation to the recurrent, the formulation of text art. ² paragraph 40. 1 could result in an initial analysis that the only offense of the second term should be committed intentionally. Indeed, the wording "again commits a crime with intent" indicates that the first conviction and called for such a deed. Ies from the incidence of recurrent acts of guilt, the amnestied, decriminalizing or rehabilitation that has occurred.

As sanctioned in the case referred to a recurrent growth of up to 1 / 2 of the most particular postcondamatorie recurrence until 2 / 3 of the maximum for the particular postexecutorie, succeeding thus a gradual increase in increases for various forms of pluralității offenses. Highlighting criminal history of legal status to the apprehension of a repeat but not done through a service criminal record, as with individuals, but through mention in the records kept by the body that authorized the establishment of legal and body registered legal entity.

2.2.4 PLURALITY OF INTERMEDIATE

In turn, the plurality of intermediate devoted to art. 40 para. 2, a known treatment of similar offenses contest, as in person. Its incidence is more limited than if the person, the only situation in which we can discuss a plurality of intermediate if the legal person being the one in which crime was committed in the fault.

2.2.5 THE COMPETITION BETWEEN CAUSES AND AGGRAVATING CIRCUMSTANCES OF AGGRAVATION

Article 80 para. 4, provides that where a concomitant provisions on aggravating circumstances, and repeat competition penalty fine for the legal person can be increased up to maximum general. In reality, if we relate to a situation of legal punishment with a maximum of 600,000 RON particular (art. 71 para ¹. 2), even in case of concurrent application of aggravating circumstances, the offense continued, and recurrent postexecutorii competition offenses cumulând increases not may never reach the most general. Therefore, we believe that in reality, the text quoted is only to emphasize the idea that most generally can not be exceeded under any circumstances.

2.3 HOW INDIVIDUAL PERFORMANCE

In matters penalty fine imposed legal, the legislature has not provided any alternative to the actual execution. In other words, conditional suspension of execution of sentence is not applicable to the fine legal person, unlike the Belgian legislation, this is possible.

3. CONCLUSIONS

Law no. 278/2006 concerning the criminal liability of legal person has marked the establishment of actual criminal liability of legal person in Romanian law. Once adopted, the scientific work related to corporate criminal liability must amend the appropriate subject, abandoning the arguments supporting or combating this form of liability in favor of a full deslușiri how it will work effectively on the basis of existing legislation .

Reviewer:

David Sehnálek

Contact – email:

giorgiana_simionescu@yahoo.com

THE RESPONSIBILITY OF THE MEMBERS OF THE MANAGEMENT BOARD UNDER THE REGULATION OF THE ART. 299 OF POLISH CODE OF COMMERCIAL COMPANIES

AGATA SUSFAŁ

Jagiellonian University in Krakow, Kraków, Poland

Abstract:

THE AUTHOR HAS NOT DULY SUBMITTED ANY ABSTRACT.

Key words:

Article 299 Polish Commercial Code of Companies.

Art. 299 of Polish Code of Commercial Companies:

§ 1. If the execution against the company proves ineffective, members of the management board shall be jointly and severally liable for the company liabilities.

§ 2. A member of the management board may be discharged from liability referred to in § 1 above if he proves that the petition in bankruptcy was timely filed or arrangement proceedings were initiated, or that a failure to file the petition in bankruptcy or a failure to initiate arrangement proceedings occurred through no fault on his part, or that despite the failure to file the petition or initiate arrangement proceedings the creditor suffered no damage.

§ 3. The provision of §§ 1 and 2 above shall not prejudice the provisions whereby further liability of members of the management board is envisaged.

The institution created in art. 299 of the Polish Code of Commercial Companies is an original Polish achievement. The law was firstly established in art. 128 of the decree – law announced by the President of the Republic of Poland, dated Oct. 27th 1933. It was repeated in art. 298 of Polish Commercial Code and later in art. 299 of Polish Code of Commercial Companies.

The institution was established as a reaction to the high level of distrust to companies. It was not rare for the of the company to simply disappear from market without completing formal liquidation procedure the company or paying it's debts. Therefore, we may assume that establishing the rule was the clear approach of rule instrumentalism. In other words, the policymaker established the legal rule because it was a good instrumental to the achievement of his goal, which was to obtain law and order.¹

The rule was set as a type of social consensus, which was aimed to avoid the legal risk of the potential for loss arising from events such as bankruptcy and potential legal proceedings. The art. 299 of Polish Code of Commercial Code clearly states that in case of insolvency of the

¹To read more about the economic analysis of law see: <http://plato.stanford.edu/entries/legal-econanalysis/#TwoStrThoWitEcoAnaLaw>, first published Mon Nov 26, 2001; substantive revision Tue May 16, 2006.

Limited liability company, if the execution against the company proves ineffective, members of the management board shall be jointly and severally liable for the company liabilities.

For many years there had been a quarrel in Polish doctrine and jurisdiction upon the legal nature of the responsibility based on art. 299 of Polish Code of Commercial Code. It was widely discussed whether the members of the management board are responsible for their own debt or whether they are responsible for the debt of the limited liability company.

Nevertheless, more important issues were discussed, i.e. whether the responsibility of the management board is based upon the rule responsibility of risk or upon the rule of fault. Most of the doctrine view the responsibility as the type of legal responsibility based upon the rule of risk, which equaled the position of the members of the management board with the position of joint yet subsidiary guarantee², who is not responsible for his own debt³. Yet in most sentences of the courts, including the sentences of the Highest Court, the nature of the of legal responsibility established in the art. 299 of Polish Code of Commercial Companies was based upon the rule of fault.⁴

Eventually, the Highest Court in the resolution from Nov. 7th 2008⁵ gave a statement that the nature of the responsibility members of the management board is based upon the rule of fault.

It should be underlined that by the end of these the views in opinion about the legal nature of the responsibility mentioned above seemed not to be particularly essential due to

Despite of the definition of the nature of responsibility established in art. 299 of Polish Code of Commercial Companies, it is presumed that the member of the management board is guilty of the damage he cause as the result of the execution against the company being ineffective. The other presumptions are: the presumption of unlawfulness of the behavior of the member of the management board (which equals strictly disobeying the rule of being good manager) and the presumption of causal nexus between the lack of proper behavior of the member of the management board and the damage. As the result, the only circumstance that has to be proved by the claimant is the damage itself and the fact that it was not executed from the Limited Liability Company itself. It should be noted that it is irrelevant whether the damage is defined as abasement of the Limited Liability Company solvency or it the damage simply equals the debt that wasn't executed for the Limited Liability Company. The enforceable title against the Limited Liability Company is sufficient evidence to prove the damage. Furthermore, the conditions under that a member of the management board may be

² E.g.: Śmieja A., *The nature of legal responsibility established in art. 299 of Polish Code of Commercial Companies after five years of binding force*, Wrocław 2008.

³ *About the nature of responsibility of guarantee see also: Tracz G., Guaranty agreement with the regard upon bank guaranty agreement*, Kraków 1998.

⁴ *See The Highest Court resolutions: No. III CZP/162/92 dated Jan. 19th 1993 published OSNCP No. 6 position 103, No. III CZP 116/93 dated Aug. 9th 1993 published OSNC 1994 No. 2 position 35, No. II UZP 15/93 dated Sep. 15th 1993 published OSNC 1994 No. 3 position 48 and the statement of the Highest Court dated Apr. 29th 1998. No. I CKN 654/97, published OSP 1999, NO. 1 position 6.*

⁵ *The resolution was published under the No. III CZP 72/08, published in The Highest Court Statements and Resolutions No. 2/2009,*

discharged from liability are strictly credited in art. 299 § 2 of Polish Code of Commercial Companies.

Therefore the reader can determine that the regulation established in art. 299 of Polish Code of Commercial Companies protects the creditors from the legal risk, but it doesn't protect the management of the board and as the result the whole financial system from the typical systemic risk known as "Type 2 risk". R. McCormick defines this kind of risk as the risk of technical defects in the manner in which a transaction is carried out, resulting in loss, for those who put money at risk in this transaction.⁶

The Polish law hasn't established the optimization techniques in order to define unlawful behavior of the members of the management board except for "the rule of being a good merchant".⁷ It can be said that according to Shavell's risk allocation model, the law regulations, including the art. 299 of Polish Code of Commercial Companies gives the courts the unwritten and unspoken presumption that the management board operates only at the level of the contributed accuracy but it avoids to regard the intensity of the activity of the management board.⁸

Due to lack of the proper standards of unlawfulness it should be noted that in practice it is unusual for to the members of the management board to file the petition in bankruptcy even due to lack of realization that the board of directors is liable towards the company as a separate legal person, not to the shareholder's meeting. In other words, in the harsh reality it is better for the members of the management board not to operate at all than take a risk filling the petition in bankruptcy, whereas the management of legal risk is essential in the era of economical crisis.

Reviewer:
Piniór Piotr

Contact – email:
agatasusfal@o2.pl

⁶ *To read more about the risk see: McCormick R., Legal risk in financial markets, Oxford University Press 2006*

⁷ *Read: the sentence of the Highest Court No. V CSK 128/05 was published in Transformations of Private Law, No. 2/2006, ISSN 1641-1609; see also: Sottysiński, Szajkowski, Szwaja, Commentary to art. 291 of Commercial Cod ,C.H. Beck Press, Warszawa 1994.*

⁸ *Shavell S., Economic Analysis of Accident Law, Harvard University Press 1987 Edition,*

ODPOVĚDNOST PODNIKU V PRINCÍPECH EVROPSKÉHO DELIKTNÍHO PRÁVA (PETL)

MICHAL VLASÁK

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Principy evropského deliktního práva představují základ europeizace a harmonizace práva civilních deliktů v Evropě. V úvodu příspěvek podává fundamentální charakteristiku PETL a následně se zaměřuje na odpovědnost podniku v rámci Principů. Odpovědnost podniku v podání PETL tvoří pomyslnou spojnicí mezi subjektivní a objektivní odpovědností. Nevýhodou pro poškozeného je, že škoda musí být způsobena poruchou takového podniku nebo jeho produktu.

Key words in original language:

Principy evropského deliktního práva; odpovědnost podniku; subjektivní odpovědnost; objektivní odpovědnost.

Abstract:

The goal of Principles of European Tort Law (PETL) is to serve as a basis for the europeanisation and harmonization of the law of torts in Europe. Firstly, the author makes the fundamental characteristic of PETL and then is the contribution focused mainly on the enterprise liability under Principles. Enterprise liability serve as an imaginary bridge between fault based liability and strict liability. Disadvantage for a victim is that the harm should be caused by a defect of such enterprise or of its output.

Key words:

Principles of European Tort Law; Enterprise Liability; Fault Based Liability; Strict Liability.

1. ÚVOD - PRINCIPY EVROPSKÉHO DELIKTNÍHO PRÁVA (PETL)

Principy evropského deliktního práva (Principles of European Tort Law – dále jen „PETL“ nebo „Principy“) jsou výsledkem několikaletého snažení skupiny předních civilistů pracujících pod gescí Evropské skupiny deliktního práva (European Group on Tort Law) za institucionální podpory rakouského Evropského centra deliktního a pojišťovacího práva (European Centre of Tort and Insurance Law). Předchůdcem této platformy byla tzv. Tillburská skupina založená v roce 1992.¹ PETL byly prezentovány širší právnické veřejnosti společně s průvodním komentářem na pravidelné konferenci ve Vídni v roce 2005.

Skupina Evropského deliktního práva a její iniciativa vystihuje situaci v Evropském společenství, kde je na jedné straně pociťována silná potřeba jednotné nebo alespoň

¹ European Group on Tort Law: Principles on Tort Law – Text and Commentary. Wien: Springer, 2005, 282 p.

harmonizující úpravy civilního deliktního práva, zároveň však na straně druhé existuje nechuť a nedostatek pravomoci k takové iniciativě uvnitř ES.²

Podle tvůrců PETL mají tyto principy sloužit jako společný základ pro rozvoj a sbližování právní úpravy soukromoprávních deliktních vztahů v rámci celé Evropy. Principy se netají svou ambicí stát se prvním krokem ke skutečnému společnému deliktnímu právu v evropském prostoru.³

Principy evropského deliktního práva v sobě snoubí historií prověřený tradiční třípilířový koncept předpokladů odpovědnosti za škodu reflektující moderní dynamické evropské trendy v podobě flexibilního pojetí stěžejního institutu právem chráněného zájmu. Předpoklady odpovědnosti za škodu v podání PETL jsou následující:

1. porušení právem chráněného zájmu,
2. škoda,
3. příčinná souvislost,
4. zavinění, ledaže se jedná o objektivní odpovědnost.

Nejvýznamnější jevové odchylky od standardních evropských civilních kodexů nacházíme v pojetí PETL v kategorii právem chráněného zájmu,⁴ kazuistické úpravě příčinné souvislosti,⁵ úzce vymezené objektivní odpovědnosti⁶ a náhradě nemajetkové újmy.⁷ V podrobnostech odkazují na poznámkovou literaturu.

Vzhledem k plánovanému rozsahu příspěvku se zaměříme pouze na dílčí institut v rámci PETL, konkrétně na odpovědnost podniku.

2. ODPOVĚDNOST PODNIKU V PETL

Podle článku 4:202 PETL „kdo provozuje podnik k hospodářskému nebo profesionálnímu účelu a kdo používá pomocníky nebo technické vybavení, je odpovědný za každou újmu

² Tichý, L.: Spontánní europeizace soukromého práva. Evropské právo. Příloha Právních rozhledů, 2000, č. 2, s. 4.

³ Koch, B. A.: The „European Group on Tort Law“ an Its „Principles of European Tort Law“. The American Journal of Comparative Law. The American Society of Comparative Law, volume 53, Number I, 2005, 191 p.

⁴ Koch, B. A.: Wilburg's Flexible System in a Nutshell. In. Koziol, H., Steininger, B. European Tort Law 2001. Tort and Insurance Law Yearbook, Wien: Springer, 2002, 545 p.

⁵ Spier, J. et al: Unification of Tort Law: Causation. Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 2000, 176 p.

⁶ Koch, B. A.; Koziol, H. et al: Unification of Tort Law: Strict Liability. Hague/London/NewYork: Kluwer Law International, 2002, 480 p.

⁷ Magnus, U. et al: Unification of Tort Law: Damages. Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 2001, 256 p.

způsobenou poruchou takového podniku nebo jeho produktu, dokud neprokáže, že jednal v souladu s požadovanou úrovní chování (odst. 1). Porucha je jakákoliv odchylka od standardu, který může být rozumně očekáván od podniku nebo od jeho produktu nebo služeb (odst. 2).“

Především je třeba předeslat, že tzv. odpovědnost podniku (enterprise liability) v pojetí PETL není totožná s objektivní ani absolutní odpovědností. Odpovědností podniku Principy rozumí subjektivní odpovědnost založenou na zavinění, avšak s obrácením důkazního břemene o zavinění.

Český právní řád tuto alternativu nezná, proto je třeba se oprostít od asociací směrem k objektivní odpovědnosti nebo k subjektivní odpovědnosti s presumovaným zaviněním, a nahlížet na odpovědnost podniku „evropskýma“, respektive „americkýma očima“, kde má subjektivní odpovědnost podniku s obráceným důkazním břemenem svůj myšlenkový základ.⁸

Systematické zařazení institutu odpovědnosti podniku jako poslední ustanovení v oddíle věnovaném subjektivní odpovědnosti (Oddíl 2, Hlava IV.) a zároveň bezprostředně předcházející Hlavě V. pojednávající o odpovědnosti bez zavinění, dává tušit, že článek 4:202 PETL obdobně jako předchozí článek 4:201 PETL tvoří pomyslnou spojnicí mezi ryze subjektivní odpovědností založenou na zavinění a odpovědností bez zavinění, která je v Principech evropského deliktního práva zúžena pouze na abnormálně nebezpečné aktivity.

Vtělení odpovědnosti podniku sice do Hlavy IV. PETL s názvem odpovědnost za zavinění, avšak jako její zcela poslední ustanovení, za kterým ihned následuje Hlava V. PETL zabývající se abnormálně nebezpečnou činností, lze považovat za maximálně výstižné.

Odpovědnost podniku založená na zavinění, avšak s obrácením důkazního břemene, nasvědčuje tomu, že mezi tradičně chápanou dichotomickou dvojicí „fault based liability“ a „strict liability“ existuje velice výrazná šedá zóna,⁹ která se stává předmětem bouřlivých debat a na kterou se v poslední době zaměřují vědecká bádání¹⁰ předních světových civilistů.

Institut odpovědnosti podniku naznačuje, že moderní trendy v oblasti civilněprávní odpovědnosti tíhnou k rozšíření sféry, na níž by se nevztahoval „čistý“ princip subjektivní odpovědnosti.¹¹

⁸ Původně doktrína rozpracována v relaci k obchodnímu právu - Should Shareholders Be Personally Liable for the Torts of Their Corporations? The Yale Law Journal, 1967, Vol. 76, No. 6, p. 1190-1205. Následně Priest, G.: The Invention of Enterprise Liability: A Critical History of the Intellectual Foundations of Modern Tort Law, Journal of Legal Studies, 1985, Vol. 14, p. 461. V Evropě Faure, M.; Hartlief, T.: Towards an expanding enterprise liability in Europe? How to analyze the scope of liability of industrial operations and their insurers, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 1996, p. 235. Srov. též rozhodnutí New York Court of Appeals Walkovszky v Carlton, 223 N.E.2d 6 (NY 1966).

⁹ Podrobně Koch, B. A.; Koziol, H et al: Unification of Tort Law: Strict Liability, op. cit. sub 6, p. 432-435.

¹⁰ Např. Lahne, J.: Forms of Liability in the Law of Delict: Fault-Based Liability and Liability without Fault, Juridica International, X., 2005, p. 60-70.

¹¹ Ve vztahu k objektivní odpovědnosti Magnus, U.: Evropské perspektivy v oblasti občanskoprávní odpovědnosti. Evropské a mezinárodní právo, 1997, č. 6-7, p. 18.

Pomyslná přímká mimosmluvních odpovědnostních závazků v podání PETL tedy začíná kategorií 1/ subjektivní odpovědnosti v ryzí podobě založené na subjektivně pojatém zavinění nebo v převažujícím konceptu objektivizace zavinění (čl. 4:101 PETL), 2/ přes subjektivní odpovědnost s obrácením důkazního břemene o zavinění (čl. 4:201 PETL), 3/ směrem k odpovědnosti podniku založené na zavinění, avšak rovněž s obrácením důkazního břemene (čl. 4:202 PETL), 4/ až k objektivní a absolutní odpovědnosti (čl. 5:101 PETL) v nejpřísnější podobě bez možnosti liberace.

Od klasické odpovědnosti založené na zavinění se článek 4:202 PETL liší „pouze“ obrácením důkazního břemene, kdežto od objektivní odpovědnosti se diferencuje tím, že k závěru o vzniku odpovědnosti vyžaduje zavinění.

Pokud lze vůbec hodnotit, čemu se odpovědnost podniku v podání Principů blíží více, pak zřejmě subjektivní odpovědnosti, neboť skutečnost obrácení důkazního břemene představuje méně výraznou odchylku od subjektivní odpovědnosti, než skutečnost existence zavinění, jejíž absence je stěžejní, imanentní a charakteristická pro oblast objektivní odpovědnosti. Ostatně tomuto závěru odpovídá i zmíněné systematické zařazení institutu odpovědnosti podniku do Hlavy IV. PETL pod jednu střechu s odpovědností za zavinění.

Patrně nejbliže má institut odpovědnosti podniku k článku 4:201 PETL, s nímž je dokonce ve stejném oddíle a který je k němu *lex generalis*. Odpovědnost podniku tak lze chápat jako subjektivní odpovědnost s obráceným důkazním břemenem o zavinění *sui generis*.

Předpoklady vzniku odpovědnosti za škodu způsobenou provozem podniku jsou následující:

1. provoz podniku k hospodářskému nebo profesionálnímu účelu,
2. použití pomocníků nebo technického vybavení při provozu podniku,
3. újma způsobená poruchou podniku nebo jeho produktu,
4. příčinná souvislost mezi újmou a poruchou způsobenou provozem podniku nebo produktu,
5. neprokázání liberačního důvodu.

Hlavní stimul pro začlenění odpovědnosti podniku do Principů představuje myšlenka, že poškozený není objektivně schopen prokázat skutečnou příčinu vzniklých škod, ačkoliv je zjevné, že ta leží někde uvnitř podniku. Poškozený uplatňující svůj nárok na náhradu škody musí prokázat, že příčina vzniku škody leží ve sféře podniku – byla způsobena jeho poruchou nebo poruchou jeho produktu či výrobku.¹²

V situaci, kdy se podaří žalobci prokázat, že příčina vzniku škody leží uvnitř podniku, přechází procesní aktivita na žalovaného, který, pokud se chce vyhnout kompenzací poškozeného, musí přesvědčit soud, že jednal v souladu s požadovanou úrovní chování, což bude zpravidla těžší, neboť sama okolnost výskytu škody silně indikuje, že podnik nejednal v souladu s požadovanou úrovní chování. Současně se předpokládá, že podnik je právě tím profesionálem, od něhož lze očekávat zvýšený standard úrovně chování.

¹² European Group on Tort Law: Principles on Tort Law – Text and Commentary. op. cit. sub. 1, p. 94.

Pojem „podniku“ je třeba vykládat extenzivně, lze pod něj zařadit výdělečné entity (fyzické či právnické osoby soukromého práva), jakož i státní či nevýdělečné organizace, pokud sledují hospodářský nebo profesionální účel.

Rozhodující tedy není výdělečný účel podniku, nicméně tvorba zisku je silným indikátorem toho, že se jedná o podnik.

Zároveň se vyžaduje, aby podnik fungoval nikoli na dočasném základu, což vylučuje z dosahu tohoto ustanovení poloorganizované skupiny sledující nahodilý cíl (např. vzájemná rodinná pomoc při stavbě domu).

Nevyžaduje se, aby škodu způsobil přímo pomocník (zaměstnanec) podniku, postačí, byla-li škoda zapříčiněna špatnou organizací podniku.¹³ Patrně se předpokládá, že organizace podniku je jeho imanentní součástí, která je v kompetenci majitele či provozovatele podniku a který tak má zajistit, aby v důsledku administrativních nebo organizačních pochybení nedocházelo ke vzniku škod.

Pomocníky se rozumí především zaměstnanci podniku a dále i pomocníci, které podnik využívá (nahodile či pravidelně) ke svému provozu. Ukazatelem bude vnitřní systém subordínace a kontroly v rámci vztahů nadřízenosti a podřízenosti v podniku.¹⁴ Technické vybavení představuje vše, co slouží podniku k vykonávání jeho činnosti.

Až potud se zdálo, že odpovědnost podniku upravená pomocí abstraktních pojmů vcelku vhodně vyplňuje prázdný prostor¹⁵ uvolněný tím, že oblast objektivní odpovědnosti je v Princípech navržena poměrně úzce. Ovšem předpokladem odpovědnosti podniku ve smyslu článku 4:202 PETL je nejen vznik škody někde uvnitř podniku, ale dále i skutečnost, že příčinou vzniku škody byla „porucha“ podniku nebo jeho produktu. Tato vsuvka podle mého názoru výrazně a zbytečně oslabuje jinak vhodně navržené ustanovení.

Jde totiž o to, že žalobce (poškozený) je ten, kdo musí prokázat, že škoda vznikla poruchou podniku nebo jeho produktu. Poškozený jako osoba profesionálně neznalá tak má prokazovat poruchu, jejíž existence nemusí být zcela zřejmá ani profesionálům.

Je povinností podniku dbát o jeho správné fungování, důvodem vzniku odpovědnosti není skutečnost, že používané technické vybavení představuje riziko.¹⁶ Kdyby si byl profesionál poruchy vědom, pak by učinil opatření směřující k zamezení vzniku škody. Poškozený není odborník v oboru, který provozuje žalovaný podnik, nezná řetězec technických či jiných

¹³ Ibidem, p. 95.

¹⁴ Podrobně Spier, J. et al: Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others. Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2003, p. 289-308.

¹⁵ Koch, B. A.: The „European Group on Tort Law“ an Its „Principles of European Tort Law“, op. cit. sub 3, p. 194.

¹⁶ Dulak, A.: Princípy (Európskeho) deliktneho práva, In. Lazár, J., Blaho, P. Základné zásady súkromného práva v zjednotenej Európe. Mezinárodní vedecká konferencia – IX. Lubyho právnické dni. Bratislava: Iura Edition, 2007, s. 310.

postupů vedoucí ke vzniku produktu či výrobku. Kdyby tento postup znal, nemusel by se obracet na profesionála.

Výsledkem je schizofrenní situace, kdy na jedné straně tvůrci argumentují, že není třeba, aby škodu způsobil konkrétní zaměstnanec podniku, postačí, je-li způsobena organizací (zaměřeno na vnější projevy podniku). Na druhé straně pak tím, že vyžadují, aby poškozený prokázal poruchu podniku nebo jeho produktu, předpokládají alespoň částečné proniknutí do organizačního nitra podniku (zaměřeno na vnitřní poměry podniku).

Požadavkem, aby újma byla způsobena poruchou podniku nebo jeho produktu, tak dochází k oslabení postavení poškozeného.

Na tomto závěru nemůže nic změnit ani obecná definice poruchy, kdy článek 4:202 odst. 2 PETL stanoví, že „porucha“ je jakákoliv odchylka od standardu, který může být rozumně očekáván od podniku nebo od jeho produktu nebo služeb.

Jsem přesvědčen, že by bylo vhodnější přijmout takové ustanovení o odpovědnosti podniku, které by předpokládalo pouze prokázání vzniku škody, jejíž příčinou byl provoz podniku nebo produkt podniku, bez ohledu na to, zda škoda byla způsobena poruchou podniku či nikoli.

Ostatně vzorem článku 4:202 PETL byl § 49a návrhu švýcarské reformy občanského zákoníku, který poruchu podniku nepředpokládá.

Kromě toho B. A. Koch jako spoluautor PETL při časopisecké prezentaci Principů hovoří o článku 4:202 PETL v tom smyslu, že ustanovení vyplňuje potenciální díru mezi odpovědností bez zavinění a odpovědností založenou na zavinění v případech, kde je prokázáno, že původ škody leží uvnitř podniku, nicméně není zřejmé, zda byla škoda způsobena lidskou činností nebo technickým zařízením nebo byla zapříčiněna např. nedostatkem organizace.¹⁷ O poruše se vůbec nezmiňuje.

Na druhou stranu je třeba dodat, že mezi tvůrci PETL panují spíše opačné obavy, když s odkazem na generálně navrženou definici termínu „porucha“ předvídají, že aplikační praxe bude tíhnout k extenzivnímu výkladu pojmu porucha a tím se rozšíří původně zamýšlený dosah tohoto článku. To by paradoxně mohlo oklikou neutralizovat mnou kritizovaný požadavek existence poruchy a opětovně vylepšit postavení poškozeného.

3. ZÁVĚR

Odpovědnost podniku (čl. 4:202 PETL) chápou Principy evropského deliktního práva jako subjektivní odpovědnost s obráceným důkazním břemenem o zavinění *sui generis*. Od klasické subjektivní odpovědnosti založené na zavinění se liší obrácením důkazního břemene, kdežto od objektivní odpovědnosti se diferencuje tím, že k závěru o vzniku odpovědnosti se vyžaduje zavinění.

Odpovědnost podniku v podání PETL tvoří pomyslnou spojnicí mezi subjektivní a objektivní odpovědností a ve svém důsledku vede k rozšíření kompenzovatelnosti vzniklých škod.

¹⁷ Koch, B. A.: The „European Group on Tort Law“ an Its „Principles of European Tort Law“, op. cit. sub 3, p. 194.

Institut odpovědnosti podniku je však limitován podmínkou poruchy podniku nebo jeho produktu, která tak věcně neodůvodněně omezuje působnost jinak vhodně navrženého a cíleně zaměřené ustanovení.

Literature:

- Dulak, A.: Princípy (Európskeho) deliktneho práva, In. Lazár, J., Blaho, P. Základné zásady súkromného práva v zjednotenej Európe. Mezinárodná vedecká konferencia – IX. Lubyho právnické dni. Bratislava: Iura Edition, 2007, s. 310.
- European Group on Tort Law: Principles on Tort Law – Text and Commentary. Wien: Springer, 2005, p. 282.
- Faure, M.; Hartlief, T.: Towards an expanding enterprise liability in Europe? How to analyze the scope of liability of industrial operations and their insurers, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 1996, p. 235.
- Koch, B. A.: The „European Group on Tort Law“ an Its „Principles of European Tort Law“. The American Journal of Comparative Law. The American Society of Comparative Law, volume 53, Number I, 2005, p. 191-205.
- Koch, B. A.: Wilburg’s Flexible System in a Nutshell. In. Koziol, H., Steininger, B. European Tort Law 2001. Tort and Insurance Law Yearbook, Wien: Springer, 2002, p. 545.
- Koch, B. A.: Koziol, H. et al: Unification of Tort Law: Strict Liability. Hague/London/NewYork: Kluwer Law International, 2002, p. 480.
- Lahne, J.: Forms of Liability in the Law of Delict: Fault-Based Liability and Liability without Fault, Juridica International, X., 2005, p. 60-70.
- Magnus, U. et al: Unification of Tort Law: Damages. Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 2001, p. 256.
- Magnus, U.: Evropské perspektivy v oblasti občanskoprávní odpovědnosti. Evropské a mezinárodní právo, 1997, č. 6-7, p. 18.
- Priest, G.: The Invention of Enterprise Liability: A Critical History of the Intellectual Foundations of Modern Tort Law, Journal of Legal Studies, 1985, Vol. 14, p. 461.
- Spier, J. et al: Unification of Tort Law: Causation. Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 2000, p. 176.
- Spier, J. et al: Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others. Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2003, p. 335.

*Dávid R., Neckář J., Sehnálek D., (Editors). COFOLA 2009: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4821-8*

- Tichý, L.: Spontánní europeizace soukromého práva. Evropské právo. Příloha Právních rozhledů, 2000, č. 2, s. 1-5.

Reviewer:
Petr Vojtek

Contact – email:
vlasakmichal@seznam.cz

SEKCE EKONOMICKÁ KRIZE



SECTION ECONOMIC CRISIS

EKONOMICKÁ KRIZE V MINULOSTI A SOUČASNOSTI

VLADIMÍR ADÁMEK

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno

Abstract in original language:

Autor se v příspěvku zabývá jevem ekonomická krize v různých souvislostech. Především jsou to obecná východiska vzniku krizí, dále pak specifika krize 30. let minulého století a krize současné. Krize je zde představena jako přirozená součást vývoje. V rámci řešení dopadů krize jsou nastíněny makroekonomické, ale zejména mikroekonomické instrumenty. Dopady krize mohou být eliminovány i zapojením zdánlivě nesouvisející oblasti, kterou je vzdělávání v rámci podnikatelských univerzit.

Key words in original language:

Ekonomická krize; finanční trhy; zaměstnanost; konkurenceschopnost.

Abstract:

The author of the present article deals with the phenomenon of economic crisis in different contexts. Most importantly, it is viewed from the perspective of general preconditions of the origin of crises; further it deals with the specifics of the 1930s recession, as well as of the current economic crisis. Crisis is presented as a natural part of progress. Several macroeconomic, but mainly microeconomic instruments are outlined as a way of coping with the impacts of the crisis. The impacts of the crisis may be also eliminated by integrating seemingly unrelated areas, such as education within entrepreneurial universities.

Key words:

Economic crisis; financial markets; employment; competitiveness.

1. ÚVOD

Stali jsme se svědky ekonomické reality, kterou mnozí z nás znali pouze z učebnic dějepisu. Zastihla nás ekonomická krize, média denně přináší zprávy o jejím vývoji a o receptech, kterými se mocní tohoto světa snaží dopady krize mírnit. Na různých fórech se diskutuje celá řada otázek, především jak silná tato krize je, jak bude dlouho trvat nebo jak jsme na ni připraveni a dá-li se vůbec na ni předem připravit. Nejsou to jednoduché otázky a odpovědi na ně jsou ještě složitější.

Situace nám nedává čas problémy důkladněji poznat a následně řešit. Rozhodnutí musí přijít co nejdříve a nesmí stav ještě zhoršit. Kde hledat poučení? Určité jevy jsou určitým situacím společné, proto první část příspěvku věnuji obecnými východiskům počátků krizi. Můžeme se také poučit v historii, ve druhé části se proto zaměřím alespoň rámcově na krizi 30. let minulého století, se kterou bývá ta současná často srovnávána. Třetí část příspěvku věnuji hledání východisek ze současné krize. Zaměřím se především na oblast mikroekonomie jejíž přínos v oblasti hledání východisek z krize je dle mého názoru neprávem podceňován.

2. OBECNÁ VÝCHODISKA

Spouštěcím mechanismem počátku krizí jsou zpravidla burzovní krachy, které se negativně projevují na fungování ekonomických systémů. Je tedy žádoucí zamyslet se v této souvislosti

nad faktory, které způsobují prudké pády akciových trhů. Podle Rejnuše¹ jsou těmito faktory monetární politika centrálních bank, propojení bankovní a podnikatelské sféry, nakupování akcií resp. i jiných investičních nástrojů na úvěr, souběžný vývoj na ostatních trzích působících v ekonomickém systému, porušování zákonů, předpisů a obecně platných zásad podnikání na finančním trhu a technické faktory burzovního obchodování.

1. Monetární politika centrálních bank

Dobře prováděná monetární politika by neměla vznik spekulativních bublin vůbec připustit. Pokud se přesto vytvoří, měly by je centrální banky včas odhalit a v případě krachů akciových trhů použít vhodných nástrojů pro jejich zmírnění.

2. Propojení bankovní a podnikové sféry

Příčina tkví v tom, že banky nakupují podnikové akcie a stávají se spoluvlastníky podniků, jež úvěrují. V období všeobecné prosperity poskytováním výhodných úvěrů napomáhají podnikům dosahovat dobrých hospodářských výsledků, což se mimo jiné projevuje v růstu podnikových akcií. V dobách nepříznivých naproti tomu hodnota bankovních akciových portfolií klesá, snižují se úvěrové možnosti, banky jsou nuceny za účelem získání dostatečné likvidity akcie prodávat, čímž prohlubují zároveň pokles jejich kurzů.

Nakupování akcií resp. i jiných investičních nástrojů na úvěr

Akcie jsou považovány za velmi spekulativní investiční instrumenty. Jejich kurzy mohou výrazně růst, ale také klesat, přičemž pokles na rozdíl od růstu je zpravidla krátkodobý a velmi prudký. Nákupy akcií na úvěr mohou způsobit platební neschopnost jejich držitelů tím, že v případě náhlého poklesu kurzy jejich akcií klesnou, ale dluhy zůstanou.

Souběžný vývoj na ostatních trzích působících v ekonomickém systému

V důsledku mezinárodního propojení finančních trhů existují velmi těsné vazby mezi akciovými a devizovými trhy. Mimo to je většina poskytnutých úvěrů zajištěna nemovitostmi, propad jejich cen může způsobit nedostatečné zajištění. Většina dlouhodobých úvěrů poskytovaných obyvatelstvu jsou úvěry hypotečního charakteru, může se tedy stát, že při zvyšování úrokových sazeb centrální bankou dojde k takovému zvýšení splátek, které již dlužníci neunesou. Tomuto faktoru je přičítán počátek současné krize v USA.

Porušování zákonů, předpisů a obecně platných zásad podnikání na finančním trhu

Nepravdivé informace, korupce, kriminalita, zkraslování hospodářských výsledků, případně další nedostatky v dodržování zákonů, předpisů a etických zásad podnikání ohrožují investice především drobných investorů, kteří však tvoří většinu investičního publika a jejich reakce bývají tedy významné. Pokud jsou tito navíc zadluženi, přestávají splácet své závazky, čímž způsobují problémy bankovnímu sektoru a také všem ostatním subjektům jimž dluží. Výsledným efektem je nárůst tzv. druhotné platební neschopnosti.

Technické faktory burzovního obchodování

¹ Rejnuš, O.: Finanční trhy, Ostrava : KEY Publishing s.r.o., 2008, 559 s.

Stále většího významu nabývají tzv. technické faktory burzovního obchodování, které v případě rostoucích akciových trhů napomáhají ke zrychlení růstu, v případě prudkého poklesu se však mohou podílet na zhroutilí těchto trhů. Mezi tyto faktory řadíme internetové obchodování širokými vrstvami obyvatelstva a tzv. programované obchodování, tedy zadávání kupních a prodejních příkazů prostřednictvím impulzů definovaných na základě technické analýzy.

3. KRIZE 1929 – 1934

Tato krize měla výjimečný charakter. Podle Sekaniny² byla nejrozsáhlejší, nejhlubší a nejvleklejší s jakou se kdy kapitalistický svět setkal. Existuje několik příčin proč byla tak těžká. Bylo to především proto, že zasáhla současně všechny kapitalistické země a všechna odvětví, tedy zejména průmysl, který byl určujícím faktorem ekonomiky vzhledem k jeho těsnému spojení s bankami. Svou roli jistě sehrálo i to, že průmyslový propad probíhal současně s agrární krizí a úzce se s ní proplétal. To nedávalo průmyslovým zemím možnost zlepšit své postavení vývozem výrobků do agrárních zemí. Hloubka krize byla násobena i nerovnoměrným rozvojem jednotlivých zemí a postavením Evropy ve světovém obchodu.

Průběh krize v Československu můžeme rozdělit na tři etapy. První etapa trvala od přelomu roku 1928/29 do jara 1931 a měla méně ostrý průběh než například v sousedním Německu nebo Rakousku. Mezi březnem a květnem 1931 se hospodářský pokles v Československu na čas zastavil a objevily se i příznaky oživení. V létě 1931 však krize vstoupila do své druhé etapy, která byla mimořádně hluboká a kulminovala na jaře 1933. Úvěrová krize ukončila veškerou investiční činnost a znamenala ochromení průmyslového, zemědělského a obchodního podnikání. Všeobecný hospodářský úpadek se projevil ve velkém zadlužení průmyslu, obchodu a především zemědělství. Třetí a závěrečná etapa krize probíhala od března 1933 do jara 1934. Československé hospodářství přešlo do fáze vleklé deprese pro kterou bylo typické jen nepatrné zvyšování výroby. K výraznému oživení došlo až v roce 1936.

Význačnou úlohu v hledání východisek z této krize sehrál prof. JUDr. Karel Engliš, mimo jiné profesor Právnické fakulty a první rektor Masarykovy univerzity v Brně. Kolem tohoto významného národohospodáře se vytvořila celá tzv. brněnská ekonomická škola (V. Chytil, I. Karvaš, Vl. Vybral aj.) jež aktivně zasáhla do koncipování teorie krizí, resp. do hledání příčin a východisek z krize 1929 – 1934. Englišovy názory se setkaly s odmítavými postoji řady ekonomů. Závěry z jeho teorie pro praktickou hospodářskou politiku však byly ve většině přijímány a mnohé z nich realizovány v praxi.

Englišovo pojetí hospodářské krize vycházelo z jeho teleologické teorie o rovnovážném pořádku uvnitř i vně hospodářského celku, který je souborem prostředků k dosažení určitého cíle.³ Hospodářská krize znamenala dle jeho názoru porušení tohoto pořádku, resp. narušení hospodářského účelu jako pořádacího principu, který podmiňuje určitý pořádek, rovnováhu hospodářství sledující onen účel. Englišova teorie hospodářské rovnováhy tak vyžaduje

² Sekanina, M.: Kdy nám bylo nejhůře? Hospodářská krize 30. let 20. století v Československu a některá její východiska. Praha : Nakladatelství Libri, 2004, 143 s.

³ Engliš, K.: Světová a naše hospodářská krize : čtyřicet článků z Lidových novin od listopadu 1930 do ledna 1934, Praha : Nakladatelství Borový, 1934, 217 s.

rovnováhu na čtyřech trzích – na trhu statků, kapitálu, pracovních sil a deviz. K narušení rovnovážného pořádku může dojít v důsledku státních zásahů do ekonomiky, proto byl Engliš jejich odpůrcem.

Hlavní problém hospodářské krize 30. let spatřoval Engliš v nesprávné peněžní politice, ve zlaté deflaci, ve světovém zhodnocení zlata jež způsobilo všeobecný a rychlý pokles cen a peněžních důchodů při zachování jejich reálné výše. Poruchy rovnováhy vyplývaly dle jeho názoru ze způsobu jímž se deflační politika uskutečňovala, samotné zhodnocení za škodlivé nepovažoval. Československá republika se dostala do deflační krize tím, že přijala zlatou měnu v roce 1929 kdy tato krize začala. Engliš zvažoval dvě cesty z hospodářské krize, první cesta znamenala deflaci potlačit snížením všech hospodářských čísel včetně mezd, platů a úroků. Navrhovaná opatření kladla hlavní důraz na snižování úroků. Ve snaze posílit československý vývoz Engliš požadoval pokles cen na úroveň cen na světových trzích. Záhy však dospěl k závěru, že tato cesta deflace do důsledků jako východisko z krize není při zachování zlaté měny možná a proto se rozhodl pro cestu druhou spočívající v odhodnocení koruny při zachování standardu zlaté měny.

4. KRIZE SOUČASNÁ

Krize je podle Zeleného⁴ přirozenou součástí kapitalismu. Socialismus se pokusil o trvale nekrizový vývoj, ale nedokázal přirozeně regenerovat a přestál růst. Kapitalismus má přirozenou schopnost regenerace, je to systém vznikající spontánně. Krize má očištnou funkci a zabraňuje hospodářské skleróze. Má identifikovat špatné podniky a manažery a vytvořit tak prostor pro podniky a podnikatele nové. Pokud periodické očistě stát zabrání, nový prostor se nevytvoří. Státu připisuje Zelený⁵ v ekonomice prostou úlohu – ochránit účastníky tržních transakcí před vzájemným poškozením což lze zajistit regulačními a kontrolními pravidly trhu. Úlohou státu není intervence ve jménu jedné či druhé strany transakce nebo ochrana špatných rozhodnutí.

Současná krize vznikla na průsečíku nedostatečné regulace a přebujelé intervence. Stát tedy selhal v obou případech. Po roce 2005 se stala krize prakticky nezastavitelnou. Na neregulované hypoteční trhy se vrhaly další a další instituce. Lidé bez stálých příjmů a schopnosti splácet byli lákáni do nízkoúrokových kontraktů po statisících. Krize narůstala celé dekády, její dopad udeřil v roce 2008. Spekulativní bublina splaskla. Přebytek nových domů, marginálních pozemků a domů v hypotečních aukcích zaplavily trhy a srazily ceny nemovitostí takřka přes noc. Mnohé nesplacené hypotéky byly vyšší než tržní hodnota nemovitosti. Předčasné vypovídání smluv nabylo kritických rozměrů.

Řešení bylo zvoleno v podobě státní intervence do ekonomiky formou masivních injekcí hotovosti. Státní intervence však omezuje a ničí dynamiku svobodného trhu. Základním předpokladem svobodného trhu je, že obě strany – prodávající i kupující musí realizovat přidanou hodnotu, benefit či zisk. Pouze svobodný trh může vytvářet pracovní příležitosti. Pouze svobodný trh může vytvářet nový podnikatelský prostor a nové investiční příležitosti.

⁴ Zelený, M.: Geneze krize. [citováno 8. května 2009] Dostupný z : <http://blog.aktualne.cz/blogy/milan-zeleny.php>.

⁵ Zelený, M.: Státem ekonomiku nenakopneš. [citováno 8. května 2009]. Dostupný z : <http://blog.aktualne.cz/blogy/milan-zeleny.php>.

Z pohledu podniku existují podle Zeleného⁶ v podstatě dvě možnosti:

i. Pasivní makro-reakce,

kteřou představuje čekání na rozhodnutí, regulační pravidla a finanční pomoc ze strany státu, tedy daňových poplatníků a potencionálních zákazníků.

ii. Aktivní mikro-reakce,

kteřou představuje adaptace organizace a řízení podniku na převládající krizové poměry, hledání nových modelů produktů a služeb, strategické využití pasivity a vyčkávací taktiky znehybnělého okolí k tvorbě a uchopení nových konkurenčních výhod.

Zelený v této souvislosti připomíná soustavu řízení Baťa, která byla založena na řadě provázaných principů. Z těch nosných je možno jmenovat:

1. samospráva a podnikání dílen
2. podíl zaměstnanců na zisku dílny a podniku
3. kapitalizace zaměstnanců (spolupracovníků) a podniková banka
4. podnikový systém výchovy, vzdělávání a praxe
5. jednota soustavy řízení provazující zákazníka, inovace, procesy a finance

Koncern Baťa navzdory hospodářské krizi 30. let minulého století prosperoval a dosáhl nevídaného globálního rozmachu a rozkvětu. Jan Baťa, který podnik od roku 1932 řídil, nebyl také zastáncem státních intervencí a státního podnikání, jež dle jeho názoru zbavuje občany hospodářské iniciativy, odstraněním soutěže ztrácí měřítko pro své výkony a svou prospěšnost, umísťuje příliš mnoho lidí k hospodaření z cizího bezejmenného majetku státního a přenáší své ztráty a nedokonalosti v hospodaření pomocí politických a zákonných opatření na zaměstnance a spotřebitele. Z příčin krize vinili Jan i Tomáš Baťovi taktéž bankéře: Některé banky se podobají půjčovně dešťníků. Nabízejí půjčku, když svítí slunko a chtějí ji zpět, když začne pršet.

Tradičně velká pozornost byla v koncernu Baťa věnována vzdělávání. V roce 1937 přišel Jan Baťa s myšlenkou podnikatelské univerzity. Chtěl vychovávat podnikatele podle následujících zásad:

- studenty mají být lidé s vysokoškolským vzděláním, kteří prošli úspěšně životem a mají osobní vlastnosti adeptů podnikatelství,
- každý student této školy musí být člověk, který není proletářem ani cítěním ani smýšlením, nýbrž který věří ve vlastní sílu, v sílu svého charakteru a ve svůj úspěch,

⁶ Zelený, M.: Finanční krize a soustava řízení Baťa: Makro- a mikro-reakce na krizové prostředí. [citováno 8. května 2009]. Dostupný z : <http://www.darius.cz/bata/index.html>.

- musí ve svém oboru dokázat nejméně jedno důležité zlepšení stávajících poměrů, zařízení nebo organizace,
- musí umět hrát tenis nebo kriket, golf a koňské pólo. Musí umět pilotovat letadlo a řídit vůz, právě tak jako motocykl a pár koní. Musí ovládat nejméně dva jazyky mimo své mateřštiny,
- musí se umět pohybovat na parketách ve fraku stejně jako v pracovním táboře a v koželužně,
- musí umět všechny tyto věci dělat na svůj účet, ne na účet podniku nebo svého otce.

Obdobné vzdělávání manažerů vyžaduje i současnost. Jak správně připomíná Zelený,⁷ potřebuje Evropa radikální transformaci vzdělávacího systému, posun od informací ke znalostem. Vzdělávání je jedním z hlavních pilířů nové Evropy, která již nebude postavena na převážně politicko-byrokratickém modelu. Důležitá je koncepce Triády založené na vyvážené kooperaci vzdělávací, podnikatelské a veřejně-politické sféry. Mezinárodní konkurenceschopnost je založená na tom co jedinci, podniky a národy umí, jaké produkty a služby dovedou světu nabídnout.

Posun k novému systému vzdělávání má zajistit podnikatelská univerzita - univerzita, která nejen učí management jako profesi, ale zároveň také sama podniká. Moderní manažer musí mít více než jen tradiční informace. Profesnost založená na akreditovaných znalostech, etickém kódu, garanci postupu i výkonu, zodpovědnosti vůči zákazníkovi a službě veřejnosti je jednou z hlavních potřeb budoucího evropského i světového managementu. Moderní vzdělanec musí však nejen vědět, nejen umět, ale má být i moudrý, tedy vědět proč být morálně i eticky pevný a soběstačný, umět myslet a jednat strategicky.

Zelený také podrobně definuje základní myšlenky podnikatelské univerzity.⁸ Podnikatelská univerzita je dle jeho názoru iniciována a založena vedoucími osobnostmi triptychu U-P-S (univerzita – podniky – samospráva), kteří fungují jako investoři, podílníci a podnikatelé. Má-li univerzita sama podnikat a chovat se jako podnikatel, musí si zároveň zachovat významný stupeň autonomie a nezávislosti – musí být schopna rozhodovat o vlastních strategických směrech a záměrech, aby mohla převzít maximální odpovědnost za své podnikatelské výsledky. Podnikatelská univerzita musí být nezávislou institucí a ne podřízenou složkou v hierarchii podnikové, samosprávné či státní.

Základními normami podnikatelské univerzity jsou:

- kapitalizace znalostí – univerzita se stává základnou hospodářského a společenského rozvoje regionu,

⁷ Zelený, M.: Hledání nové Evropy – vzdělávání. [citováno 8. května 2009]. Dostupný z : <http://www.fragmenty.cz/j1109.htm>.

⁸ Zelený, M.: Podnikatelská univerzita. [citováno 8. května 2009]. Dostupný z : http://www.darius.cz/milan/podnik_univ.pf.

- propojení s podnikovou a státní sférou – efektivní aktivizace principu triptychu U-P-S,
- nezávislost za účelem stimulace podnikatelského chování univerzitních subjektů,
- hybridizace světových organizačních formátů, opuštění rakousko-uherského systému,
- flexibilita v kontinuálním přehodnocování a renovace vnitřní struktury univerzity, opuštění fixních a neměnných struktur.

5. ZÁVĚR

V předloženém příspěvku jsem se pokusil zmapovat některé souvislosti jevu ekonomická krize. Ve shodě s citovanými názory se domnívám, že

- krize je přirozenou součástí kapitalismu, za určitých podmínek má v hospodářství očištnou funkci,
- státní intervence v podobě masivních injekcí hotovosti není systémovým opatřením a mnohde eliminuje přirozený vývoj,
- není věnován dostatečný prostor sféře mikroekonomiky.

Závěr v tom, že krize je přirozenou součástí vývoje není přirozeně voláním po tomto typu očisty. Je pouze připomenutím, že nás krize menšího či většího rozsahu potkávají průběžně. Řešení jejich dopadu není snadné, nicméně je třeba varovat před nesystémovými státními intervencemi v podobě masivních injekcí hotovosti či opatřeními typu šrotovného. Tato opatření jsou krátkodobá a mohou mít v konečném důsledku zcela jiný dopad.

Mnohem účinnějším, byť z hlediska realizace náročnějším, je vytvořit podmínky pro rozvoj mikroekonomické sféry. Na příkladu koncernu Baťa je zcela evidentní, že promyšlená soustava řízení dokázala překonat období krize 30. let minulého století a postavit základy další prosperity podniku. Dopady krize mohou být eliminovány i připraveností ve zdánlivě nesouvisějící oblasti, kterou je vzdělávání. Domnívám se, že v souvislosti s připravovanou reformou terciárního vzdělávání je nutné se zamyslet i nad právní úpravou subjektu typu podnikatelská univerzita.

Literature:

- Rejnuš, O.: Finanční trhy, Ostrava: KEY Publishing s.r.o., 2008, 559 s., ISBN 978-80-87071-87-8
- Sekanina, M.: Kdy nám bylo nejhůře? Hospodářská krize 30. let 20. století v Československu a některá její východiska, Praha: Nakladatelství Libri, 2004, 143 s., ISBN 80-7277-213-9
- Engliš, K.: Světová a naše hospodářská krize : čtyřicet článků z Lidových novin od listopadu 1930 do ledna 1934, Praha: Nakladatelství Borový, 1934, 217 s.

*Dávid R., Neckář J., Sehnálek D., (Editors). COFOLA 2009: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4821-8*

Reviewer:
Dana Šramková

Contact – email:
Vladimír.Adamek@law.muni.cz

THE FINANCIAL CRISIS AND CURRENT TRENDS IN BANKING SEKTOR

LENKA ČERVENKOVÁ

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Práce se zabývá současnou krizí na finančních trzích a vývojem trendů v českém bankovním sektoru. Nejprve hodnotí dopady finanční krize na úvěrové instituce v EU a zejména pak na české banky. Dále analyzuje vývoj českého bankovního sektoru a trendy vyvolané současnou finanční krizí. Na závěr se práce zabývá tendencemi v oblasti bankovní regulace a dohledu.

Key words in original language:

Bankovní regulace a dohled; bankovní systém; úvěrová instituce; Basel II; Evropská unie; evropský bankovní trh; finanční krize.

Abstract:

The article deals with the current crisis on the financial markets and tendencies related to the Czech banking sector. First, it evaluates the effects of the financial crisis on the EU credit institutions and notably on the Czech banks. Further, it analyses the development of the Czech banking market and trends triggered by present financial crisis. Finally, the article is focused on tendencies in the field of banking regulation and supervision.

Key words:

Banking regulation and supervision; banking system; Basel II; credit institution; European Union; European banking market; financial crisis.

1. ÚVOD

České bankovníctví se formovalo poměrně živelně současně s přechodem státu na tržní ekonomiku, za procesu privatizace a obnovování mezinárodních vztahů. Období tzv. divokého kapitalismu bylo charakteristické prudkým nárůstem finančních institucí, zakládaných mnohdy ze spekulativních důvodů nebo dokonce s ilegálními motivy, a jejich následným krachem. Harmonizace české právní úpravy s evropskou legislativou a začlenění do evropských struktur měly na české bankovníctví pozitivní, stabilizační dopad. Příznivé hospodářské prostředí v období po vstupu ČR do EU podpořilo rychlý rozvoj českého bankovního sektoru.

V současnosti prochází Evropskou unií vlna konsolidace ve formě fúzí a akvizic a nevyhnula se ani českým bankám. Díky procesu postupného sjednocování Evropy dochází i k integraci bankovního odvětví. Český bankovní sektor je jako celek ještě více než před rokem 2004 ovlivňován děním na zahraničních bankovních trzích, samozřejmě zcela přímo situací na bankovním trhu EU, ale nepřímou také situací na finančních a bankovních trzích ve světě. Navíc v důsledku převažujícího zahraničního vlastnictví jsou výkonnost a stabilita většiny českých bank do značné míry určovány vývojem v domovském státě konkrétního majoritního

vlastníka (téměř ze 75% v členských zemích EU).¹ Celosvětový vývoj v oblasti bankovníctví má tak nesporný dopad i na český bankovní sektor.

V loňském roce zasáhla Evropu finanční krize způsobená úvěrovou krizí v USA. Zatímco dopady na mezinárodně působící finanční instituce byly značné, české bankovníctví zůstalo téměř nedotčeno. K relativní stabilitě na českém bankovním trhu přispěl trvalý přebytek likvidity, financování úvěrů převážně z primárních (klientských) vkladů a konzervativní investiční strategie českých bank. Jejich investice do amerických rizikových aktiv byly zanedbatelné.

Finanční krize způsobila urychlení stávajících tendencí i nástup nových trendů. Na tuto situaci chce reagovat i legislativa. Nabízejí se dva možné způsoby – liberalizace či deregulace (přenesení důrazu na regulaci tržní) a nebo naopak zpřísnění regulace, respektive harmonizace pravidel na úrovni národní, nadnárodní (komunitární) i mezinárodní.

2. FINANČNÍ KRIZE

Současnou finanční krizi lze považovat za důsledek spolupůsobení jednotlivých tendencí a za odstartování nových či urychlení stávajících trendů. Za příčinu krize je označováno špatné řízení rizik, de facto překročení únosné míry úvěrového rizika bankami ve Spojených státech, které poskytovaly hypoteční úvěry za nízký úrok všem klientům bez ohledu na jejich bonitu. Dotčené klasifikované úvěry se potom staly předmětem obchodování v podobě vysoce výnosných cenných papírů, do nichž byla v procesu sekuritizace tato riziková aktiva transformována.

Hromadné investice amerických bank (v čele s Merrill Lynch a Citigroup) se ale po propadu cen hypoték ukázaly jako ztrátové.² Na bankovním trhu v USA nastal nedostatek likvidity a situace označovaná jako credit-crunch (úvěrová krize). Důsledky těchto špatných obchodů, které vloni vyvrcholily v celosvětovou finanční krizi, se ve Spojených státech začaly projevoval už v roce 2007. Spekuluje se o další vlně krize v roce letošním.³

Ekonomické dopady této krize (zpomalení hospodářského růstu, snížení inflace a tlak na nižší úrokové sazby) se neprojevují ve všech státech EU rovnoměrně. Míra postižení je dána zejména výší podílu finančního sektoru na celkové ekonomické aktivitě jednotlivých členských zemí a intenzitou napojení domácího bankovního sektoru na americké banky, tedy velikostí ztrát z investic do rizikových aktiv.⁴

V porovnání s eurozónou se krize dotkla české ekonomiky jen minimálně, například poklesem cen aktiv, posilováním směnného kurzu koruny během roku 2008 a jeho současnou větší volatilitou nebo snížením zahraniční poptávky, což má dopad zvláště na české vývozce.

¹ DAVIDOVÁ, P., HEŘMÁNEK, J., Hodnocení mezinárodních vazeb z různých pohledů.

² SOCHOR, J., SKALKOVÁ, O., *Bankovní trh v Česku odolává světové krizi*. (online) [citováno 5.4.2009].

³ Ibid.

⁴ Analýzy stupně ekonomické sladění České republiky s eurozónou, 2008, s. 45. Dostupné na http://www.cnb.cz/m2export/sites/www.cnb.cz/cs/menova_politika/strategicke_dokumenty/download/analzy_sladenosti_2008.pdf [citováno 5.3.2009].

Samostatná měnová politika a vlastní měna jsou v této situaci spíše výhodou, neboť omezují přenos potíží z eurozóny do ČR.⁵

Český bankovní sektor zatím rovněž žádné velké otřesy nepocítil, což je dáno angažovaností bank především na domácím trhu a trvalým přebytkem likvidity v našem bankovním systému. České úvěrové instituce využívají konzervativních investičních strategií (investují převážně do státních dluhopisů), neobchodovaly s americkými cennými papíry a nemají ve svém portfoliu ani jiná vysoce riziková aktiva, která by podléhala současným burzovním výkyvům. Nejvíce postiženy budou zřejmě velké banky, které se jako členové finančních skupin budou podílet na ztrátách svých zahraničních vlastníků.

Navzdory tomu není české bankovníctví imunní vůči zpomalení výkonu ekonomiky a už nyní lze identifikovat některé důsledky celosvětové ekonomické situace u nás, například větší obezřetnost bank při poskytování nových úvěrů. To bude mít dopad zejména na podnikovou sféru.⁶ Naopak banky mohou být postiženy vyšším procentem sledovaných úvěrů z důvodu přechodné platební neschopnosti ekonomicky slabších dlužníků.

Navíc v únoru tohoto roku vyhlásila Česká národní banka nové sazby pro operace na volném trhu. Základní 2T repo sazba klesla na úroveň z roku 2005, tj. 1,75%. V květnu byla dále snížena o čtvrt procentního bodu na své historické minimum. To znamená, že se sice snižuje cena peněz na trhu, ale zároveň to přináší zlom v dosavadní vkladové politice bank, které dosud získávaly klientská depozita snadno díky široké nabídce výhodně úročených spořicíh účtů bez stanovené minimální výše vkladu či omezení dispozice s finančními prostředky. S klesajícími úrokovými sazbami se banky budou muset vrátit ke klasickým, časově vázaným vkladovým produktům (například termínovaným vkladům), aby nedošlo k odčerpání likvidity ze strany klientů.⁷ Zpomalení tempa růstu HDP (odhady dokonce hovoří o poklesu úrovně HDP o 2-3% oproti minulému roku) a nižší úrokové sazby předpokládají také nižší inflaci, tedy pomalejší znehodnocování peněz.

Navzdory ekonomické stagnaci dostupné analýzy ČNB naznačují, že český bankovní sektor není vystaven riziku vzniku podobné krize, jako byla krize subprime hypoték v USA.⁸

3. NÁSTUP NOVÝCH TRENDŮ V DŮSLEDKU FINANČNÍ KRIZE

Současná nestabilita světového bankovníctví otřásla důvěrou klientů a banky ji budou obtížně získávat zpět. Klient byl vždy středobodem bankovního podnikání, jeho pozice se teď ale mění a úvěrové instituce musí na tuto změnu zareagovat. Nový klient je náročnější s individuálními požadavky, je méně loajální ke „své“ bance.

K udržení stávající klientely a dalšímu rozvoji bankovního podnikání při zachování aspoň stávajících výnosů vede cesta přes snižování nákladů a podporu distribuce. Tyto trendy nejsou

⁵ Ibid.

⁶ SOCHOR, J., SKALKOVÁ, O., op. cit. 2.

⁷ SKOLEK, T., *Bankovníctví 2009: Čeká nás opatrný rok.* (online) [citováno 23.4.2009].

⁸ Zpráva ČNB o finanční stabilitě 2007, s. 45. Dostupné na http://www.cnb.cz/m2export/sites/www.cnb.cz/cs/financni_stabilita/zpravy_fs [citováno 13.4.2009]

zcela nové, ale v důsledku krize se dostávají do popředí a jejich nástup se urychluje. Stávající, zavedené banky však nemohou přistoupit k prostému plošnému snižování nákladů. Ačkoli provozní náklady a zvláště pak náklady na energie jsou stále nadměrně vysoké, je potřeba začít u obchodního modelu banky a systémových opatření.⁹ Úvěrové instituce hledají vzor u nefinančních podniků, zejména obchodních domů. Tento trend má i opačný směr – řada velkých obchodních řetězců (mezi nimi například Tesco) si zažádala o bankovní licenci.

S úsporami nákladů souvisí také šetrnost k životnímu prostředí. Banky mohou ušetřit nemalé částky nejen úsporou energie, ale také digitalizací dat nebo nahrazením písemné formy komunikace s klientem formou elektronickou (včetně zasílání výpisů z účtu elektronickou poštou), k čemuž mnohé z nich již přistoupily.

Úspory se dotknou i oblasti distribuce, jakkoli je pro banku klíčová. Těžiště prodeje by se mělo přesunout z poboček mimo bankovní dům, to zahrnuje také zprostředkovatelskou činnost. Banky se zaměří na rozvoj přímých distribučních kanálů, budou rozšiřovat nabídku produktů a služeb dostupných přes internetbanking. Tuto strategii už přijaly nově vznikající nízkonákladové (diskontní) banky, které konkurují klasickým bankám především cenou služeb. Je pravděpodobné, že si řada velkých bankovních skupin pořídí také „nízkonákladovou značku“.¹⁰

Rovněž těžiště bankovních činností se mění. Nabízené produkty a služby jdou za hranici klasického komerčního bankovníctví, banky vstupují na kapitálový trh. Vlivem konkurenčních tlaků se úvěrové instituce snaží poskytovat co nejširší škálu služeb a nabídnout klientovi komplexní obsluhu. Banky využívají úzké spolupráce s jinými bankami, finančními i nefinančními společnostmi. Dochází k integrovanému či křížovému prodeji „pod jednou střechou“, označovanému jako allfinanz.¹¹

Poskytování „univerzálních“ produktů a služeb však nevyklučuje specializaci jednotlivých bank, které se mohou na bankovním trhu profilovat zaměřením na určitou klientelu nebo konkrétní typ produktů, díky čemuž mohou získat konkurenční výhodu vůči ostatním bankám. Tato strategie je patrná u velkých finančních skupin. Finanční skupiny představují několik výhod – při zachování komplexní nabídky produktů a služeb specializace jednotlivých členů skupiny umožňuje stlačení provozních nákladů, přičemž výnosy nezíská konkurence. Diverzifikace činností znamená také rozložení rizik mezi členy skupiny.

Mímoto se dlouhodobě prosazuje trend konsolidace a mezinárodní spolupráce a zdá se, že finanční krize bude mít ještě hlubší integrační dopady. Konsolidace představuje v současnosti jeden z nejvýznamnějších procesů restrukturalizace bankovníctví (vedle integrace a internacionalizace, univerzalizace a specializace, a unifikace norem).¹² V rámci konsolidace dochází ke snižování počtu úvěrových institucí při zvyšování objemu obchodů nebo ke kapitálovému propojování bank.

⁹ CHUCHVALCOVÁ, J., *Krize akceleruje nové trendy*.

¹⁰ Ibid.

¹¹ POLIDAR, V., *Management bank a bankovních obchodů*, s. 46.

¹² Ibid, s. 44.

Obecně má počet úvěrových institucí klesající tendenci. V posledním desetiletí se v EU snížil počet úvěrových institucí o 35% na 8 348 v roce 2007. Naproti tomu mají celková aktiva bankovního sektoru tendenci rostoucí (v průměru přes 10% ročně).¹³ Podíl třináctky států měnové unie na celkových aktivech (přesahujících 41 bil. eur) je v posledních pěti letech poměrně stabilní (68%), roste tedy proporcionálně s růstem celkového objemu aktiv. Nové členské státy se na bankovních aktivech podílejí pouhými 2%.

Konsolidace v rámci evropského trhu je velmi úzce spojena s fúzemi a akvizicemi. Trend majetkového propojování zaznamenal prudký nárůst v polovině 90. let 20. století, kdy se jejich objem meziročně zosminásobil. Tradičně se nejvíce fúzí a akvizic uskutečňuje ve Spojených státech, následovaných západní Evropou, kde stále ještě existuje potenciál pro další majetková propojení, zejména přeshraniční fúze a akvizice. Jen 16 evropských bankovních skupin drží aspoň 25% (v průměru 38%) zahraničních aktiv, a to v necelé polovině jiných členských států EU.¹⁴ Dosavadní orientace fúzujících bank na domácí subjekty, dána zejména nižšími náklady a větší dostupností, tak bude po nasycení domácích konsolidací stále více směřovat do zahraničí, tj. do ostatních členských států, jež nabízí prostor pro expanzi.

Počet fúzí a akvizic v rámci EU se od roku 2002 příliš nemění (v průměru 116 transakcí ročně). Objem fúzovaného majetku bankovních podniků připadající na jednu transakci však vzrostl za posledních šest let více než desetkrát. Podíl přeshraničních fúzí a akvizic roste jen zvolna, v první polovině roku 2008 tvořil asi jednu šestinu všech transakcí. Co do objemu ale zaujímaly 88% všech majetkových propojení.

Důvodem pro konsolidace v bankovníctví je především úspora z rozsahu. Částečně to může být také získání většího podílu na trhu, a tím i vyšších zisků, ale tento vztah není jednoznačný, neboť vyšší ziskovost může být neutralizována horším řízením a nižší efektivností při propojování systémů fúzujících subjektů.¹⁵

Necháme-li stranou velké finanční skupiny, uskutečnily se v českém bankovním sektoru v posledních letech fúze Dresdner Bank CZ a BAWAG Bank CZ (2005), HVB Bank a Živnostenské banky pod hlavičkou UniCredit Bank (2007) a akvizice eBanky ze strany Raiffeisenbank (2007).

S přeshraničními fúzemi úzce souvisí integrace a internacionalizace bankovního sektoru.¹⁶ Jedná se nejen o majetkové, ale také produktové propojení a „zmezinárodnování“ obchodů bank, kdy banky vstupují jako zprostředkovatelé na zahraniční a mezinárodní finanční trhy.¹⁷ K tomuto procesu přispívá postupné sjednocování evropského trhu v rámci EU, na příklad

¹³ ECB: *Bankovní struktury EU*. Dostupné na <http://www.ecb.int/pub/pdf/other/eubankingstructures2008en.pdf> [citováno 9.4.2009].

¹⁴ MACHALA, K., *Na vlně bankovních fúzí a akvizic*.

¹⁵ MACHALA, K., op. cit. 14.

¹⁶ MEJSTRÍK, M., *Rozvoj bankovního sektoru při poskytování finančních služeb v Evropské unii*, s. 11.

¹⁷ POLIDAR, V., op. cit. 12, s. 49.

připravovaný projekt SEPA (Single Euro Payments Area),¹⁸ a značnou měrou také vývoj informačních a komunikačních systémů.

4. TENDENCE VÝVOJE BANKOVNÍ REGULACE A DOHLEDU

Právní úprava a trendy v bankovníctví tvoří spojené nádoby, jedno formuje druhé. Teorie někdy hovoří o regulační dialektice, tj. situaci, kdy bankovní inovace vyvolá vznik nového regulativu, a to podnítl jinou bankovní inovaci.¹⁹

Evropská unie přináší svým členům v oblasti regulace a dohledu finančních institucí jednotný (harmonizovaný) legislativní rámec včetně mantinelů vymezujících spolupráci regulátorů a dohlížitelů.²⁰ Objevuje se zde několik tendencí. Společná komunitární úprava má za cíl nejen pravidla sjednotit, ale také zjednodušit. V tomto smyslu můžeme mluvit o určité míře deregulace, která souvisí také se zaměřením regulátora především na stanovení základních vstupních pravidel a podmínek bankovní činnosti a přenesení důrazu na tržní disciplínu bank. Naproti tomu se deregulace rozhodně netýká celého finančního sektoru, úprava některých oblastí je naopak zpřísnována. Jedná se na příklad o stanovení kapitálových požadavků, omezení úvěrové angažovanosti nebo postup v boji proti finanční kriminalitě. Větší restriktive bývají někdy vnímány jako reakce na „příliš liberální“ chování bank, jejich agresivní marketing a podstupování větších rizik.

Názory na potřebnou míru regulace se však rozcházejí. Zastánci přísných regulačních opatření argumentují specifiky finančních trhů, jejich nedokonalostmi a náchylností k systémovému selhání. Selhání jednoho článku se může rozšířit jako nákaza a způsobit pád celého systému (tzv. domino efekt), což dokládá i současná situace na světových finančních trzích. Ochrana stability finančního sektoru proto podle nich ospravedlňuje větší legislativní zásahy.

Kritici nadměrné regulace naopak tvrdí, že tato deformuje přirozené tržní prostředí²¹ a brání inovacím, protože nereflktuje (a ani nemůže reflektovat) aktuální vývoj na bankovním trhu. V prvé řadě bývá kritizován lidský faktor v pozici zákonodárce. Politici mívají tendenci sledovat spíše populární krátkodobé politické cíle, než ty dlouhodobé a ekonomicky efektivní. Kromě toho, i kdyby jednali dle nejlepšího (ekonomického) vědomí a svědomí, je téměř nemožné předložit právní předpis „dokonale padnoucí“ tak dynamickému odvětví, jakým bankovní průmysl beze sporu je. Žádný zákon není schopen imitovat dokonalý trh.

Navíc některá pravidla přímo podporují rizikové chování finančních institucí. Typicky povinné pojištění vkladů může vést až k morálnímu hazardu, neboť případné ztráty z nadměrně rizikových obchodů uhradí třetí subjekt.

¹⁸ SEPA představuje vybudování jednotného evropského platebního prostoru, který by měl zajistit odstranění překážek v přeshraničním platebním styku v rámci eurozóny do konce roku 2010.

¹⁹ REVENDA, Z., *Centrální bankovníctví*, s 464.

²⁰ DAVIDOVÁ, P., HEŘMÁNEK, J., op. cit. 1.

²¹ RODRÍGUEZ, L. J., *International Banking Regulation, Where's the Market Discipline in Basel II? Policy Analysis No. 455*, 2002. Dostupné na <http://www.cato.org/pubs/pas/pa455.pdf> [citováno 17.3.2009]

Je-li nadto právní úprava nepřehledná a její implementace nákladná, nemotivuje finanční subjekty k jejímu dodržování. Dovedeno do krajností, může dokonce omezovat konkurenceschopnost a/nebo mít diskriminační dopady na ty instituce, které se jí snaží řídit.²² Původní záměr zákonodárce zajistit stejnou startovní čáru a rovné podmínky pro všechny zúčastněné je tak silně narušen. Bankovní legislativa by se proto měla zaměřit především na posílení transparentnosti a tržní disciplíny v odvětví.

5. ZÁVĚR

Zapojení do evropských struktur mělo pro Českou republiku nesporně příznivé dopady. Implementace harmonizované právní úpravy ještě před vstupem do EU přispěla ke stabilizaci českého restrukturalizovaného bankovního sektoru. Současné členství v ES představuje úzké napojení na evropské i světové bankovní trhy. Bankovnictví po vstupu České republiky do EU postupně konverguje k evropské úrovni ve většině oblastí. Český bankovní sektor je již plně vystaven na tržních principech, pohybuje se v legislativním rámci, který je shodný pro všechny členské státy, a dosahuje srovnatelných hospodářských výsledků.

Odlišnosti v některých oblastech jsou dány především historickým vývojem a „vyspělostí“ bankovní klientely. Zadluženost domácností v ČR dosahuje pouze třetiny úrovně zadluženosti v EU. Čeští klienti jsou také daleko méně ochotni investovat do finančních aktiv. Z toho vyplývá nižší podíl investičního bankovnictví, které se teprve v poslední době začíná více rozvíjet, a trvalý přebytek objemu vkladů nad úvěry. Trend v původních zemích EU je právě opačný. Tyto rozdíly však znamenají větší stabilitu českých bank i při současných turbulencích na světových finančních trzích.

Finanční krize podnítila především urychlení stávajících trendů v bankovnictví, kterými jsou snižování nákladů (tj. relativní zvyšování výnosů, respektive zisku), diverzifikace činností a rizik v rámci finančních skupin, změna obchodního modelu bankovních domů a dlouhodobě také konsolidace a integrace v bankovním sektoru. Nastoupení těchto trendů odráží hospodářské zpomalení téměř ve všech světových ekonomikách. Týkají se tedy i českého bankovnictví, ačkoli to bylo krizí zasaženo pouze nepřímo.

Dlouhodobý trend deregulace či liberalizace finančního sektoru je současnou ekonomickou situací narušen a dochází naopak ke zpřísnění pravidel některých regulovaných oblastí, zejména s cílem zajistit stabilizaci bankovního systému a posílit důvěru klientů i vzájemnou důvěru bank. Týká se to především otázek kapitálové přiměřenosti, úvěrové angažovanosti či oblasti pojištění vkladů. Povinné pojištění vkladů je zaváděno i v zemích, kde dosud depozitní činnost bank fungovala bez zásahu státu a právní regulace. Legislativa však nemůže reagovat okamžitě. Tato nepružnost legislativních procesů se stává terčem kritiky s dopadem na celou bankovní regulaci, neboť tak dochází k vytváření netržního prostředí, které podněcuje rovněž netržní chování finančních institucí.

²² Shodně také *Zpráva o integraci trhů finančních služeb v EU* [Report on Integration of European Financial Services Markets], s. 56. Dostupné na <http://www.fbe.be/content/Default.asp?PageID=250> [citováno 15.2.2009].

Literature:

- Analýzy stupně ekonomické sladěnosti České republiky s eurozónou. Kolektiv autorů, Praha: ČNB, 2008. Dostupné na http://www.cnb.cz/m2export/sites/www.cnb.cz/cs/menova_politika/strategicke_dokumenty/download/analyzy_sladenosti
- Bankovní struktury EU [Report on EU Banking Structures]. Frankfurt n/M.: European Central Bank, 2008. ISSN 1830-1878 [online] Dostupné na <http://www.ecb.int/pub/pdf/other/eubankingstructures2008en.pdf>
- Davidová, P., Heřmánek, J., Hodnocení mezinárodních vazeb z různých pohledů. Bankovníctví, 2007, č. 7, ISSN 1212-4273
- Chuchvalcová, J., Krize akceleruje nové trendy. Bankovníctví, 2009, č. 1, ISSN 1212-4273
- Machala, K., Na vlně bankovních fúzí a akvizic. Bankovníctví, 2007, č. 9, ISSN 1212-4273
- Mejstřík, M., Rozvoj bankovního sektoru při poskytování finančních služeb v Evropské unii. Praha: Universitas Carolina Pragensis, 2007. Dostupné na <http://ies.fsv.cuni.cz/storage/sylab/>
- Polidar, V., Management bank a bankovních obchodů [Polidar, 1999]. 2. vydání. Praha: Ekopress, 1999. ISBN 80-86119-11-4
- Revenda, Z., Centrální bankovníctví. 2. vydání. Praha: Management Press, 2001. ISBN 80-7261-051-1
- Rodríguez, L. J., International Banking Regulation, Where's the Market Discipline in Basel II? Policy Analysis No. 455, 2002. Dostupné na <http://www.cato.org/pubs/pas/pa455.pdf>
- Skolek, T., Bankovníctví 2009: Čeká nás opatrný rok. [online, 16.1.2009]. Dostupné na <http://www.sfinance.cz/zpravy/finance/206076-bankovnictvi-2009-ceka-nas-opatrnny-rok/>
- Sochor, J., Skalková, O., Bankovní trh v Česku odolává světové krizi. [online, 11.2.2008]. Dostupné na: <http://hn.ihned.cz/c1-22930530-bankovni-trh-v-cesku-odolava-svetove-krizi>
- Zpráva o finanční stabilitě 2007. Kolektiv autorů, Praha: ČNB, ČSÚ, 2008. Dostupné na http://www.cnb.cz/m2export/sites/www.cnb.cz/cs/financni_stabilita/zpravy_fs
- Zpráva o integraci trhů finančních služeb v EU [Report on Integration of European Financial Services Markets]. Brussels: European Banking Federation, 2007. Dostupné na <http://www.fbe.be/content/Default.asp?PageID=250>

*Dávid R., Neckář J., Sehnálek D., (Editors). COFOLA 2009: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4821-8*

Reviewer:
Vladimír Týč

Contact – email:
lenka.cervenkova@gmail.com

METUS REVERENTIALIS: COME-BACK OF AN OLD CONCEPT?

GERGELY DELI

Széchenyi István Egyetem, Deák Ferenc Állam és Jogtudományi Kar, Győr, Hungary

Abstract in original language:

The essay entitled ‚*Metus reverentialis* — Come-back of an Old Concept?’ analyses the reminiscences of an old legal institution in this context. *Metus reverentialis*, fear due to the natural respect owed to persons in authority (such as parents or husbands) was first identified in the Middle Ages when the Accursian Gloss recognized it as a general ground for setting aside a contract. The concept remained highly disputed for a long time, and some authors recently claimed that it would be almost forgotten. Its modern revival has its origin in German jurisprudence, where the problem was absorbed by immoral transactions. It appears that this principle has become accepted into other legal orders as well.

Key words in original language:

Metus reverentialis, economic duress, undue influence, contra bonos mores, immorality, guarantee, mortgage, surety ship, *Smith v Bank of Scotland*, *Mumford v Bank of Scotland*.

1. INTRODUCTION

Mortgages have attracted severe attention in light of the recent economic meltdown. We may personally know people who took credits in fever of consumption far above of their financial means. In such cases they were asked to provide some additional guarantees. Frequently somebody from their family, the wife or the husband or even a child undertook a guarantee for the respected relative. Some Australian feminists even call it “sexually transmitted debts.” In these Australian corporation insolvency cases we find small „family” companies where there may only be one active director. This gave rise to a difficult issue of imposing liability for insolvent trading on a spouse who is, factually, merely a dormant director.¹ The fear caused by natural respect to a person in authority (such as parents or husbands) was known in the Antiquity as *metus reverentialis*.

Here is the point I am going to speak about. What is the role and where is the responsibility of the financial institutions and banks? On the other hand: May allow the state its citizens to become overburdened by unreasonably assumed financial risks? Or should the state step in by declaring such contracts on credit void? These questions had been debated for centuries and no final answer could have found to them. Where *metus* meant fear, *reverentialis* is in turn *reverential*, so it is a *reverential fear*.

To understand this phenomenon we first analyze modern legal approaches towards surety ships offered in similar circumstances. Then we pursue a quick survey in the legal history, where we dwell upon both Roman law and Medieval legal literature. At the end we identify three main problems regarding *metus reverentialis*:

¹ See Julie Cassidy, „Sexually Transmitted Debts»: the Scope of Defences to Directors' Liability for Insolvent Trading”, 7/20 (2002) *Company and Securities Law Journal* pp. 372-389.

6. What are the main motivations behind its revival? Is it a sign of paternalism, a result of the current economic approaches?
7. What is its real dogmatic nature?
8. What are the legal consequences of it?

2. MODERN APPROACHES

Originally, in duress there had to be threats to bodily injury, nowadays duress of economic nature suffices and the courts fill the gaps with rules of undue influence.² Those rules allow a party to escape from disadvantageous contract if there was a special relationship of trust between the parties, by invoking the presumption that he abused that position of trust.

In **Barclays Bank plc v O'Brien** the House of Lords held that, if the creditor had actual or constructive notice of any undue influence or misrepresentation by the guarantor's husband, then the guarantee or third party mortgage can be set aside.³ A presumption of constructive notice was granted "*if the circumstances are such as to put the creditor on inquiry as to the circumstances in which she agreed to stand surety.*" This principle has also become accepted into Scottish law.⁴ Later development refined this approach, and English jurisprudence has taken a divers turn. English courts first have struggled to set guidelines as to what steps should be taken by banks in order to protect themselves against the use of this doctrine.⁵ The recent ruling is that the burden of proof rests on the party alleging constructive notice on the side of the mortgagee.⁶ Alongside with their English pendants Irish courts have also cast doubts on this sympathy for wives.⁷

According to some authors the Scottish judges were strongly influenced by German decisions. Here, in Germany these problems emerged in the eighties. The courts first remitted these cases but this attitude should have been rethought on ground of a decision of the Constitutional Court in 1993.⁸ According to this, if an inexperienced and resourceless family member takes on a disproportionate financial burden without personal interest, the transaction could be regarded as immoral in sense of the **§ 138 BGB**. The three conditions are: some kind of pressure, subjectively disproportionate debts, absence of personal financial interest. In such cases the German courts have the right to paternalistically revise financial mechanisms

² Hein Kötz/Axel Flessner/Tony Weir, *European Contract Law*, Oxford: Clarendon Press 1998, pp. 209 and 133.

³ See James O'Donovan, *Lender Liability*, London: Sweet & Maxwell 2005, pp. 266 sqq.

⁴ *Mumford v Bank of Scotland*

⁵ *Royal Bank of Scotland plc v Etridge*

⁶ *Barclays Bank plc v. Boulter*

⁷ *Bank of Nova Scotia v Hogan*

⁸ BVerfG 89, 214

through private law general clauses.⁹ This doctrine has been since extended to children, spouses, fiancés and partners in life.¹⁰ The pressure can be exercised by the bank itself, when the obligation is minified (“*it would be a mere formality*” or “*it is only needed for the papers*”) or the financial risks are concealed. It seems, the modern forms of *metus reverentialis* are handled under § 138 and not § 123 which merely states that the transaction must have been reached “unlawfully” by duress. The reason might be that the German BGB does not know any abstract legal test in order to range of different forms of *metus*, and the aim is more easily fulfilled with help of an elastic general clause.

The solution of the French **Code civil (article 1114)** is very similar to the strict Roman concept. The mere reverential fear (*la seule crainte révérencielle*) is not enough without real aggression (*violence exercée*). For instance, if the mother locked up in a room her daughter who suffered under birth pangs in order to make her sign a contract of cession was a ground for the nullity of that enforced agreement.¹¹ Since the law of 4th April 2006 a marriage enforced by the parents is null and void.¹²

At the European level, on ground of the provision about responsible lending contained in the new **Consumer Credit Directive** which came into force in May 2008, the standard of protection of sureties from unproportionate obligations would probably increase in all Member States. Following the new principle, “*the creditor shall assess the consumer’s creditworthiness on the basis of accurate information provided and on the basis of consultation of the relevant database.*”¹³ Nevertheless, apart from the existence of a specific Directive, surety ship agreements may be conflicting with EC law if they are detrimental to fundamental rights of EU citizens or clash with common European constitutional principles.

3. ROOTS

Originally, the *ius civile* had not recognized fear as a cause of action. Later the praetor helped the party acting under severe evil, and gave him a special action (*actio quod metus causa*) or exception (*exceptio metus*). However, the fear had to abhor with good cause even a steadfast man (*homo constantissimus*). Death, torture, captivity, slavery or rape were such severe fears, *metus maioris malitatis*. On the other hand, a threatening lawsuit or infamy was not acknowledged. To sum up, Roman law generally rejected the idea of declaring agreements null and void on ground of minor causes of fear.

⁹ Knut Wolfgang Nörr/Robert Scheyhing/Wolfgang Pöggeler, *Sukzessionen*, 2nd ed., Tübingen: Mohr Siebeck 1999, pp. 265-267.

¹⁰ Udo Reifner, „Die Mithaftung der Ehefrau im Bankkredit. Bürgschaft und Gesamtschuld im Kreditsicherungsrecht”, *ZIP* 1990, p. 427; Bettina Albers-Frenzel, *Die Mithaftung naher Angehöriger für Kredite des Hauptschuldners*, München: Duncker & Humblot 1996.

¹¹ A decision from Bruxelles, 22th August 1808. See Modeste Biret, *Vocabulaire des cinq codes*, Paris: Tournachon-Molin 1826, p. 438.

¹² Muriel Purquet, *Droit de la famille*, 2nd ed., Paris: Bréal 2007, p. 45.

¹³ Julien Ernoult/Walburga Hemetsberger/Henning Schoppmann/Christoph Wrengler, *European Banking and Financial Services Law*, 3rd ed., Alphen aan den Rijn/London Kluwer p. 157.

Notwithstanding we might find some indicia of the later less strict development. The most remarkable fragment¹⁴ in this regard is where a liberated slave was granted an exception against his patronus' action if the slave had taken unusual burdens for his liberty. It was so even *ex intervallo* (i. e. the obligation was made some time after the manumission) as well, if the slave had acted out of fear (*metu solo*) or he had had excessive respect towards his patron (*nimia patrono reverentia*). The real force of this statement is weakened by the fact that unusual charges were generally unacceptable.

Under Constantin a transaction made on ground of fear (*per impressionem*) towards a higher official was to have been restituted.¹⁵ The same line was followed by Honorius and Theodosius who generally declared infirm all sales, donations and other similar transactions.¹⁶ These texts are either dubious or heavily questioned as a form of *metus reverentialis*.¹⁷

First the **Accursian Gloss** recognized it as a general ground for setting aside a contract. I think this is only an overstatement of **Zimmermann**, for Accursius only offered further casuistry when considering the relation between a freedman and his patron. Even this slight extension of the concept, however, remained disputed. Beside relationship based on respect **Bartolus** required additional elements to pure fear, like previous threat or beating. **Voet**, for instance, did not allow restitution on ground of minor fear. He also recognized an exception, if the husband or the father went beyond the natural respect and exercised a terror exheredationes, namely he threatened with exheredation. His casuistic approach later was abandoned in favor of a more general theory. **Lauterbach** distinguished between *metus iustus* and *metus iniustus*, between just and unjust fear. Cutting across the historical concepts, the main question was whether the fear was inspired *contra bonos mores adeoque injuste*, immoral or not. For combining immorality in a technical sense and fear, as a cause for invalidity he took his argument from a **Digest** fragment.¹⁸ The criterion of injustice was then picked up by **Pothier**.

This subtle form of coercion than first bloomed during the economic individualism of the 19th century is in his best form again. The standard for measuring the degree of pressure has significantly changed with the centuries. The old *vir constantissimus* gave his place to a more *léger* and realistic *homo constans* or *personne raisonnable* in its French form.

4. LEGAL AND DOGMATIC PROBLEMS

Our first question was what are the main motives behind the revival of *metus reverentialis*? It is a clear sign of state paternalism and culminates in the artificial modification or abolishment of existing agreements. I think the most important argument is to be found in the grossly unbalanced bargaining power between a bank and a guarantee. The personal string existing

¹⁴ Ulp. D. 44, 5, 1, 6

¹⁵ C. 2, 19 (20), 11

¹⁶ C. 2, 19 (20), 12

¹⁷ See Jacques Du Plessis/Reinhard Zimmermann, "The Relevance of Reverence; Undue Influence Civilian Style", 10 (2003) *Maastricht Journal* pp. 345 and 351.

¹⁸ Ulp. D. 4, 2, 3, 1 and D. 50, 17, 116

between the main debtor and his dependents is only a marginal element in this aspect. Through more carefully managed financial services the whole edifice of national economy should be defended, as the natural state of family order where the strongest convergent force has to be mutual affection and not financial interest. Sometimes the desperate and deprived state of the guarantee may play a role. It seems that the so called *Sandhaufenteorem* applies, and more elements should be present to declare a *metus reverentialis* for a cause of nullity.

Our second and third questions concerning the legal nature of the modern *metus reverentialis* phenomena and its legal consequences are similarly interesting. The original Roman concept was clear. Fear affected the free will of the threatened party, and depending on its strength it could be a cause of action, i.e. the agreement was not *ipso iure* null and void. Minor fears, as we have seen, were not admitted. However, in the Middle Ages, immorality got into the picture. The reason was that beside the insignificant fear there was an additional element contradicting Christian conceptions on family order and good society. However, immorality is slightly different from fear. It affects the action's incompatibility with legal order, so not an error of will. In addition, immoral transactions are, in turn, null and void. This medieval approach has survived. For instance, in today Germany this kind of cases belong to the competence of **§ 138 BGB**. So we have a surprising dogmatic feature here: some kind of severe fears are only a cause for action but some kind of minor fears render the transactions automatically void. Is it a proper distinction? Going further, in some exceptional cases, where the prestations of the parties are grossly unequal there is a presumption of emotional case of necessity.¹⁹ Thus, the burden of proof is reversed in comparison to the normal case, where the forced person bears this task. The German courts feel the inadequacy of this solution, and to salve what salvable they acknowledge only partial nullity and diminish the affected person's liability to a normal, justifiable level. They do so despite of the principle derived from **§ 139 BGB** according to what if a part of transaction null, the whole transaction is null.

5. SUMMARY

To sum up, I think that in contradiction to some authors²⁰ we can not speak about the extinction of *metus reverentialis*. It does exist and offers us dogmatic problems to deal carefully with. First, we should be aware that some newly introduced financial law rules, such as unenforcibility of sureties and mortgages given by closed family members have a long history and a double dogmatic feature. Their origin can be traced back to Medieval concept of minor fear or fear out of respect. At that time the concept originally affecting only the free will of the party became confused with immorality, which can not be effectively pursued by legal means. Thus, two distinct dogmatic lines conjugated causing acute problems. On the other hand we find the possibility of action, on the other hand there is an automatic nullity. To solve this difficulties, modern courts are obliged to alleviate strict dogmatic boundaries. They mostly operate with partial nullity, and set aside the moral aspects of the transaction replacing them with other, more legal elements, like disturbed equality of obligations or presence of unallowed economic duress.

¹⁹ Nörr/Scheyhing/Pögeler, op. cit., pp. 266-267.

²⁰ For instance Stephan Wagner, „Metus reverentialis – Von der Rezeption zur Kodifikation“, 12 (2008) *Orbis Iuris Romani* 85 sqq.

Literature:

- Albers-Frenzel, Bettina: Die Mithaftung naher Angehöriger für Kredite des Hauptschuldners, München: Duncker & Humblot 1996, pp. 266, ISBN 3-924166-00-5.
- Biret, Modeste: Vocabulaire des cinq codes, Paris: Tournachon-Molin 1826, pp. 510.
- Cassidy, Julie: „Sexually Transmitted Debts“: the Scope of Defences to Directors' Liability for Insolvent Trading”, 7/20 (2002) Company and Securities Law Journal pp. 372-389, ISSN 0729-2775.
- Du Plessis, Jacques/Zimmermann, Reinhard: “The Relevance of Reverence; Undue Influence Civilian Style”, 10 (2003) Maastricht Journal, ISSN 1023-263X.
- Ernoult, Julien/Hemetsberger, Walburga/ Schoppmann, Henning/Wrengler, Christoph: European Banking and Financial Services Law, 3rd ed., Alphen aan den Rijn/London Kluwer, pp. 316, ISBN 2-8044-3180-0.
- Kötz, Hein/Flessner, Axel/Weir, Tony: European Contract Law, Oxford: Clarendon Press 1998, pp. 308, ISBN 0198264984.
- Nörr, Knut Wolfgang/Scheyhing, Robert/Pöggeler, Wolfgang: Sukzessionen, 2nd ed., Tübingen: Mohr Siebeck 1999, pp. 294, ISBN 978-3-16-145954-2.
- O'Donovan, James: Lender Liability, London: Sweet & Maxwell 2005, pp. 500, ISBN 0455217831.
- Parqet, Muriel: Droit de la famille, 2nd ed., Paris: Bréal 2007, pp. 202, ISBN 978 2 7495 0783 5.
- Reifner, Udo: „Die Mithaftung der Ehefrau im Bankkredit. Bürgschaft und Gesamtschuld im Kreditsicherungsrecht“, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1990, pp. 427sqg, ISSN 0940-1555.
- Wagner, Stephan: „Metus reverentialis – Von der Rezeption zur Kodifikation“, 12 (2008) Orbis Iuris Romani, pp. 85-98, ISSN 1210 -9126.

Reviewer:

András Földi

Contact – email:

delig@freemail.hu

THE LABOUR LAW ASPECTS OF THE ECONOMIC CRISIS

JÁCINT FERENCZ

Széchenyi István Egyetem, Deák Ferenc Állam és Jogtudományi Kar, Győr, Hungary

Abstract in original language:

A gazdasági válság hatásai a munkaerőpiacot sem kerülték el, sőt, talán itt érzékelhetők a legnagyobb problémák, amelyek a munkavállalók és így az egész társadalom mindennapi életére kihatnak. A munkajog, amely a munkaviszonyok alapvető szabályait tartalmazza, megfelelő válaszokat próbál találni a gazdasági válság-okozta problémákra. Bár a munkaviszonyra vonatkozó szabályok egész Európában „békeidőben”, azaz konjunktúrában, bővülő piacok és bővülő fogyasztás mellett lettek megalkotva, számos olyan jogintézmény található a szabályok közt, amelyek a gazdasági visszaesés közepette áthidaló megoldást jelenthetnek egyrészt a munkáltatóknak, másrészt a munkavállalóknak. A munkáltatók talán fenn tudnak maradni a versenyben, míg a munkavállalók védelmét szolgáló intézkedések a munkahely megtartásához, valamint az esetleges kényszerű átmeneti időszakhoz, esetleg újratehdéshez nyújthatnak segítséget. Így az előadás a munkaidő rugalmas beosztásáról, a munkaerő-kölcsönzéséről, a távmunkáról, a csoportos létszámcsökkentésről, az átirányításról, részmunkaidőről szól, valamint említést tesz a kiszervezés (outsourcing) intézményéről is. Ha ezeket az eszközöket a munkáltatók a megfelelő helyen és időben alkalmazzák, valószínűleg mindannyiunknak könnyebb lesz a válságból való kilábalás.

Key words in original language:

Munkajog, gazdasági válság, munkaerőpiac, munkaidő, leépítés, csoportos létszámcsökkentés, munkaviszony megszüntetése, távmunka, átirányítás, kollektív szerződés, kiszervezés, részmunkaidő, munkabér.

Abstract:

The effects of the economic crisis did not leave unaffected the labour market either, possibly the biggest issues can be noticed here, which are effecting the everyday life of the employees and through that the whole society. The labour law, which includes the fundamental regulations of the labour relations, is trying to find answers to the issues caused by the economic crisis. Though the regulations of labour relations were created in the whole of Europe „during the time of peace”; meaning during economic boom, expanding markets and consumption; there are several arrangements amongst the regulations, which can be temporary solutions during recession for the employers but also for the employees. The employers might be able to maintain an existence in the competition, whilest the regulations protecting the employees can be helpful to keep their jobs, to overcome obligatory interim periods, or to facilitate new starts. The topic of the lecture is: flexible working times, labour-rent, working from home, grouped cut back, redirecting processes, part time work, it also mentions the topic of outsourcing. If the employers are using these tools at the right time under the right circumstances, it can possible make the recovery from the economic crisis much easier for all of us.

Key words:

Labour law, economic crisis, labour market, working time, cut back, grouped cut back, end of labour relation, working from home, redirecting, collective agreement, outsourcing, part time work, wages.

The effects of the economic crisis did not leave unaffected the labour market either, possibly the biggest issues can be noticed here, which are effecting the everyday life of the employees and through that the whole society.

The labour law, which includes the fundamental regulations of the labour relations, is trying to find answers to the issues caused by the economic crisis. Though the regulations of labour relations were created in the whole of Europe „during the time of peace”; meaning during economic boom, expanding markets and consumption; there are several arrangements amongst the regulations, which can be temporary solutions during recession for the employers but also for the employees. The employers might be able to maintain an existence in the competition, whilst the regulations protecting the employees can be helpful to keep their jobs, to overcome obligatory interim periods, or to facilitate new starts.

The topic of the lecture is: flexible working times, temporary work, distance work, group layoff, redirecting employees, part time work; it also mentions the topic of outsourcing. If the employers are using these tools at the right time under the right circumstances, it can possible make the recovery from the economic crisis much easier for all of us.

Under current economic conditions it is extremely important that business advisors show all methods to their clients which can potentially decrease cost, and legal and economic risks. In the crisis management labour law can be an important aspect, as it helps to optimize working time, management of employees, and the observation of data protection questions of the employees.¹

6. FLEXIBLE WORKING TIMES

The EU law in general allows the usage of the 4 months fixed term work time. The bill nr. T/9239 about the modification of the Labour Code is currently in front of the Parliament for discussion. This bill supposed to enable the above in Hungary.² Currently within the terms of EU regulations the Labour Code (LC) enables the following in order to ensure flexible employment: under the one sided decision of the employer the 3 months or 12 weeks, long fixed term work time or under collective agreement the maximum 6 months or 26 weeks long fixed term working time.³ The flexible work time management is extremely important, especially in current hectic economic situation.

Full time work means daily 8, weekly 40 hours.⁴ The legal definition of full time work is very important, for one reason the parties often forget to determine it in the contract in this case the regulations of the LC apply. Also certain regulations about the safety at work and healthcare can regulate it differently by assigning shorter time period as full time work.

¹ <http://www.bpv-jadi.com/hu/hireink?id=5705&PHPSESSID=4db20342ec31b9535fe28c5189fca973> - 2009. 05. 26.

² T/9239. bill, 9. §

³ 1992. évi XXII. tv. A Munka Törvénykönyvéről – Mt. (Hungarian Labour Code), 118/A. §

⁴ Mt. 117./B. §

The mutual agreement of the parties can determine shorter, or longer work time (in case of stand by job or if the employee is a close relative of the employer, but it can not exceed 12 hrs per day and 60 hrs per week.

The exact definition of the full time work is also in the interest of the alignment with the minimal wage regulations. If the daily working hours are shorter then 8 hours, then the minimal wage needs to be proportionally decreased, or if it's more then 8 hours per day, then proportionally increased.

We have to differentiate btw full time work less then 8 hours and part time work. In case of part time work (which can be e.g. 4 hrs) the minimal wage needs to be determined in the ratio of the part time work to the full time work.⁵

The same bill includes the following: in case the parties concerned or the regulations regarding the labour relations allow a shorter full time work due to the crisis, they can also agree to work the lost time btw 1st Jan 2010. and 31st December 2011. However the weekly working hours can not exceed 44 hours.⁶ Though this rule seems to be in favour of the employer, the creators of the bill think this can lead to the preservation of several jobs.

7. TEMPORARY WORK

Temping work is such a working relationship, where the employee works not for the employer mentioned in the labour agreement, but for the borrowing company, to whom the employer lends him for a certain fee.

Many consider this atypical working relationship an effective and flexible solution for the borrower, it can „replace” the classical working relationship.

The primary aim of the temping work is to provide the temporarily needed additional staff for the employer in the following cases: suddenly increased number of orders, additional tasks due to seasonal fluctuations, immediate reactions to the changes of the market, or any causes affecting the employer such as sick leave, pregnancy leave, holidays.

The guideline about temping work⁷ – accepted last year, but not implemented yet in the Hungarian legal system – stresses the temporary aspect of temping work. While this is understood in Western Europe, in Hungary unfortunately this is not the case.

It is being mentioned very often that an important aspect of temping work is, through this system such people have a chance to jobs, who would not be able to get one through the typical working system. This might be true for the majority of the European countries; however for Hungary it's not completely valid. The employment is restructured through the

⁵ Radnay József: Munkajog. Szent István Társulat Budapest, 2003. 124. p.

⁶ T/9239. bill, 8. §

⁷ Directive 2008/104/EC of the European Parliament and of the council of 19 November 2008 on temporary agency work

temping work, its not expanding. The atypical replaces the typical working forms, and the stable working environment is replaced by the less stable.⁸

The temping work has lost its function, this can also be noticed when we look at the probation work. Sometimes the employer gets the job applicant work for him through a temping agency, in order to avoid the limitations of maximum 3 months probation time, which is regulated in LC 81. §. The institution of temporary work functions as „probation time”.

When using temporary employment the employer avoids the costs of selection, of the administrative expenses of new hires (e.g. Fees of the preparation of employment agreements), salary and common charges, payroll calculations, and the risk of resignations. In exchange of these he has to pay a fee to the temping agency. Based on experience all the relevant expenses of the agency are built in the renting fee, no matter if the fee is being charged based on actual working time or lump sum. For this reason temporary work can not be considered substantially cheaper then regular employment. Its a fact though that it releases the employer of administrative charges and it provides flexibility, especially if the employer thinks in projects or plans for a short term, it can also be a tool of HR planning (e.g. if in the given company internal regulations limit the number of employees).⁹

8. DISTANCE WORK

Distance work has been practiced for a long time, and its spreads all over the world in recent times¹⁰, in this case the place of daily work is not the base of the employer, but the usually the place of the employee. They are keeping in touch and delivering the work through IT channels, with IT tools.¹¹ Due to the type of work the job can be performed away from the company's base (like a gas fitter or driver) but an essential part of the job is the use of IT systems. Jobs that fall in this category are: data entry, statistic calculations, summarizing, translation, press-watch, journalism, editing of publications.

Due to the atypical aspects of this type of work the LC defined specific regulations for the distance work. The LC does not give the definition of the distance work, but it regulates this question from the viewpoint who can be considered distance work employee. The main point is, that the place of work is separate from the employer's official worksite, this can be the distance worker's home or any other rented building. A further requirement is that the task has to be within the limits of the employer's field of activity, and it has to be performed with the help of IT technologies and systems (e.g. phone or computer)¹².

⁸ Mihály Ildikó: Atipikus foglalkoztatási formák – szakszervezeti szemszögből. Interjú Pataky Péterrel, az MSZOSZ elnökével, Munkaügyi Szemle 2009/1., 7. p.

⁹ Petrovics Zoltán: A munkaerő-kölcsönzés: Csodaszer vagy tünetek kezelése? Országos Humánpolitikai Egyesület XIX. Conference 2009. május 12-14. Budapest

¹⁰ Kiss György: Munkajog. Osiris Budapest, 2005. 97. p.

¹¹ Mt. 192/D. §

¹² Kiss György (szerk.): Az Európai Unió munkajoga. Osiris Budapest, 2001. 462. p.

The third requirement is that the result of the work has to be submitted electronically (e.g. phone, e-mail) to the employer.¹³

The labour relationship originates with the signing of the labour agreement, in which apart from the compulsory contents (scope of activities, base rate, and place of work) it has to be mentioned that this is specifically a distance working relationship. It might happen that an already existing employee initiates the modification of the labour agreement, to be employed as a distance worker. For such an enquiry the employer has to answer within 15 days in writing.

The method of communication has to be determined, since in this case it is not personal. This can determine who is entitled to instruct and how often the distance worker, and when is the distance worker supposed to deliver and to whom. It is important to determine what costs of the distance worker will be covered by the employer. It's useful to regulate this with lot of detail, as it can be the ground for future arguments. The parties have to decide who will provide the systems and IT tools necessary for the work and for the communication. In case this is not determined the employer is supposed to provide these tools.

The employer has to advise the distance worker in writing within 30 days of signing the contract about the control of the work, liabilities in case of damages, and the limits of using the IT equipments. The employee has to advise the employer about the ways to communicate with him electronically (e.g. Phone number, e-mail address). The parties have to pay attention to the special data protection regulations.¹⁴

In case of distance work the employer's right to instruct and direct the employee are more limited than in a regular working environment. For this reason the employee has to be much more self sufficient. The work time schedule of the distance worker can be agreed upon, though this is exactly why it is so appealing, that the employee can decide about his own time. If the work schedule is not regulated the employee is free to decide about his own work schedule.¹⁵

Using distance workers the employer can save on cost, the downside is that only certain jobs can be performed this way – e.g. in IT, market research, sales etc.

9. GROUP LAYOFF

The guideline 98/59/EK¹⁶ made it necessary to change the regulations of group layoffs.

When the employer is planning a big layoff, he has to decide if the layoffs which are within 30 days and the cause is related to the activity of the company is above the limit where the regulations of group layoff apply.¹⁷

¹³ Pál-Radnay-Tallián: Munkajogi kézikönyv. HVG-Orac Budapest, 2007. 352. p.

¹⁴ Mt. 192/E. §

¹⁵ Mt. 192/G. §

¹⁶ Directive 92/56/EC into the system of regulation of collective redundancies established by Directive 75/129/EEC

The LC provides specific regulations as to what is to be considered group layoff. When the number of layoffs is determined not only the regular layoffs are to be counted but all the cases of layoffs which are caused by the activity of the employer.

These are the employees, whose work relationship has been ended with regular layoff, with common agreement of the parties initiated by the employer and whose fixed term employment has ceased based on paragraphed 88. § of the LC¹⁸. It is important that in all 3 cases the reason of end of contract has to be related with the activity of the employer.¹⁹

If the company has several premises, the size and conditions of the layoff have to be determined separately for each premises, but if the premises are in the same county (capital) the number has to be summarized.

The regulated limit compared to the total amount of employees is also influencing the implementation of group layoff's rules. The base is the average statistic number of employees in the 6 months before the decision is taken. If the employer exists less then 6 months e.g. 3 months, then the average has to be determined for this time period.

If the employer doesn't comply with the compulsory notice requirement in advance towards the Employment Agency, it will be charged a penalty of 1000-100000 Ft, furthermore in this case the regular layoff is against the law.

Based on LC 94/B. § the employer (liquidator) has to consult the factory council, or if there is none, the union represented at the company or the employee's committee. The aim of the consultation is, before the final decision of the group layoff that the employer and the committee try to find ways to avoid the layoff or decrease its numbers.

To ease the effects of the group layoff, a non refundable subsidy can be applied for in the amount of up to 1 million Ft.

The employer has to give notice also to the employees, if he ends their contract with regular layoff or in case of fixed term employment. Min 30 days before the official announcement about the layoff, the employees need to be advised of the decision.²⁰

10. REDIRECTION

The employment agreement doesn't need to change in case of redirection. The employer can instruct the employee – with one-sided decision – to perform other duties next to or in place of his original tasks. This action of the employer is called redirection in the new terminology. The employer can only exercise this right if the redirection is necessary for the activity of the

¹⁷ Mt. 94/A. §

¹⁸ Termination of fixed-term employment before the expiration.

¹⁹ Kiss György: Munkajog. Osiris Budapest, 2005. 245. p.

²⁰ Lehochkyné Kollonay Csilla (szerk.): A magyar munkajog I. Vince K. Budapest, 2001. 153. p.

company, if it is only temporary, and it can not cause ill-proportioned discontent to the employee.²¹

As per the rules for remuneration of redirecting to optimize work times, if the employer performs new duties instead of his original ones, he will be paid based on the actually performed work, but this amount can not be less than his average salary.

If the employee performs additional duties next to his original ones, and the time can be clearly differentiated, he is entitled to his wages based on the actual work.

In case the time used for the additional duties can not be clearly determined, then employee is entitled to substitution wages on top of his original salary.

Taking into account that delegation, detached service and performing the jobs at another employer also means temporary employment, the LC regulates this in maximum 110 days in the given calendar year. The LC's regulations only apply if the collective agreement doesn't regulate these specifically. The collective agreement can determine less or more days.

11. OUTSOURCING

In case of outsourcing there is no employer or employee. This is a specific workflow aimed at external delivery of activities performed previously in the company or external supply of products previously produced.

Companies can decide to separate some activities from the core processes and let them be performed by external companies. The outsourcing can happen through the owners creating a new company or that a company already on the market will be commissioned to perform the tasks.

Lately several companies specialized in providing complete consultancy and delivery to those companies which are trying to "slim" in some areas.²²

Literature:

- Directive 2008/104/EC of the European Parliament and of the council of 19 November 2008 on temporary agency work
- Directive 92/56/EC into the system of regulation of collective redundancies established by Directive 75/129/EEC
- Bankó Zoltán: Munkajog. Dialóg Campus Budapest-Pécs, 2003.
- Kiss György (szerk.): Az Európai Unió munkajoga. Osiris Budapest, 2001.
- Kiss György: Munkajog. Osiris Budapest, 2005.

²¹ Bankó Zoltán: Munkajog. Dialóg Campus Budapest-Pécs, 2003. 101. p.

²² See also: <http://outsourcing.lap.hu>

- Kiss-Berke-Bankó: Bevezetés a munkajogba. Justis Pécs 2007.
- Lehochkyné Kollonay Csilla (szerk.): A magyar munkajog I. Vince K. Budapest, 2001.
- Mihály Ildikó: Atipikus foglalkoztatási formák – szakszervezeti szemszögből. Interjú Pataky Péterrel, az MSZOSZ elnökével, Munkaügyi Szemle 2009/1.
- Pál-Radnay-Tallián: Munkajogi kézikönyv. HVG-Orac Budapest, 2007.
- Petrovics Zoltán: A munkaerő-kölcsönzés: Csodaszer vagy tünetek kezelése? Országos Humánpolitikai Egyesület XIX. Conference May 12-14. 2009 Budapest
- Prugberger Tamás: Európai és magyar összehasonlító munka- és közszolgálati jog. KJK Kerszöv Budapest, 2001.
- Radnay József: Munkajog. Szent István Társulat Budapest, 2003.

Reviewer:
András Szegedi

Contact – email:
dr.ferencz@vipmail.hu

CESTA Z LOMÉ

TOMÁŠ HULKÓ

Právnická fakulta Univerzity Komenského Bratislava, Slovensko

Abstract in original language:

V príspevku sa venuje aktuálnej problematike, vyrovnaní sa s odkazom najvýznamnejšieho colno-politického fenoménu XX.-eho storočia, "duchom z lomé" prejavujúcej sa vo Všeobecnom systéme colných preferencií EU (GSP). Myšlienka solidarity presadená v podobe spoločných orgánov a spoločného rozhodovacieho procesu, sa v podmienkach finančnej krízy zmenila na reálnu hrozbu finančnej stability EÚ.

Key words in original language:

Clo; colné preferencie.

Abstract:

The course taken by the European Community on 28.2.1975 in Lomé resulting in the creation of a system of general customs preferences led to a dead end. The main aim of the architects of the Lomé system was to establish a product- and country-related preferential treatment. These regulations however have made it more difficult to cope with the preference system, without bringing the intended effects in terms of development policy.

Key words:

Custom; custom preferences.

CESTA Z LOMÉ, SYSTÉM COLNÝCH PREFERENCIÍ V DOBE HOSPODÁRSKEJ KRÍZY

Duch Lomé – asi najvýznamnejší colnopolitický fenomén XX.-eho storočia – "straší" dodnes. Jeho vznik sa viaže na dohodu Lomé I. (podpísaná 28.2.1975), kde krajiny z oblasti AKP (Afriky, Karibiku a Pacifiku) a vtedajšieho EHS sa dohodli na uplatňovaní princípu asymetrie v obchodných vzťahoch, ktorý dovoľoval voľný pohyb tovarov vyrobených v AKP do EHS s výnimkou niektorých poľnohospodárskych produktov, ale opačne nie.

Humanitárne orientovaná idea z Lomé, t.j. spolupráca založená nielen na dosiahnutí cieľov, ale aj na princípe dialógu medzi zúčastnenými stranami, ktorý odrážala myšlienku solidarity v podobe spoločných orgánov a spoločného rozhodovacieho procesu, sa v podmienkach finančnej krízy zmenila na príznak ohrozujúci finančnú stabilitu agrosektoru EÚ.

Ako sme sa dostali sem ? Aká cesta vedie von zo slepej uličky colnej politiky, ktorou sme sa vybrali konvenciami z Lomé ?

Pojednávanie o colných preferenčných systémoch, nie je dôsledné začať bez krátkeho pripomenutia kontextu právnej teórie.

Právna veda, ako je všeobecne známe, nedisponuje definíciou, ktorá by presne vymedzila, čo z teoretického hľadiska clo predstavuje. Podľa viacerých teoretikov ide o peňažnú dávku

vyberanú pri prechode tovaru cez colné hranice štátu. 23 Iní teoretici zvyrazňujú skôr povahu cla, ako dane so špecifickým postavením. Podľa nich sa jedná o zdanenie medzinárodného obchodu a transakcií.²⁴ Vo väčšine prameňov sa narába formami týchto dvoch základných koncepcií.

Právna veda a terminológia je oveľa jednotnejšia pri charakteristike konkrétnych cieľ a ich systematizácie. Treba venovať pár riadkov najvýznamnejším kategóriám autonómnych a zmluvných nástrojov, ktoré predstavujú nástroje spoločnej colnej politiky EÚ.

V prvom rade ide o Spoločný colný sadzobník, ktorý je pravidelne aktualizovaný každoročne nariadením Európskej komisie (EK). Ďalej je možné spomenúť nástroje na ochranu obchodu (Trade Defence Instruments – TDI) rozumia sa pod tým rôzne vyšetrovacie úkony EK a definitívne opatrenia vydané Radou ministrov (RM). Sem patria anti-subvenčné opatrenia, anti-dumpingové opatrenia, colné kvóty na importy, atď.

Výrazným prostriedkom je regulácia obchodných bariér, ktoré slúžia nielen ochrane vnútorného trhu ale aj podpore vstupu krajín Európskeho spoločenstva na trhy tretích krajín. Treba ešte spomenúť ako nástroj, jednotné vystupovanie únie pri dojednávani a uzatváraní zmlúv (zmluvné nástroje, Všeobecný systém preferencií) napr. pri rokovaniach na pôde Svetovej obchodnej organizácie.

Ako hlavný cieľ spoločenstva pre budúce roky je stanovené zameranie sa na vytváranie rastu a pracovných miest, znalostnej ekonomiky, ako to odráža aj obnovenie Lisabonskej stratégie. Programy Európskej únie v colnej oblasti významne prispeli k dosiahnutiu tohto cieľa a celkových cieľov colnej politiky. Aktuálny program je vydaný v rozhodnutí Európskeho parlamentu a Rady, ktorým sa prijal akčný program pre colné správy v Spoločenstve (Colníctvo 2013 ďalej len "Colníctvo 2013"). Ako aj názov rozhodnutia (Colníctvo 2013) nasvedčuje tu sa nejedná o ojedinelý, bezkontextový program, ale o pokračovanie v postupe iniciovaného na základe predchádzajúcich programov. Nový program sa ustanovil na obdobie šiestich rokov, aby jeho trvanie zhodovalo s viacročným finančným rámcom obsiahnutým v Medzi inštitucionálnej dohode zo 17. mája 2006 medzi Európskym parlamentom, Radou a Komisiou o rozpočtovej disciplíne a riadnom finančnom hospodárení.

Colná politika je rozhodujúcim faktorom pri ochrane záujmov spoločenstva, predovšetkým pri ochrane jeho finančných záujmov. Subjekty poverené výkonom colnej politiky sú jednotlivé colné správy členských krajín. Poskytujú vysokú úroveň ochrany občanom a hospodárskym subjektom na celom colnom území spoločenstva, kdekoľvek sa vykonáva colné konanie.

Strategická politika Európskej únie v tejto oblasti je definovaná Skupinou pre colnú politiku, ktorá sa usiluje, aby jednotlivé colné správy fungovali tak účinne a efektívne ako keby išlo o jedinú správu. Postup „jednotnej colnej správy“ v súlade s celkovými cieľmi colnej politiky je koordinovaný a organizovaný spoločne Komisiou a členskými štátmi podľa programu vypracovanej Skupinou pre colnú politiku.

²³ Balko, L.: Colné paragrafy pre každého. Bratislava, Elita, 1991, str. 4.

²⁴ Kubicová J.: Dane a právo v praxi. č. 11/1998, str. 27 a č. 12/1998, str. 27.

Aktuálne požiadavky sú, aby sa akcia v colnej oblasti prednostne upriamila na zdokonaľovanie kontrol a činností zameraných proti podvodom, na minimalizáciu nákladov hospodárskych subjektov, na dodržiavanie colných predpisov, na zabezpečenie účinného riadenia kontroly tovaru na vonkajších hraniciach a na ochranu občanov Európskej únie. Pri akciách colných správ členských štátov sa využíva skoro každá možnosť administratívnej spolupráce a vzájomnej administratívnej pomoci. Bolo to veľmi dobre badateľné pri procese pristupovania „nových“ členských krajín, kde colné správy týchto krajín dostali všestrannú podporu, administratívnu a finančnú, aby boli schopné vykonávať všetky úlohy, ktoré od nich vyžadujú právne predpisy spoločenstva, vrátane správ budúcich vonkajších hraníc.

Najjednoznačnejšiu predstavu o plánovaných postupoch colných správ a o colnej politike EÚ je možné získať cez osobitné ciele akčného programu Colníctvo 2013 :

„a) znížiť administratívne zaťaženie a náklady hospodárskych subjektov na dodržiavanie colných predpisov zdokonalením štandardizácie a zjednodušením colných systémov a kontrol a zachovanie otvorenej a transparentnej spolupráce s obchodnými subjektmi;

b) určiť, rozvíjať a uplatňovať najlepšie pracovné postupy, najmä v oblastiach audítorskej kontroly pred colným konaním a po ňom, analýzy rizík, colných kontrol a zjednodušených postupov;

c) udržiavať systém na meranie výkonnosti colných správ členských štátov s cieľom zlepšiť ich účinnosť a efektívnosť;

d) podporovať akcie na predchádzanie nezrovnalostí, najmä rýchlym poskytovaním informácií o rizikách colníkom v priamom výkone;

e) zabezpečiť jednotné a jasné nomenklatúrne zatriedenie v Spoločenstve, najmä zlepšením koordinácie a spolupráce medzi laboratóriami;

f) podporovať vytvorenie paneurópskeho elektronického colného prostredia prostredníctvom rozvoja interoperabilných komunikačných systémov a systémov výmeny informácií v spojení s potrebnými legislatívnymi a administratívnymi zmenami;

g) udržiavať existujúce komunikačné a informačné systémy a v prípade potreby rozvíjať nové systémy;

h) vykonávať akcie, ktoré zabezpečia podporu pre colné správy krajín, ktoré sa pripravujú na pristúpenie;

i) prispievať k rozvoju vysokokvalitných colných správ v tretích krajinách;

j) zlepšiť spoluprácu medzi colnými správami členských štátov a tretími krajinami, najmä partnerskými krajinami Európskej susedskej politiky;

k) rozvíjať a posilňovať jednotnú odbornú prípravu.“²⁵

²⁵ Legislatívne uznesenie Európskeho parlamentu o návrhu rozhodnutia Európskeho parlamentu a Rady, ktorým sa ustanovuje akčný program pre colné správy v Spoločenstve (Colníctvo 2013) C6-0158/2006.

Vidíme, že postupy v rámci zlepšovania úrovne a jednotnosti colných správ sú dopodrobna rozpracované, teoreticko - ideologický rámec pre zlepšovanie je vytvorený. Musíme si pritom uvedomiť, že tieto ciele sa nedajú uskutočniť bez koordinácie a monitoringu činností, ktoré smerujú k aplikácii plánovaných zmien a k zachovaniu fungujúcich, osvedčených štruktúr.

Z toho dôvodu vykonávajú spoločné tímy zložené z colných úradníkov členských štátov a úradníkov EK monitorovanie aplikácie akčného programu. O tom, ktoré špecifické oblasti colných predpisov spoločenstva môžu podliehať monitorovaniu rozhoduje EK v spolupráci s príslušnými predstaviteľmi členských štátov. Na základe ich rozhodnutia navštevujú tieto tímy so zreteľom na tematický alebo regionálny prístup rôzne miesta na colnom území spoločenstva, kde colné správy vykonávajú svoje úlohy. Sú poverené analyzovať colné postupy na vnútroštátnej úrovni, registrujú ťažkosti pri vykonávaní pravidiel a v prípade potreby navrhujú úpravu pravidiel spoločenstva ako aj pracovných metód s cieľom zlepšiť účinnosť akcií colných správ ako celku. Tieto analýzy sa potom použijú ako podklad k vytvoreniu správ, ktoré sa predkladajú príslušným predstaviteľom členských štátov a EK.

Nástrojmi colnej politiky Európskej únie sú aj colné suspenzie a colné kvóty. Colná suspenzia (t.j. autonómne zníženie cla) umožňuje dovoz určitého druhu tovaru do Európskej únie so zníženou (až nulovou) colnou sadzbou bez obmedzenia množstva (na rozdiel od colnej kvóty). Colná kvóta umožňuje dovoz určitého druhu tovaru do Európskej únie s preferenčnou colnou sadzbou, ak je tento dovoz nižší ako stanovená colná kvóta. Na každý ďalší dovoz nad kvótu sa už uplatňuje riadna colná sadzba podľa spoločného colného sadzobníka.

Každý členský štát prostredníctvom štátneho orgánu môže predkladať požiadavky na zmeny existujúcich colných kvót alebo autonómne znížených colných sadzieb (colných suspenzií) Európskej únie, resp. na stanovenie nových colných kvót a suspenzií pre domácich výrobcov, ktorí takúto požiadavku vzniesli. V prípade SR je zmieneny štátny orgán MH SR.

Náležitá forma žiadosti je stanovená legislatívou Európskej únie. Následne sú posudzované na rokovaní pracovnej skupiny Európskej komisie pre ekonomické otázky colných sadzieb. Táto pracovná skupina je súčasťou „Taxation and Customs Union Directorate-General“ (DG TAXUD) , ktorá pôsobí v oblasti colnej politiky, ekonomických aspektov ciel a tranzitu. Nariadenia RM obsahujúce odsúhlasené colné kvóty a suspenzie sú schvaľované polročne s platnosťou od 1. januára a od 1. júla. Pre zaradenie do schvaľovacieho procesu s platnosťou od 1. januára je potrebné žiadosť doručiť na MH SR (odbor obchodnej politiky) do 15. februára predchádzajúceho roka. Pre zaradenie do schvaľovacieho procesu s platnosťou od 1. júla je potrebné žiadosť doručiť na MH SR (odbor obchodnej politiky) do 15. augusta predchádzajúceho roka.

Colné kvóty a colné suspenzie môžu byť navrhované iba na základe podrobného preskúmania ekonomických dôvodov. Musí byť preukázané, že v rámci Európskej únie nie sú vyrábané v dostatočnom množstve rovnaké, podobné alebo nahradzujúce výrobky, resp., že sa takéto výrobky nedovážajú do únie na základe preferenčných dohôd. Posudzuje sa, či žiadajúce krajiny alebo firmy o týchto skutočnostiach vedia. Ďalej sa posudzuje, či prípadná suspenzia nie je v konflikte s niektorou z politík. V prípade, že v rámci Európskej únie existuje výroba danej komodity, ktorá však nepokrýva potrebu, navrhuje sa iba colná kvóta na určité množstvo výrobkov. Žiadosti nie sú posudzované, ak by prípadné nevybrané clo z predpokladaného dovozu neprevýšilo čiastku 20 000,- EUR ročne. Je možné, aby viac firiem združovalo svoje požiadavky tak, aby bol tento limit dosiahnutý.

COLNÉ PREFERENCIE

Dôležitým nástrojom colnej politiky, je systém colných preferencií. Všeobecný systém colných preferencií (GSP) poskytovaný rozvojovým a najmenej rozvinutým krajinám sa v medzinárodnom obchode uplatňuje od roku 1971. V praxi sa realizuje znížením colných sadzieb alebo bezcolnými dovozmi, čím sa poskytujú výhodnejšie podmienky pre vstup na daný trh.

Už pred vstupom do EÚ, v roku 2003 poskytovala Slovenská republika (SR) colné výhody v rámci GSP 96 rozvojovým a 49 najmenej rozvinutým krajinám na dovoz 4 526 položiek colného sadzobníka. Po vstupe musela SR, zrušiť tento preferenčný režim a pripojiť sa k preferenčnému systému, ktorý poskytuje EÚ rozvojovým krajinám. Európska únia poskytuje colné preferencie 130 rozvojovým krajinám (vrátane krajín bývalého ZSSR) a 49 najmenej rozvinutým krajinám; preferencie sa týkajú viac než 9000 položiek colného sadzobníka.

Preferenčný režim Európskej únie je jedinečný nielen výškou úľav, počtom položiek a krajín, ale aj spôsobom používania zvláštnych podporných opatrení spojených s ochranou životného prostredia, dodržiavaním pracovných štandardov a bojom proti obchodovaniu s drogami. Samozrejme Preferenčný režim Európskej únie (GSP EU) znamená zníženie príjmov štátneho rozpočtu z vybraného cla.

Ako už vyššie bolo spomenuté dnešný preferenčný systém už funguje od roku 1971. Pritom sa vynorí otázka, ako vôbec vznikla táto anomália, kde colníctvo neslúži vlastnému štátu, ale na úkor vlastných príjmov pomáha inej krajine.

Keď hľadáme príčiny vzniku spolupráce rozvojových krajín (RK) s vyspelými ekonomikami formou pridruženia, treba veci skúmať v historickom kontexte.

V rámci pridruženia išlo o vzájomné otvorenie ekonomického komplexu rozvinutých krajín a ekonomických komplexov RK s cieľom vytvoriť priestor na voľný ekonomický pohyb, teda na voľný pohyb tovaru, služieb, pracovných síl a kapitálu. Táto snaha o liberalizáciu ekonomického pohybu vychádza z reálií predošlej koloniálnej minulosti, vďaka ktorej pretrvávali medzi štátmi terajšieho spoločenstva a RK veľmi úzke hospodárske, ale i mimo ekonomické vzťahy. Aby po osamostatnení sa RK neprestal platiť preferenčný režim, ktorý sa uplatňoval medzi závislými krajinami a materskými krajinami boli medzi týmito štátmi a EHS uzavreté dohody o pridružení.

Vývoj formy tohto pridruženia nebol jednoznačný. Prvým pokusom na vytvorenie vyhovujúceho systému bol Štrasburský plán z roku 1952, ktorý sa stal východiskom pri koncipovaní chápania pridruženia zámorských krajín k EHS. Navrhoval spoluprácu so zámorskými krajinami bez použitia tradičných koloniálnych metód. Ďalší míľnik formovania úpravy predstavuje Rímska konvencia z roku 1957, ktorá mala iba dočasný charakter. Bola uzavretá na obdobie 5 rokov. Vznikla v súvislosti so založením EHS. Partnermi vtedy boli územia, ktoré boli v minulosti kolónie a závislé územia vo vzťahu so štyrmi zo zakladajúcich štátov EHS : Francúzskom, Belgickom, Holandskom a Talianskom

Motívom asociačnej politiky EHS nebola túžba pozdvihnúť rozvojové krajiny na vlastný úkor, ale najmä ekonomická nevyhnutnosť zabezpečiť si zdroje surovín a udržať si odbytové trhy.

Prelom znamenali Yaoundéske konvencie. Yaoundéska konvencia I. z roku 1963 (platná od 1. júna 1964) mala tiež dočasný charakter, bola uzavretá na 5 rokov. Pritom prijatie tejto konvencie naznačovalo možnosti prijatia Yaoundéskej konvencie II. z roku 1969 s platnosťou od 1. januára 1971. Tu partnermi EHS boli už osamostatnené RK. K EHS sa ňou pridružilo 18 frankofónnych afrických štátov (vrátane Madagaskaru). Pôsobnosť pridruženia sa rozšírilo o poskytovanie finančnej a technickej pomoci a o zriaďovanie spoločných orgánov pridruženia.

Tento postup krajín EHS viedol k rozdeleniu rozvojových krajín na krajiny preferované asociačnými dohodami a krajiny neasociované, z ktorých niektoré sa snažili o prehĺbenie kontaktov s krajinami EHS, hoci patrili do sféry záujmov iných hospodárskych mocností napr. Veľkej Británie.

Pokusom o asociáciu týchto krajín boli Arushské konvencie I. (1968) , II. (1969) - o pridružení Kene, Ugandy a Tanzánie, ktoré nadväzovali na konvenciu z Yaoundé, pritom neobsahovali ustanovenia o finančnej a technickej pomoci, opierali sa iba o poskytovanie vzájomných colných preferencií na základe utvárania pásma voľného obchodu medzi signatárskymi krajinami, umožnili bezcolný vstup tovaru z uvedených krajín na trhy EHS, na druhej strane poskytli colné preferencie 2-6% na približne 60 druhov výrobkov dovážaných z EHS.

Vyvrcholením vývojovej línie pridruženia RK k EHS na základe globálnej dohody bola Loméská konvencia (1975 v hlavnom meste Toga Lomé).

Počet pridružených krajín sa rozšíril na 46. Dohody z Lomé, na rozdiel od predchádzajúcich projektov pridruženia obsahovali už jednotnú politiku EHS k pridruženiu všetkým RK. Nová konvencia nahradila Yaoundésku a Arushské konvencie a rozšírila skupinu pridružených krajín, najmä krajinami z oblasti AKP (Afriky, Karibiku a Pacifiku). V určitom zmysle išlo o pomoc krajín EÚ krajinám AKP. V dohode Lomé I. (podpísaná 28.2.1975) krajiny sa dohodli na uplatňovaní princípu asymetrie v obchodných vzťahoch, ktorý dovoľoval voľný pohyb tovarov vyrobených v AKP do EHS s výnimkou niektorých poľnohospodárskych produktov, ale opačne nie.

Fenoménom konvencie sa stal duch Lomé, t.j. že spolupráca bola založená nielen na dosiahnutí cieľov, ale aj na princípe dialógu medzi zúčastnenými stranami, ktorý odrážal myšlienku solidarity v podobe spoločných orgánov a spoločného rozhodovacieho procesu.

V rámci Lomé I. bol prijatý STABEX, systém stabilizácie vývozných príjmov z poľnohospodárskych produktov. Jeho fungovanie je zamerané na vyrovnanie strát a na odstránenie nepriaznivých dôsledkov kolísania príjmov štátov AKP z vývozu poľnohospodárskych produktov, taxatívne vymedzených v Loméskej dohode.

K poklesu vývozných príjmov dochádza v dôsledku monokultúrneho charakteru poľnohospodárskej produkcie, vplyvom napr. nepriaznivých klimatických podmienok, atď.

Ak dôjde k poklesu exportných príjmov pod spodnú hranicu referenčného rozpätia, doplatí sa tento pokles príjmov cez systém STABEX. Ak príjmy vzrastú nad hornú hranicu, krajina môže splácať, čo predtým dostala. Pôvodne zahŕňal 12 základných skupín tovarov vyvázaných zo štátov AKP do EHS.

Hlavnými zásadami systému STABEX boli :

- Vyrovnávanie vývozných príjmov sa týka iba stanovených produktov a výlučne len ich vývozu do EÚ
- Pre každú komoditu je stanovená referenčná hranica vypočítaná na základe priemerných vývozných príjmov za posledné 3 roky. Ak v danom roku výnos poklesne o 6,5 % pod referenčnú hranicu, môže sa uplatniť kompenzácia
- Použitie získaných prostriedkov štátom AKP v súlade s cieľmi STABEX -u
- Poskytnutie bezúročnej pomoci s dobou splatnosti 7 rokov
- Pri poskytovaní zvýhodnenia najmenej rozvinutým štátom AKP prostriedky mali charakter nenávratných prevodov. 26

Bohužiaľ táto vznešená iniciatíva koncom 90. rokov v dôsledku poklesu cien poľnohospodárskych komodít stroskotala. STABEX mohol pokryť iba 39% v rámci stanovených položiek. Došlo k zníženiu hranice, pri ktorej automaticky vzniká nárok na stabilizačný príspevok.

Podpísaním Lomé II. (dňa 31.10.1979, s platnosťou od marca 1980 do februára 1985) počet signatárskych krajín vzrástol na 57. Bola vypracovaná v čase, keď mnohé krajiny AKP v dôsledku dlhotrvajúceho sucha čelili vážnemu nedostatku potravín a krajiny vyvážajúce suroviny boli postihnuté poklesom ich cien na svetových trhoch. Rokovania sa zameriavali na hľadanie riešenia na zabezpečenie dostatočného množstva potravín ako aj príjmov z exportu surovín.

Súčasťou dohody sa preto stal aj SYSMIN, systém stimulovania investícií do ťažobného priemyslu. Ako cieľ systému SYSMIN bolo stanovené udržanie rentability kapacity ťažby surovín v štátoch AKP, v prípadoch ak by bola rôznymi spôsobmi ohrozená. Systém mal pomôcť postihnutým krajinám vyrovnať sa so zníženou schopnosťou vyvážať produkty ťažobného priemyslu. Týka sa to iba ťažby niektorých surovín. Pri poklese exportu o stanovené percento sa štátom AKP, závislým od ťažby surovín, poskytnú dlhodobé úvery na zachovanie alebo prebudovanie výroby. Dohoda sa vzťahovala na suroviny ako meď, kobalt, fosfáty, bauxit, hliník, mangán, olovo a železná ruda.

Pri Lomé III. došlo k určitým zmenám. Zatiaľ čo v Lomé II. sa kládol dôraz na udržanie existujúcich výrobných kapacít, v novej dohode ide o snahu o obnovenie a oživenie ťažobného priemyslu v tých krajinách AKP, kde je toto odvetvie hlavným zdrojom príjmov štátneho rozpočtu. Konvencia Lomé III. (podpísaná 8.12.1984 s platnosťou na obdobie rokov 1985-1990) orientovala sa na rozvoj vidieckych oblastí a na zabezpečenie potravinovej bezpečnosti ako reakcia na dlhotrvajúce suchá a pretrvávajúce prírodné katastrofy. Ciele boli

²⁶ Konvencia Lomé I. (podpísaná 28.2.1975).

dosiahnuté reformou potravinovej pomoci, spôsobom, že sa mala podporiť ich vlastná výroba potravín a tak dosiahnuť ich sebestačnosť. Došlo k dôležitým reformám zameraným na sprísnenie kontroly využívania fondov ES. Bol vytvorený nový konzultačný orgán Spoločné zhromaždenie, ktoré nahrádza Poradné zhromaždenie a Spoločný výbor. Všeobecná schôdzka sa koná 2x ročne striedavo v ES a v niektorom zo štátov AKP.

Konvencia Lomé IV. bola podpísaná v roku 15.12.1989, do platnosti vstúpila 1991 septembra na dobu 10 rokov. Signatármi boli predstavitelia 12 členských štátov ES a 68 krajín AKP. V období príprav Lomé IV. došlo k vážnemu poklesu cien tovarov, rýchlemu rastu zadĺženosti a prehĺbovaniu rozdielov medzi RK. Cieľom preto bolo prijať opatrenia, ktoré by vrátili RK späť na cestu rozvoja. Novinkou bola problematika tvorby a ochrany životného prostredia.

Keďže ťažiskom hospodárskej a obchodnej politiky krajín ES boli predovšetkým krajiny afrického kontinentu, začalo sa hovoriť o realizácii „projektu Euroafrika“.

Prejavovalo sa v troch hlavných oblastiach. Prvým bol pohyb tovaru, čo znamenal bezcolný vývoz bez kvantitatívnych obmedzení, hlavne poľnohospodárskych produktov a nerastných surovín do EHS. Ďalšou ťažiskovou oblasťou bol voľný pohyb pracovných síl, pri ktorom sa riešil problém nezamestnanosti v pridružených krajinách, a to presunom časti pracovných síl do EHS. Treťou oblasťou bol voľný pohyb kapitálu, ktorý mal stimulovať príliv kapitálu z krajín EHS na financovanie rôznych projektov rozvoja v pridružených krajinách.

Colné preferencie v loméskom systéme sa prejavujú ako jednostranne a nerecipročne zvýhodňovaný export tovaru z krajín AKP do členských štátov EÚ odstránením dovozného cla. V ich systéme platí hierarchický princíp podľa ktorého sa krajinám s najnižším HDP na obyvateľa poskytujú najväčšie colné úľavy.

Pri colných preferenciách treba venovať osobitný zreteľ pravidlám určenia pôvodu tovaru v súvislosti s uplatňovaním preferenčnej colnej sadzby. Za pôvodné produkty sú považované tie, ktoré boli úplne vypestované, vyťažené z pôdy, vyrobené spracované alebo prepracované v jednom alebo viacerých štátoch AKP. Krajiny AKP sú colne považované za jeden celok. Produkty môžu byť spracované len v určenej oblasti. Na preferenčnom zaobchádzaní sa podieľa tá krajina AKP, ktorá sa posledná zúčastňuje na produkcii exportného tovaru. Ide o kumuláciu pôvodu.

Spoločenstvo prijíma opatrenia na podporu predaja, ktoré podporujú zahraničný obchod AKP. Ide o vzdelávanie odborníkov v oblasti zahraničného obchodu, zdokonaľovanie techniky zahraničného obchodu, účasť na veľtrhoch, semináre v oblasti obchodu a marketingu, poskytovanie obchodných informácií.

Popri známych konvenciách boli prijaté početné dodatkové protokoly na doladenie systému colných preferencií. Spomeniem iba pár:

Protokol o cukre, bol prijatý v rámci Lomé I. Krajiny EHS sa zaviazali dovážať určité množstvo cukru pri garantovaných cenách.

Protokol o banánoch je zameraný na zvýšenie konkurencieschopnosti tejto komodity na svetových trhoch a hlavne na trhu EÚ.

Protokol o rume, podľa ktorého sa každoročne určuje množstvo tohto produktu, ktoré môžu krajiny AKP vyviesť na trh EÚ bez cla.

Protokol týkajúci sa hovädzieho a teľacieho mäsa bol pričlenený k predchádzajúcim protokolom v rámci Lomé IV.

V septembri 1998 sa začali rokovania medzi EÚ a AKP, ktoré mali radikálne zmeniť 25 rokov starú Lomécku dohodu. Boli ukončené 23. júna 2000 podpisom Dohody z Cotonou medzi 15 členskými štátmi EÚ a 77 krajinami AKP v meste Cotonou v západoafrickom štáte Benin. Táto dohoda je uzavretá predpokladanou platnosťou na 20 rokov s pravidelnou revíziou každých 5 rokov. Niektoré časti dohody sú dokonca preskúmané každoročne. Obsahovala aj vznik orgánov, ktoré mali za účel kontrolovať plnenie cieľov dohody z Cotonou. Išlo predovšetkým o Radu ministrov AKP-EÚ, ktorá sa stretáva raz ročne, Výbor veľvyslancov ustanovený ako pomocný orgán rady a Spoločné parlamentné zhromaždenie, ktoré má vytvárať stály kontakt medzi predstaviteľmi EÚ a AKP.

Spolupráca je uskutočnená na základe princípov:

Rovnosti partnerov, t.j. participatívny prístup umožňujúci integráciu do politického, ekonomického a spoločenského života vedľa štátnych útvarov aj ostatným subjektom súkromného sektora a občianskych spolkov.

Dialógu a plnenia vzájomných záväzkov. Diferenciácie a regionalizácie, pritom spolupráca sa líši od stupňa rozvoja partnerskej krajiny. Zvláštny prístup si vyžadujú najmenej rozvinuté, vnútrozemské a ostrovné krajiny AKP. 27

Najpodstatnejšie zmeny odlišujúce dohodu z Cotonou od dohody z Lomé sú posilnenie politickej dimenzie a posilnené zameranie stratégií rozvoja na redukciu chudoby. Pritom kľúčovú úlohu má zohrávať politický dialóg a podpora participatívneho prístupu s cieľom zapojiť nových partnerov do dialógu o hospodárskych, sociálnych a inštitucionálnych reformách. Je pritom použitý diferencovaný prístup, ktorý by mal zohľadňovať individuálnu situáciu každej krajiny AKP a zároveň integrovaný prístup, ktorý berie do úvahy viacrozmernú povahu chudoby.

Pri úprave obchodných vzťahov išlo v posledných rokoch hlavne o prípravu nového rámca hospodárskej a obchodnej spolupráce, kompatibilného s požiadavkami WTO. Režim colných preferencií bol zachovaný do 31. decembra 2007. Od 1.1.2008 je doterajší režim nerekipročných preferencií nahradený novými dohodami o hospodárskej a obchodnej spolupráci, tzv. dohodami o ekonomickom partnerstve (EPAs).

Uskutočnená reforma finančnej spolupráce musí zodpovedať vytýčeným cieľom a je spojená s pravidelným monitorovaním a hodnotením výsledkov. Zmenila sa povaha pomoci zo strany EÚ od rozdrobenej projektovej pomoci k poskytovaniu pomoci na obmedzený počet sektorových programov. Obchodné výhody môžu využívať RK AKP, ktoré budú rešpektovať ľudské práva a dodržiavať demokratické princípy. EÚ poskytne krajinám AKP popri preferenciách aj značnú finančnú pomoc. Nová dohoda zahŕňa i odstránenie obchodných prekážok, pričom tento proces by mal trvať približne 15 rokov.

²⁷ Dohoda z Cotonou (podpísaná 23.júna 2000).

V čase hospodárskej krízy nie je potrebné si pripomenúť, že nepriaznivé vplyvy doliehajú na celú EÚ. Jednou z týchto externít, čo situácia vyprodukovala je globálny nárast cien potravín. Zaujímavé, že zvýšené ceny potravín, sa neprejavujú vo vyšších ziskov poľnohospodárov. Na dennom poriadku sú protesty rôznych skupín pestovateľov, ktorí pre nízke výkupné ceny, nie sú schopní pokryť ani svoje výrobné náklady. Pritom viac než 30% výdavkov únie predstavujú dotácie roľníkom.

Poľnohospodári vinnia za nízke ceny dovážané potraviny z tretích krajín. Možno, majú pravdu. Už prešla doba veľkorysosti a prehnanej solidarity voči nečlenským krajinám. Prišiel čas pre zodpovednú colnú politiku EÚ, ktorá nezvýhodňuje výrobcov nečlenských štátov na úkor domácich. V čase, keď sa EÚ snaží naplniť Lisabonské ciele a budovať znalostnú ekonomiku, a zápasí pritom s rozpočtovými obmedzeniami, sú agrodotácie považované za neefektívne mrhanie. Primerané colné kvóty by predstavovali nízko nákladný a efektívny spôsob zníženia závislosti pestovateľov od únijných príspevkov.

Celosvetová finančná kríza poukázala na potrebu zrealnenia ekonomických vzťahov v globálnom svete. Ukazuje sa, že ako súčasť tohto procesu je potrebné zrealniť aj colné preferencie EÚ. Nastúpená cesta colných preferencií z Lomé prispieva k hospodárskym problémom EÚ. Preto je potrebné analyzovať systém colných preferencií a vytýčiť zásady pre budovanie systému colných preferencií vychádzajúc z reálnych možností a dlhodobých potrieb EÚ.

Literature:

- Balko, L.: Colné paragrafy pre každého. Bratislava, Elita, 1991, str. 4.
- Kubicová J.: Dane a právo v praxi. č. 11/1998, str. 27 a č. 12/1998, str. 27.

Reviewer:

Gabriel Hulkó

Contact – email:

hulesz0@gmail.com, hulko@dlmu.sk

NAŘÍZENÍ O RATINGOVÝCH AGENTURÁCH - „OBVYKLÁ“ REAKCE NA FINANČNÍ KRIZI?

ZDENĚK HUSTÁK

Faculty of Law, Masaryk University, the Czech Republic

Abstract:

THE AUTHOR HAS NOT DULY SUBMITTED ANY ABSTRACT.

Key words:

Credit rating agencies; financial crisis; regulation; *acquis communautaire*.

1. ÚVODEM

Krize na finančním trhu vždy vyvolává potřebu reagovat na její příčiny a průběh. Každá z krizí je určitým způsobem specifická, nicméně obvyklé reakce mají na jednu stranu podobu restriktce či prohibice určitých typů jednání na finančním trhu a na druhou stranu zahrnují úpravu kompetencí orgánů dohledu - a to vždy směrem k jejich rozšiřování. Typickým příkladem prvního typu reakcí je ukládání nových požadavků na tvorbu a šíření informací na finančním trhu a regulace dosud neregulovaných institucí. Vždy vyvstává otázka přiměřenosti takovýchto reakcí ve vztahu důvodům a průběhu příslušné krizové situace.

V rámci odpovědi na současnou finanční krizi je regulace informací zpracovávaných a šířených ratingovými agenturami jednou z oblastí, na kterou se ve svých „akčních programech“ zaměřují všechny vyspělé země světa, Evropskou unii nevyjímaje. Nedávno schválené nařízení o ratingových agenturách¹ (dále jen „Nařízení“) představuje první ucelený pokus Společenství o vytvoření jednotného právního rámce pro regulaci ratingů a ratingových agentur. Vedle zavedení komplexní regulace celého jednoho odvětví finančního trhu přináší toto nařízení řadu inovativních právních řešení a naznačuje nový trend, kterým se může evropská legislativa finančního trhu dále ubírat. Záměrem tohoto příspěvku je stručně popsat hlavní prvky nového regulatorního režimu zavedeného v EU pro ratingové agentury a nastínit hodnocení některých jeho kritických bodů a precedenčních řešení v něm obsažených.

2. K ČINNOSTI RATINGOVÝCH AGENTUR

Činnost ratingových agentur si můžeme přiblížit jako sběr informací o konkrétním emitentovi investičního nástroje nebo o investičním nástroji, o situaci v daném hospodářském sektoru a celkové makroekonomické situaci. Na základě analýzy a vyhodnocení těchto informací je ratingovou agenturou vypracováno standardizované hodnocení (rating), které vyjadřuje pravděpodobnost, s jakou bude posuzovaná osoba schopna splnit své finanční závazky obecně nebo vztahu k určitému investičnímu nástroji. Toto hodnocení je výsledkem použití určité

¹ Text příspěvku vychází z dokumentu 2008/0217 (COD) Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on Credit Rating Agencies- Outcome of the European Parliament's first reading (Strasbourg, 21 to 24 April 2009). Jedná se o kompromisní znění Nařízení dojednané mezi Radou EU a Evropským parlamentem. Publikace oficiálního textu Nařízení v Úředním věstníku se předpokládá v září tohoto roku.

standardizované metodologie a modelů, které jsou specifickým know-how každé ratingové agentury.

Ratingové hodnocení má strukturovanou povahu - podle kvality posuzované osoby nebo finančního nástroje je rating členěn do příslušných stupňů, které odpovídají očekávání ratingové agentury ohledně pravděpodobnosti s jakou bude posuzovaná osoba schopna splnit své finanční závazky. Rating tak představuje určitou indikaci o bonitě posuzované osoby a příslušného investičního nástroje a o riziku, které je s investicí do takového investičního nástroje spojeno. Konkrétní hodnota ratingu je tedy důležitou informací pro rozhodování potenciálních investorů o tom, jaké riziko příslušná investice představuje, zda příslušný investiční nástroj zakoupí či nikoliv, a jakou cenu jsou ochotni zaplatit. Obecně lze říci, že pro investory jsou obecně atraktivnější investiční nástroje, které mají rating, neboť investoři o nich mají více informací a určitou referenční základnu pro svá investiční rozhodnutí oproti investičním nástrojům bez ratingu. Z hlediska posuzované osoby např. emitentů investičních nástrojů představuje rating indikativní informaci o tom, jak budou investoři vnímat nabízený investiční nástroj a za jakých podmínek budou moci získat od investorů kapitál - ať při úpisu akcií či při poskytnutí úvěru. To platí jak pro emitenty z korporátní sféry, tak samozřejmě i pro státy a mezinárodní organizace. Vedle těchto „klasických investičních“ a úvěrových ratingů existují i ratingy speciální, které zohledňují určité specifické aspekty - např. ratingy exportní.

První ratingy se objevili na počátku 20. století ve Spojených státech v souvislosti s hodnocením důvěryhodnosti emitentů akcií obchodovaných na burzách. Nicméně dlouhou dobu byla činnost ratingových agentur zcela mimo jakoukoliv regulaci. Až v 70. letech minulého století americká Komise pro cenné papíry zavedla proces „uznávání“ ratingových agentur, které vydávaly ratingy emitentů kótovaných na amerických burzách. Nicméně, jednalo se pouze o faktické uznání těchto ratingových agentur, které již byly trhu aktivní. Zásadní podněty pro regulaci ratingů však přinesly až asijská finanční krize a finanční skandály firem Enron a Parmalat. Tyto negativní události vyvolaly zásadní pochybnosti o důvěryhodnosti ratingů a o schopnostech ratingových agentur efektivně zohledňovat ve svých ratingových hodnoceních negativní hospodářský vývoj u emitentů finančních nástrojů či makroekonomických faktorů. Regulační odezva měla různou podobu - například v Austrálii přijali legislativu pro ratingové agentury již v roce 2001², s doplněním v letech 2003 a 2005. Ve Spojených státech byl v roce 2006 přijat zákon o regulaci ratingových agentur.³ Odpovědí v globálním měřítku byl kodex mezinárodní organizace regulátorů kapitálového trhu (IOSCO) pro ratingové agentury z roku 2004,⁴ který však měl pouze povahu doporučení.

Současná finanční krize, která odstartovala právě v USA, přinutila všechny vyspělé státy hledat adekvátní odpověď na její příčiny. Mezi mnoha důvody vzniku krize bývá uváděna také negativní role ratingových agentur. Především neúplnost či nesprávnost jejich ratingů, nedostatečnost informací poskytovaných investorům ohledně strukturovaných finančních

² The Corporation Act 2001.

³ Credit Rating Agencies Reform Act (2006).

⁴ IOSCO Code of conduct fundamentals for Credit rating Agencies (2004), International Organisation of Securities Commissions, Madrid, 2004.

nástrojů, jejichž podkladovými aktivy byly hypotéky a jiné finanční nástroje, či neadekvátní metodologie. Významným problémem byl též střet zájmů, kdy ratingové agentury jsou primárně placeny právě emitenty investičních nástrojů jejichž hodnocení provádějí. V neposlední řadě byla je předmětem kritiky také pomalá reakce ratingových agentur na nové negativní informace a opožděné snižování příslušných ratingů.

3. PŘÍSTUP EVROPSKÉ UNIE K REGULACI RATINGŮ

Regulace ratingových agentur a ratingů v evropském právu byla doposud upravena pouze omezeným způsobem. Jedná se například o pravidla pro uznávání ratingových agentur, jejichž ratingy mohou využívat banky ve svých modelech pro stanovování kapitálových požadavků je stanoveno v konsolidované bankovní směrnici⁵. Dále o ratingových agenturách hovoří směrnice o zneužívání trhu,⁶ která zmiňuje povinnosti ratingových agentur zajistit adekvátní prezentaci ratingů a uveřejňování informací o případných střetech zájmů při jejich činnosti.

O potřebě komplexní regulace činnosti ratingových agentur se zmiňuje usnesení Evropského parlamentu z roku 2004⁷ na jehož základě iniciovala Evropská komise v roce 2005 vyhodnocení činnosti ratingových agentur a standardů pro vydávání ratingů v rámci EU. Na základě zprávy CESR⁸ provedla Komise analýzu hlavních problémů při činnosti ratingových agentur a možných tržních selhání. Výsledky této analýzy vedly Radu EU a Komisi k rozhodnutí o potřebě legislativní reakce na zjištěné nedostatky. Nicméně teprve v létě 2008 byly předloženy k veřejné diskusi hlavní teze legislativního řešení, které mělo vést k odstranění nejzásadnějších nedostatků v činnosti ratingových agentur. V návaznosti na výsledky veřejné diskuse připravila Komise návrh nařízení o ratingových agenturách, který uveřejnila počátkem listopadu loňského roku. Po projednání návrhu v Radě EU a Evropském parlamentu bylo kompromisní znění Nařízení o ratingových agenturách (dále jen „Nařízení“) schváleno na konci dubna. Formální schválení oficiálních verzí Nařízení ve všech úředních jazycích Evropské unie a jejich vydání v Úředním věstníku EU se předpokládá v září tohoto roku.

4. K PRÁVNÍMU ZÁKLADU NAŘÍZENÍ O RATINGOVÝCH AGENTURÁCH

Přestože název Nařízení hovoří pouze o ratingových agenturách má toto nařízení dvě oblasti působnosti. V první oblasti specifikuje, které osoby a ve kterých situacích jsou povinny používat pouze ratingy vydané evropskými ratingovými agenturami. Druhá oblast působnosti nařízení nastavuje podmínky a předpoklady pro vydávání ratingů v EU a pravidla pro registraci a činnost ratingových agentur. Výstižnější název pro nařízení s takto vymezenou působností by mohl být například „nařízení o pravidlech pro vydávání a využívání ratingů“. Důvod pro tuto „dualitu“ působnosti Nařízení lze dovodit z právního základu pro jeho vydání.

⁵ Směrnice 2006/48/ES Evropského parlamentu a Rady ze dne 14. června 2006 o přístupu k činnosti úvěrových institucí a o její výkonu.

⁶ Směrnice 2003/125/ES Evropské komise 22. prosince 2003 provádějící směrnici 2004/6/ES Evropského parlamentu a Rady o poctivé prezentaci investičních doporučení a uveřejňování střetů zájmů.

⁷ European Parliament resolution on Role and Methods of Rating Agencies (2003/2081 (INI))

⁸ Committee of European Securities Regulators.

Právním základem deklarovaným v úvodním ustanovení navrhovaného nařízení je článek 95 Smlouvy o evropských společenstvích („Smlouva“). Článek 95⁹ pojednává o opatřeních přijímaných k ochraně jednotného vnitřního trhu včetně ochrany spotřebitelů a beze sporu odůvodňuje nastavením určitých kvalitativní požadavků na ratingy a informace o nich. Podle úvodního odstavce tohoto článku by však měl být aplikován pouze v případech, kdy jiná ustanovení Smlouvy neobsahují speciální úpravu. měl by tedy jít o ustanovení, které je využíváno spíše doplňkově.

Ohledně stanovení podmínek pro činnost ratingových agentur a stanovení povinnosti získat speciální podnikatelské oprávnění pro vydávání ratingů v celém Společenství, však může být otázkou, zda Komise neměla zvolit jako právní základ spíše článek 47 Smlouvy¹⁰ a jeho druhý odstavec. Tento článek upravuje přijímání opatření na úrovni Společenství k zajištění práva volného pohybu osob a usazování a je standardním právním základem evropských předpisů v oblasti finančního trhu, které regulují výkon činnosti finančních institucí. Argumentace předkládaná Komisí pro zahrnutí pravidel pro činnost ratingových agentur pod článek 95 (2) Smlouvy uvádí, že imanentním předpokladem zajištění dostatečné kvality ratingů využívaných na vnitřním trhu je také stanovení adekvátních podmínek pro osoby, které tyto ratingy vytváří a šíří. Přestože se v některých fázích přípravy nařízení objevovalo silné volání po zákazu výkonu jiných podnikatelských činností než je tvorba ratingů ze strany ratingových agentur, výsledný text Nařízení výkon dalších podnikatelských činností ratingovým agenturám umožňuje. Pro výkon dalších činností se však uplatňují určitá omezení vyplývající zejména z požadavků na prevenci střetu zájmů při vydávání ratingů. Lze se domnívat, že pokud by došlo k restrikci podnikatelské činnosti ratingových agentur pouze na vydávání ratingů mohla by být shledána neadekvátnost právního základu Nařízení pro takovéto omezení.

⁹ Článek 95 Smlouvy o Evropském společenství stanoví: „1. Odchylně od článku 94, a není-li v této smlouvě stanoveno jinak, použijí se k dosažení cílů uvedených v článku 14 následující ustanovení. Rada postupem podle článku 251 po konzultaci s Hospodářským a sociálním výborem přijímá opatření ke sbližování ustanovení právních a správních předpisů členských států, jejichž účelem je vytvoření a fungování vnitřního trhu.

2. Odstavec 1 se nevztahuje na ustanovení o daních, ustanovení týkající se volného pohybu osob, ani na ustanovení týkající se práv a zájmů zaměstnanců.

3. Komise bude ve svých návrzích podle odstavce 1 týkajících se zdraví, bezpečnosti, ochrany životního prostředí a ochrany spotřebitele vycházet z vysoké úrovně ochrany a přihlédne přitom zejména k novému vývoji založenému na vědeckých poznatcích. V rámci svých pravomocí usilují o tento cíl též Evropský parlament a Rada. (...)“

¹⁰ Článek 47 Smlouvy o Evropském společenství stanoví „1. Za účelem usnadnění přístupu osob k samostatně výdělečným činnostem a jejich výkonu přijme Rada postupem podle článku 251 směrnice upravující vzájemné uznávání diplomů, osvědčení a jiných dokladů o kvalifikaci.

2. Za stejným účelem přijímá Rada postupem podle článku 251 směrnice ke koordinaci právních a správních předpisů členských států, jež se týkají přístupu k samostatně výdělečným činnostem a jejich výkonu. Rada rozhoduje postupem podle článku 251 jednomyslně o směrnících, k jejichž provedení jsou alespoň v jednom členském státě zapotřebí změny stávajících zásad zákonné právní úpravy jednotlivých povolání týkajících se vzdělání a podmínek přístupu fyzických osob k nim. V ostatních případech Rada rozhoduje kvalifikovanou většinou. (...)“

Pro volbu článku 95 jako právního základu se Komise rozhodla ještě z jednoho relativně prozaického důvodu, který je svou povahou politicko-legislativně-technický. Komise chtěla docílit rychlé závaznosti nových pravidel pro ratingové agentury v rámci celého Společenství. Článek 95 Smlouvy totiž narozdíl od článku 47 umožňuje Komisi vydávat Nařízení, což jsou, jak je obecně známo, právní předpisy, které nevyžadují transpozici do národních právních řádů a jsou přímo závazné ve všech členských státech. Že k tomuto rozhodnutí ohledně právní báze došlo až v posledním stadiu příprav Komisního návrhu svědčila dikce řady ustanovení v textu původního komisního návrhu, která odpovídá standardnímu jazyku směrnic a relativní obecnosti ustanovení směrnic, nikoliv konkrétnosti a podrobnosti jazyka, kterým by měly být psány nařízení. Při vyjednávání v Radě EU a v Parlamentu došlo k významnému přepracování komisního návrhu směrem k preciznějšímu vymezení povinností a pravidel pro ratingové agentury, uživatele ratingů a orgány dohledu tak, aby při praktické aplikaci vznikalo co nejméně nejasností.

Vzhledem k tomu, že se jedná o první pokus Společenství komplexně regulovat celý sektor ratingových agentur má rozhodnutí o volně formy příslušného legislativního nástroje v podobě nařízení celou řadu kritiků. Velká část členských států preferovala formu směrnice, nicméně vzhledem ke zvolenému právnímu základu a povaze spolurozhodovacího procesu¹¹ již nebylo možné formu předloženého předpisu změnit ani ze strany Rady a Parlamentu. Pro svou argumentaci o větší vhodnosti formy nařízení oproti směrnici pro regulaci sektoru ratingových agentur Komise používala relativně účelově skutečnost, že v řadě členských států doposud neexistovala žádná právní úprava činnosti ratingových agentur.

Dalším argumentem pro formu nařízení prezentovaným Komisí je zařazení poměrně rozsáhlých a velmi detailních příloh. Tyto přílohy bude možné relativně flexibilně novelizovat procesem komitologie.¹² V rámci vyjednávání Komise argumentovala, že právě tato detailní pravidla uvedená v přílohách doplňují relativně obecně formulované povinnosti ve vlastním textu Nařízení. Lze se domnívat, že by bylo systematicky vhodnějším řešením dodržení standardní struktury právních předpisů připravovaných v rámci Lamfalussyho procesu - tj. vydání obecné rámcové směrnice, která vymezí základní mantinely pro regulaci sektoru ratingových agentur, na kterou by navázaly detailní technické prováděcí opatření v podobě nařízení. Ve prospěch dodržení standardní Lamfalussyho struktury svědčí také to, že Nařízení předpokládá vydání celé řady doporučení ze strany CESR, které tvoří tzv. třetí úroveň Lamfalussyho procesu.

5. REGULACE POUŽÍVÁNÍ RATINGŮ

Ohledně pravidel pro uživatele ratingů se v Nařízení objevuje v čl. 4 požadavek, aby evropské finanční instituce v určitých situacích používaly výhradně ratingy vydané evropskými ratingovými agenturami. Mělo by se jednat o situace, kdy používání ratingů předepisují evropské směrnice, které upravují činnost příslušných finančních institucí - Nařízení zde

¹¹ Jedná se o postup podle čl. 251 Smlouvy o Evropském společenství. Návrh příslušného legislativního aktu předkládá Komise, přitom forma právního aktu vychází ze zvoleného právního základu.

¹² Jedná se o postup podle Rozhodnutí Rady ze dne 28. června 1999 o postupech pro výkon prováděcích pravomocí svěřených Komisi, konkrétně o tzv. Regulační postup s kontrolou (Regulatory procedure with scrutiny) podle článků 5a (1) až (4) a čl. 7. Tato procedura zahrnuje předložení návrhu Komisí a jeho skrutinium ze strany Rady EU a Evropského parlamentu.

hovoří o využívání ratingů pro „regulační účely“. Například se jedná o využívání ratingů v rámci výpočtu kapitálové přiměřenosti ze strany bank a obchodníků s cennými papíry podle směrnice o kapitálových požadavcích,¹³ a také o používání ratingů při stanovování požadavků na solventost pojišťoven a zajišťoven podle připravované směrnice o solventnosti. Dále o využívání ratingů hovoří směrnice UCITS¹⁴ u některých přípustných aktiv standardních fondů kolektivního investování a u některých aktiv zaměstnaneckých penzijních institucí podle směrnice o zaměstnaneckých penzijních institucích.¹⁵

Dalším projevem „ochranné povahy“ Nařízení a materializací právního základu - tj. článku 95, je zařazení specifické povinnosti pro emitenty a další osoby veřejně nabízející cenné papíry podle příslušných ustanovení směrnice o prospektu, resp. prováděcího nařízení k této směrnici¹⁶, do článku 4 (1) Nařízení. Obsahem této povinnosti je, aby v případě kdy je v prospektu uvedena informace o ratingu uděleného příslušnému cennému papíru, který je předmětem veřejné nabídky, byla zároveň uvedena jednoznačná a zřetelná informace o tom, zda je předmětný rating vydán v souladu s Nařízením či nikoliv. Cílem této povinnosti je umožnit čtenářům prospektu, kteří jsou potenciálními investory, vyhodnotit adekvátně informaci o předmětném ratingu a udělat si informovaný úsudek o jeho důvěryhodnosti. Uvedená formulace je výsledkem rozsáhlé diskuse mezi těmi členskými státy, které preferují větší reglementaci informací užívaných investory na finančním trhu prosazujícími používání výhradně evropských ratingů, a liberálnějšími zeměmi.

Nastavené pravidlo vychází z předpokladu, že ratingy vydané podle Nařízení tj. ratingy vydané evropskými agenturami, a ratingy endorované nebo certifikované, jsou na kvalitativně vyšší úrovni než ratingy, které tyto podmínky nesplňují. Je otázkou pro praxi, zda skutečně dojde k takovému kvalitativnímu rozrůznění ratingů, že uvedená informace bude pro investory skutečně zásadní. Na druhou stranu může být pravdou, že u ratingů splňujících podmínky Nařízení, bude patrně pro evropské investory snazší ověřit si informace o použité metodologii, předpokladech a informacích použitých k vytvoření ratingu, o historické úspěšnosti ratingů příslušné ratingové agentury apod. Rovněž může být relativně jednodušší pro uživatele ratingů podat případnou stížnost příslušnému orgánu dohledu nebo CESR v případě, že má investor podezření na „zavádějící“ informaci obsaženou v předmětném ratingu.

Dlužno podotknout, že původní návrh Komise obsahoval v podstatě úplný zákaz používání ratingů vydaných mimo EU jak pro finanční instituce a centrální banky, tak fakticky i pro

¹³ Směrnice 2006/49/ES Evropského parlamentu a Rady ze dne 14. června 2006 o kapitálové přiměřenosti investičních podniků a úvěrových institucí.

¹⁴ Směrnice Rady 85/611/ES ze dne 20. prosince 1985 o koordinaci právních a správních předpokladů týkajících se subjektů kolektivního investování do převoditelných cenných papírů (SKIPCP).

¹⁵ Směrnice 2003/41/ES Evropského parlamentu a Rady ze dne 3. června 2003 o činnostech institucí zaměstnaneckého penzijního pojištění a dohledu nad nimi.

¹⁶ Konkrétně povinnost uvádět ratingy v prospektu cenného papíru pro dluhové cenné papíry je uvedena v bodě 7.5 Přílohy V Nařízení Komise (ES) č. 809/2004 ze dne 29. dubna 2004, kterým se provádí směrnice Evropského parlamentu a Rady 2003/71/ES, pokud jde o údaje obsažené v prospektech, úpravu prospektů, uvádění údajů ve formě odkazu, zveřejňování prospektů a šíření inzerátů, ve znění nařízení Komise (ES) č. 1787/2006 a č. 211/2007.

soukromé investory. Původní návrh Komise také fakticky zakazoval obchodování s investičními nástroji, které by měly rating vydaný mimo EU. Samotné vyjednávání v Radě a Parlamentu bylo opět ve znamení intenzivních střetů zastánců ochrannářského přístupu a liberálů a výsledkem těchto diskusí je relativně balancovaný režim, který umožňuje využívat i ratingů ze třetích zemí, které splní určité podmínky.

Celkově ohledně restriktce používání ratingů obsažené v Nařízení lze mít silné kritické výhrady. Přestože je toto omezení koncipováno jako opatření směřující na ochranu spotřebitelů má toto opatření až znaky cenzury, kdy brání volnému přístupu k informacím o emitentech a investičních nástrojích, které mohou být zásadní pro adekvátní investiční rozhodnutí. Resp. jsou informace vytvořené mimo EU „oceňchovány“ jako informace druhé jakosti či dokonce nepodstatné, ač jsou svojí povahou zcela shodné s informacemi vytvořenými procedurami aprobovanými tímto Nařízením. Je rovněž poměrně pikantní, že finanční instituce - banky, pojišťovny, které by měly být absolutními profesionály na finančním trhu a měly by mít adekvátní aparát pro hodnocení důvěryhodnosti ratingů, investičních nástrojů a jejich emitentů, jsou doslova „vedeny za ručičku“ a je jim administrativně předepsáno, které ratingy jsou ty „dobré“ a které nikoliv. Celkově je poměrně neradostné, že nová evropská legislativa zavádí ve jménu ochrany spotřebitele a stability trhu opatření, která významně nad rámec přiměřený hrozícím rizikům omezují svobodu spotřebitelů a finančních institucí využívat volně informací významných z hlediska fungování trhu a jejich investičního rozhodování.

Stručně zmiňme také konsekvence pro uživatele ratingů v případě zrušení registrace ratingové agentury (čl. 17), porušení podmínek pro endorsement (čl. 4) a ekvivalenci s certifikací (čl. 4a). Tyto skutečnosti mají ve smyslu čl. 4 (1) za následek zánik oprávnění užívat příslušné ratingy, které byly předmětem těchto režimů v EU. To znamená, že evropské finanční instituce tyto ratingy nebudou moci nadále používat pro regulatorní účely. Přestože Nařízení v čl. 21 (2) stanovuje určité přechodné období pro řešení takovýchto případů může zrušení oprávnění k užívání ratingů vést k nutnosti urychleně navýšit či jinak upravit regulatorní kapitál všech finančních institucí, které příslušný rating či ratingy používaly, či k masivnímu prodeji investičních nástrojů, kterých se příslušný rating týkal. Vzhledem k aktuální situaci na finančním trhu (jaro 2009) lze mít jisté obavy, zda takovéto důsledky právního předpisu připraveného v reakci na finanční krizi skutečně mohou přinést zvýšení stability finančního trhu či zda náhodou nemohou naopak přispět k ještě větší destabilizaci finančního trhu v krizových dobách.

6. PODMÍNKY PRO UŽÍVÁNÍ RATINGŮ ZE TŘETÍCH ZEMÍ

Přestože původní návrh Komise vůbec nepředpokládal možnost používání ratingů vydaných mimo EU finančními institucemi a dalšími osobami v rámci Společenství, finálně schválený text Nařízení toto umožňuje. Nutno podotknout, že Nařízení však neobsahuje obecnou povinnost finančních institucí používat výhradně evropské ratingy, resp. povinnost investovat do finančních nástrojů s evropským ratingem. Na druhou stranu nařízení také neobsahuje požadavek, aby všechny investiční nástroje, které jsou využívány finančními institucemi a investorskou veřejností měly rating resp. rating vydaný podle tohoto Nařízení.

Ovšem podmínky, které musí být splněny ohledně ratingu vydaného mimo EU jsou poměrně restriktivní. Konkrétně Nařízení zavádí dva režimy pro „import“ ratingů ze třetích zemí, které jsou svou konstrukcí prakticky zcela nové alespoň v evropské právní úpravě finančního trhu. Jedná se o režim tzv. endorsementu a o režim tzv. ekvivalence s certifikací.

Režim endorsementu¹⁷ upravený v čl. 4 (2) a násl. spočívá v tom, že ratingová agentura, která je registrovaná v EU převezme rating vydaný ratingovou agenturou se sídlem v zemi mimo EU. Podmínkou je, že tato ratingová agentura patří do stejného podnikatelského seskupení. Evropská ratingová agentura za tento převzatý rating odpovídá tak, jako by jej vydala sama. Předpokladem pro takovéto převzetí ratingu je, že evropská ratingová agentura prověří splnění celé řady podmínek - jednak předpokladů ohledně ratingové agentury ze třetí země, jednak podmínek týkajících se této třetí země, jejího právního řádu, existence a postavení příslušného orgánu dohledu nad činností ratingových agentur či existence adekvátní smlouvy o spolupráci mezi příslušným evropským orgánem dohledu a orgánem dohledu ze třetí země.

Druhý režim nazvaný ekvivalence a certifikace je upraven v čl. 4a Nařízení a představuje poměrně neobvyklou kombinaci posuzování ekvivalence (srovnatelnosti) právního řádu třetí země z hlediska regulace ratingových agentur s regulací ratingových agentur v EU, a procesu certifikace, který spočívá v posuzování rozsahu a způsobu užívání ratingů v rámci EU a splnění určitých kritérií ze strany ratingové agentury ze třetí země. Oproti „standardnímu“ režimu ekvivalence tak, jak je zaveden například v transparenční směrnici a ve směrnici o prospektu¹⁸, není v tomto režimu důsledkem rozhodnutí vydaného Komisí o ekvivalenci regulatorního režimu v příslušné třetí zemi zavedení „obecné“ ekvivalence pro všechny ratingy a ratingové agentury z příslušné posuzované třetí země. Rozhodnutí o ekvivalenci v tomto režimu je pouze předpokladem pro to, aby na ratingy a ratingové agentury z příslušné třetí země nebyly aplikovány některé požadavky stanovené v režimu endorsementu. Nařízení však stanovuje ještě doplňující podmínky týkající se konkrétní ratingové agentury, která by chtěla využít tohoto režimu a ratingů, které vydává. Zejména se jedná o podmínku, že rating vydaný dotčenou ratingovou agenturou je používán v EU v relativně malé míře a nemá systemický dopad na finanční trh v jednom či více členských státech a že ratingová agentura je relativně malá. Pokud by nebyly splněny tyto dodatečné podmínky, nebylo by možné využít režimu ekvivalence a certifikace a ratingová agentura, která by chtěla, aby její ratingy byly využívány v EU, by se musela podrobit režimu endorsementu a zřídit v EU dceřinou společnost, která by získala příslušnou registraci.

Ze stručné charakteristiky těchto režimů je poměrně zřejmé, že oba představují poměrně výraznou administrativní zátěž pro ratingové agentury ze třetích zemí. Lze říci, že některé ze stanovených podmínek mají až ochranný charakter a vytvářejí bariéry volnému obchodu a poskytování služeb. Z hlediska nastavených podmínek je možno mít kritické výhrady ke skutečnosti, že u obou dvou režimů je nastavena řada podmínek jejichž splnění je zcela mimo dispoziční sféru dotčené ratingové agentury (ať evropské, tak ze třetí země), která hodlá daného režimu využít. Stejně tak je mimo sféru vlivu ratingové agentury zajištění trvání těchto podmínek. V praxi může tedy dojít porušení podmínek stanovených nařízením

¹⁷ Pozn. z angl. endorse - odsouhlasit, potvrdit.

¹⁸ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/109/ES ze dne 15. prosince 2004 o harmonizaci požadavků na průhlednost týkajících se informací o emitentech, jejichž cenné papíry jsou přijaty k obchodování na regulovaném trhu, a o změně směrnice 2001/34/ES, čl. 23 a násl.

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2003/71/ES ze dne 4. listopadu 2003 o prospektu, který má být zveřejněn při veřejné nabídce nebo přijetí cenných papírů k obchodování, a o změně směrnice 2001/34/ES, zejména čl. 44 a 67.

i jednáním příslušného orgánu dohledu, který má kontrolovat jejich plnění - např. v případě, že vypoví dohodu o spolupráci s orgánem dohledu ze třetí země.

Přestože cílem popsaných postupů je zajistit dostatečnou kvalitu „importovaných“ ratingů do EU a umožnit, aby evropské finanční instituce mohly i nadále ratingy vydané ve třetích zemích používat, procedurální složitost uvedených konstrukcí se může v praxi ukázat jako obtížně životaschopná. Evropská unie by tak musela hledat alternativní řešení této situace.

7. PODMÍNKY PRO ČINNOST RATINGOVÝCH AGENTUR

Pro činnost ratingových agentur stanovuje Nařízení celou řadu velmi detailních povinností. Jejich cílem je zajistit především minimalizaci střetu zájmů, nezávislost ratingových agentur při vydávání ratingů a kvalitu vydávaných ratingů - tedy oblastí, ve kterých je spatřováno největší pochybení ratingových agentur v souvislosti s finanční krizí.

V oblasti střetu zájmů nastavuje Nařízení velmi přísný standard, který je obdobný požadavkům kladeným například na investiční firmy podle MiFID.¹⁹ Obsahem tohoto standardu je povinnost identifikovat, eliminovat nebo řídit a uveřejňovat střety zájmů. Mezi konkrétní opatření, jejichž přijetí Nařízením ratingovým agenturám ukládá, patří požadavek na minimální počet nezávislých ředitelů²⁰ v dozorčím orgánu nebo ve správní radě ratingové agentury. Těmto nezávislým ředitelům nařízení také svěřuje výkon řady specifických kontrolních činností, například monitoring efektivity vnitřního kontrolního systému, sledování a hodnocení efektivity opatření proti střetu zájmů či kontrolu revizí ratingových metodologií a modelů. Mezi další požadavky patří povinnost zřídit útvar compliance, což je kontrolní útvar, který je obvyklý u jiných druhů finančních institucí a v neposlední řadě zákaz poskytování poradenských služeb osobám, jejich hodnocení ratingová agentura provádí, pravidla pro archivaci dokumentů nebo omezení pro investice zaměstnanců ratingové agentury. Je zajímavé, že v rámci zajištění adekvátní nezávislosti ratingových agentur stanovuje Nařízení výslovně zákaz interference do činnosti ratingových agentur ze strany členských států či jejich organizačních složek (čl. 20 (1)). Recitál (28) poté vysvětluje, že v případě nátlaku má CRA informovat CESR a Komisi, které by měli zjednat nápravu.

V souvislosti s požadavky na omezování střetu zájmů obsahuje Nařízení podrobná pravidla pro činnost analytiků, kteří analyzují podklady a zpracovávají ratingy a členů ratingových výborů, kteří ratingy schvalují. Navrhovaná úprava stanovuje například specifické požadavky na jejich rotaci tak, aby byla omezena možnost střetu zájmů vyplývající z dlouhodobé vazby mezi osobami, které vypracovávají a schvalují ratingy a posuzovanými emitenty. Dále Nařízením vyžaduje, aby nejen analytici, ale i osoby ve vedení ratingové agentury měly adekvátní znalosti a zkušenosti z finančního trhu, které jsou nezbytné pro řádnou tvorbu ratingů. A také specifikuje určité konkrétní kontrolní pravomoci, které musí být vykonávány prostřednictvím nezávislých členů dozorčí rady.

¹⁹ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/39/ES ze dne 21. dubna 2004 o trzích finančních nástrojů, ve znění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2006/31/ES.

²⁰ Nezávislým ředitelem (*independent director*) se rozumí osoba, která nemá jinou přímou vazbu ke společnosti a splňuje podmínky podle části III. bodu 13. Doporučení Komise ze dne 15. února 2005 o úloze nevykonných členů správní rady nebo členů dozorčí rady a o výborech správní nebo dozorčí rady společností kótovaných na burze (2005/162/ES).

Významný je také požadavek na zajištění systematického vyhodnocování ratingových metodologií a na průběžné sledování a vyhodnocování předpokladů pro vydání jednotlivých ratingů. V případě zjištění zásadních změn v podmínkách na jejichž základě byl rating vydán musí ratingová agentura provést přehodnocení stávajícího ratingu a pokud je to důvodné, také provést jeho změnu. V neposlední řadě ukládá nařízení ratingovým agenturám povinnost zajistit adekvátní informování uživatelů ratingů a investorské veřejnosti o ratingových hodnoceních, o tom jakou metodologií byly vypracovány, a co je jejich přesným obsahem. Ratingové agentury budou mimo jiné povinny uveřejňovat informace o historické „výkonnosti“ ratingů, tedy o tom s jakou spolehlivostí se jejich ratingová hodnocení v minulosti naplnila a dále informace o změnách ratingů a o jejich četnosti. Velmi rozsáhlé informační povinnosti jsou dále uloženy v případě, že ratingová agentura vydává ratingy investičních nástrojů vydaných v rámci sekuritizace. Zde je nutno vedle informací o metodologii, modelech uvést také výsledky stresových testů a jejich podrobné vysvětlení, které musí být ve formě srozumitelné investorské veřejnosti. Každoročně budou ratingové agentury vydávat tzv. „transparenční zprávu“, která má obsahovat především informace o opatřeních k prevenci střetu zájmů a k zajištění adekvátní kvality ratingů. Vedle uveřejňování informací jsou ratingové agentury povinny řadu údajů předávat orgánům dohledu a CESR, který povede centrální databázi těchto informací, které budou veřejně přístupné. CESR také bude pravidelně publikovat na roční bázi souhrn hlavních trendů a změn v činnosti registrovaných ratingových agentur.

8. REGISTRACE A DOHLED

Jádrem nařízení je požadavek, aby ratingové agentury působících v Evropské unii byly registrovány a aby podléhaly příslušnému dohledu. V případě skupiny ratingových agentur působících ve více členských státech bude nezbytné, aby příslušnou registraci získala každá z ratingových agentur působících ve skupině. Tato registrace by měla umožnit ratingovým agenturám vydávat ratingy v celém Společenství. V rámci příslušného řízení o registraci by ratingové agentury měly doložit orgánům dohledu splnění poměrně rozsáhlých organizačních a personálních požadavků, postupů a modelů pro tvorbu ratingů. Podobně jako u jiných finančních institucí, požaduje nařízení po ratingových agenturách například vytvoření dostatečného systému vnitřní kontroly, systému pro identifikaci a prevenci střetů zájmů.

Vzhledem ke specifické povaze činnosti ratingových agentur a potenciálnímu dopadu vydávaných ratingů na celý vnitřní trh je výsledná konstrukce registračního procesu a organizace dohledu zcela novátorským řešením v rámci evropského finančního trhu. Registrace k činnosti ratingové agentury vydaná podle čl. 13 Nařízení na základě rozhodnutí příslušného orgánu dohledu v jednom členském státě automaticky opravňuje ratingovou agenturu k výkonu činnosti ve všech ostatních členských státech. Ratingová agentura může přímo na základě této registrace provádět hodnocení osob se sídlem ve všech členských státech a investičních nástrojů vydaných v rámci celého Společenství, aniž by byl potřebný proces passportování jako je to obvyklé u jiných institucí působících na finančním trhu např. bank či obchodníků s cennými papíry.²¹ Rovněž ratingy vydané v jednom členském státě,

²¹ Srov. např. čl. 31 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/39/ES ze dne 21. dubna 2004 o trzích finančních nástrojů, ve znění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2006/31/ES, čl. 25 a násl. Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2006/48/ES ze dne 14. června 2006 o přístupu k činnosti úvěrových institucí a o jejím výkonu (přepracované znění).

jakožto „produkty“ ratingových agentur, bude možné využívat ve všech členských státech bez dalšího - tedy nebude potřebné proběhnutí notifikační procedury jako je tomu u prospektu cenných papírů či u fondů kolektivního investování.²² Nařízení předpokládá, že kolegium bude vytvořeno pro každou ratingovou agenturu resp. pro každou skupinu ratingových agentur. Očekává se, že těchto kolegií bude v první fázi méně než dvaceti.

Proto, aby byla zajištěna adekvátní možnost národních orgánů dohledu vyjádřit se k žádosti o registraci obsahuje Nařízení zcela nový mechanismus pro koordinaci rozhodování národních orgánů dohledu. Jedná se o určitou nadstavbu systému kolegií, tak jak jsou zavedeny např. v rámci konsolidovaného dohledu nad bankovními skupinami podle konsolidované bankovní směrnice²³. Specifika tohoto nového režimu zahrnují především (i) inkluzivní členství v kolegiu, (ii) jednomyslnost rozhodování kolegia při registraci, (iii) ustanovením tzv. facilitátora, kterým může být i jiný orgán dohledu než z domovského státu ratingové agentury a (iv) zásadní metodickou a mediační roli CESR v rámci činnosti kolegia.

Oproti kolegiím orgánů dohledu zavedeným v rámci regulace konsolidovaných bankovních finančními skupinami, kde kritériem členství existence banky ze skupiny či pobočky na území příslušného členského státu, jsou podmínky pro členství v kolegiu dohlížejícím ratingovou agenturu podstatně volnější. Krom kritéria pobočky obsahuje čl. 25 (3) kritérium diskreční a to, že na území příslušného členského státu jsou nebo budou využívány ratingy vydané dotčenou ratingovou agenturou. Vedle členů kolegia se může orgán dohledu ze kteréhokoliv členského státu účastnit jednání kolegia. V praxi patrně bude docházet k tomu, že u velkých ratingových agentur budou členy kolegií orgány dohledu ze všech členských států.

Jednomyslnosti rozhodování kolegia o registraci ratingové agentury je také významné novum v evropských předpisech pro finanční trh. Hlavním důvodem pro jeho zavedení je konstrukce oprávnění ratingové agentury, kdy na základě registrace udělené v jednom členském státě může vykonávat činnost v celé unii, aniž by bylo nutné podstoupit proces passportování nebo notifikace (viz výše). Jednomyslnost rozhodování dává fakticky kterémukoliv členku kolegia právo veta ohledně udělení registrace. Na druhou stranu, aby byla omezena diskrece členů kolegia při rozhodování a nebylo možné bez objektivního důvodu odmítat souhlas s registrací, stanovuje Nařízení velmi podrobně, jaké podklady musí být předloženy ze strany ratingových agentur a splnění jakých kritérií je předpokladem udělení registrace.

Koordinací činnosti kolegia je pověřen facilitátor, kterým může být orgán dohledu i z jiného než domovského státu ratingové agentury. Nařízení výslovně nestanovuje, ze kterého členského státu má být orgán dohledu, který bude zastávat roli facilitátora. Facilitátora si volí členové kolegia, přičemž mají brát v potaz určitá kritéria mj. rozsah užívání ratingů vydaných příslušnou ratingovou agenturou v jednotlivých členských státech či administrativní vhodnost.

²² Srov. čl. 17 a násl. Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2003/71/ES ze dne 4. listopadu 2003 o prospektu, který má být zveřejněn při veřejné nabídce nebo přijetí cenných papírů k obchodování, a o změně směrnice 2001/34/ES, čl. 44 a násl. Směrnice Rady 85/611/ES ze dne 20. prosince 1985 o koordinaci právních a správních předpokladů týkajících se subjektů kolektivního investování do převoditelných cenných papírů (SKIPCP).

²³ Srov. čl. 125 a násl. Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2006/48/ES ze dne 14. června 2006 o přístupu k činnosti úvěrových institucí a o jejím výkonu (přepracované znění).

Nařízení předpokládá, že nejméně jednou za pět let členové kolegia přehodnotí, zda určený facilitátor je nadále tím nejvhodnějším a případně zvolí facilitátora nového.

Výboru CESR přiznává nařízení celou řadu nových oprávnění a povinností ovšem stále v rámci mezí daných Smlouvou a rozhodnutím Komise o jeho zřízení.²⁴ To mimo jiné znamená, že CESR sám nemůže vydávat právně závazná rozhodnutí, taková rozhodnutí mohou vydávat pouze národní orgány dohledu. V rámci řízení o registraci CESR přijímá žádost od ratingové agentury, distribuuje žádost orgánům dohledu všech členských států, posuzuje úplnost žádosti. Po ustanovení kolegia a poté co členské orgány dohledu posoudí žádost a navrhnou rozhodnutí se CESR vyjadřuje k tomu návrhu rozhodnutí. Členové kolegia musí při svém finálním rozhodování brát v potaz stanovisko CESR a pokud se od něj odchýlí musí tento postup náležitě odůvodnit. CESR má také oprávnění vést mediaci mezi orgány dohledu v případě sporů. Nařízení předvídá, že CESR také vydá celou řadu doporučení pro orgány dohledu, které mj. upravují postup při hodnocení žádostí o registraci a posuzování splnění jednotlivých předpokladů pro registraci stanovených Nařízením.

Vedle role v rámci registračního řízení mají kolegia zásadní význam v rámci dohledu nad činností ratingových agentur. Přestože každodenní dohledové činnosti budou vykonávány primárně domovským orgánem dohledu a kolegium bude průběžně informováno o operativním výkonu odhledu a bude zajišťovat operativní koordinaci dohledových činností. Nařízení stanovuje, že kolegium projednává podněty ohledně porušení povinností ze strany ratingových agentur a že se podílí na vedení řízení o udělení opatření k nápravě či sankcí. V těchto případech však rozhodovací procedura není jednomyslná - výsledné rozhodnutí je v odpovědnosti domovského orgánu dohledu. Nařízení však stanovuje povinnost konzultace tohoto rozhodnutí s ostatními členy kolegia a s CESR a pro případ, že se domovský orgán dohledu odchýlí od názoru kolegia či CESR, musí svůj postup náležitě odůvodnit. Ve srovnání s jinými evropskými předpisy pro finanční trh je taková to míra koordinace a provázanosti dohledové a rozhodování národních orgánů dohledu výrazným krokem k větší harmonizaci jejich činnosti. Rovněž posílení role CESR z hlediska informací, které dostává, konzultací a stanovisek, které poskytuje, a mediační role, která je mu nařízením svěřen je doslova průlomové.

9. SHRNU TÍ

Nařízení o ratingových agenturách, které je jedním z opatření EU přijatým v reakci na finanční krizi obsahuje vedle prvků „standardní reakce“ na jednu z příčin krize - selhání ratingových agentur, také řadu aspektů, které s krizí přímo nesouvisí. Tyto nové „nekrizové“ elementy spíše vycházejí z rostoucí integrace vnitřního trhu a politicky pocitované či deklarované potřeby pokročit ve sjednocování nejen pravidel pro činnost účastníků finančního trhu, ale i pravidel pro dohled a také více harmonizovat vlastní činnost národních orgánů dohledu. Rovněž aspekt určité politické snahy o získání vedoucí pozice EU na poli regulace finančního trhu v globálním měřítku také přispěl k vytvoření poměrně přísných až ochrannářských pravidel, které musí být splněny ze strany ratingových agentur působících ve třetích zemích proto, aby jimi vydané ratingy mohly být používány v EU. Přestože diskuse o reformě dohledu nad finančním trhem v rámci EU se intenzivně rozpoutala až po jeho

²⁴ Rozhodnutí Komise ze dne 23. ledna 2009 o zřízení Evropského výboru regulátorů trhů s cennými papíry (2009/77/ES).

schválení, Nařízení do značné míry reflektuje volání po větší harmonizaci dohledu v EU, a přitom využívá až do samých limitů současný institucionální právní rámec.

Vedle těchto konsekvencí Nařízení má výrazný potenciál skutečně přispět k posílení ochrany investorů. Beze sporu by mělo přinést investorům podstatně více informací o ratingových hodnoceních a o činnosti ratingových agentur. Nově stanovené požadavky na adekvátní procesy tvorby ratingu, aktualizaci ratingových metodologií a promptní přehodnocení ratingů v případě nových zásadních informací o emitentovi také mohou přinést zvýšení kvality ratingů a jejich vypovídací schopnosti.

V čem tedy představuje Nařízení jinou než klasickou reakci na finanční krizi? Vedle regulace celého sektoru ratingových agentur - v čemž lze spatřovat obvyklou reakci na krizovou situaci jde Nařízení mnohem dále a pod heslem o boji proti finanční krizi zcela novým způsobem řeší režim importu informací v podobě ratingů do Unie, ukládá určitým typům finančních používání pouze určitých informací a vytváří zcela bezprecedentní institucionální a procesní rámec pro dohled nad finančním trhem v EU. Nařízení je ještě zcela „čerstvé“, dosud nebylo ani vyhotoven v oficiálních jazykových verzích a má být doplněno celou řadou doporučení CESR. Nicméně již dnes je zřejmé, že hlavní změny, kterou Nařízení přináší není samotná regulace sektoru ratingových agentur, ale větší harmonizace dohledu v rámci EU a extenze principu ochrany vnitřního trhu a spotřebitele do nových oblastí. Bude otázkou praktické aplikace Nařízení, zda tyto změny skutečně přinesou Evropskému trhu více stability, či zda převáží náklady a byrokracie. Riziko, že ze standardní regulace sektoru ratingových agentur se stane spíše noční můra investorů a finančních institucí je bohužel poměrně velké.

Reviewer:

Martin Svoboda

Contact – email:

zdenek.hustak11@centrum.cz

LIDSKÉ ZDROJE ZA ČASŮ KRIZE

BORIS JANČA

Masaryk University, Faculty of Economics and Administration, the Czech Republic

Abstract in original language:

Příspěvek se zabývá vybranými aspekty lidských zdrojů a řízení lidských zdrojů v aktuálním období ekonomické recese. Po úvodním zdůvodnění významu lidských zdrojů v průběhu krize se věnuje praktickým problémům sdruženým do pěti kategorií: strategie, přijímání a propouštění zaměstnanců, motivace a atmosféra na pracovišti, vzdělávání a rozvoj a pracovní výkon.

Key words in original language:

Lidské zdroje, řízení lidských zdrojů, krize.

Abstract:

The paper is about selected aspects of human resources and human resources management nowadays at time of recession. After the short opening reasons of importance of human resources during crisis it is dealing with applied problems divided into five categories: strategy, hiring and firing of employees, motivation and atmosphere at work, education and development and job performance.

Key words:

Human resources, human resources management, crisis.

1. ÚVOD

S ekonomickou krizí je spojeno mnoho otázek nejen z oblasti ekonomie, ale s přesahem do řady dalších oblastí společnosti i vědy. Z oblasti práva to může být např. problematika konkurzu a insolvenčního řízení, poskytování veřejné podpory nebo snahy o úpravu pracovního zákoníku směrem k jednoduššímu propouštění zaměstnanců.

Právě personální stránka věci je možná tím faktorem, který činí krizi tak zajímavou i pro běžného člověka. Snížení výroby, hrozba deflace ani toxické balíčky finančních derivátů by se bez hrozby ztráty pracovního místa do rozhovorů v domácnostech nedostaly.

Řada zaměstnavatelů v uběhlém půl roce řešila, v současnosti řeší a (bohužel) zřejmě nějaký čas ještě bude muset řešit problém přílišné zaměstnanosti ve své organizaci. Důvodem je pokračující pokles ekonomiky (současné prognózy Evropské komise hovoří o poklesu české ekonomiky o 2,7 procent v roce 2009 a v roce následujícím počítají s růstem o 0,3 procent, tedy téměř se stagnací)¹ a po odeznění recese a stagnace také očekávatelná navazující restrukturalizace a konsolidace některých odvětví – ať již vlivem jejich další neperspektivnosti a neuplatnitelnosti jejich produktů, výrobků a služeb, na trhu, nebo vlivem například fúzí provedených za účelem snížení nákladů a odstranění duplicitních činností.

¹ European Commission: Economic Forecast Spring 2009, retrieved 5. 5. 2009 from http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/publication15048_en.pdf.

Vedle této „lidské“ roviny však existují ještě dva důležité body, podtrhávající význam lidí a v podniku či jiné organizaci pak jejich lidských zdrojů v nestandardních ekonomických podmínkách. Prvním z nich může být problematika ocenění firem, resp. jejich „lidského kapitálu“. V členění dle Edvinssona² (respektive švédské firmy Skandia, jejíž přístup popisuje), je tržní hodnota firmy tvořena jejím finančním kapitálem a kapitálem intelektuálním³, tvořeným znalostmi, zkušenostmi, organizačními technologiemi, vztahy se zákazníky ad.

Ve chvíli, kdy se finanční část kapitálu snižuje (hodnota akcií padá o desítky procent, zboží je neprodejné atp.), zvyšuje se relativní podíl intelektuálního kapitálu (který se bude snižovat pomaleji, neboť je tvořen stálejšími prvky, než je např. cena na burze). Intelektuální kapitál je v citovaném členění dále tvořen kapitálem lidských a strukturálním (který v jemnějším členění posléze zákaznickým a organizačním ad.). Zejména lidský kapitál (znalosti, zkušenosti, dovednosti a schopnosti zaměstnanců), ale i z velké části i strukturální (viz jeho zákaznická složka, vztahy se zákazníky) přímo odvisí od lidských zdrojů podniku. Změna relativního podílu intelektuálního kapitálu tak získávají na důležitosti také lidské zdroje.

Současné standardní účetní postupy neumí příliš stanovit hodnotu intelektuálního kapitálu; je otázkou, zda uvedená změna vah vyvolaná finančními problémy nezapříčiní také změnu přístupu k jeho „tvrdému“, číselnému podchycení.⁴

Druhým bodem může být přirovnání podniku ke koni, který stojí na svých čtyřech nohou tvořených lidskými zdroji, informačními zdroji, materiálními zdroji a zdroji finančními. I za normálních okolností jsou dle Josefa Koubka, autora přirovnání, nejdůležitější a nejsilnější nohou lidské zdroje: tato noha vykračuje první (byť následovaná informačními zdroji) a určuje tak směr a tempo.⁵ Dodejme, že ve chvíli, kdy dvě nohy (materiální a finanční) zchromnou, nezbyvá než na zbývajících dvou, aby koně svým vlastním úsilím posunovaly dále.

2. PRAKTICKÉ PROBLÉMY LIDSKÝCH ZDROJŮ V OBDOBÍ EKONOMICKÉ KRIZE

Tento příspěvek z výše uvedených důvodů poukazuje na některé problémy spjaté s lidskými zdroji, které za „běžného stavu věcí“ nejsou sice méně důležité, ale rozhodně nejsou natolik palčivé jako dnes – a to jak vyžadovanou rychlostí řešení, tak následky, které špatné či žádné

² Edvinsson, L.: Developing intellectual capital at Skandia, In Long Range Planning, 1997, 30, 3, pp. 366–373.

³ Edvinssonovo členění samozřejmě není jediné možné; s různými podoby lidského, znalostního, intelektuálního atp. kapitálu pracují i jiné přístupy. Viz např. Stewart, T. A.: The wealth of knowledge, London: Nicholas Brealey Publishing, 2001, 379 p., ISBN 1-85788-287-3; či Bontis, N.: Managing Organizational Knowledge by Diagnosing Intellectual Capital, In International Journal of Technology Management, 1999, 18, 5/6/7, pp. 433–462.

⁴ K současnému přístupu českých odborníků k oceňování a vykazování intelektuálního kapitálu viz např. Zouharová, J.: Hledání paradigmatu ve znalostním managementu, In Ekonomické znalosti pro tržní praxi 2008, Olomouc: Filozofická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci, 2008, pp. 643–648, ISBN 978-80-87273-00-5.

⁵ Koubek, J.: Řízení lidských zdrojů: základy moderní personalistiky, Praha: Management Press, 2007, 399 p., ISBN 9788072611683.

řešení může způsobit. Autor sice vychází zejména z praktických zkušeností několika podniků, které měl v poslední době příležitost pozorovat blíže, podložení relevantními odbornými zdroji však nechybí. Protože, jak bylo poukázáno výše, je problematika lidských zdrojů aktuálně obecně významná, chce ji autor otevřít a přiblížit i na tomto povětšinou úzce právnickém fóru – v roli zaměstnance či zaměstnavatele se nacházel, nachází nebo bude nacházet zřejmě většina zúčastněných.

2.1 STRATEGIE

Strategie vyjadřují základní představy o tom, jakou cestou budou dosaženy podnikové cíle; cíle pak v této souvislosti vnímáme jako žádoucí budoucí stavy, kterých má podnik dosáhnout.⁶ Ačkoli by se mohlo zdát, že proběhlá velmi rychlá a neočekávaná změna (nejen) ekonomického prostředí je argumentem proti strategickému řízení, můžeme uvažovat i opačně: tato změna vyžaduje i změnu strategie podniku, případně její vypracování, pokud podnik dosud žádnou strategii jasně stavenou neměl. Jen tak může podnik přijímat konzistentní a jasná rozhodnutí, která budou v souladu s jeho možnostmi, cíli i prostředím.

Součástí strategického řízení je samozřejmě i stanovení personální strategie. Existuje již více nástrojů, které umožňují efektivně propojit vrcholové strategické cíle podniku (v zásadě tedy dlouhodobý zisk a přinášení hodnoty vlastníkům) s cíli v oblasti personální (i v dalších dílčích oblastech): jmenujme aktuálně populární Balanced Scorecard (BSC) autorů Kaplana a Nortona⁷ či již v jiné souvislosti zmíněný, odlišně laděný ale pro strategii použitelný systém firmy Skandia zvaný Skandia Navigator⁸. BSC zahrnuje personální oblast zejména ve své „čtvrté perspektivě“ učení se a růstu, Skandia Navigator v „lidském zaměření“ (human focus).

Dobře zpracovaná a aktualizovaná strategie může organizaci pomoci stanovit si jak další dílčí postup a kroky, tak měřítka, pomocí kterých pozná, zda se jí daří je naplňovat. Ty se samozřejmě mohou či musí týkat také lidských zdrojů a mohou být dobrou pomůckou např. pro určení, kolik a kterých lidí bude muset z podniku odejít a které si naopak musí organizace ponechat, a další personální otázky.

Při stanovování cílů a strategií je možné užít také dalších technik, např. techniky scénářů, backcastingu (tedy stanovení žádané podoby budoucnosti a tomu přizpůsobených postupů)⁹ jako alternativy k běžnému forecastingu (tedy odvozování budoucnosti z aktuálních trendů) ad.

⁶ Keřkovský, M., Vykypěl, O.: Strategické řízení, Praha: C. H. Beck, 2002, 172 p., ISBN 80-7179-578-X.

⁷ Kaplan, R. S., Norton, D. P.: Balanced scorecard: strategický systém měření výkonnosti podniku, Praha: Management Press, 2001, 267 p., ISBN 80-7261-037-6.

⁸ Edvinsson, L., Malone, M. S.: Intellectual capital, New York: HarpersCollins Publishers, 1997, 225 p., ISBN 0-88730-841-4.

⁹ Na „domácí“, environmentální půdě tohoto přístupu je na příkladě principů udržitelné společnosti popsán česky v Kulhavý, V.: Backcasting jako přístup k strategickému plánování, In Sborník z III. Mezinárodní Baťovy doktorandské konference, Zlín: Univerzita Tomáše Bati, 2007, pp. 66–76, ISBN 978-80-7318-529-9.

2.2 PŘIJÍMÁNÍ A PROPOUŠTĚNÍ ZAMĚSTNANCŮ

Přijímání a propouštění zaměstnanců je standardním úkolem řízení lidských zdrojů uváděným v kterékoli učebnici. Zatím co za běžných a zejména růstových časů je pro podnik důležitější (vzhledem k frekvenci výskytu) nábor a výběr zaměstnanců, za krize se do hledáčku dostává spíše propouštění – a to i kvůli přímým ekonomickým nákladům s hromadnějším propouštěním spojeným.

Standardní zákonné odstupné obnáší částku ve výši tří měsíčních platů (resp. průměrného výdělku, může být ve smlouvě se zaměstnancem sjednáno i vyšší), k tomu je třeba přičíst ve většině případů alespoň z části také plat během dvouměsíční výpovědní lhůty – zaměstnanec ve výpovědi je obtížné motivovat (ten naopak může demotivovat pracovníky, kteří v podniku zůstávají), prioritní je pro ně hledání nového zaměstnání atd. Na některých pozicích (např. obchodník) je takovýto zaměstnanec obtížně představitelný a zaměstnavatel proto volí (v zásadě oprávněný) postup, že po doručení výpovědi již zaměstnanec na pracoviště vůbec nechodí. V takovém případě podnik nese po 5 měsících náklady téměř v plné výši (snížené např. o režijní náklady daného pracovníka – telefonní platby atp.), aniž by za něj daný zaměstnanec již přinášel nějakou hodnotu. I při jednotkách propouštěných (nehledě na počty v desítkách a výše) se přímé náklady propouštění mohou vyšplhat do milionových částek.

Po oživení ekonomiky pak podnik nese náklady znovu – tentokrát na vyhledání, výběr, přijetí a zejména zapracování nového pracovníka, které se opět projeví ve výši několika měsíčních platů. Nepřímé náklady pak tvoří ztráta znalostí, přetrhané vztahy se zákazníky, nové budování firemní kultury a podobně (viz koncepce intelektuálního kapitálu zmíněná výše).

Na místě je tedy zvážení jiných alternativ, např. ponechání zaměstnance na částečný, nižší úvazek, pokračování v jiné pracovně-právní formě atd. Zde však zaměstnavatel často naráží na nízkou „ekonomickou gramotnost“ zaměstnanců a jejich nepochopení pro uvedené změny.

V neposlední řadě je při propouštění zaměstnanců důležitá volba klíče výběru propouštěných zaměstnanců. Postup od služebně nejmladších nemusí být ten nejlepší; už jenom proto, že služebně starší zaměstnanci mohou zvažovat v blízkém časovém horizontu svůj odchod sami (např. z důvodu pocíťované „nutnosti“ změny místa po více letech). Vodítkem může také již zmíněná strategie, která umožní – s výhledem do budoucnosti a jejich potřeb – tento klíč stanovit.

2.3 MOTIVACE A ATMOSFÉRA NA PRACOVIŠTI

Zaměstnanci, kteří v organizaci stále pracují, potřebují být ke své práci motivováni (obzvláště, je-li po nich v rámci úsporných opatření žádán vyšší výkon za nižší mzdu). Důležitým motivačním faktorem se za těchto okolností může stát pocit jistoty,¹⁰ nejistota (vzbuzovaná například nutností propouštět, kterou si zaměstnanci uvědomují, avšak vedení společnosti ji odmítá přiznat) může naopak působit demotivačně. Představa, že pracovník bude v obavě o své místo pracovat více, aby ukázal svou nepostradatelnost, nemusí platit nebo se alespoň

¹⁰ Viz již – nyní bez ohledu na kritiky této teorie – poněkud zlidovělá hierarchická teorie potřeb A. H. Maslowa, ve které potřeba bezpečí-jistoty patří (dle autora teorie) pravděpodobně mezi „základní“. Citováno dle Nakonečný, M.: *Motivace lidského chování*, Praha: Academia, 1996, 270 p., ISBN 80-200-0592-7.

nemusí navenek projevit – zjednodušeně od určité výše motivace úroveň podávaného výkonu klesá.¹¹

Neméně důležitým faktorem je atmosféra na pracovišti. Nejen proto, že sama působí (jako všechny sociální prvky) na stimulaci a motivaci, ale také jako důležitý předpoklad např. pro rozvoj tvořivosti, jak je popsáno dále.

Nutnost posílit motivaci a zároveň snížit náklady na motivační systém může podnik podnítit k používání nových nástrojů – např. systému kafeterie či vyššího využití neformálních postupů.

2.4 VZDĚLÁVÁNÍ A ROZVOJ

Investice do vzdělávání a rozvoje bývají ve firmách jednou z prvních oblastí, kterých se dotkne nutné ořezávání výdajů. V krátkodobé perspektivě je toto řešení únosné, neboť se neprojeví ihned na výkonu a konkurenceschopnosti dané organizace. Z dlouhodobého hlediska se však jedná o krok méně šťastný. Vhodně zvolené investice do vzdělávání (dostáváme se opět ke stanovení strategie organizace) mohou organizaci dlouhodobě posílit a umožnit jí využít nakonec krize ke svému prospěchu – a vzdělávání a rozvoj se tak stávají skutečně investicí do budoucnosti firmy.

Ve standardním cyklu vzdělávání (identifikace potřeb – plánování – realizace – vyhodnocení)¹² získávají na důležitosti i fáze dříve v praxi často opomíjené: analýza potřeb s navázaným stanovením jasných cílů a vyhodnocení. Stanovení jasných a pro podnik důležitých cílů konkrétního vzdělávacího programu je pro podnik důležité nejenom z pohledu efektivity (cena vzdělávání je při omezených zdrojích relativně vyšší), ale také pro zdůvodnění potřeby vzdělávání zaměstnancům. Ti mohou jinak nabýt dojmu, že firma v obtížné situaci investuje své peníze na špatné místo nebo že je vzdělávací program ztrátou času vzhledem k objemu práce, kterou mají vykonat. Kvůli relativně vyšší nákladnosti je nutné více a na vyšších úrovních vyhodnocovat efektivitu provedeného vzdělávání; pro charakter investice může být samozřejmě nejvhodnější ukazatel ROI či obdobný, je-li možné je vyčíslit.¹³

Vhodným nástrojem pro podporu vzdělávání a rozvoje může být v takovéto situaci finanční spoluúčasť zaměstnanců, kteří si zároveň zlepšují své postavení na nejistém trhu práce, zařazení vzdělávacích programů do motivačního systému kafeterie atp.

¹¹ Tzv. Yerkes-Dodsonův zákon. Viz Nakonečný, M.: *Motivace lidského chování*, Praha: Academia, 1996, 270 p., ISBN 80-200-0592-7.

¹² Obdobně např. Koubek, J.: *Řízení lidských zdrojů: základy moderní personalistiky*, Praha: Management Press, 2007, 399 p., ISBN 9788072611683; či Armstrong, M.: *Řízení lidských zdrojů*, Praha: Grada, 2002, 856 p., ISBN 8024704692.

¹³ K problematice vyhodnocování vzdělávání v podniku viz články autora Janča, B.: *Alternativní přístupy k hodnocení vzdělávání a rozvoje pracovníků*, In *Ekonomické znalosti pro tržní praxi 2008*, Olomouc: Filozofická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci, 2008, pp. 208–217, ISBN 978-80-87273-00-5; a Janča, B.: *Evaluace firemního vzdělávání a rozvoje – problémy a možnosti*, In CD s recenzovanými příspěvky z Mezinárodní Bařovy konference pro doktorandy a mladé vědecké pracovníky 2009, Zlín: Univerzita Tomáše Bati ve Zlíně, 2009, ISBN 978-80-7318-812-2.

2.5 PRACOVNÍ VÝKON

Organizace může (či dokonce musí, chce-li přežít) žádat od zaměstnance nejen více práce, ale také práci odlišnou od původní. Nemusí jít pouze o nové činnosti, přebrané např. od propuštěných pracovníků, ale také o nový přístup k práci a nový důraz na kreativitu pracovníků, vyvolaný v duchu hesla „inovuj nebo zemři“ zvýšenou potřebou inovací nutných pro jeho přežití.¹⁴ Zde již nevystačíme se základními přístupy řízení pracovního výkonu¹⁵ a musíme sledovat jemnější prvky.¹⁶

Dostáváme se tak opět k otázce motivace a pracovního prostředí vůbec, tak obtížně za krize udržitelného. Dle výzkumu Teresy Amabile a Stevena Kramera¹⁷ mají (u intelektuální práce) zásadní vliv na pracovní výkon pozitivní emoce, to zda máme „dobrý den“. Zatím co hrozba ztráty práce a nával povinností převzatých od bývalých kolegů nám přivodí spíše den špatný, pozitivní emoční stav může zprostředkovat potěšení z práce, příjemné vnímání práce, týmu či vedoucích. Nejvíce však dle uvedeného výzkumu motivuje pokrok, pocit schopnosti pohnout se vpřed. Zde již může nastoupit zaměstnavatel a podporovat výkon zaměstnanců nekladením zbytečných překážek (např. byrokratickým), pouštěním nápadů do realizace, jasně stanovenými cíli atp.

Vzhledem k novým pracovním úkolům je třeba také sledovat, zda pracovníci disponují všemi potřebnými kompetencemi (ve smyslu znalostí, dovedností a schopností a postojů) a zabezpečit jejich nutný rozvoj.

3. ZÁVĚR

Příspěvek zdůrazňuje několik – na základě výše zmíněné praktické zkušenosti vybraných – bodů a k podrobnějšímu prostudování odkazuje čtenáře na citované zdroje.

Jedná se o problémy v oblasti strategie organizace (a samozřejmě dílčí strategie v oblasti lidských zdrojů), přijímání a propouštění zaměstnanců, motivace pracovníků (včetně atmosféry na pracovišti), jejich odměňování, další vzdělávání a rozvoj a problematika pracovního výkonu (zahrnující nejen nutnost vyšší produktivity práce, tedy jeho zvýšení, ale také nové požadavky na způsob a obsah práce).

Literature:

- Amabile, T. M., Kramer, S. J.: Inner Work Life: Understanding the Subtext of Business Performance, In Harvard Business Review, 2007, 85, 5, pp. 72–83, ISSN 0017-8012.

¹⁴ Zřejmě obecně nejznámějším příkladem překonání krize pomocí nového výrobku jsou přehrávače iPod firmy Apple.

¹⁵ Např. Koubek, J.: Řízení pracovního výkonu, Praha: Management Press, 2004, 212 p., ISBN 807261116X.

¹⁶ Viz např. Chadt, K: Uplatnění tvořivosti v manažerské praxi, Praha: 1. Vox, 2009, 89 p., ISBN 9788086324753.

¹⁷ Amabile, T. M., Kramer, S. J.: Inner Work Life: Understanding the Subtext of Business Performance, In Harvard Business Review, 2007, 85, 5, pp. 72–83, ISSN 0017-8012.

- Armstrong, M.: Řízení lidských zdrojů, Praha: Grada, 2002, 856 p., ISBN 8024704692.
- Bontis, N.: Managing Organizational Knowledge by Diagnosing Intellectual Capital, In International Journal of Technology Management, 1999, 18, 5/6/7, pp. 433–462.
- Edvinsson, L.: Developing intellectual capital at Skandia, In Long Range Planning, 1997, 30, 3, pp. 366–373.
- Edvinsson, L., Malone, M. S.: Intellectual capital, New York: HarpersCollins Publishers, 1997, 225 p., ISBN 0-88730-841-4.
- European Comission: Economic Forecast Spring 2009, retrieved 5. 5. 2009 from http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/publication15048_en.pdf.
- Chadt, K: Uplatnění tvořivosti v manažerské praxi, Praha: 1. Vox, 2009, 89 p., ISBN 9788086324753.
- Janča, B.: Alternativní přístupy k hodnocení vzdělávání a rozvoje pracovníků, In Ekonomické znalosti pro tržní praxi 2008, Olomouc: Filozofická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci, 2008. pp. 208–217, ISBN 978-80-87273-00-5.
- Janča, B.: Evaluace firemního vzdělávání a rozvoje – problémy a možnosti, In CD s recenzovanými příspěvky z Mezinárodní Baťovy konference pro doktorandy a mladé vědecké pracovníky 2009, Zlín: Univerzita Tomáše Bati ve Zlíně, 2009, ISBN 978-80-7318-812-2.
- Kaplan, R. S., Norton, D. P.: Balanced scorecard: strategický systém měření výkonnosti podniku, Praha: Management Press, 2001, 267 p., ISBN 80-7261-037-6.
- Keřkovský, M., Vykypěl, O.: Strategické řízení, Praha: C. H. Beck, 2002, 172 p., ISBN 80-7179-578-X.
- Koubek, J.: Řízení pracovního výkonu, Praha: Management Press, 2004, 212 p., ISBN 807261116X.
- Koubek, J.: Řízení lidských zdrojů: základy moderní personalistiky, Praha: Management Press, 2007, 399 p., ISBN 9788072611683.
- Kulhavý, V.: Backcasting jako přístup k strategickému plánování, In Sborník z III. Mezinárodní Baťovy doktorandské konference, Zlín: Univerzita Tomáše Bati, 2007, pp. 66–76, ISBN 978-80-7318-529-9.

- Nakonečný, M.: Motivace lidského chování, Praha: Academia, 1996, 270 p., ISBN 80-200-0592-7.
- Stewart, T. A.: The wealth of knowledge, London: Nicholas Brealey Publishing, 2001, 379 p., ISBN 1-85788-287-3.
- Zouharová, J.: Hledání paradigmatu ve znalostním managementu, In Ekonomické znalosti pro tržní praxi 2008, Olomouc: Filozofická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci, 2008, pp. 643–648, ISBN 978-80-87273-00-5.

Reviewer:

Simona Trávníčková

Contact – email:

b.janca@econ.muni.cz

SOCIO-EKONOMICKÁ SITUACE A TRENDY V PRÁVNÍ ÚPRAVĚ

JAN JANEČEK

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Příspěvek se zabývá vztahem „veřejného“ a „soukromého“ (nejen) práva v souvislosti se současnou finanční krizí. Daný vztah je diskutován jak z obecným tak z dílčích pohledů. Je konstatováno, že mezi socio-ekonomickou situací ve společnosti a trendy v právní regulaci existuje určitá interakce. Stav současné právní úpravy rozpočtových pravidel celků územní správy je pak prezentován jako příklad veřejnoprávní úpravy, která neplní svoji stabilizační roli.

Key words in original language:

Finanční krize, veřejné právo, soukromé právo.

Abstract:

The paper discusses the role of “public” and “private” law (not only of law) in connection with the financial crisis the world is facing today. The question is discussed both from general and particular points. It is stated that there is an interaction between socio-economic situation in society and trends in legal regulation. Actual legal regulation of budgetary rules of territorial self-governmental units of the Czech Republic is presented as an example of unsuitable regulation which does not fulfill stabilization role of public law.

Key words:

Financial crisis, public law, private law.

Úvod

Zdá se, že současná finanční krize začíná měnit způsob, kterým jsou vnímány některé ekonomicko-sociální problémy a způsoby jejich řešení. Zatímco například před jediným rokem by veřejně činěné úvahy o státních intervencích ve prospěch krachujících bank nebo průmyslových podniků byly téměř nemyslitelné, dnes se zcela otevřeně a jaksi „samozřejmě“ taková řešení zdají být vcelku dobře přijatelná a současně jsou také vnímána mnohdy coby jediná cesta, která má zajistit fungování ekonomiky, potažmo sociální smír. Jinými slovy, začíná být zřejmé, že zásahy státu (šířeji veřejné moci) do fungování trhu (který byl donedávna, přinejmenším některými, považován za sebespásný) začínají být jaksi nutné, přinejmenším „praktické“.

K poměru „veřejného“ a „soukromého“ (nejen práva)

Připustíme-li, že právo je jedním z mnoha nástrojů, kterými dochází k ovlivňování dějů ve společnosti, není bez zajímavosti sledovat, jakým způsobem je tohoto nástroje v různých historických souvislostech užíváno. Není bez zajímavosti také sledovat, jaká metoda právní regulace je v té které době převažující, zda veřejnoprávní, či soukromoprávní. Pokud jde pak o samotné lišení mezi právem veřejným a soukromým, dá se říci, že tradičně bývá tato otázka poněkud nejasná, resp. diskutní. Bylo by výrazně nad rámec této práce, aby zde bylo byt jen ve zkratce a heslovitě pojednáváno o nejrůznějších teoriích vysvětlujících tenkou a mnohdy

mlhavou linií mezi právem veřejným a soukromým. Lze snad jen pro úplnost odkázat na statě odborné literatury podávající přehledy jednotlivých přístupů k dané otázce tak, jak se postupně utvářely (viz např. [Havlan, 47 a násl.], [Hoetzel, 27 a násl.]).

Poměr „veřejného“ a „soukromého“ však není jen věcí lišení dvou, připusťme, částí množiny práva. Pro nás bude zajímavá ta skutečnost, že ve shora nastíněné souvislosti je možné upozornit na určitou pravidelnost a čitelnou souvislost mezi ekonomicko-sociální situací a převládající metodou právní regulace. Na danou skutečnost upozorňuje v širších souvislostech Havlan (viz především níže citovanou literaturu). Právě v souvislosti se současnou finanční krizí je možné pozorovat, že zásahy veřejné moci směrem k podpoře fungování ekonomiky, potažmo význam způsobů, kterými se tak děje, začínají být vnímány pozitivně (resp. přinejmenším jsou jako nutné akceptovány). To, co Havlan před určitým časem poznamenal (není bez zajímavosti, že před začátkem současné finanční krize) ve vztahu k významu veřejného majetku, když napsal, že: „O tom, že veřejné vlastnictví obecně, a státní vlastnictví zvláště má v současném státě své nezastupitelné místo, těžko pochybovat přesto, že s ním nebyly v minulosti vždy ty nejlepší zkušenosti. Ono totiž nejednou ... bývá tím posledním (třebaže nedokonalým!) garantem takových hodnot, jako jsou solidarita, sociální rovnost či sociální spravedlnost. Tedy hodnot, ať se to komu líbí či nikoli, většině lidí bližších než, dejme tomu, něco na způsob sociálního darwinismu.“ [Havlan, 245-246], lze při určité míře zobecnění vztahovat i k významu působení státu směrem k ovlivňování ekonomiky. Citovaný autor pak dochází k závěru, že „liberalizační“ tendence ve státě vede k „civilizaci“ práva a tendence „socializační“ k jeho „publicizaci“, „příčemž výskyt těchto tendencí, zdá se, funguje na principu ‚akce a reakce‘. To znamená, že počne-li dominovat jedna z těchto tendencí, vyvolá to v daném čase a prostoru reakci, záležející v postupném narůstání významu tendence opačné, která pak může převážít a stát se dominantní. Princip akce a reakce je ovšem třeba doplnit ještě o princip další. Lze jej nazvat principem ‚oscilace‘. Ten zde spočívá v tom, že obě tendence se pohybují (‚kmitají‘) kolem jakéhosi jádra (‚rovnovážné osy‘), jímž je abstraktní optimum fungování společnosti (její určitá homeostáze).“ [Havlan, 44]. Havlanem popsané „tendence“ a jejich „oscilace“ je možné právě v této době velmi dobře pozorovat s tím, že současná tendence je spíše tendencí „socializační“ s jejím „publicizačním“ dopadem na právo.

Veřejné právo „v akci“

Zářným příkladem oné „publicizační tendence“ je např. nedávné schválení tzv. Českého přechodného rámce (N 236/2009 – Czech Republic – Limited amounts of compatible aid under the Temporary Framework) Evropskou komisí. Tímto opatřením bylo České republice umožněno po přechodnou dobu, v souvislosti se současnou finanční krizí, „jednoduchým“ způsobem (prakticky v režimu *de minimis*) poskytovat veřejnou podporu, a to až do výše 500 tis. EUR. Je pak zřejmé, že v návaznosti na toto opatření, jehož vznik byl iniciován Českou republikou, budou čeští poskytovatelé veřejné podpory, tj. především stát a celky územní samosprávy „z veřejného“ podporovat „soukromé“, ve většině případů pak prostředky, které jim dává veřejné právo. Již zde je však nutné poznamenat, že aby stabilizační funkce veřejného práva bylo skutečně dosaženo, musí být s tímto „nástrojem“ zacházeno velmi opatrně a s rozvahou. Níže bude na konkrétním příkladu ukázáno, že při nedodržování těchto zásad může naopak veřejnoprávní úprava (konec konců to samé platí o úpravě soukromoprávní) vyvolat celou řadu komplikací a vést naopak k destabilizaci a nejistotě.

Jak už bylo shora poznamenáno, právní úprava dává v reakci na současnou finanční krizi veřejné moci další nástroj v podobě možných veřejných podpor, jehož „užitím“ by mělo

docházet ke stabilizaci ekonomiky. Tato možnost daná „přechodným rámcem“ pak bude naplňována konkrétními případy poskytnutí veřejné podpory, přičemž nezanedbatelná část podpor bude poskytována mimo jiné i celky územní samosprávy. Je tak na místě zabývat se právní úpravou související s finančním hospodařením celků územní samosprávy, jejíž podoba může přímo ovlivnit efektivnost využití „přechodného rámce“ a do značné míry podpořit či mařit snahu státu o regulaci ekonomiky směrem k její stabilizaci. V této souvislosti je zapotřebí učinit několik poznámek k dalšímu, zdá se však, že ne tak zdařilému, příkladu oné publicizační tendence, kterým je zákon č. 477/2008 Sb., kterým se mění zákon č. 250/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony (dále také jen „novela“), který nabyl účinnosti dne 1 dubna 2009. Tato novela tzv. malých rozpočtových pravidel, která se bezprostředně dotkne každé obce či kraje v České republice, jak se zdá, s sebou přináší celou řadu diskusních ustanovení, která ve svém důsledku podřívají důvěru ve veřejné právo (resp. právo vůbec) jako nástroj regulace. Dané tvrzení lze dokumentovat na následujícím případě, který velmi úzce souvisí se shora zmiňovaným „Přechodným rámcem“. Novela přináší totiž celou řadu „novinek“, které se bezprostředně dotknou z veřejných prostředků podporovaných subjektů a mohou tak negativně narušit snahy o stabilizaci ekonomiky v době, kdy samoregulační (připustíme-li, že něco takového existuje) mechanismy v ekonomice přestávají fungovat, resp. nefungují tím „správným“ směrem. Novela konkrétně přináší změny v úpravě podmínek porušení rozpočtové kázně, coby sankčního opatření pro případy, kdy bude nesprávně nakládáno s prostředky poskytnutými z rozpočtu celku územní samosprávy.

Nově je porušení rozpočtové kázně definováno jako každé neoprávněné použití nebo zadržení peněžních prostředků poskytnutých z rozpočtu obce nebo kraje, kdy jejich neoprávněným použitím je jejich použití, kterým byla porušena povinnost stanovená zákonem, smlouvou nebo rozhodnutím o poskytnutí těchto prostředků, nebo porušeny podmínky, za kterých byly příslušné peněžní prostředky poskytnuty. Neoprávněným použitím se také výslovně rozumí i to, nelze-li prokázat, jak byly tyto peněžní prostředky použity. Zadržením peněžních prostředků je pak porušení povinnosti jejich vrácení ve stanoveném termínu. Osoby nebo organizační složky státu (které nejsou právnickými osobami), které se dopustily porušení rozpočtové kázně, jsou povinny provést odvod za porušení rozpočtové kázně do rozpočtu, z něhož jí byly peněžní prostředky poskytnuty, tj. do rozpočtu obce nebo kraje. O uložení odvodu v případě obcí rozhoduje v samostatné působnosti, jak novela výslovně stanoví, obecní úřad, v případě krajů úřad krajský. Tyto orgány také rozhodují na základě písemné žádosti o prominutí či částečném prominutí povinnosti odvodu případného penále, jsou-li pro takové rozhodnutí důvody „hodné zvláštního zřetele“. Správa odvodů se řídí zákonem č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů. Rozhodnutí obecních úřadů pak má podle § 22 odst. 8 předpisu ve znění novely „přezkoumávat“ příslušný krajský úřad v přenesené působnosti, resp. u krajů ministerstvo financí. Pokud jde o přezkum rozhodnutí vydaných obecními úřady, lze se domnívat, že z aplikací diskutované právní úpravy mohou vyvstat první komplikace. V ustanovení § 22 odst. 8 předpisu ve znění novely se totiž dále říká, že „správní orgán při přezkoumávání rozhodnutí podle odstavce 7 může rozhodnutí pouze zrušit nebo zrušit a vrátit k novému projednání.“ Výčet možností postupu přezkoumávajícího správního orgánu je, soudě dle použitého výrazu „pouze“ taxativní. Zdá se tak, že zákonodárce zapomněl na možnost potvrzení správného rozhodnutí. Je tak otázkou, jak bude dané ustanovení krajskými úřady, coby odvolacími orgány vykládáno, tj. zda nezůstane u výkladu gramatického, který by z daného ustanovení činil nástroj absurdity.

Další problémy se objevují za situace, kdy se budeme ptát po tom, co všechno lze považovat za peněžní prostředky poskytnuté z rozpočtu obce (kraje), resp. na základě jakých všech právních skutečností mohou být peněžní prostředky obce (kraje) poskytnuty ve smyslu § 22 odst. 1 citovaného předpisu ve znění novely. Samotný text předpisu umožňuje i takový výklad, že poskytnutím peněžních prostředků ve smyslu citovaného ustanovení je např. poskytnutí půjčky na základě smlouvy uzavřené „v režimu“ občanského zákoníku, tedy případ, kdy i obec (kraj) vystupuje jako zásadně „rovný“ účastník soukromoprávního vztahu, tedy nikoliv z pozice mocenské. Porušení takové smlouvy by pak mělo být mocenskými prostředky jednostranně řešeno jedním ze smluvníků, tj. obcí či krajem, který by autoritativně formou rozhodnutí vydaného podle zákona o správě daní a poplatků uložila svému smluvnímu partnerovi odvod do vlastního rozpočtu. Ten by samozřejmě měl možnost se do takového rozhodnutí odvolat, o odvolání by rozhodoval krajský úřad v přenesené působnosti, resp. ministerstvo financí. Obec či kraj coby smluvní strany (právní subjekty) však již takovou možnost nemají. Celou záležitost je nutné vnímat i v souvislosti s možností dovolávat se ochrany svých práv vyplývajících např. i z občanskoprávních vztahů v občanském soudním řízení (viz § 7 odst. 1 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, podle kterého by v případě řešení dané věci jako „porušení rozpočtové kázně“ podle zákona č. 250/2000 Sb., ve znění novely nebyla dána příslušnost obecního soudu k rozhodnutí daného sporu). Podobně z pohledu obce bude pravděpodobně nemožné domoci se přezkoumání rozhodnutí krajského úřadu o zrušení resp. zrušení a vrácení dané věci k novému projednání obecním úřadem u správního soudu, kdy obec jako právnická osoba, která není účastníkem daného řízení, nebude aktivně procesně legitimována k podání žaloby. Pokud zákonodárce chtěl upravit tímto režimem správu prostředků poskytnutých z rozpočtu obce na základě „veřejnoprávních“ titulů, pak to měl v textu předpisu dát najevo zřetelněji.

Závěrem

Právo můžeme bezpochyby vnímat jako jeden z významných faktorů ovlivňujících fungování moderní společnosti. Má-li pak právo plnit svoji regulační a stabilizační funkci, je nezbytné, aby k jeho tvorbě (ve smyslu pozitivně právním) bylo přistupováno s největší obezřetností a důkladností. Jak lze ze shora naznačených legislativních snah o hledání řešení jevů, které doprovázejí finanční krizi usuzovat, důležitá nevhodná právní regulace může v konečném důsledku negovat možný pozitivní efekt jiných snah o „narovnávání“ negativního stavu.

Literature:

- Havlan, P.: Veřejné vlastnictví v právu a společnosti, Praha : C.H.Beck, 2008, 318, ISBN 978-80-7179-617-6
- Hoetzel, J.: Československé správní právo, část obecná, Praha : Melantrich, 1934, 455

Reviewer:

Petr Havlan

Contact – email:

53600@mail.muni.cz

WHAT WILL BRING THE NEW INSURANCE ACT?

DAVID JOPEK

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Tento příspěvek srovnává stávající právní úpravu soukromého pojištění s navrhovaným legislativním řešením, pojednává o hlavních důvodech legislativního záměru, objasňuje nezbytnost nové právní úpravy v kontextu globální ekonomické krize a celkově zhodnocuje klady i zápory navrhovaného legislativního řešení. Významná část příspěvku je věnována problematice státního dohledu nad pojišťovacím trhem. Závěrem pak autor shrnuje hlavní principy navrhované právní úpravy.

Key words in original language:

Pojištění, zákon o pojištění, zajištění, soukromé pojištění, státní dozor, krize.

Abstract:

This paper compares the existing private insurance legislation, with the proposed legislative solution, discusses the main reasons for the legislative intent, makes clear the need for new legislation in the context of global economic crisis and assesses the pros and cons of the proposed legislative solution. A significant part of this conference paper is dedicated to the state supervision of the insurance market. In fine, the author summarizes the main principles of the proposed legislation.

Key words:

Insurance, insurance act, reinsurance, private insurance, state supervision, crisis.

V souladu s legislativním plánem práce vlády byl předložen Poslanecké sněmovně ke schválení návrh nové právní úpravy soukromého pojišťovnictví. V polistopadové éře našeho státu jde o třetí zákon stanovující základní podmínky pro zahájení a výkon pojišťovací a zajišťovací činnosti a systém dohledu v pojišťovnictví na území českého státu (ale první po vzniku našeho členství v Evropské unii). Právě odlišné požadavky Evropské unie na výkon pojišťovací a zajišťovací činnosti v rámci „jednotného pojistného prostoru“, byly hlavní důvodem pro zpracování konceptu nové, ucelené a systematické právní úpravy ve formě zákona.

Hlavní důvody vypracování konceptu nové právní úpravy lze stručně shrnout do následujících bodů:

9. Do českého právního řádu je zapotřebí transponovat akty komunitárního práva související se soukromým pojišťovnictvím – jedná se především o směrnici 2005/68/ES o zajištění a o změně směrnic Rady 73/239/EHS, 92/49/EHS, jakož i směrnic 98/78/ES a 2002/83/ES, dále sdělení o úpravě některých částek stanovených směrnicemi o životním a neživotním pojištění podle inflace (2006/C 194/07), a konečně směrnicí 2007/44/ES, kterou se mění směrnice Rady 92/49/EHS a směrnice 2002/83/ES, 2004/39/ES, 2005/68/ES a 2006/48/ES, pokud jde o procesní pravidla a hodnotící kritéria pro obezřetnostní posuzování nabývání a zvyšování účastí ve finančním sektoru.

10. Předpokládaný objem nezbytných legislativních změn překračuje rozsah, pro který by byla vhodná forma novelizace stávajícího zákona.
11. Podstatné změny vynucené novou směrnicí o zajištění, která se promítají do zákona jako celku.
12. Celková struktura stávajícího zákona, která je poplatná době před vstupem České republiky do Evropské unie.
13. Připravované zásadní změny na úrovni komunitárního práva v oblasti soukromého pojišťovnictví v souvislosti s tzv. projektem „Solvency II“ (projekt „Solvency II“ představuje nový systém požadavků na solventnost pojišťoven; více na <http://www.solvency-2.com/index.php>) budou vyžadovat celkovou změnu struktury (členění) zákona o pojišťovnictví, aby byla nadále zachována jeho přehlednost a srozumitelnost.¹
14. I když ne prvoplánovým, tak jistě následným důvodem hovořícím pro změny v právní úpravě byla propuknuvší globální ekonomická krize a její dopad na finanční sektor v České republice (potřeba zakotvení dalších bezpečnostních mechanismů).

V současné době je soukromé pojišťovnictví u nás regulováno především zákonem č. 363/1999 Sb., o pojišťovnictví a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o pojišťovnictví). Tomuto zákonu předcházela zákon č. 185/1991 Sb., o pojišťovnictví, jehož hlavním úkolem bylo vymezit základní pravidla pro podnikání v soukromém pojištění a odstranit tím státní monopol v této oblasti podnikání. Byly tak stanoveny obecné principy provozování této činnosti jako je například povolení k podnikání na základě schválené žádosti, stanovení povolených právních forem pojišťoven, některá pravidla kontroly jejich hospodaření a vytvoření orgánu státního dozoru v pojišťovnictví, kterým se stalo Ministerstvo financí ČR.² Tímto prvním „pojišťovnickým zákonem“ v polistopadové éře byly sice v poměrně krátké době vytvořeny podmínky pro uplatňování tržních principů v oblasti soukromého pojišťovnictví, a tím nastartován proces rozvoje podnikání v této oblasti finančního trhu, nicméně tato právní úprava nepostrádala typické nešvary živelné normotvorby první poloviny 90. let minulého století. Připomeňme alespoň nedostatečně vymezenou finanční kontrolu, příliš obecně formulována opatření dozorujícího Ministerstva financí ČR směřující k nápravě v činnosti konkrétní pojišťovny, nedostatečné požadavky na finanční rezervy pojišťoven, udělování licencí nikoliv podle charakteru provozované činnosti (členěné na tzv. pojistná odvětví), nýbrž podle pojistných podmínek, atd.

Zákon č. 363/1999 Sb., o pojišťovnictví, upravuje podmínky provozování pojišťovací a zajišťovací činnosti a dohled na provozování pojišťovací a zajišťovací činnosti. Do režimu uvedeného zákona spadají pojišťovny a zajišťovny se sídlem na území České republiky, které provozují zmíněné činnosti, nebo pojišťovny a zajišťovny, které mají sice sídlo na území jiného členského státu Evropské unie (Evropského hospodářského prostoru), avšak provozují svou činnost na našem území, a konečně, zákon se vztahuje i na pojišťovny a zajišťovny se sídlem na území tzv. třetích států (tj. států mimo EU či EHP), pokud provozují činnost na

¹ Důvodová zpráva k novému zákonu o pojišťovnictví.

² Příkrýl V., Čechová J. Zákon o pojišťovnictví s komentářem. Praha: Orac, 2001, str. 9-41.

našem území. Uvedený zákon upravuje také výkon státního dozoru (bylo by vhodnější užívat termínu „dohled“, jenž je užíván v souvislosti s menší intenzitou kontrolních činností),³ který je koncipován jako dozor nad činnostmi v dané oblasti podnikání. V praxi však takto široce pojatý výkon dohledu je obtížně realizovatelný, mnohdy bez odůvodněného, racionálního základu, a někdy především bezdůvodný. Mimo jiné proto byl přijat zákon č. 57/2006 Sb., o změně zákonů v souvislosti se sjednocením dohledu nad finančním trhem, kterým byl integrován dozor nad finančním trhem do jediné instituce – České národní banky (centrální banky ČR).

Protože od přijetí zákona o pojišťovnictví č. 363/1999 Sb. uběhla poměrně dlouhá doba, jeví se vhodné uvést přehled jeho novelizací s charakteristikou hlavních změn v právní úpravě:

- zákonem č. 159/2000 Sb. bylo novelizováno ustanovení § 39, kterým se výjimka z mlčenlivosti rozšířila na příslušnou organizační složku Ministerstva financí plnící úkoly ze zákona č. 61/1996 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a o změně a doplnění souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

- zákonem č. 316/2001 Sb. bylo novelizováno ustanovení § 30 týkající se nucené správy.

- zákonem č. 12/2002 Sb. bylo doplněno nové ustanovení § 39a, kterým byla zavedena informační povinnost pojišťoven v případě živelní nebo jiné pohromy, která je mimořádnou událostí, na základě níž byl vyhlášen stav nebezpečí nebo nouzový stav.

- zákonem č. 126/2002 Sb. bylo novelizováno ustanovení § 39, které pojišťovnám umožnilo vzájemně se informovat o skutečnostech týkajících se pojištění fyzických a právnických osob.

- zákonem č. 39/2004 Sb. byl novelizován zákon v rozsahu nezbytném pro vstup ČR do EU. Jednalo se zejména o zavedení tzv. jednotného evropského pasu a o odstranění překážek pro uplatňování základních svobod Společenství v oblasti soukromého pojištění.

- zákonem č. 257/2004 Sb. bylo novelizováno ustanovení § 12 s ohledem na nahrazení „Střediska cenných papírů“ „centrálním depozitářem“.

- zákonem č. 377/2005 Sb. byl novelizován zákon s ohledem na transformaci směrnice 2002/87/ES o doplňkovém dozoru nad úvěrovými institucemi, pojišťovny a investičními podniky ve finančním konglomerátu a směrnice 2001/17/ES o restrukturalizaci a likvidaci pojišťoven, zejména zavedení upraveného výpočtu solventnosti a zabezpečení informovanosti dohledových orgánů a občanů Společenství v případě reorganizačních opatření zavedených v pojišťovnách, převodu kmene pojistných smluv a odnětí povolení k provozování pojišťovací činnosti, resp. likvidace pojišťoven.

- zákonem č. 381/2005 Sb. bylo novelizováno ustanovení § 39 v souvislosti s prolomením povinnosti mlčenlivosti v případě veřejného ochránce práv.

- zákonem č. 413/2005 Sb. bylo znova novelizováno ustanovení § 39 v souvislosti s prolomením povinnosti mlčenlivosti v případě Národního bezpečnostního úřadu, zpravodajské služby nebo Ministerstva vnitra při provádění bezpečnostního řízení.

³ Mrkývka, P. et al. Finanční právo a finanční správa. 2. díl. Brno: Masarykova univerzita, 2004, str. 206-207.

- zákonem č. 444/2005 Sb. bylo novelizováno ustanovení § 35a v souvislosti s nahrazením finančního úřadu celním úřadem v případě orgánu oprávněného vybírat a vymáhat pokuty.
- zákonem č. 57/2006 Sb. byl novelizován zákon s ohledem na přechod dozorových funkcí Ministerstva financí v oblasti soukromého pojišťovnictví na Českou národní banku.
- zákonem č. 70/2006 Sb. bylo znova novelizováno ustanovení § 39 v souvislosti s upřesněním příslušné organizační složky Ministerstva financí zabývající se bojem proti legalizaci výnosů z trestné činnosti nebo prováděním mezinárodních sankcí za účelem udržování mezinárodní míru a bezpečnosti, ochrany základních lidských práv a boje proti terorismu, vůči které je prolomena povinnost zachovávat mlčenlivost týkající se poskytnutí citlivých informací.
- zákonem č. 296/2007 Sb. byla novelizována ustanovení § 10b, 21c, 33 a 39 v souvislosti s novelizací insolvenčního zákona.
- zákonem č. 124/2008 Sb. byla novelizována ustanovení § 8, 11, 23 a 38 v souvislosti s úpravou týkající se Rejstříku trestů.
- zákonem č. 126/2008 Sb. byl novelizován § 36 v souvislosti s přijetím zákona o přeměnách obchodních společností a družstev.
- zákonem č. 137/2008 Sb. byla novelizována ustanovení § 5a, 5c, 13, 35a a 39 v souvislosti se změnami zákona o pojištění odpovědnosti z provozu vozidla.
- zákonem č. 254/2008 Sb. přináší novelizací ustanovení týkající se porušení mlčenlivostí.

Prováděcím předpisem k zákonu o pojišťovnictví je vyhláška České národní banky č. 303/2004 Sb., kterou se provádí některá ustanovení zákona o pojišťovnictví. Tato vyhláška byla novelizována vyhláškou č. 96/2006 Sb. a vyhláškou č. 458/2006 Sb.

Stávající právní úprava je, bohužel, strukturována bez ohledu na odlišný systém výkonu dohledových činností v závislosti na zemi sídla pojišťovny a charakteru její činnosti. Novela provedená zákonem č. 39/2004 Sb. před vstupem ČR do EU nemohla provést potřebné strukturální změny, neboť tyto by překročily (údajně) rámec novely zákona. Vstupem ČR do EU bylo nutné zejména odstranit překážky k uplatňování principu tzv. jednotného evropského pasu. Tím se systém dohledových činností rozdělil do třech oblastí. První tvoří pojišťovny se sídlem na území ČR. Jejich přístup k pojišťovací činnosti byl plně dán do souladu s podmínkami platnými ve Společenství. Za kontrolu jejich činnosti bez ohledu na území, na kterém je jejich činnost provozována, plně odpovídá domovský orgán dohledu, dnes ČNB. To umožňuje těmto pojišťovnám rozšiřovat svoji činnost na ostatní státy EHP pouze na základě splnění informačních povinností vůči ČNB. Tato činnost může mít přitom jak formu usazení, tedy zřízení pobočky v jiném členském státě, tak i formu dočasného poskytování služeb, tzv. přeshraničního obchodu. Druhou oblast tvoří pojišťovny se sídlem na území jiného členského státu, které provozují na území ČR svoji pojišťovací činnost výše zmíněnou formou usazení nebo přeshraničního obchodu. Za kontrolu jejich činnosti odpovídá dozorový orgán země jejich sídla.⁴ Dozorové pravomoci ČNB jsou tak přizpůsobeny tomuto principu. Stejně jako

⁴ Karlíková, M. et al.: Základy pojišťovacího práva. Praha: Orac, 2001, str. 22-39.

v jiných dohledových činnostech, je zde výraznou měrou posílena vzájemná výměna relevantních informací mezi dohledovými orgány. Třetí oblast tvoří pojišťovny se sídlem na území třetích států, které podléhají výkonu dohledu ČNB obdobně jako tuzemské pojišťovny. Tento dohled se vztahuje pouze k jejich činnosti na území ČR a takové pojišťovny nemohou využívat výhod spojených s jednotným evropským pasem. Jediným zvýhodněním tak je možnost požádat, v případě, že působí nebo hodlají působit ve více členských státech, o zvýhodnění spočívající v určení jednoho dozorového orgánu členského státu, který bude vykonávat kontrolu činnosti takové pojišťovny na území těch členských států, ve kterých jim bylo uděleno úřední povolení k činnosti. Stávající právní úpravou došlo k výraznému posílení ochrany spotřebitele, a to zejména zpřísněním kontroly vlastníků pojišťoven a osob v jejich orgánech, resp. osob s účastí na řízení těchto společností, resp. družstev, rozšířením dozorových pravomocí dnes ČNB a zavedením tzv. doplňkového dohledu nad činností pojišťoven ve skupinách a pojišťoven ve finančních konglomerátech. Významným bylo i přenesení do zákona směrnice 2001/17/ES o reorganizaci a likvidaci pojišťoven provedené zákonem č. 377/2005 Sb., o finančních konglomerátech. Na druhé straně byly odstraněny některé překážky bránící optimálnímu provozování pojišťovací činnosti, a to přechodem od materiálního k finančnímu dohledu. Příkladem je odstranění povinnosti schvalovat všeobecné pojistné podmínky. Přechodem na systém jednotného evropského pasu se tuzemským pojišťovnám výrazně zjednodušil tuzemským pojišťovnám přístup na trh Společenství, přijetím zákona č. 37/2004 Sb., o pojistné smlouvě, byla pojišťovnám dána právní úprava odpovídající tržním principům a potřebě dalšího rozvoje pojištění a přijetím zákona č. 38/2004 Sb., o pojišťovacích zprostředkovatelích a likvidátorech pojistných událostí, byly nastaveny evropské kvalitativní standardy odpovídající důležitosti soukromého pojišťovnictví. Jak jsem již uvedl výše, výkon dohledových činností přešel na základě zákona č. 57/2006 Sb. od 1. 4. 2006 na Českou národní banku. Cílem této integrace bylo zjednodušení vztahu mezi dohlíženými osobami a dohledovým orgánem, a to především odstraněním duplicit ve výkonu dohledu, vytvořením jednotné dohledové kultury a využitím synergických efektů dané integrace. S ohledem na krátkou dobu působení ČNB jako integrovaného dohledového orgánu nelze objektivně hodnotit naplnění cílů uvedené integrace. Jistě k tomu bude příležitost v době vstupu ČR do Evropské měnové unie, kdy se zásadně změní postavení ČNB. Oblast zajištění byla v souladu se směrnicí 64/225/EHS upravena pouze pro výkon aktivního zajištění tuzemskými zajišťovnami (specializovaná tuzemská zajišťovna zatím nevznikla) nebo tuzemskými pojišťovnami. Na činnost zahraničních zajišťoven se tak zákon o pojišťovnictví doposud nevztahuje, s výjimkou zprostředkování zajištění, kdy tyto zajišťovny mohou využívat pouze zprostředkovatelů registrovaných v souladu se zákonem č. 38/2004 Sb.

Z hlediska ústavnosti výkonu dohledu ČNB se v odborné literatuře vyskytují názory, že výkon dohledu ČNB v oblasti finančního trhu, tj. výkon státní správy, kdy ČNB jsou svěřeny kompetence správního úřadu, není ústavně konformní, a to s odůvodněním, že výkon kompetencí správního úřadu není ČNB výslovně svěřen Ústavou. Postavení ČNB upravuje článek 98 Ústavy takto: „Česká národní banka je ústřední bankou státu. Hlavním cílem její činnosti je péče o cenovou stabilitu; do její činnosti lze zasahovat pouze na základě zákona. Postavení, působnost a další podrobnosti stanoví zákon.“. Uvedená dikce ovšem nevylučuje, a ani to tak v praxi nemůže být, aby ČNB vykonávala vedle činnosti směřující k zajištění jejího hlavního cíle, svěřeného jí Ústavou, ještě další činnosti, a to na základě zákona. Tak byla zákonem č. 6/1993 Sb., o České národní bance, ve znění pozdějších předpisů, této instituci svěřena řada dalších kompetencí, které ČNB po léta vykonává. Jedná se zejména o určování měnové politiky státu, vydávání bankovek a mincí, řízení peněžního oběhu a platebního

styku, zajišťování bezpečného fungování a rozvoje finančního trhu, provádění dohledu na činností bank a institucí elektronických peněz a další. V roce 2006 byla zákonem č. 57/2006 Sb. dohledová činnost ČNB rozšířena na všechny subjekty působící na finančním trhu, tj. na spořitelní a úvěrní družstva, pojišťovny, zajišťovny a obchodníky s cennými papíry, a k jejími výkonu jí byly, jak v zákoně o České národní bance, tak v zákonech upravujících regulaci podnikání v družstevním bankovníctví, pojišťovnictví a v oblasti obchodování s cennými papíry, svěřeny příslušné veřejnoprávní kompetence. Můžeme tedy závěrem konstatovat, že připravovaný nový zákon o pojišťovnictví v zásadě přebírá dosavadní právní úpravu výkonu dohledu ČNB v pojišťovnictví a pouze ji precizuje na základě poznatků z výkonu dohledu v praxi. S přihlédnutím k uvedenému je podle mého názoru návrh zákona o pojišťovnictví v souladu s ústavním pořádkem.

Dalším důležitým důvodem hovořícím pro přijetí nové právní úpravy byly rozsáhlé změny evropské úpravy zajištění provedené novou směrnicí o zajištění.⁵ Zajištění hraje v soukromém pojišťovnictví nezastupitelnou úlohu, neboť usnadňuje rozložení pojistných a zajistných rizik na celosvětové úrovni, umožňuje pojišťovnám a zajišťovnám zvýšit jejich pojistnou nebo zajistnou kapacitu a rovněž snížit jejich kapitálové náklady. Zajištění dále hraje důležitou úlohu ve finanční stabilitě pojišťoven a zajišťoven, protože je základním prvkem v zabezpečení úrovně finančního zdraví a stability pojistných trhů a celého finančního systému. Směrnice Rady 64/225/EHS ze dne 25. února 1964 o odstranění omezení svobody usazování a volného pohybu služeb v oblasti zajištění a odstranila omezení svobody usazování a volného pohybu služeb s ohledem na sídlo zajistitele. Neodstranila však omezení vyvolané odchylkami ve vnitrostátních předpisech regulujících zajištění na omezitelném základě. Tato situace vedla k výrazným rozdílům v úrovni dozoru nad zajišťovnami ve Společenství, které vytvářejí bariéry pro výkon zajišťovací činnosti, jako je povinnost zajišťovny jistit aktiva ke krytí svého podílu na technických rezervách pojišťovny a rovněž vyhovět rozdílným pravidlům pro dozor nad zajišťovnami v různých členských státech, ve kterých podnikají. Tyto nedostatky odstraňuje směrnice 2005/68/ES, která v souladu s přístupy přijatými v právních předpisech Společenství týkajících se životního a neživotního pojištění zavádí princip povolení s charakterem jednotného evropského pasu. Byla provedena důležitá, nezbytná harmonizace pro zajištění vzájemného uznávání povolení a systémů omezitelného dohledu, která tak umožňuje udělit jediné povolení platné v celém Společenství a používat zásadu dozoru domovským členským státem. Přístup k zajišťovací činnosti a její následný výkon budou podléhat jednomu úřednímu povolení, které vydávají příslušné orgány členského státu, ve kterém má zajišťovna skutečné sídlo. Takové povolení umožňuje zajišťovně vykonávat svou činnost v rámci celého Společenství podle práva usazování i volného pohybu služeb. Členský stát, ve kterém se nachází pobočka nebo ve kterém jsou poskytovány služby, nesmí vyžadovat na zajišťovně, která na jeho území hodlá vykonávat zajišťovací činnost a které již bylo vydáno povolení v jejím domovském členském státě, aby žádala o nové povolení. Zajišťovna, která již získala povolení v domovském členském státě, by dále neměla podléhat dalšímu doзору nebo kontrole příslušnými orgány týkajícími se finančního zdraví pojišťovny, která je zajištěna u této zajišťovny. Kromě toho není povoleno, aby členské státy požadovaly, aby zajišťovna, která získala povolení, jistila aktiva pro krytí svého podílu na technických rezervách cedujícího podniku. Příslušné orgány by neměly udělit povolení nebo by neměly obnovit povolení zajišťovně, která nesplní podmínky stanovené v této směrnici. Směrnice se však nevztahuje na poskytování zajistného krytí prováděné nebo

⁵ Důvodová zpráva k novému zákonu o pojišťovnictví.

plně zaručené členským státem, který působí, z důvodů závažného veřejného zájmu, jako „zajišťovatel nejvyšší instance“, zejména pokud není proveditelné z důvodu zvláštní situace na trhu, získat přiměřené obchodní krytí; v tomto ohledu by se mělo nedostatkem „přiměřeného obchodního krytí“ rozumět hlavně selhání trhu charakterizované zřejmým nedostatkem dostatečné nabídky pojištění, ačkoli nadměrné pojistné by samo o sobě nemělo naznačovat nedostatečnost uvedeného obchodního krytí. Zajišťovny musejí omezit předmět své činnosti na zajišťovací činnost a s tím související činnosti. Tento požadavek umožňuje zajišťovně provozovat například takové činnosti jako poskytování statistického nebo pojistně matematického poradenství, analýzy pojistných nebo zajistných rizik nebo průzkumu pro klienty. Může též zahrnovat funkci finanční holdingové společnosti a činnosti související s činnostmi finančního sektoru ve smyslu zákona o finančních konglomerátech. V žádném případě to však neznamená, že by zajišťovna byla oprávněna provádět s její činností nesouvisející bankovní a finanční činnosti. Směrnice 2007/44/ES z 5. září 2007 upravuje procesní pravidla a hodnotící kritéria pro obezřetnostní posuzování nabývání a zvyšování účastí ve finančním sektoru. Tím se rozšiřují stávající směrnice, které upravují situace, kdy fyzická či právnická osoba přijala rozhodnutí nabýt nebo zvýšit kvalifikovanou účast v úvěrové instituci, pojišťovně, zajišťovně nebo investiční společnosti. Úprava také zavádí povinnost vlastníka oznámit své rozhodnutí zcizit svůj podíl v pojišťovně nebo zajišťovně příslušnému domovskému dohledovému orgánu. Tato pravidla však nesmějí bránit nebo vylučovat či nahrazovat požadavek průběžného obezřetnostního dohledu ani jiná související dohledová ustanovení.

Záměrem Společenství je udržet své finanční trhy otevřené zbytku světa a napomoci tak zlepšení liberalizace světových finančních trhů ve třetích zemích. Bylo by prospěšné, aby všichni účastníci trhu dosáhli rovného přístupu k investicím na celém světě. Členským státům se tak ukládá oznámit Komisi případy, ve kterých není pojišťovně, úvěrovým institucím, investičním společnostem nebo ostatním finančním institucím Společenství nabývajícím účast v pojišťovnách, úvěrových institucích, investičních společnostech nebo ostatních finančních institucích nacházejících se ve třetí zemi poskytnuto stejné zacházení jako vnitrostátním nabyvatelům a ve kterých čelí závažným překážkám. Komise by měla navrhnout opatření k nápravě těchto případů nebo řešit tyto případy na vhodném fóru. V řízeních vedených ČNB je správný řád k navrhovanému zákonu subsidiární. Účelem dohledu podle navrhovaného zákona je zamezit, resp. omezit na co možná nejmenší míru nebezpečí finanční instability dozorovaných subjektů, včetně skupin osob, jejichž jsou součástí. Je třeba vzít v úvahu, že se jedná o finanční instituce, které jsou často vzájemně propojené, jejichž nestabilita by mohla mít katastrofální důsledky na ekonomiku státu nebo států, na jejichž území působí. Z opačného úhlu pohledu, pojišťovny a zajišťovny jsou subjekty, které mohou významnou měrou přispět k stabilizaci národních ekonomik v době trvání ekonomické krize, o čemž se přesvědčujeme nyní.

Závěrem se pokusím shrnout hlavní principy navrhované právní úpravy a vysvětlit nezbytnost celkové změny ve formě nového zákona.

Po zásadních transformačních změnách české ekonomiky se soukromé pojištění stalo nedílnou součástí finančního trhu a začalo plnit svoje funkce. Pojištění sehrává nezastupitelnou úlohu při ochraně života a zdraví občanů, umožňuje uchování majetkových statků, eliminuje výkyvy v procesu výroby, distribuce a spotřeby, čímž významně přispívá ke stabilitě a rozvoji národního hospodářství. Jako příklad lze uvést výrazný podíl soukromých pojišťoven na likvidaci následků povodní v roce 1997 nebo 2002. Pojišťovny a zajišťovny, v důsledku vytváření dočasně volných finančních prostředků sloužících k budoucí úhradě

vzniklých závazků z pojištění, vystupují na kapitálovém trhu jako významní investoři. Hlavním předpokladem úspěšného výkonu regulační a dohledové úlohy státu je danému vývoji odpovídající kvalita právních předpisů. Stávající právní úprava je v mnoha směrech překonána dosavadní praxí a nevyhovuje dosažené úrovni transformačního procesu. Navrhovaným zákonem jsou v souladu s právem ES upraveny základní principy provozování soukromého pojištění a zajištění a výkon dohledu nad touto činností. Navrhovaná právní úprava je nezbytná z hlediska členství ČR v EU, neboť zejména transponuje do našeho právního řádu směrnici Evropského parlamentu a Rady 2005/68/ES o zajištění a o změně směrnic Rady 73/239/EHS, 92/49/EHS, jakož i směrnic 98/78/ES a 2002/83/ES. Prostředí, ve kterém působily pojišťovny zhruba do pol. roku 2008, bylo ekonomicky stabilní. I když české finanční trhy zasáhla globální ekonomická krize, podle posledních průzkumů, objem prodeje pojistných produktů stále roste. To jen hovoří o roli pojišťoven při stabilizaci ekonomiky, která nabývá právě v období ekonomické recese na svém významu. Zdravý vývoj soukromých pojišťoven může být ohrožován nejen vnitřními faktory, jako je např. kvalita vlastníků nebo statutárních orgánů společností, kapitálové zázemí apod., ale i faktory vnějšími, např. katastrofickým vývojem některých pojistných rizik nebo problémy kapitálového trhu, na kterém jsou pojišťovny a zajišťovny významnými investory. Přitom řadu z těchto faktorů lze pozitivně ovlivnit. Přispět by k tomu mělo právě i navrhované legislativní řešení. Z hlediska počtu tuzemských subjektů je český finanční trh poměrně dobře satureován (s výraznou dominancí dvou subjektů). Proto pro nové zájemce bude stále obtížnější na něj vstoupit, aniž by došlo k převzetí stávajícího licencovaného subjektu (např. formou fúze či jinou akviziční činností). Tímto směrem, běžným i v jiných vyspělých zemích, se pravděpodobně bude finanční trh v České republice vyvíjet i nadále.

Vzhledem k výše uvedenému a s ohledem především na rozsah zásadních změn, ke kterým došlo v komunitárním právu od přijetí stávajícího zákona č. 363/1999 Sb. jak ve směrnicích týkajících se výkonu pojišťovací činnosti, tak i v přístupu k aktivní zajišťovací činnosti, vznikla nutnost uzpůsobit strukturu zákona a jeho obsah novým podmínkám. Rozsah nutných změn, jak jsem již konstatoval výše, přesáhl rámec přípustný pro novelu zákona. Nový zákon o pojišťovnictví by měl odstranit stávající nedostatky a současně umožnit jednodušší přizpůsobení dané oblasti novým podmínkám spojeným s připravovanou komunitární úpravou výrazně posilující ochranu spotřebitele tzv. Solvency II. Cílem tohoto příspěvku bylo seznámit s hlavními důvody tohoto legislativního záměru, objasnit nezbytnost nové právní úpravy i s ohledem na propuknuvší globální ekonomickou krizi a celkově zhodnotit klady a zápory navrhovaného legislativního řešení, neboť každý připravovaný zákon by měl projít sítím odborného diskursu (*de lege lata, de lege ferenda*).

Literature:

- Bakeš, M. et al.: Finanční právo. Praha: C. H. Beck, 2006, 741, ISBN 80-7179-431-7
- Karfíková, M. et al.: Základy pojišťovacího práva. Praha: Orac, 2001, 301, ISBN 80-86199-27-4
- Mrkývka, P. et al.: Finanční právo a finanční správa. 2. díl. Brno: Masarykova univerzita, 2004, 381, ISBN 80-210-3579-X
- Pfennigstorf, W.: Public Law of Insurance, International encyclopedia of comparative law. Dordrecht: J. C. B. Mohr et alt. Publisher, 1996, 427

- Příkryl, V. et Čechová J.: Zákon o pojišťovnictví s komentářem. Praha: Orac, 2001, 190
ISBN 80-86199-35-5
- Materiály Vlády ČR
- Materiály České národní banky

Reviewer:
Petr Mrkývka

Contact – email:
jopek@mail.muni.cz

EKONOMICKÁ KRIZE Z POHLEDU DANÍ

JAN KOPŘIVA

Brno University of Technology, Faculty of Business and Management, the Czech Republic

Abstract in original language:

Článek se zabývá aktuálním vývojem právní úpravy vybraných daní jejich potencionálním vlivem na podniky v době ekonomické krize. Tzv. ekonomické balíčky v době krize obsahují velmi často různá daňová či kvazidaňová opatření, která mají vesměs podpořit podnikatele v období krize. Jejich skutečný dopad na jednotlivé podnikatele a následně na ekonomiku jako celek bude možno zhodnotit až v delším časovém intervalu. Článek se zabývá hodnocením těch, dle autora nejzásadnějších, daňových a kvazidaňových opatření, která byla přijata v poslední době.

Key words in original language:

Krize; daně; opatření.

Abstract:

The article deals with actual development of selected taxes legal regulations, its prospective influence on companies at the time of economic crisis. So-called economic packets for the time of crisis often contain various tax or quasi-tax arrangements that should give support to entrepreneurs during the crisis. Its real impact – regarding particular entrepreneurs and economy as a whole – can be evaluated in the following time period. This article considers the evaluation of the most fundamental tax and quasi-tax arrangements that were accepted recently.

Key words:

Crisis; taxes; equipment.

1. ÚVOD

Celý svět zasáhla tzv. Ekonomická krize. Někteří analytici možnost vzniku krize předvídali, někteří naopak nikoliv. Jednotlivé státy se na krizi připravily lépe, jiné hůře. V zásadě všechny státy však reagovaly s větším či menším zpožděním.

Jedním z nejčastějších nástrojů ke zvládnutí krize byly a jsou ekonomické balíčky, které v sobě téměř vždy obsahují určité změny v daňové či kvazidaňové¹ legislativě. Nejčastěji se jedná o změnu sazby, daňové úlevy či zrušení určitých povinností².

Zásadní problém u daňových a kvazidaňových opatření je, že jejich vliv na ekonomiku má vždy určitý časový odstup od jejich zavedení.

¹ Za kvazidaňové pro tento článek považuji taková opatření, která se nedotýkají přímo daní, ale obdobných plateb tedy zejména sociálního a zdravotního pojištění.

² Typicky zrušení povinnosti zálohových plateb.

Asi nejvíce medializovanou daňovou úpravou v době současné ekonomické krize je zavedení tzv. šrotovného.

Autor by se v článku chtěl dotknout vybraných daňových a kvazidaňových úprav a vyjádřit na ně svůj názor.

2. ŠROTOVNÉ

V Evropě nejrozšířenějším a současně nejvíce diskutovaným opatřením bylo zavedení tzv. šrotovného. Šrotovné lze definovat jako příspěvek státu na nákup nového vozidla s tím, že vlastník dá do šrotu své současné vozidlo určitého věku. Šrotovné bylo zavedeno v řadě států EU, z našich sousedů pak v Německu a na Slovensku.

Vzhledem k zájmu o šrotovné v Německu bude zřejmě spuštěno druhé kolo vyplácení. Dosavadní příspěvky 2500 eur na nákup nového auta byly všechny vyčerpány, a to bylo vyčleněno 1,5 miliard eur (tedy 600 tisíc šrotovacích premií).

Prozatím není definitivně jasné kolik dalších peněz ještě německá vláda do šrotovného „nalije navíc“. Důležité ovšem je, že se na pokračování úspěšného projektu domluvili kancléřka Angela Merkelová s volebním rivalem a vicekancléřem Frankem-Walterem Steinmeierem.

Na Slovensku byla šrotovací premie ve výši 1500 eur na jeden vůz a prozatím stačilo pro 22 tisíc majitelů starých vozidel a bylo již také vyčerpáno. V České republice je největším obdivovatelem ČSSD, která chce zavést šrotovné ve výši 2.500,- EUR³. Jedná se tedy o částku cca 68.000,- Kč.

Kritici zavedení šrotovného v jednotlivých státech shodně varují, že příspěvek podpoří dovoz zahraničních aut a nikoli markantní zvýšení produkce tuzemských. Zastánci zase říkají, že se nemá myslet jen na automobilky, ale i na výrobce součástí.

Osobně jsem odpůrcem šrotovného z řady důvodů. Prvním je, že šrotovné je pouze pro jeden segment ekonomiky, a to automobilový průmysl. Myslím, že všechny ostatní části průmyslu by také uvítaly šrotovné na jejich produkty – ledničky, pračky, nábytek a atd. Druhým důvodem kritiky šrotovného je, že se rozhodně nejedná o ekologické opatření, neboť produkce jednoho malého auta je ekologicky náročná jako jeho 11-tiletý provoz. Současně pak podle mého názoru v rámci jednotné Evropské unie měla být ohledně takovéto podpory ekonomiky nastavena jednotná pravidla, resp. by měl být alespoň určitý harmonizovaný základ. Další kritikou pak je, že ve většině případů vede šrotovné k nákupu malých vozidel vyrobených mimo zemi, ve které je šrotovné zavedeno. Například největší zájem je v současné době o Škodu Fabii, a dále o malá auta vyrobená různými značkami, zejména v Polsku. Šrotovné nedoporučuje např. Hospodářská komora ČR.⁴

3. ŠROTOVNÉ V ZEMÍCH EVROPSKÉ UNIE

³ http://plzensky.denik.cz/z_domova/cssd-chce-zavest-srotovne-ve-vysi--eur20090325.html

⁴ www.hkcr.cz/Files/aHonza09/Fotky/334/srotovne_analyza_HKaVSE2.doc

Země	Pobídka	Stáří vozu	Parametry	Platnost opatření
Rakousko	1500 eur	více než 13 let	- obchodníci platí 50 procent pobídky - celkový balíček 45 milionů eur	1. dubna 2009 až 31. prosince 2009
Kypr	675 až 1700 eur	více než 15 let	- 675 eur za sešrotování - pokud spojeno s nákupem nového vozu se spotřebou do 7l/100 km pak 1280 eur - pokud by byla u nového vozu spotřeba pod 5l/100 km, pak 1700 eur	v platnosti
Francie	1000 eur	více než 10 let	- nový vůz vypouštějící maximálně 160 g/km CO ₂ - nové lehké užitkové vozidlo minimálně třídy Euro 4 - odhadované náklady 220 milionů eur	4. prosince 2008 až 31. prosince 2009
Německo	2500 eur	více než 9 let	- nový automobil či maximálně rok starý třídy Euro 4 - celková obálka ve výši 1,5 miliardy eur	14. ledna 2009 až 31. prosince 2009
Itálie	1500 až 5000 eur u běžných aut; 2500 až 6500 u lehkých užitkových vozů	více než 9 let	- nové auto minimálně třídy Euro 4 s emisemi maximálně 140 g/km (benzin) či 130 g/km (nafta) CO ₂ - prémie za sešrotování u běžných aut (1500 eur) může být zkombinována s premií za nákup nového vozu (1500 až 3500 podle typu auta) - prémie za sešrotování u lehkých užitkových vozů (2500 eur) může být zkombinována s premií 4000 eur za nákup nového automobilu	1. února 2009 až 31. prosince 2009
Lucembursko	1500 až 1750 eur	více než 10 let	- 1500 eur, pokud emise nepřesahují 150 g/km CO ₂ - 1750 eur, jsou-li emise nižší než 120 g/km CO ₂ (u nafty méně)	22. ledna 2009 až 1. října 2010
Portugalsko	1000 - 1250 eur	více než 10 či 15 let	- nový vůz s maximálními emisemi 140 g/km CO ₂ - zvažováno rozšíření systému	1. ledna 2009 až 31. prosince 2009

			pobídek	
Rumunsko	850 eur	více než 10 let	- maximálně sešrotováno 60 000 vozů	1. února 2009 až 31. prosince 2009
Španělsko	bezúročná půjčka až do výše 10.000 eur	více než 10 let či přes 250 000 najetých kilometrů	- nový vůz o maximální hodnotě 30 000 eur a s emisemi maximálně do 140 g/km - u nových lehkých užitkových vozů emise do 160 g/km CO ₂ - možno za určitých podmínek i pro nákup staršího vozu	1. prosince 2008 až 31. července 2010

Zdroj: ČTK, www.ctk.cz

4. DPH NA VŠECHNA AUTA

Naopak za velmi kladné opatření v oblasti automobilů považují zavedení možnosti odpočtu DPH na osobní automobily všech druhů, nikoliv jako do 31.3.2009 pouze na kategorii N1⁵. Možnost odpočtu u všech osobních automobilů je výhodná jak pro samotné podnikatele, kteří si budou moci vybrat ze všech druhů automobilů, a ne pouze z „omezeného“⁶ sortimentu N1. Nákup nových vozidel podnikateli by naopak mělo vést ke zvýšení jejich kapacit a zvýšení bezpečnosti na silnicích. Určitou nevýhodu spatřuji v tom, že není zákonem o DPH⁷ stanoven určitý limit pro cenu a odpočet DPH. Je tedy možné využít odpočtu DPH i u vozů typu Lamborghini či Rolls royce.

V některých státech, např. Itálie, je stanovena maximální výše zdvihového objemu motoru. Domnívám se, že určité omezení by mělo být zavedeno, ať již cenového či určitého technického charakteru.

5. ZMĚNY V OBLASTI PŘÍMÝCH DANÍ

V oblasti přímých daní v ČR je nejzásadnějším krokem zrušení povinnosti platit zálohy na daně z příjmů pro malé podnikatele. Toto zrušení se týká fyzických osob, které mají příjmy z podnikání či jiné samostatné výdělečné činnosti, a právnických osob, které jsou definovány v

⁵ Základním požadavkem pro splnění kategorie N1 je vyšší nosnost nákladu, než maximální povolená hmotnost posádky. Další podmínkou je montážní přepážka, oddělující nákladový prostor od části pro přepravu osob a pevnostní zabezpečení oken ve stěnách tohoto prostoru. Dle údajů Centrálního registru vozidel bylo k 31.12.2007 v ČR registrováno celkem 6 806 332 ks vozidel všech kategorií, z toho 422 520 ks vozidel v kategorii N1.

⁶ Paradoxem dosavadního systému bylo, že nejdražší auta ve třídě jeepů jako VW Touareg, Porsche Cayenne se prodávaly z 90 % ve třídě N1.

⁷ Zákon č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty, ve znění pozdějších předpisů.

§ 17 zákona o daních z příjmů. Toto rozhodnutí však platí pouze pro podnikatelé, kteří měli k 1.12.2008 méně než 5 zaměstnanců⁸.

Toto opatření patří do souboru opatření Národního protikrizového plánu vlády⁹. Ministerstvo financí ČR tak splnilo svou povinnost vycházející z usnesení vlády, která o zrušení záloh rozhodla už 16.2.2009.

Do protikrizového balíčku patří následující opatření:

1. Sleva na sociálním pojištění
2. Zrychlené odpisy
3. Odpočet DPH u všech automobilů
4. Snížení sociálního pojištění
5. Snížení korporátní daně
6. Snížení poplatku na železnicích o 20 %
7. Garance bankovních úvěrů pro firmy
8. Refundace až 80 % platu
9. Snižování energetické náročnosti budov
10. Podpora exportu
11. Podpora podnikatelů v zemědělství
12. Investice do výzkumu a vývoje
13. Investice do dopravy
14. Program obnovy venkova
15. Osvobození malých firem od záloh daně z příjmu v roce 2009
16. Insolvenční řízení

Jak se očekávalo, došlo ke schválení změny původní sazby 12,5% pro rok 2009 na 15%.

6. KVAZIDAŇOVÁ OPATŘENÍ

Dalším z legislativních opatření odstupující vlády jsou slevy na sociálním pojištění pro zaměstnavatele. Podle návrhu zákona dostane podnikatel slevu na pojistném za každého

⁸ http://www.mfcr.cz/cps/rde/xbcr/mfcr/upozorneni_zalohy26022009_pdf.pdf

⁹ <http://i.iinfo.cz/urs-att/narodni-protikrizovy-plan-123541126533371.pdf>

zaměstnanec, jehož mzda je nižší, než 1,15násobek průměrné mzdy zaokrouhlený na celé stokoruny směrem nahoru. Opatření by mělo platit do konce roku 2011.

Výše slevy má činit 3,3 % rozdílu mezi 1,15násobkem průměrné mzdy zaokrouhleným na celé stokoruny směrem nahoru a vyměřovacím základem zaměstnanec. Výše slevy na pojistném za jednotlivého zaměstnanec pak může dosáhnout maximálně 25 % jeho vyměřovacího základu. Průměrná mzda v posledním čtvrtletí minulého roku dosahovala 23 482 korun. Sleva za rok 2009 se tedy dotkne zaměstnanců s platem nižším než 27 100 Kč. Státní rozpočet za rok 2009 by toto opatření mělo zatížit 17 – 19 miliardami korun.

Ministerstvo práce a sociálních věcí si od návrhu především slibuje udržení zaměstnanosti nízkopříjmových skupin. "Ty v případě ztráty zaměstnání mohou být nejvíce ohroženy dopady celosvětové finanční a hospodářské krize. Snížení nákladů práce u zaměstnavatelů sleduje podporu podnikání a konkurenceschopnosti jednotlivých podniků," vysvětluje se v důvodové zprávě k zákonu.

7. PŘÍKLAD

Zaměstnanec má minimální mzdu 8000 Kč.

Sleva na sociálním pojištění by pro jeho zaměstnavatele činila 630 Kč.
 $(27\ 100 - 8\ 000) * 0,033 = 630\ \text{Kč}$

Zaměstnanec se mzdou 15 000 Kč.

Sleva na sociálním pojištění by pro jeho zaměstnavatele činila 399 Kč.
 $(27\ 100 - 15\ 000) * 0,033 = 399\ \text{Kč}$

Zaměstnanec se mzdou 25 000 Kč.

Sleva na sociálním pojištění by pro jeho zaměstnavatele činila 69 Kč.
 $(27\ 100 - 25\ 000) * 0,033 = 69\ \text{Kč}$

8. ZÁVĚR

Článek se nevěnuje všem opatřením, neboť je nelze v jednom článku postihnout. Autorem byly vybrány nejzásadnější, resp. nejvíce diskutované. Nejvíce problematické je, zejména z pohledu rovnosti, šrotovné. Dotýká se pouze a jenom určité části ekonomiky a navíc nesměruje přímo k podpoře domácích podnikatelů.

Podpora nákupu nových aut podnikateli zrušením omezení pouze na skupinu N1 je naopak velmi přínosná.

Naopak každý krok, který povede ke zlevnění nákladů na práci, bude velmi přínosný. Náklady na práci (zejména pak povinné odvody sociálního a zdravotního pojištění) jsou v České republice velmi vysoké.

*Dávid R., Neckář J., Sehnálek D., (Editors). COFOLA 2009: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4821-8*

Reviewer:
Petra Hamplová

Contact – email:
judrkopriva@seznam.cz

CAUSES, IMPACTS AND RECOVERY

ALEŠ MARTÍNEK

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Příspěvek reaguje na současnou finanční a hospodářskou krizi. Zabývá se příčinami ekonomické krize, dlouhodobými i krátkodobými a s důrazem na ekonomický koloběh v USA. Dále se autor zabývá možným rozsahem krize, otázkou vládních zásahů do ekonomik a možným budoucím vývojem celosvětové ekonomiky.

Key words in original language:

Ekonomická krize, deficit, nezdravé investice, toxická aktiva, zadlužení, investiční morálka, vládní intervence, cykličnost.

Abstract:

This contribution aims at the currently so often discussed financial and economic crisis. The main parts of the contribution deal with causes, damages and impacts of this crisis. Also an important part of the contribution is devoted to governmental interventions and its effects. In the conclusion author is concerned with possible scenarios of recovery and further economic progress.

Key words:

Economic crisis, deficit, bad investments, toxic assets, debt, governmental intervention, investment morale, economic cycle.

1. ÚVOD

Není snad nutné zdůrazňovat, že původ současné a trvající ekonomické krize byl ve Spojených Státech Amerických. Tato země je z mnoha důvodů nazývána kolébkou světového kapitalismu. A kde jinde by vlastně původně lokální krize měla vzniknout, než tam, kde je kapitalismus alfou a omegou sociálního a ekonomického růstu. Kde jinde by krize měla vzniknout, než právě tam, kde vývoj a pokrok je postaven na experimentu, invenci, individuálních schopnostech lidí a v rámci daného ekonomického modelu na co nejvyšší míře svobody rozhodování ekonomických subjektů, ať už mluvíme o jednotlivcích či celých společnostech - právnických osobách. A také, a to je třeba zdůraznit krize vznikla tam, kde se dlouhodobě žilo na dluh jak v případě jednotlivců, domácností, a podnikatelských subjektů, tak v případě celé národní ekonomiky. Domnívám se, že snad kromě jiných dvou či tří zemí na této planetě jinde celosvětová finanční a hospodářská krize vzniknout nemůže, pokud zahrneme do úvahy i myšlenku o globálním provázání jednotlivých ekonomik na celém světě. O tom, jak moc jsou jednotlivé ekonomiky propojeny a některé navázány právě na Spojené Státy a jiné ekonomicky silné země nemá cenu snad ani hovořit. Tím spíše, přidáme-li k reálnému ekonomickému propojení finanční a měnovou propojenost. V současné celosvětové situaci se tomuto jevu víceméně nedá nijak zabránit. Taková provázanost samozřejmě nemůže v dané situaci působit jinak, než jako kanál pro šíření krize z jednoho konce světa na druhý. „Čím lépe“ takové kanály dlouhodobě fungují, tím rychleji se pokles, snížení výkonnosti, nebo chcete-li krize šíří do dalších zemí. Přestože je nanejvýš zřetelné, že lůno krize je ve Spojených státech, bylo by chybou se jaksí zbavovat odpovědnosti za

současné ekonomické propady svalováním viny pouze na Spojené státy. Ono totiž i taková krize může v mnoha směrech přinést i dlouhodobé pozitivní dopady, jak ukáží později.

2. K VLASTNÍM PŘÍČINÁM KRIZE

Současná ekonomická krize má několik svých příčin a to jak krátkodobých tak i dlouhodobých. Prudké poklesy akcií, pády finančních trhů jsou pouze výsledkem vývoje, který trval delší dobu, a zároveň tyto poklesy způsobily nastartování a rozběhnutí celého procesu poklesu reálného hospodářství. Pomyslná spirála se začala totiž roztáčet daleko dříve, než si mnoho lidí uvědomuje. Jak uvádí Stanislava Janáčková (týdeník EURO , 30. březen 2009) jednou z velkých dlouhodobých příčin současné finanční krize byla úloha amerického dolaru jako rezervní měny pro celosvětový hospodářský oběh.¹ Dlouhodobě tak vznikala nerovnováha, kdy USA dlouhodobě žily na dluh. V této souvislosti se hovoří o dvojnásobném deficitu USA. Jednak tedy deficitu státního rozpočtu a dále o dlouhodobě schodkové obchodní bilanci. Spojené státy dříve využívaly výhody, kterou jim přinášelo celosvětové postavení jejich národní měny, resp. pozice emitenta rezervní měny v dobách Bretton woodského systému. Tento fakt se ovšem odráží v dlouhodobé orientaci americké ekonomiky na spotřebu. Tato orientace dlouhodobě vyvolává potřebu dovozu, kterou uspokojují ekonomiky asijských zemí a především Číny. Ty jsou z pochopitelných důvodů na vývozu do USA závislé a byly ochotny financovat schodek obchodní bilance. Není proto divu, že dnes Čína drží zhruba 2 biliony v dolarových rezervách. Tyto rezervy byly totiž následně nalévány zpět v podobě investic do USA a způsobují dlouhodobě vážné měnové distorze – tedy inflační proces a iluzorní nárůst cen². Přesto za současné situace lze předpokládat, že už i Čína nebude ochotna v takové míře financovat americký dluh jako doposud.

Dalo by se říci, že dlouhodobě byl tento jev podceňován vládou USA i politikou FED. Je obecně známo, že FED poměrně často manipuluje s výší základních úrokových měr. Proto mne zaujalo, když Ben Bernanke v roce 2006 při svém nástupu do funkce šéfa FED vyjádřil značné obavy ze stagnace americké ekonomiky a celkového zpomalení růstu ekonomiky. Úrokové sazby byly v USA vysoko poté, co se od roku 2001 ze zhruba 1% vyšroubovaly až na 5,2 % v roce 2005 a postupně opět byly snižovány až téměř k 1% hranici během roku 2006. Příliš vysoké sazby původně zapříčinily celkové ochlazení ekonomiky a také nárůst problémů těch, kteří svoje portfolio zatížili vysokým objemem cizích aktiv. Následkem tohoto pak docházelo k postupnému poklesu cen nejprve hypotečních dluhopisů a později dalších aktiv, jejichž cena byla vytvořena fiktivně a iluzorně. Pozdější snižování úrokových sazeb už bylo z hlediska stimulace investiční aktivity neúčinné. Je více než zřejmé, že v tomto případě úroková míra neplnila úlohu tržního korektivu – tedy nezohledňuje nabídku a poptávku po penězích, nýbrž byla stanovena uměle. Tím byl položen další základ ekonomické disharmonie, která měla přijít v budoucnu. Jestliže před 3 roky byl Alan Greenspan při svém odchodu z FED považován za guru ekonomie, dnes tomu již tak zdaleka není. Potvrdilo se, že příliš násilné „pilotování“ ekonomiky centrální bankou může být jádrem budoucích problémů.

Domnívám se, že příčinu k ekonomické krizi zavedla zrovna tak vláda, když vydala legislativu pro financování hypoték i méně bonitním až nebonitním klientům. Příběh dvou

¹ In Stanislava Janáčková: Euro, březen 2009

² In Stanislava Janáčková: Makroekonomické pozadí finanční krize, CEP newsletter listopad 2008

hypotečních vládou řízených bank Freddie Mac a Fannie Mae snad není nutno připomínat. Takové financování se mohlo zpočátku pro banky a finanční instituce jevit jako poměrně výhodné, avšak pouze do té doby, než zjistily, že obhospodařují vysoký objem nekvalitních úvěrů a toxických aktiv. To však ještě nutně nemuselo znamenat prudký pád trhů v budoucnu. Tento stav se však řešil - poměrně logicky z pohledu bankovních institucí - jak je obecně známo emisemi dluhopisů a jim podobných nástrojů, pomocí nichž docházelo k diverzifikaci portfolia za účelem zakrytí těchto toxických aktiv a rizikových aktiv. Tyto nástroje postupně začaly obíhat na finančních trzích a poměrně čile se obchodovaly až do doby, kdy se zjistilo, že jsou nekvalitní a značně rizikové. Cenová bublina, která delší dobu vznikala na trhu některých aktiv musela dříve nebo později prasknout. Následné pády několika bank, investičních bank apod. už jsou pouze logickým vyústěním celého procesu. Ovšem nejednalo se pouze a čistě o financování hypoték. Je třeba zdůraznit, že šlo také o poskytování i jiných než pouze hypotečních úvěrů na investice do silně rizikových projektů. Případy velkých investičních bank a makléřských společností jako Merrill Lynch ukazují, že neobezřetné a neopatrné investování do obřích rizikových projektů se může a v mnoha případech musí ukázat jako fatální pro život i tak silných institucí, a to tím spíše v obtížné situaci, kdy stát, ani centrální banka nefungují jako věřitelé poslední instance a zachránci toho, co bylo již dávno před tím postaveno na zjevně chybných základech. Podstatným důvodem v tomto případě je to, že tyto velké instituce zatížily svoje portfolia rizikovými aktivy – tedy investicemi do náročných a rizikových projektů, ale bez patřičného pojistného zakotvení vlastním kapitálem – ten byl totiž velmi nízký. Nepřiměřená finanční páka se v tomto případě v důsledku propadu cen aktiv ukázala jako fatální pro další existenci institucí. Na tomto místě bych použil citát Roberta Holmana:

„ investiční banky jako Merill Lynch, Lehman Brothers, Goldman Sachs, Bear Sterns, Morgan Stanley a JP Morgan (což byly před krizí největší investiční banky na Wall Street – pozn. Aut.) podnikaly s relativně malým vlastním kapitálem – neměly dostatečný vlastní kapitál na to, aby ustály ztráty z toxických aktiv, které jim zůstaly v bilancích“³

V okamžiku, kdy vypluly na povrch špatná a toxická aktiva nemohlo se stát tudíž nic jiného, než to, že došlo k poklesu akciových trhů, k nedůvěře na mezibankovním trhu a k rozběhnutí vlny ekonomického pesimismu různých subjektů, tedy domácnostmi počínaje a investory konče. Takový pesimismus může vážně zasáhnout další ekonomické chování subjektů, jak vyplývá mimo jiné z behaviorální ekonomické teorie. K tomuto jevu výrazným způsobem přispěla rovněž média, která chrlila zprávy o nadcházející hluboké krizi, podobné té z 30. let 20. století. Je obecně známým faktem, že právě finanční trhy jsou na informace podobného typu velmi citlivé a to s minimálním zpožděním. Logicky potom došlo k tomu, že původně pouze finanční krize zasáhla i reálný hospodářský svět, tedy ten, který produkuje hodnoty, zaměstnává velké množství pracovní síly a také využívá kapitál finančních institucí. Vlna pesimismu, negativních očekávání a obav z ekonomické budoucnosti měla za důsledek pokles spotřebitelské poptávky a subjekty se začaly se chovat umírněně, obezřetněji a začaly šetřit na horší časy. Banky následně nasadily tvrdý kurz ohledně dalšího úvěrování. Tím spíše a rychleji došlo k poklesu spotřebitelské poptávky a ochlazení ekonomik bylo nevyhnutelné. Další průběh současné krize už je velmi známým tématem.

³ In Robert Holman: Finanční krize a historické paralely, CEP newsletter, listopad 2008

3. JE SOUČASNÁ KRIZE SKUTEČNĚ TAK HLUBOKÁ ?

Domnívám se, že současná ekonomická krize nebude tak hluboká a dramatická, jak je v mnoha názorech prezentováno. A už vůbec nemáme zatím důvod srovnávat tuto krizi s Velkou hospodářskou krizí 30. let. Podle mého názoru by se porovnávaly dvě situace, z nichž každá je zasazena do úplně jiného kontextu, do jiných podmínek společenských, ekonomických, technologických a také sociálních. Za Velké deprese došlo v letech 1929 – 1933 k 30% poklesu HDP a míra nezaměstnanosti se vyšplhala k 25%. Je pochopitelné a přirozené hledat mezi těmito událostmi paralely, nicméně rozsah tehdejší a současné krize je zatím tedy zcela nesrovnatelný, jak ukazují relevantní ekonomická data.

Je nanejvýše zřejmé, že žádný hospodářský růst nebo recese nemůže trvat donekonečna, a že dříve nebo později dojde v ekonomice k expanzi nebo k recesi s ohledem na vývoj v předešlých letech. Ne jinak je tomu i za současné krize. Jistěže se nemůžeme tvářit, že v současné situaci žádná krize, žádný pokles neexistuje. Přesto není na místě tuto recesi doprovázenou zpomalením tempa hospodářského růstu nijak dramatizovat a propadat nemístné skepsi. Jde pouze a čistě o přirozený vývoj trhů a ekonomiky, který má své příčiny a rovněž svoje důsledky. Nutno však podotknout, že k pokřivení situace na trzích přispěly také bankovní a vládní instituce. Tento fakt krizovému vývoji významně pomohl. Nejde totiž o nic jiného než o kolísání hospodářského cyklu. Z empirie je dokázáno, že právě necitlivé zásahy zejména centrálních bank a chybná vládní rozhodnutí mohou tuto cykličnost prohlubovat. Mnoho ekonomických teorií se snaží zdůvodnit příčiny hospodářského kolísání (monetární, reálné či inovační teorie), každá z nich ovšem také ukazuje jakým způsobem a proč trhy rostou anebo klesají. Stejně tak tomu bude i v současné situaci. Jestliže žádný hospodářský růst nemůže trvat donekonečna, pak logicky i recese a zpomalení dojde ke svému konci a ekonomiky se začnou zotavovat. Otázkou vždy je pouze to, kdy a jak rychle se vrátí výkonnost hospodářství. Přestože dnes vnímáme krizi jako negativní jev, doprovázený propadem trhů, bankrotů firem a zpomalením hospodářského cyklu, přináší i tato krize s sebou mnoho pozitivních aspektů. Z klasické ekonomické teorie je známo, že v období expanze se hojně a masivně investuje, vymýšlí se nové projekty a také se rozvolňuje investiční morálka ekonomických subjektů. Ono tomu totiž ani jinak být nemůže. Ovšem i v této fázi zůstávají některé subjekty obezřetné a jiné jsou obezřetné již méně, a proto investují do rizikových aktiv a projektů. Pokud přijde ochlazení ekonomického růstu, projeví se, které z těchto investic jsou dobré, zdravé a životaschopné a které nikoliv. Kdy jindy by se měla nejlépe projevit kvalita investice, když ne v těžkém období? Proto se v dobách recese trhy vyčistí od těchto špatných investic, dojde k oddělení zrna od plev, ekonomika se postupně začne oživovat a přichází období kladných očekávání, inovací a hospodářského vzestupu. Zejména motivace lidí inovovat technologie a posouvat vývoj ve všech oblastech kupředu je důležitým faktorem pro ozdravení a růst. Tato touha po pokroku je v obdobích krize ještě znásobena, ne náhodou byly některé velké objevy dosaženy právě v obdobích krize. Nesmíme zapomenout, že hlavním a klíčovým faktorem pro pokrok a růst je lidská nespokojenost, motivace posouvat hranice možností neustále dál a touha po zdokonalení. A právě tyto lidské vlastnosti budou rozhodovat o tom, jak rychle se svět z této krize dostane. Každý individuální subjekt, jeho aktivita a neustálá touha po pokroku se zaslouží mimo jiné o to, že tato krize pomine. Přidáme –li k výše uvedenému i patřičnou a zdůrazňuji efektivní, ale také obezřetnou politiku vlády a centrálních bank, pak musíme nutně dojít k závěru, že i tato krize se dočká dříve nebo později svého konce. Podotýkám, že vzestup ekonomik resp. jejich výkonnosti bývá vždy pozvolný nikoliv nahodilý.

4. VLÁDNÍ INTERVENCE – POMOC NEBO SKRYTÁ BRZDA

Vzhledem k tomu, co jsem zmínil výše je můj postoj ohledně vládních intervencí do ekonomiky spíše negativní a opatrný. A to hned z několika důvodů. Za prvé je třeba si uvědomit, že vláda dělá nebo by měla dělat svoji ekonomickou a sociální politiku dlouhodobě. Z toho vyplývá mimo jiné také to, že v období horších časů a krize se aktivují určité ekonomické nástroje tak, aby se vytvořil polštář, který zabrání tvrdým dopadům na dno. Jedná se zejména o podpory v nezaměstnanosti a sociální dávky pro ty, kteří přišli o zaměstnání a situace na trhu jim v brzké době neumožní znovu práci či zaměstnání získat. Takové nástroje přímo slouží k tomu, aby se tvrdé dopady recese zmírnily a pomohly lidem k tomu, aby si udrželi solidní životní podmínky a nedocházelo tak i ke snížení kvality zejména jejich profesních znalostí a pracovních schopností.

Za druhé velký otazník zůstává ohledně vládních akcí, které jsou podnikány jednorázově, nekoncepčně a mnohdy i zbrkle a populisticky. Pokud vyloučíme případy těžkých přírodních katastrof, kdy je skutečně třeba jednat rychle a operativně, domnívám se, že v postupu při řešení ekonomických krizí je z pohledu vlády třeba přistupovat s velkou opatrností a prozřetelností. Neopatrnými a zejména nepromyšlenými zásahy totiž může dojít k tomu, že řešení problémů, které je třeba odstranit nyní, se odkládá do budoucna a pokládají se tak znovu a opět základy nezdravému tržnímu vývoji. Jako ilustrativní příklad nekoncepčního a zbrklého zásahu vlád v současné době bych uvedl šrotovné. Tento nástroj nijak neřeší dopady ekonomické krize. Je to pouze lobbyistický a nepromyšlený tah hned z několika důvodů. Za prvé je to diskriminační nástroj vůči ostatním odvětvím. Jde o zvýhodňování automobilových výrobců. Proto je zarážející, že se tak děje v EU. Domnívám se, že takový tah více nebo méně zvýhodňuje jedno odvětví na úkor ostatních, což je v rozporu s čl. 87 odst. 1 SES. Odůvodnění s odkazem na čl. 87 odst. 2 písm. c) SES nemůže v tomto případě dle mého názoru obstát. Proto se ptám, proč se tedy nezavede šrotovné na ledničky, televizory, počítače, travní sekačky či jakékoliv jiné podobné zboží dlouhodobé spotřeby? Za druhé se domnívám, že výše šrotovného je s ohledem na cenu automobilů směšná nic neřešící částka. Subjekty, které si chtějí pořídit auto a příliš se přitom nezadlužit, si ho stejně tak či onak nekoupí a raději odloží výdaje na pozdější dobu. Ten, kdo si automobil koupí na úvěr, zaplatí dvakrát více na splácení úroků než je částka šrotovného. Za třetí hrozí nebezpečí, že dojde k pokřivení mechanismu tržní poptávky a nabídky nejen na trhu s automobily ze střednědobého hlediska. Není výhodnější tyto prostředky poskytnout raději např. vzdělávacím institucím a investovat do rozvoje a zvyšování kvality těch, kteří budou vytvářet ekonomický produkt později?

Bylo by však chybou zcela odmítnout veškerou vládní aktivitu při řešení krize. Naopak některá opatření a akce mohou značně pomoci rozhybat hospodářský koloběh, mohou pomoci vytvořit pracovní místa a do realizace takových projektů vtáhnout další dodavatele apod. Přesto je však třeba si uvědomit, že žádná vláda na světě nemá a nebude mít recept na mechanismus a ani nástroje k tomu, aby krizi sama vyřešila. V hospodářství a na trhu fungují desítky tisíc drobných a neviditelných vazeb mezi hospodářskými subjekty, které pokud dobře fungují, vytvářejí vcelku efektivní hospodářský systém. Rovnováha z tohoto pohledu je velmi citlivá zejména na nepřiměřené zásahy zvnějšku. Proto se domnívám, že proces zotavení se z hospodářských krizí bude do vysoké míry mimo možnosti vládních intervencí. Je třeba mít stále na paměti, že vláda zde není od toho, aby pomáhala řešit problémy těm, kteří špatně hospodařili na základě špatných rozhodnutí a investic. K tomu slouží insolvenční řízení, nikoliv vládní pomoc. Otázkou pro delší diskusi by v tomto bodě bylo bezesporu znárodnění GM vládou USA.

5. ZÁVĚREM

Současná ekonomická krize je bezesporu z hlediska ekonomických dat a i reálného dopadu jednou z nejsilnějších v posledních dekádách. Současný pokles světové ekonomiky, který ještě není zřejmě u konce může pokračovat několik dalších týdnů a měsíců. Jistě mi dá každý za pravdu když řeknu, že cesta ze současné ekonomické krize bude pozvolná a zdlouhavá. Přesto však není na místě tuto krizi nějak drammatizovat a pesimistickým přístupem a názory ji dělat ještě horší než ve skutečnosti opravdu je. Všichni vidíme, že tato krize byla způsobena zejména neopatrným hospodařením institucí, podniků a také jednotlivců, dále nezodpovědným investováním finančních prostředků do rizikových projektů. Na trhu jak finančních aktiv, tak reálných aktiv byla vytvořena cenová bublina, která vznikla právě v důsledku mimo jiné neuvážených ekonomických rozhodnutí, expanzivní politikou vlády zejména v USA a rovněž tak necitlivou manipulací úrokové míry FED. Kromě těchto příčin je třeba zohlednit i cyklický faktor, což znamená, že pokles světové ekonomiky se po několika úspěšných letech tak trochu dal i očekávat. To však většina tvrdí až ex post, neboť tuto možnost by si před rokem byl málokdo ochoten připustit.

Ze současné krize plyne několik závěrů. Za prvé se ukázalo, že neopatrné a nebezpečné investování zapákovévané nepřiměřeným podílem dluhu se dlouhodobě nevyplácí. Za druhé investování do aktiv, která nejsou kryta reálným ekonomickým výkonem je pouze iluzí. Za třetí se potvrdilo, že život na dluh zejména jednotlivců, který opět není podložen reálnou ekonomickou protihodnotou se rovná cestě do pekel. Za čtvrté vidíme, že vláda nemůže donekonečna krýt záda těm, kteří se v minulosti nebyli schopni adaptovat na nové tržní a ekonomické výzvy. Za páté je více než zřejmé, že za úspěchem či neúspěchem podniků vždy bude stát jejich management. Ten taky musí přijmout odpovědnost za případný ekonomický propad firem. Cožpak zaměstnanci GM mohou za to, že GM neustále vyráběla auta s vysokou spotřebou, když trh poptával již delší dobu automobily na spotřebu méně náročné?

Krize za sebou zanechá mnoho bankrotujících podniků, mnoho lidí bez práce a také vysoké dluhy ve všech ekonomických sférách. Avšak je dosti pravděpodobné, že této krizi budeme zanedlouho vděční za progresivní ekonomický růst, který bude postaven na zdravých základech, zdravých investicích, vývoji a také na moderních technologických přístupech. Tato krize donutí mnoho subjektů k novému pohledu, otevře další možnosti rozvoje a pokroku zejména pro ty, kteří se z ní dokáží poučit.. Dále jistě připraví živnou půdu pro nové a progresivní projekty a investice. To se ostatně potvrzuje již dnes, kdy některé ekonomické subjekty dokáží naopak z této krize udělat svoji výhodu a efektivně a dlouhodobě investovat. Domnívám se, že jeden významný ekonom nebyl daleko od pravdy když řekl, že tato krize je jako chřipka, která přišla a zase odejde.

Na druhou stranu je třeba si však uvědomit, že krize je řešena prostředky, které ji způsobily, tj. měnovou a fiskální expanzí. Některé názory varují před nebezpečím inflace či dokonce hyperinflace. Velkým nebezpečím a zároveň otázníkem je politika FED, která hraničí s tištěním nových peněz. To může dlouhodobě vest pouze a jedině k inflaci a oslabení dolaru. Jednou z možností budoucího vývoje je rovněž recese japonská. Domnívám se, že přesná predikce budoucího vývoje je věštěním z křišťálové koule. Již teď je jasné, že negativním dopadům některých kroků je možné předejít už nyní jednoduše tím, že nebudou podniknuty. Avšak až čas ukáže, jakým směrem se bude ekonomický vývoj ubírat. Krom toho, připojíme – li do úvah o dlouhodobém budoucím vývoji nejenom ekonomiky, ale i lidstva ekologické a zejména energetické výzvy zjistíme, že tento svět stojí před výzvami, jejichž rozsah, velikost a význam lidstvo dosud nepoznalo.

Literature:

- Holman, R. : *Ekonomie*, Praha C.H.Beck 1993, ISBN 80-7179-255-1
- Adam Smith : *Pojednání o podstatě a původu bohatství národů*, Liberální institut, Praha 2001, ISBN 80-86389-15-4
- Mojmir Helisek : *Makroekonomie. Základní kurs*, Melandrium, 2000, ISBN 80-86175-10-3
- Holman R. : *Makroekonomie. Středně pokročilý kurs*, 1. vydání. Praha : C.H. Beck, 2004, ISBN 80-7179-764-2
- Paul A. Samuelson, William D. Nordhaus : *Ekonomie*. 13. vydání McGraw Hill, Inc., 1989, ISBN 80-205-0192-4
- CEP - Newsletter březen 2008 – duben 2009 : Centrum pro ekonomiku a politiku
- Týdeník Ekonom, různá vydání září 2008 – duben 2009. *Economia*
- *Hospodářské noviny*, *Economia*

Reviewer:

Tomáš Maršálek

Contact – email:

akumulatore@hotmail.com

SÚ OPODSTATNENÉ OBAVY Z KATASTROFICKÝCH SCENÁROV V NASTUPUJÚCEJ HOSPODÁRSKEJ KRÍZE?

DUŠAN MASÁR

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, Slovensko

Abstract in original language:

Predkladaný príspevok má za cieľ poukázať na menej pertraktované súvislosti súčasnej globálnej situácie s poukázaním na kauzalitu fungovania dnešných ekonomických systémov. Už samotné kladenie otázok existenčnej povahy zakladá podozrenie z vyvolávania samoučelnej pozornosti ako to dnes máme možnosť počuť a vidieť všade okolo nás. Ak si položíme otázku, či súčasná celosvetová situácia označovaná tiež ako finančná resp. hospodárska kríza je výsledkom rozpínania „nenásytného“ konzumu, ktorý je súčasťou fungovania trhovej ekonomiky v globálnej ére vývoja spoločnosti, prideme vo všeobecných úvahách k možným pozitívnym záverom.

Key words in original language:

Finančná kríza, hospodárska kríza, hypotekárna kríza, kríza spotreby a zadĺženia, zlyhanie trhu, zlyhanie štátu, marketingové zavádzanie, hyperinflácia, systém vzdelávania, preferencie v správaní, analýza príčin krízy, východiská z krízy.

Abstract:

The contribution is aimed at pointing out to the less discussed connections in the present global situation focusing on the causes of the operation of today`s economic systems. Pure raising of questions of the existential nature becomes suspicious for attracting attention just for its own sake, as we may hear and see today anywhere around us. When we ask the question whether the present global crisis results from the extension of „a greedy“ consumption which is a part of the operation of the market economy in the global era of the development of the society, then, in general considerations, we may come to potentially positive conclusions.

Key words:

Financial crisis, economic crisis, mortgage crisis, crisis of consumption and indebtedness, market failure, state failure, marketing misleading, hyperinflation, education system, preferences in behaviour, analysis of causes and ways out of the crisis.

Súčasná globálna nelichotivá nielen ekonomická situácia je jednou z príležitostí na zamyslenie sa nad fungovaním reálnych spoločenských systémov v genéze existencie ľudskej civilizácie. V ekonomickej teórii je známa téza, že „volatilita outputu“, resp. cyklické kolísanie v ekonomikách okolo jeho potenciálnej (rovnovážnej) hladiny má negatívny vplyv na dlhodobý ekonomický rast.¹ Otázkou však je ako zabezpečiť udržateľnosť ekonomiky ako celku vo vyváženosti fungovania spoločenského systému. Hodnotenie ekonomického (hospodárskeho) cyklu s pohľadom striedajúcich sa fáz je spravidla definované ako proces

¹ Silgoner, M.,A., Reitschuler, G., Crespo-Cuaresma, J.: The fiscal smile: The Effectiveness and Limits of Fiscal Stabilizers. IMF Working Paper, WP/03/182, September 2003

opakovane pozorovaných výkyvov agregátnej ekonomickej aktivity. Hospodársky cyklus je kolísaním celkovej výkonnosti ekonomiky v čase. Každý hospodársky cyklus je vo svojom priebehu originálny a líši sa od ostatných svojim časovým priebehom a taktiež intenzitou výkyvov. Jednotlivé fázy ako expanzia, konjunktúra, recesia, depresia, kríza a podobné označenia sú spravidla posudzované na základe výkonnosti ekonomiky (HDP), čo nezodpovedá vždy celkovej vyváženej resp. makroekonomickej rovnováhe. Ak chceme komplexne postrehnúť kauzalitu fungovania dnešných ekonomických systémov je nevyhnutné nazerať na problematiku širšou optikou. Už samotné kladenie otázok existenčnej povahy zakladá podozrenie z vyvolávania samoučelnej pozornosti ako to dnes máme možnosť počuť a vidieť všade okolo nás. Ak si položíme otázku, či súčasná celosvetová situácia označovaná tiež ako finančná resp. hospodárska kríza je výsledkom rozpínania „nenásytného“ konzumu, ktorý je súčasťou fungovania trhovej ekonomiky v globálnej ére vývoja spoločnosti, prídeme k všeobecnému záveru zlyhania nasýteného voľného trhu.

Max Frisch² švajčiarsky spisovateľ, dramatik a architekt svojho času uviedol: „Kríza je produktívny stav. Človek z nej musí odstrániť iba príchuť katastrofy“. Vo svojich dielach vykresľuje situácie súčasného človeka z jeho ťažkosťami a spoločenskými obmedzeniami a tiež vplyv industriálnej a technokratickej civilizácie na náš život. Okrem globálnych ekonomických súvislostí nemožno v súčasnosti obchádzať širšie postavené otázky etického a morálneho úpadku modernej civilizácie. „Ekonomická globalizácia postupuje omnoho rýchlejšie ako politická“.³ Kevin Rudd, predseda austrálskej vlády 11. marca 2009 povedal: „Z času na čas sa v ľudskej histórii vyskytnú javy pripomínajúce zemetrasenie, keď jeden extrém je porazený a nahrádza ho iný“. Vzhľadom na historické skúsenosti je problematické vravieť o kríze kapitalistického systému, ktorý vo svojom vývoji zaznamenal nejednu existenčnú konfrontáciu. Viacerí odborníci pesimistického uvažovania dlhodobo upozorňujú a dávno pred vypuknutím celosvetovej finančnej a hospodárskej krízy upozorňovali na možné riziká ekonomického vývoja navzdory analýzám ratingových spoločností a prognostikov. Tí, ktorí nechápali kam až môže viesť produktivitou nekrytá spotreba, majú to možnosť takpovediac naživo vidieť v reálnej ekonomickej situácii. V čase prepuknutia celosvetového ekonomického úpadku prejavovým prasknutím finančnej a úverovej (najmä hypotekárnej) „bubliny“ na relevantných svetových trhoch, prichádza aj do Európy s plnou silou ekonomická recesia s predpokladom prechodu do depresie a vlečúcej sa krízy. Nie všetky členské štáty EÚ vykazujú rovnakú ekonomickú kondíciu, ale reálny prepád výkonnosti zaznamenávajú všetky bez výnimky. Je pravdepodobné, že svetová ekonomika prejde do depresie. Depresia je pojem v ekonómii teoreticky vymedzený ako dlhšie trvajúce obdobie charakterizované vysokou nezamestnanosťou, nízkym objemom produktu a investícií, oslabenou dôverou v podnikanie, klesajúcimi cenami a početnými bankrotmi podnikov.⁴ Po nej ak nenastane oživenie prichádza kríza. Z takto teoreticky postavených východísk pojmového a kauzálneho modelu môžeme dedukovať ďalší vývoj. Správnosť tohto druhu predikcie má spoločenskú povahu t.j. je podmienená spoločenským vývojom, preto nedokážeme presne určovať závery.

2 Max Frisch - * 15. máj 1911 v Zürichu, † 4. apríla 1991 v Zürichu

3 Heywood, A.: Politologie. Eurolex Bohemia, Praha 2004

4 Samuelson, P. A. – Nordhaus, W. D.: Ekonómia 2. Danubiaprint, Bratislava 1992, s. 520

Sme svedkami toho ako sa politici a médiá predhávajú v predpovedaní dĺžky trvania hospodárskej krízy, ktorá defakto ešte ani nenastala. Prepad ekonomiky je už nespochybniteľný, používajú sa nové pojmy ako napríklad toxické aktíva, hľadajú sa efektívne riešenia na zvrátenie stavu. Podľa pesimistického scenára môže kríza trvať desať i viac rokov, optimistické predpovede vravia o skorom zvrate v časovom horizonte dvoch rokov. Predmetom ďalších polemík je vymedzenie okruhu problémov spadajúcich pod označenie kríza a ich riešenie. V zhoršujúcej sa ekonomickej situácii nateraz môžeme konštatovať, že mnohé firmy a domácnosti zaznamenávajú existenčné problémy, firmy v otvorených ekonomikách najmä z dôvodu poklesu zahraničného dopytu, domácnosti pri strate zamestnania svojich členov resp. zadĺženia. V súvislosti s týmito skutočnosťami sa skloňujú označenia finančná kríza, hospodárska kríza, alebo tiež kríza spotreby a zadĺženia. V takejto situácii sa doporučujú preferencie v správaní trhových subjektov smerujúce k zbaveniu sa možných dlžôb, vylúčenia resp. obmedzenia financovania z úverov, pretože s nástupom krízy môžu začať prudko stúpať úroky. Hypotéky vzhľadom na ich špecifickú formu záväzku nie je možné univerzálne posudzovať, ale v budúcnosti sa očakávajú problémy s ich splácaním aj u nás. Faktory, ktoré je potrebné vziať do úvahy sú výška hypotéky (istina), doba splácania, fixácia úrokovej miery, stabilita zamestnania, charakter vlastnenej nehnuteľnosti a perspektíva vývoja jej ceny. Ceny nehnuteľností vo všeobecnosti klesajú v závislosti od nasýtenia trhu. Je potrebné posudzovať počet vlastnených nehnuteľností (prevádzkové náklady), ich investičný účel obstarania. Rozdiel medzi bývaním a prenájmom. Je vhodné hotovostné peniaze uložiť do zodpovedajúcich aktív, ktoré si zachovávajú svoju hodnotu. Z historického hľadiska je takým prostriedkom zlato, drahokamy, alebo pôda resp. kvalitné úžitkové nehnuteľnosti. Osobitne treba vyzdvihnúť poľnohospodársky potenciál pôdy na ktorý sa zabúda. To, že nás v skutočnosti živý pôda nie je klišé!

Ak by nastal inflačný scenár s prechodom do hyperinflácie, bude táto skutočnosť pre ekonomiky deštruktívna. Do ekonomik sa „pumpujú“ ozdravné prostriedky na oživenie, kde nikto nevie zaručiť ich použitie v podobe rezerv a prostriedku stabilizácie. Ak sa použijú na neproduktívnu spotrebu v snahe oddialenia kolapsu menových systémov, dôchodkových systémov, verejných rozpočtov atď., hyperinflácia bude zákonitá. Jej vyvolanie môže paralelne podporiť nedostatočný objem výroby a poskytovania výrobných služieb i samotná vysoká nedobrovoľná nezamestnanosť. V období hyperinflácie peniaze strácajú funkciu vyjadrenia miery hodnoty. Vzniká bludný kruh, kedy banky zvyšujú úrokové miery pri poskytovaní úverov a tým bránia investovaniu reálnych podnikateľských zámerov, zamestnancom prudko klesá reálna mzda. V strednodobej perspektíve hrozí hyperinflácia navyše podporená opätovným nárastom cien tzv. energonosičov, najmä ropy. Rozbehnuté resp. urýchľované snahy o budovanie ďalších ropovodov, plynovodov na jednej strane môžu diverzifikovať čiastočne riziko jednostrannej závislosti, ale tieto nemalé investície budú zaťažené dlhodobou návratnosťou. Nákladová inflácia t.j. nárast cien vstupov reálne hrozí za predpokladu, že sa nenájdu riešenia na zamedzenie hospodárskeho poklesu. Dopytová inflácia, ktorej čelí ekonomika v čase hospodárskeho boomu prehriatej ekonomiky je už minulosťou, momentálne sme svedkami celkovej miernej deflácie. Môžeme použiť prirovnanie ticha pred búrkou. V priebehu roka 2008 bola cena ropy na úrovni 150,- USD za barel, na prelome rokov 2008/2009 poklesla na približne 40,- USD za barel.⁵ Po dočasnom poklese ceny ropy nastane s veľmi veľkou pravdepodobnosťou jej opätovný rast, čo spôsobí tzv. ponukovú infláciu, teda infláciu zapríčinenú rastúcimi cenami vstupov. Svetová

⁵ <http://econoir.blogspot.com/2008/11/predpovede-experti-cena-ropy.html>

ekonomika prišla k zlomovému bodu kedy nezadržiateľne ubúda strategických zdrojov, ďalšie výdaje na zvýšenie ťažby prevyšujú ich samotnú hodnotu. Stratégie hľadania alternatívnych zdrojov resp. obnoviteľných v koncepciách enviromentálneho udržateľného rastu postaveného na kvalitnom životnom prostredí doteraz nepriniesli zásadný obrat. Alternatívne resp. obnoviteľné zdroje by mohli priniesť nové impulzy do ekonomiky.⁶ Ďalšou reálne existujúcou hrozbou je ohrozenie menovej stability hlavných svetových mien. Americký dolár priebežne oslabuje⁷ bude možno nahradený novou americkou menou. Jeden z názorov je, že jeho aktuálny pád zažehnali strategické rezervy Číny v tejto mene. Menová stabilita v eurozóne a zvyšnej časti EÚ môže byť strednodobo ohrozená politickými nezhodami medzi členskými krajinami (napr. v ratifikácii Lisabonskej zmluvy). Rozpory na úrovni celej EÚ sú najmä medzi tzv. starými a novými členmi. Nevôľu tzv. nových členov vyvoláva snaha o protekcionizmus a snaha kategorizovať krajiny podľa geografického princípu.⁸ Pôvodné členské štáty zase s averziou vidia odliv kapitálu z ich ekonomík. Nie všetky krajiny bývalého východného bloku vykazujú rovnaké ekonomické výsledky resp. nie sú v rovnakej ekonomickej situácii (kondícii). V zozname najväčších hrozieb očakávaného vývoja je vysoká nedobrovoľná nezamestnanosť (týka sa všetkých krajín) t.j. ak celkový dopyt po práci je nižší, než celková ponuka práce.⁹ Predstavuje nepochybne najväčší sociálny problém a v relatívne krátkom čase môže dosiahnuť celoeurópsku úroveň až 15%. Európska únia evidovala v marci 2009 mieru nezamestnanosti 8,3 %.¹⁰ Finančný sektor ako základný pilier tovarovo-peňažnej ekonomiky vykazuje rozdielnu stabilitu v jednotlivých ekonomikách. Slovenský a český má našťastie relatívne dobrú kondíciu vzhľadom na skutočnosť nepoužívania sofistikovaných praktík investovania na rozdiel od zahraničia.

Verejná a štátna správa t.j. vládne inštitúcie, samospráva, školstvo, zdravotníctvo, kultúra, obrana musia nevyhnutne v čase poklesu príjmov do štátneho rozpočtu šetriť. Myslím si ako mnohí iní, že striktno diferencovaným spôsobom nie podľa priorít politických, ale funkčných (zmysluplných). Osobitnou kapitolou je zdravotná starostlivosť. Jej kvalita je neuralgickým bodom poskytovania verejných služieb kontinuálne, môžeme očakávať ďalšie zhoršenie už aj tak katastrofálnej situácie. Systém inštitucionálneho vzdelávania na všetkých stupňoch mimo úvah nastupujúcej krízy zaznamenáva priebežný pokles úrovne vzdelávania. V tomto zmysle je namieste otvorene vraviť o zlyhaní štátu a jeho garantovaní kvalifikačnej úrovne absolventov. S premisou, že investície do vzdelania sú skutočnou hodnotou nemožno nesúhlasieť. Či je financované plne z verejných zdrojov, alebo v participácii so súkromným financovaním je v podstate jedno, musí však ísť o kvalitné vzdelanie, nie iba formálne nadobudnutú kvalifikáciu získaním maturitného vysvedčenia či vysokoškolského diplomu. Príslušné inštitúcie si „zakrývajú oči“ pred devalvovaním úrovne vzdelania na verejných školách, o súkromných ani nehovoriac. Jedno z východísk z krízy a možných riešení nastolenia udržateľného rastu je toľko pertraktovaná poznatková spoločnosť v ére tzv.

⁶ <http://www.surf.sk/priemysel-vyroba/energetika/alternativne-zdroje-energie/>

⁷ <http://www.vasaeuropa.sk/index.php?i=1051>

⁸ <http://www.euractiv.sk/ekonomika-a-euro/clanok/eu-unia-nechce-protekcionizmus-ale-pravidla-jednotneho-trhu>

⁹ Lisý, J. a kol.: *Ekonomía*. Iura Edition 1998, s. 387

¹⁰ <http://www.topky.sk/cl/7/452050/>

infoveku. Dlhodobé podceňovanie úrovne inštitucionálneho vzdelávania v školách je dnes jednou z príčin krízového stavu v spoločnosti neefektívnym mýňaním verejných prostriedkov na jednej strane a nárastom štrukturálnej nezamestnanosti na strane druhej. „V zhode s princípmi inštitucionálnej autonómie základná zodpovednosť za zabezpečenie kvality vo vysokom školstve leží na každej inštitúcii a to je základ pre skutočnú zodpovednosť vysokoškolského systému v rámci národného systému pre zabezpečenie kvality“.¹¹ V Slovenskej republike si zamieňame pojem rastu vzdelanostnej úrovne s rastom počtu škôl a ich absolventov (cca 90 vysokoškolských fakúlt, cca 9000 akreditovaných študijných odborov atď.). Dopyt na trhu práce po vysokoškolsky „kvalifikovaných“ odborníkoch - ekonómoch, právnikoch, pedagogicko-sociálnych pracovníkoch a ďalších expertoch v spoločenských vedách už dávno neexistuje v zodpovedajúcom limite ich neproduktívnej funkcie zabezpečenia efektívneho fungovania ekonomiky. Nenahovárajte si, že tieto profesie v aktuálnych počtoch absolventov sú pre ekonomiku potrebné! Nevytvárajú produktívnu hodnotu, ale v zodpovedajúcej miere predpoklady produktívneho fungovania hospodárstva. Tvoria takpovediac „servis“ a ich význam vo fungujúcej ekonomike je hlavne pri zvyšovaní efektivity systému. V čase hospodárskej krízy sa v plnej sile ukazuje ako sú uvedené profesie nadbytočné a v tomto zmysle verejné zdroje plytvané. Za kvalifikácie s dlhodobou perspektívou môžeme považovať hlavne exaktných odborníkov a technických inžinierov. Samozrejme za predpokladu, že ich vedomostná úroveň nie je fiktívna a iba deklarovaná certifikátom vzdelania.

Na záver uvádzam analýzu príčin krízy a možných východísk, ktoré považujem za kľúčové. Za jednu z hlavných príčin súčasnej situácie považujem odklon od reálnej ekonomiky smerom k špekulatívnej finančnej ekonomike kde spotreba nie je reálne krytá produktivitou. Závety niektorých liberálnych ekonómov o skorom „ozdravení“ ekonomiky postavené na základných poučkách samoregulácie trhového mechanizmu sú postavené podľa všetkého na nereálnych východiskách. Spomeňme argument nasýtenosti trhu v obmedzenej konkurenčnosti prostredia. Vo svete financií prevládala predstava, že finančné trhy dokážu produkovať vyššie hodnoty ako produktívna výroba. Dnes sa v plnej „nahote“ ukazuje, čo tieto trhy vyprodukovali v podobe nafúknutej bubliny megafikcie. Za ďalší veľký problém považujem tzv. marketingové zavádzanie ako systémový prvok. Akceptovali sme „klamanie“ v podobe klamlivej reklamy a ďalších marketingových praktík, ktoré nedokážeme v celom zábere ani postrehnúť, tobôž eliminovať. Za veľký problém je možné tiež považovať narastajúce sociálne pnutie spôsobované z veľkej časti nespravodlivým prerozdeľovaním zdrojov. Politický systém postavený na partokracii s odvolávaním sa na demokraciu bludný kruh uzatvára. Ak sa dnes pýtame na „radu nad zlato“ ako s čo najmenším strádaním von z krízy je podľa môjho názoru jediná možná cesta. Podotýkam, že strastiplná a v dohľadnej dobe skôr nereálna: „Prechod od špekulatívnej a často virtuálnej finančnej ekonomiky ku kontrolovanej ekonomike reálneho základu, t.j. k produktívnej, tzv. poznatkovej, postavenej na modernom know-how obnoviteľných zdrojov a primeranej sociálnej vyváženosti medzi ľuďmi“. Zdroje je potrebné presunúť do výskumu a vývoja celospoločensky prospešných vecí, konkrétne do vývoja nových energetických možností, infraštruktúrnych projektov a znalostnej ekonomiky so snahou o rovnomernejšie a spravodlivejšie rozdelenie bohatstva medzi jednotlivé subjekty ekonomiky. Vyprázdnené politické deklarovanie udržateľného ekonomického rozvoja treba

¹¹ Berlínske komuniké zo summitu ministrov školstva k bolonskému procesu (19. 9. 2003)

naplnit' reálnym obsahom kvality života všetkých zúčastnených podľa vyváženej zásluhovosti a solidarity. Úprimne zdôrazňujem, že to považujem za nereálne, úspechom bude akékoľvek priblíženie k tomuto ideálu. S trochou irónie si dovoľím v závere konštatovať, že éra „nenažranosti a chamtivosti“ v pseudo konkurenčnom prostredí nesprávne vyvolených a existujúcich na úkor ostatných ekonomicky produktívnych sa pomaly končí a nastupuje bolestivý ozdravný proces.

Literature:

- Samuelson, P. A. – Nordhaus, W. D.: *Ekonomía 2*. Danubiaprint, Bratislava 1992, ISBN 80-7127-031-8-83
- Hontyová, K. – Lisý, J. – Majdúchová, H.: *Základy ekonómie a ekonomiky*. Ekonóm, Bratislava 2005, ISBN 80-225-1938-3
- Lisý, J. a kol.: *Ekonomía*. Iura Edition 1998, ISBN 8089047602
- Mickelthwait, J. – Wooldridge, A.: *The Company – A Short History of a Revolutionary Idea*, Phoenix, London 2005
- Brožová, D.: *Malé dějiny ekonomického myšlení*. VŠE, Praha 2006, ISBN 8024511215
- Jelínek, J.: *Deriváty, hedžové fondy, offshorové společnosti*, Grada, Praha 2006, ISBN 80-247-1946-0
- Žák, M. a kol.: *Velká ekonomická encyklopedie*, Praha 1999
- Heywood, A.: *Politologie*. Eurolex Bohemia, Praha 2004, ISBN 80-86432-95-5
- Hayek, F.A.: *Právo, zákonodárství a svoboda, nový výklad liberálních principů spravedlnosti a politické ekonomie*. Praha, Academia 1994, ISBN 8020002782
- Landes, D. S.: *Bohatství a bída národů*. Praha, Art 1998, ISSN 1801-1438
- Liška, V.: *Makroekonomie*: Praha, Professional Publishing 2004, ISBN 80-7179-255-1

Reviewer:

Dušan Stanek

Contact – email:

dusan.masar@flaw.uniba.sk

THE GLOBAL ECONOMIC CRISIS – WHAT WENT WRONG AND THE WAYS OUT

PETRA MYŠÁKOVÁ

Faculty of Law, Masaryk University, the Czech Republic

Abstract in original language:

The current global financial and economic crisis is the most severe one in the modern history of mankind. Compared to any other previous events in this regard, the present situation is unprecedented while many causes lead to the collapse on the global level at the same time. The crisis started off in the developed world but the tremendous consequences of it are to be felt worldwide, and in particular in the developing countries. The exit strategies must be truly exit for all the countries, regardless the level of development and the new paradigm in the global financial structure must be found as one of the responses to this crisis.

Key words in original language:

Global financial and economic crisis; excessive speculations; commodities; interest rates; multilateral responses; systemic crisis; United Nations Conference for Trade and Development; developing countries; least developed countries; countries with economies in transition; liberalization; official development assistance; foreign direct investments; global financial architecture; impact of the crisis; global trade; global exit strategies; conditionalities; multilateral trading system; deregulation; international cooperation

Abstract:

Současná globální finanční a ekonomická krize je nejdůležitější v moderní historii lidstva. V porovnání s jakoukoliv předchozí událostí tohoto charakteru, je současná situace bezprecedentní, a to když globální kolaps byl způsoben několika příčinami najednou. Krize odstartovala v zemích rozvinutých, nicméně její dopady lze pocítit celosvětově, zejména pak v zemích rozvojových. Výchozí strategie z této krize pak musí být skutečně výchozími pro všechny bez ohledu na stupeň rozvoje a nalezení nového globálního paradigmatu týkajícího se globálních finančních struktur musí být jednou z odpovědí na tuto krizi.

Key words:

Globální ekonomická a finanční krize; nadměrné spekulace; komodity; úrokové sazby; multilaterální odezvy; systematická krize; Konference OSN pro obchod a rozvoj; rozvojové země; země nejméně rozvinuté; země s tranzitní ekonomikou; liberalizace; oficiální rozvojová pomoc; přímé zahraniční investice; globální finanční architektura; dopady krize; globální únikové strategie; kondicionality; multilaterální obchodní systém; deregulace; mezinárodní spolupráce

1. CURRENT GLOBAL ECONOMIC AND FINANCIAL CRISIS

The current global economic and financial crisis is often described as a „crisis of the century“¹ and definitely is the biggest and the deepest one since the 1929 stock market crash.² Indeed,

¹ UNCTAD Policy Brief „The „crisis“ of the century...“, Nr. 3, October 2008, p. 1.

these two events have basic distinguishing feature while the present crisis is a systemic one and requires the systemic solutions, partial corrections in this stage will not be helpful at all.

Generally, the downturns in the global economy are often of the cyclical nature and thus usually expected as natural. This is not true for the ongoing unprecedented crisis which is of very specific nature (imminently being preceded by the global food³ and energy crisis⁴ together with more and more important climate change challenges⁵) and is the biggest in the modern system of Bretton Woods's institutions as such.⁶

The present situation is in this respect totally incomparable to any preceding crises and is of very specific character while many causes lead to the global collapse at the same time and while the global recession has definitely the potential to undermine the economic growth of all the countries and the achievement of the goals agreed upon in the international community, such as Millenium Development Goals (MGDs)⁷ which should be achieved by 2015.⁸ The crisis itself erupted for the first time in the September 2007 and the question is if we have already seen the „end of the tunnel“in the first half of 2009.⁹

It is also necessary to point out that there were private individuals (like one of prominent Libertarians, Peter Schiff)¹⁰ and institutions in the UN system (such as the United Nations Conference for Trade and Development since 2004)¹¹ that were warning the public before the possible impacts of the excessive speculations in currencies, global financial imbalances and lack of rules in international finance. The expectations regarding the impact and extent of the possible crises have exceeded all the presumptions.

This contribution will not only try to characterize the present global economic situation which is not to be understood only as the crisis itself but probably more as an opportunity or challenge for the future international economic environment, but also to analyze the wrong

² For more details on „Black Thursday/Friday“events see for example: <http://eh.net/encyclopedia/article/Bierman.Crash>.

³ For the details see for example: <http://www.time.com/time/photogallery/0,29307,1731280,00.html>.

⁴ For the details see for example: <http://www.energycrisis.com/>.

⁵ For the up-coming UN Climate Change Conference see: <http://en.cop15.dk/>.

⁶ On the structure of the Bretton – Woods institutions see for example: <http://www.chebucto.ns.ca/Current/P7/bwi/cccbw.html>.

⁷ See more specific details on MDGs: <http://www.un.org/millenniumgoals/>.

⁸ UNCTAD The Global Economic Crisis: Systemic Failures and Multilateral Remedies, UN NY, Geneva, 2009, 64, ISBN 978-92-1-112765-2, p. 1.

⁹ UNCTAD Policy Brief „The „crisis“of the century...“, Nr. 3, October 2008, p. 1.

¹⁰ For the details see: http://money.cnn.com/2009/01/20/magazines/fortune/okeefe_schiff.fortune/index.htm.

¹¹ One of the first warnings can be found in the UNCTAD's Trade and Development Report from the 2004. See: www.unctad.org.

steps that were taken in the history and that inevitably led to the present collapse. Finally, the intention here is to propose the exit strategies and steps that need to be taken in order to get back on the right track of global economic prosperity.

Three key elements of the crisis which are describing the present situation and thus distinguishing it from any previous crisis are to be enumerated as follows: the crisis originated in the developed countries (not surprisingly enough, the developing countries and the LDCs are the most severely hit), it is not a usual cyclical „incident“ (while the whole system collapsed), and it clearly pointed out that the present global financial structure and rules are totally insufficient.

2. WHAT WENT WRONG AND ARE THE IMPACTS?

This is a simple question that obviously does not have a simple answer. The nature of the present crisis is complex and thus also its causes must be viewed in complexity. Among them one can name: too much liquidity in the world, too many savings in one part of the world (especially in developing countries and countries with economies in transition that use this policy as a basic safeguarding mechanism and thus limit the aggregated internal domestic demand while restricting the amount of the liquidity in the domestic markets) and huge consumption on the other (especially in the developed countries – the United States and its internal market with strong banking sector can serve as a best example in this respect), individual misbehavior (famous cases of American bankers from Wall Street), lack of transparency in the international financial system (especially in the International Monetary Fund, World Bank etc.), lack of international agreed rules on finance (Bretton Woods institutions were not dealing with those at all) and the specific role of the credit rating agencies that were not subject to the market discipline (and their huge impact in assessing the quality of the whole banking sector and the lack of internationally recognized supervising agency).

The United States are often blamed as the „bad guys“ who are responsible for the recent state of the global economy. This statement (often used by the developing and the least developed countries in the traditional North/South trade „war“) is very simplistic and is overlooking some basic aspects of the current crisis. The turmoil on the financial markets turned out to be really visible (after years of relative calm) in the United States and in the sub-prime mortgage market – that is definitely true. In the global context this was only one single piece of the global „domino game“ that collapsed. The policy makers on the both sides of the Atlantic Ocean reacted quite promptly and calmed down the situation by the massive provision of the liquidity in the home market.¹² In the overall situation, these measures came late and were solving only the specific situation in specific countries (especially the United States and the measures taken within the Federal Reserve’s System and the European Union and the measures taken by the European Central Bank). The main cause of the crisis, worldwide speculations in currencies and food, metal, oil and other primary commodities since mid 2007 – was underestimated in the name of omnipresent spirit of liberalism.

¹² UNCTAD Policy Brief „Coping with financial market crisis“, Nr. 1, October 2007, p. 1.

The post war system was based on unprecedented presumption that the full liberalization on global scale is absolutely necessary for the benefit of all.¹³ This presumption now turned out to be wrong one while the liberalized playing field allowed the speculators to create money in the huge shadow banking system while simply moving actives and passives on their balance sheets and thus simply only redistributing the debts world-wide and speculating in them.

Impacts of the crisis can be assessed on different levels and in the different areas. According to me these main different impacts can be distinguished as follows: demand driven deficit in international trade, deficit of credit and trade finance, falling commodity prices, declining remittances (coming from migrant workers), decline in foreign direct investments (FDI) and official development assistance (ODA) which can be tremendous for the developing and the least developed countries.¹⁴

Regarding the ODA afloat it is now clear that it will take years to recover it and make it again sustainable and predictable for the developing partners which are vitally dependant on it.¹⁵ The connection between the ODA flow and the crisis is more than clear while in most of the cases the donors set their aid target as a percentage of their own GDP – any single drop in GDP thus means automatically a drop in the ODA flow. For example during the last banking crisis the ODA dipped in the range of 20-40%.¹⁶

One of the strongest impacts of the present crisis can be seen in the FDI flows, the decline in the year 2008 and nowadays is obvious. The period of 2004-2008 is to be seen as the period of the growth cycle in international investments as such. The inflow of FDI reached the historic record; in 2007 the flow of the foreign direct investments reached the level of 1.9 trillion USD.¹⁷ The decline of the foreign investments was estimated as 15% in the 2008 and now is clear that this trend is about to continue in 2009 while especially the transnational corporations are feeling the real impact of the crisis with certain delay. This fall can be assigned to two main factors: lack of financial resources worldwide which is automatically capable to affect the investment environment and lack of trust while investing in developing countries that are most severely hit by the crisis.¹⁸ From the medium term perspective¹⁹ there are several aspects which will definitely play the role in restoring the FDI flows and confidence in the international investment environment. Firstly, new emerging economies that

¹³ The ideology that clearly foretold the crisis in this respect can be summarized as follows: blind deregulation – unlimited self regulation – inappropriate regulation and capital account liberalization.

¹⁴ UNCTAD The Global Economic Crisis: Systemic Failures and Multilateral Remedies, UN NY, Geneva, 2009, 64, ISBN 978-92-1-112765-2, p. 1.

¹⁵ UNCTAD Policy Brief „Keeping ODA afloat: no stone unturned“, Nr. 7, March 2009, p.1.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ UNCTAD Report on Assessing the Impact of the Current Financial and Economic Crisis on Global FDI Flows – Advance unedited version, April 2009, p. vii.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ UNCTAD Report on Assessing the Impact of the Current Financial and Economic Crisis on Global FDI Flows – Advance unedited version, April 2009, p. 30 et seq.

are still able to attract the FDIs will play more and more important role in the future (Brazil, China, India etc.). Secondly, the present crisis to be viewed as an opportunity for the cash-rich countries and transnational corporations to bargain the „ideal“ prices of goods and services. Thirdly, new sources of FDIs are already emerging – sovereign wealth funds and the importance of the south/south trade and integration is very clear in this respect. The real challenges for the countries is to continue to attract the FDI while the public investments programs, PPP programs (public-private partnerships) and bilateral and regional investment agreements might be helpful in this respect.

The aggregated impact of the crisis on the global trade is also clear now, especially taking into account the developing dimension of the trade as a mean of the future development or instrument that helps to fight the poverty and raise the living standards of the population.²⁰ The ongoing reduction of trade and investments is starting to restrain the development prospects of the developing countries and in particular the least developed ones.²¹ The most hit are the developing countries that are export oriented with the small economies where the reduction of international demand has tremendous consequences while these countries are much more exposed to the international markets.²² This effect can be seen not only in the area of trade in goods (where especially the automotive sector, telecommunication equipment sector and the textile and clothing sector are hit) but also in the area of trade in services (maritime transport, tourism, construction services etc).²³

One should not forget that the trade issues need to be assessed in a broader context. The declining exports have clear impacts in other related areas such as: rating unemployment (the sub-prime crisis in the global job market is tremendous)²⁴, declines in family incomes, child labor, extreme poverty in some parts of the world, the human rights issues²⁵ and gender equality questions²⁶.

²⁰ UNCTAD Report on Global Economic Crisis: Implications for Trade and Development (TD/B/C.I/CRP.1), May 2009, p. 3.

²¹ The situation is particularly dangerous in the context of the African countries. Africa is facing the systemic crisis for the centuries (trade in slaves, colonization, food crisis, oil crisis) but the present crisis represents the true human and development disaster due to the sharp decline of the commodity prices.

²² It is important to emphasize here that for the developing countries the most important markets are those of developed countries (Japan, the United States and the European Union).

²³ UNCTAD Report on Global Economic Crisis: Implications for Trade and Development (TD/B/C.I/CRP.1), May 2009, p. 13 (for trade in goods) and p. 20 (for trade in services).

²⁴ According to the International Labor Organization perspectives, there were 14 mil losses in jobs in 2008 and the estimated number for the period 2008-2009 is 50 mil losses in jobs. The predictions say that the unemployment rate will grow until 2011.

²⁵ Especially trafficking in human.

²⁶ Women are primarily concentrated in the sectors that were mostly hit by the present crisis (especially the area of services – tourism etc.) plus they are usually in the bottom of the whole supply chain.

3. THE EXIT STRATEGIES FOR ALL

In the present situation it is crystal clear that the market is not able to help itself anymore and the interventions coming from the national level (governments) and a real reconstruction and reform of the global monetary and financial institutional system (which failed mainly the good governance requirements) on the global level are absolutely necessary. The measures to be taken can be divided into two groups: short term, with the immediate impact and the long term ones. Public intervention is in the present situation absolutely necessary to avoid greater damage to the financial system and the real economy. The main challenges are definitely connected with strengthening the global financial regulations and increasing the transparency of the financial instruments and institutions. The first ultimate step is then connected with restoration of the confidence in multilateralism and identifying the proper strategies, both on national and international level.

The responses will of course vary country from country since some countries have naturally better “immune system” than others, especially in the case of developing countries (and in particular the least developing countries and countries with economies in transition that are totally dependent on the support coming from the international community) the situation is critical. These groups of countries are in the unprecedented situation while were pushed in last decades to open their markets, lower the tariffs and accept many conditions to enter to the cooperative monetary and financial system and thus get integrated in global economy. This is often described as a problem of the conditionalities which appear to be very counterproductive²⁷ in the end of the days. The critical point is this: especially the developing countries were trying to restore their international competitiveness while being exposed to excessive trade speculations; this hampered their ability to control the inflation rate. Now, it is clear that the cooperative financial and monetary system on the multilateral basis can only work when the same rules will apply to all the players in the playing field, just as multilateral trade rules under the WTO agreements apply to all trading partners.²⁸

The multilateral level is facing new challenges regarding the necessary rebuilding of vague financial multilateralism which clearly failed to be successful while being based, at least from the developing countries point of view, mainly on the system of conditionalities as described above.²⁹ In the recent age of globalization, the national economies are connected to each other so tightly that even despite the immediate efforts on national level to stop the crisis or at least to prevent its deepening, the crisis continues across the countries, regions, sectors and activities.³⁰ The international community must recognize that no country can act in the isolation and that the truly effective system of global finance can be achieved only through predictable and rule-based multilateral framework.³¹

²⁷ UNCTAD Policy Brief „Will we never learn?“, Nr. 5, December 2008, p. 1.

²⁸ Ibid, p. 2.

²⁹ UNCTAD Policy Brief „Rebuilding financial multilateralism“, Nr. 4, October 2008.

³⁰ Ibid, p. 1

³¹ Ibid, p. 2

On the national level, stronger position of the governments and central banks in the financial questions is to be put in place. These are the only actors that can in the end of the days stabilize the markets and restore the confidence³² that was lost during the previous decades. Simply the role of the state must be rediscovered.³³ The main response on the national level dwells definitely in easing the monetary institutions and through that the overall economic situation, nevertheless, the immediate increase of the interest rates might penalize all market participants.³⁴ Especially all the “sick” financial instruments and their derivatives must disappear from the market (for example while issuing the state bonds as a part of the solution) – the pure cutting of the interest rates close to zero might not be sufficient in this stage. We saw so far the immediate reactions on the national level coming out in the form of rescue packages or decisions to bail out the financial institutions or the whole national market. In order to be really effective these must be followed by the regulatory consequences.³⁵ The eternal struggle between the concept of regulation and deregulation necessarily arises also here again.

4. CONCLUSION

The present global economic and financial crisis is truly unprecedented one and the ways out are to be found on the multilateral level in the truly multilateral system of global finance which will be based on the UN agencies ground. The specific needs of the most vulnerable economies (developing countries, the least developed ones and countries with economies in transition) must be taken into account seriously while these are the ones that are really paying the price in the end of the days. The old economic paradigm based on blind deregulation and liberalization is clearly not working out while the market is not able to control itself, at least not in the sufficient and sustainable way which will bring benefits for all. That is why the relevant stakeholders and players should search for a new economic paradigm and look at the global financial system from the very new perspective bearing in minds the needs for revitalizing, restructuring and rebuilding the current international financial architecture and institutions which turned out to be totally incapable to face the current economic state of play.

Literature:

- UNCTAD Policy Brief „Coping with financial market crisis“, Nr. 1, October 2007.
- UNCTAD Policy Brief „Keeping ODA afloat: no stone unturned“, Nr. 7, March 2009.
- UNCTAD Policy Brief „Rebuilding financial multilateralism“, Nr. 4, October 2008.
- UNCTAD Policy Brief „The „crisis“of the century...“, Nr. 3, October 2008.
- UNCTAD Policy Brief „Will we never learn?“, Nr. 5, December 2008.

³² This is often called the „credibility gap“.

³³ UNCTAD Policy Brief „The „crisis“of the century...“, Nr. 3, October 2008, p. 1.

³⁴ UNCTAD Policy Brief „Coping with financial market crisis“, Nr. 1, October 2007, p. 1.

³⁵ UNCTAD Policy Brief „The „crisis“of the century...“, Nr. 3, October 2008, p. 2.

*Dávid R., Neckář J., Sehnálek D., (Editors). COFOLA 2009: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4821-8*

- UNCTAD Report on Assessing the Impact of the Current Financial and Economic Crisis on Global FDI Flows – Advance unedited version, April 2009.
- UNCTAD Report on Global Economic Crisis: Implications for Trade and Development (TD/B/C.I/CRP.1) May 2009.
- UNCTAD The Global Economic Crisis: Systemic Failures and Multilateral Remedies, UN NY, Geneva, 2009, 64, ISBN 978-92-1-112765-2.

Reviewer:

Naděžda Rozehnalová

Contact – email:

Petra.Mysakova@law.muni.cz

NĚKOLIK POZNÁMEK K PŘIPRAVOVANÉMU ZÁKONU O DANÍCH Z PŘÍJMŮ

JAN NECKÁŘ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language:

Příspěvek se věnuje v současné době probíhající přípravě nového textu zákona o daních z příjmů. V textu je poukázáno na základní principy, na kterých je nová úprava založena. Zásadními koncepčními změnami jsou osvobození ostatních příjmů u daně z příjmů fyzických osob, dále považování veřejné obchodní společnosti za transparentní entitu i subsumování dědění a darování výlučně pod předmět daně z příjmů.

Key words in original language:

Daň z příjmů, transferové daně, princip, transparentní entita, osvobození, základ daně, předmět daně, sazba daně.

Abstract:

The contribution deals with the currently ongoing preparation of the new text of the Income Tax Act. The text is a reference to the basic principles on which the new adaptation is based on. The main conceptual changes are prepared in the area of exemption of other incomes for personal income tax, then consideration of public companies as a transparent entity and incorporation of inheritance and donation as the subject of income tax.

Key words:

Income Tax, Transfer Taxes, principle, transparent entity, exemptions, tax base, subject of taxation, tax rate.

Trvalou snahou vládní politiky je podpora hospodářského růstu realizovaná prostřednictvím podpory podnikatelského prostředí a podpory přílivu zahraničních investic. K tomu jsou využívány i daňové nástroje, zejména daň z příjmů. Ačkoliv mnohdy je podpora prostřednictvím daňových nástrojů v rozporu se zásadami dobré daňové politiky (zejména se zásadou „nízká sazba, široký základ“), je třeba na tuto problematiku nahlížet z hlediska širších hospodářských souvislostí. Přes to všechno však platí, že největší podporou podnikání jsou jednoduché daně, s minimem výkladových nejasností. A právě zjednodušení právní úpravy je hlavním cílem nového zákona o daních z příjmů. Zjednodušená a přehledně uspořádaná právní úprava by měla snížit náklady podnikatelů vynakládané na plnění povinností, jež jim zákon o daních z příjmů ukládá.

Dosud platné pojetí zdaňování příjmů bylo vypracováno v letech 1991 až 1992, již záhy ale po vstoupení zákona¹ v účinnost se s ohledem na zásadní změny v České republice projevila nezbytnost adaptování textu zákona na nové podmínky.

Charakteristickým znakem v současnosti platné právní úpravy se stal velký počet² dílčích novel, kde významná část během více než patnáctileté doby existence zákona byla navržena

¹ Zákon č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších změn a doplňků.

přímo v Poslanecké sněmovně. Výsledek těchto častých zásahů do zákona o daních z příjmů lze hodnotit ve dvou rovinách. Pozitivem je bezesporu výrazné precizování jednotlivých ustanovení a systémového přístupu k nim, negativem je výrazná nepřehlednost a snížená srozumitelnost zákona. Cílem by tedy mělo být dosažení zjednodušení, které ovšem nelze chápat jako bezpodmínečné omezení počtu slov a jednotlivých paragrafů, ale jako nastavení optimální systematiky a dosažení odpovídající přehlednosti.

Jako jeden z bodů reformy veřejných financí bylo rozhodnuto o nutnosti vypracování a předložení do zákonodárského procesu nového textu zákona o daních z příjmů. Již samotná koncepce zdaňování příjmů byla předmětem rozsáhlých debat. Zásadní otázkou, kterou bylo nutné zodpovědět hned na počátku, bylo, zda bude vypracován jeden zákon pro zdaňování právnických i fyzických osob a nebo dojde k oddělení a přijetí dvou zákonů. Vzhledem k tomu, že mnohá ustanovení jsou pro oblast fyzických i právnických osob shodná a bylo by tak nezbytné je opisovat, příp. na ně odkazovat, bylo rozhodnuto o držení současného stavu a přípravy tedy pouze jedné právní normy zahrnující obě oblasti zdanění.

Během roku 2008 došlo k vymezení základních principů a vypracování věcného záměru tohoto nového zákona a jeho projednání v pracovních skupinách Legislativní rady vlády. Záměrem tohoto projednání bylo zjištění zásadních připomínek a nesouhlasů s navrženými principy, aby mohly být zohledněny při přípravě paragrafového znění.

Samotná příprava zákona byla zahájena v prosinci 2008 a to za účasti nejen pracovníků Ministerstva financí České republiky, ale ke spolupráci byli přizváni i odborníci z řad teorie a praxe. Snaha předkladatelů zákona je připravit zákon takovým způsobem, aby při budoucích novelizacích nebylo nutné měnit systematiku normy, ale pouze jednotlivé paragrafy.

1. ZÁKLADNÍ PRINCIPY

Základním principem, z něhož obecně vychází nejen zákon o daních z příjmů, ale i jiná daňová legislativa, je fakt, že daně jsou příspěvkem, jímž se fyzické i právnické osoby podílejí na financování chodu státu a jím zajišťovaných veřejných statků. Tento příspěvek je třeba mezi jednotlivé právnické a fyzické osoby vhodným způsobem rozvrhnout. Principem, který umožní vybrat potřebné množství a přitom co nejméně zatíží jednotlivé poplatníky, je princip platební schopnosti. Nejlepším měřítkem platební schopnosti je výše příjmu. Princip platební schopnosti tak říká, že poplatníkům je stanovena daňová povinnost ve výši odpovídající výši jejich příjmu. Ve výsledku tedy platí, že osoba s vyššími příjmy, která je jinak ve stejném postavení jako osoba s nižšími příjmy, platí vyšší daň. Pokud mají osoby se stejným postavením stejné příjmy, platí stejnou daň. Daně z příjmů tento princip naplňují optimálním způsobem.

Významným principem pro daně z příjmů je princip neutrality. Podle tohoto principu nesmí existence daně z příjmů motivovat subjekty k určitému ekonomickému chování, ke kterému by nedocházelo, pokud by daně neexistovaly. Daně by tedy neměly ovlivňovat taková rozhodnutí, jako zda si pořídit majetek do vlastnictví či na leasing, zda investovat individuálně či prostřednictvím subjektů kolektivního investování apod. Aplikace tohoto principu není snadná, protože vždy je třeba rozhodnout, zda daně dvě poměřované situace

² K 1. 5. 2009 se jedná o 108 novel Zákona o daních z příjmů.

jsou ještě obdobné, nebo již vykazují tolik rozdílů, že ospravedlňují různé zdanění. Příkladem je např. rozhodnutí, zda si opatřovat prostředky pro živobytí zaměstnáním, samostatnou výdělečnou činností či založením právnické osoby. Zde se již zřejmě jedná o tak odlišné situace, že nelze uplatnit princip neutrality bezzbytku.³

Dalším principem, který by měl být vyjádřen v zákoně jako základní zásada proto bude zákaz zneužití práva. Podle tohoto principu bude vyhýbání se daňové povinnosti resp. jednání, které je v rozporu s účelem zákona výslovně zakázáno. Zákon nebude poskytovat právní ochranu chování, jehož cílem je vyhnout se dani, a to bez ohledu na to, zda v daném zdaňovacím období nebo v obdobích budoucích.

2. KONCEPČNÍ ZMĚNY

Záměr vytvoření nového zákona se opírá o několik koncepčních změn. Z pohledu daňového systému je nutné uvést skutečnost, že s účinností nového zákona by mělo dojít ke zrušení daně dědické a daně darovací⁴ a majetek získaný z titulu dědění a darování by tak měl spadat výhradně pod předmět daně z příjmů se zachováním v současnosti platných osvobození. Důvodem pro tento krok a tedy i změnu daňového systému je snaha o dodržování standardů OECD, kdy současným trendem je přechod od zdanění transferů ke stabilnímu, opakovanému zdanění majetku. Vzhledem k rozsáhlým osvobozením u daně dědické a daně darovací nelze očekávat výraznou změnu pro daňové poplatníky a to z důvodu velmi nízkého počtu osob povinných k dani. Na počátku se mluvilo také o zrušení daně z převodu nemovitostí, k jejímu zrušení by ale mělo dojít až v okamžiku přijetí rekodifikovaného zákona o dani z nemovitostí založeného na hodnotové bázi.

Druhou zásadní změnou je zavedení principů „vše je příjem“ a „veškerý příjem je předmětem daně“. Ve výsledku tak nebude zákon definovat příjem, který není předmětem daně⁵, což by také mělo přispět ke zjednodušení. Za příjem podléhající zdanění by měl být považován veškerý příjem a to bez ohledu na titul, ze kterého tento příjem plyne.

Mezi mnohými dalšími dílčími koncepčními změnami je ještě nutné upozornit na to, že s účinností nového zákona by měly být veřejné obchodní společnosti považovány za transparentní entity.

3. SYSTEMATIKA ZÁKONA

Základní představa o systematice zákona je následující:

- i. Část první – Úvodní ustanovení
- ii. Část druhá – Subjekty daně
- iii. Část třetí – Předmět daně

³ Věcný záměr zákona o daních z příjmů. www.mfcr.cz.

⁴ Zákon č. 357/1992 Sb., o dani dědické, dani darovací a dani z převodu nemovitostí, ve znění pozdějších změn a doplňků.

⁵ V současné době § 3 odst. 4 zákona č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších změn a doplňků.

- Hlava I – Příjmy
- Hlava II – Předmět daně u českých daňových rezidentů
- Hlava III – Předmět daně u daňových nerezidentů
- Hlava IV – Členění předmětu daně z příjmů fyzických osob

iv. Část čtvrtá – Osvobození od daně

- Hlava I – Osvobození od daně z příjmů fyzických osob
- Hlava II – Osvobození od daně z příjmů právnických osob

v. Část pátá – Základ daně

- Hlava I – Obecná ustanovení o základu daně
- Hlava II – Základ daně z příjmů fyzických osob
- Hlava III – Základ daně z příjmů právnických osob
- Hlava IV – Daňově uznatelné a daňově neuznatelné výdaje
- Hlava V – Úprava základu daně v případě právních vztahů mezi spojenými osobami
- Hlava VI – Specifická ustanovení pro stanovení základu daně

vi. Část šestá – Odčitatelné položky

- Hlava I – Odčitatelné položky od základu daně z příjmů fyzických osob
- Hlava II – Odčitatelné položky od základu daně z příjmů právnických osob
- Hlava III – Daňová ztráta
- Hlava IV – Dary
- Hlava V – Odpočet na podporu výzkumu a vývoje

vii. Část sedmá – Sazba daně

viii. Část osmá – Slevy na dani

ix. Část devátá – Zdaňovací období, daňové přiznání a splatnost daně

- Hlava I – Zdaňovací období
- Hlava II – Daňové přiznání
- Hlava III – Splatnost daně
- Hlava IV – Srážková daň

x. Část desátá – Zvláštní ustanovení

- Hlava I – Vklady a přeměny obchodních společností a přeshraniční fúze
- Hlava II – Vyloučení dvojího zdanění příjmů ze zahraničí
- Hlava III – Banky
- Hlava IV – Pojišťovny
- Hlava V – Subjekty kolektivního investování
- Hlava VI – Neziskové organizace

xi. Část jedenáctá – zrušovací, společná, závěrečná a přechodná ustanovení

- Hlava I – Zmocnění pro zvláštní případy
- Hlava II – Přechodná ustanovení
- Hlava III – Zrušovací ustanovení
- Hlava IV – Účinnost

4. KONSTRUKČNÍ PRVKY DANĚ

Základ daně u fyzických osob by se nově měl skládat nikoliv ze 4, ale pouze ze 3 dílčích základů daně a to ze závislé činnosti (zahrnující funkční požitky), dále z ekonomické činnosti a z ostatních příjmů. S ohledem na nízký výnos daně z příjmů fyzických osob plynoucí na základě zdanění ostatních příjmů⁶, kdy náklady na správu tohoto dílčího základu daně převyšují inkaso ve výši 10 mld. Kč, je navrženo osvobození většiny ostatních příjmů. Výjimku by tvořily vybrané příjmy, typicky příjem z pronájmu. Ve výsledku tak také dojde ke zjednodušení zákona, kdy jsou upraveny pouze výjimky z plného osvobození a není tak nezbytné podrobně upravovat jednotlivá osvobození.

⁶ § 10 zákona č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších změn a doplňků.

Sazba daně bude stanovena až po skončení legislativních prací na základě analýzy fiskálního dopadu do veřejných rozpočtů. Je otázka, jakým způsobem takto stanovená sazba bude dále politicky průchodná a zda nebude z politických důvodů nutné upravovat předmět daně nebo její základ. Se sazbou daně je spojen ještě jeden zcela nový návrh, kdy se objevily snahy o uvedení zákonného rozpětí pro sazbu daně s tím, že její konkrétní výši by stanovila vláda svým nařízením. Autoři zákona o tomto řešení, s ohledem na čistě politická rozhodnutí ovlivňující výši sazby daně, vážně uvažují. Z pohledu autora tohoto příspěvku je ovšem takové řešení nemožné a to z důvodu rozporu s Ústavou České republiky. Na bližší rozbor je ale nutné počkat do okamžiku, kdy (a zda) bude tato úprava připravena.

5. ZÁVĚR

Snahu Ministerstva financí o zásadní rekonstrukci zákona je možné hodnotit jako pozitivní. Zákon v současné době obsahuje mnoho nedostatků a nejasných ustanovení, která by bez příslušné judikatury nebylo v praxi možné používat. Na druhou stranu je ale nezbytné upozornit na skutečnost, že příprava nového zákona postrádá snahu o řešení problematických okruhů a do značné míry se jedná jen o přepisování současného textu jednotlivých ustanovení.

Je otázkou, jakou podobu bude mít výsledný návrh nového zákona a zda vůbec bude po předčasných volbách do Poslanecké sněmovny předložen do legislativního procesu. Můžeme pouze doufat, že výsledkem prací bude zákon oproštěný od zásadních nedostatků a současně že nebudou do jeho textu zasahovat ve velké míře politické tlaky.

Literature:

- Věcný záměr zákona o daních z příjmů. www.mfcr.cz.
- Zákon č. 357/1992 Sb., o dani dědické, dani darovací a dani z převodu nemovitostí, ve znění pozdějších změn a doplňků.
- Zákon č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších změn a doplňků.

Reviewer:

Michal Radvan

Contact – email:

jan.neckar@law.muni.cz

ECONOMIC CRISIS – ARGUMENTS OF ITS ORIGINATION AND ITS POTENTIAL SOLUTIONS

FRANTIŠEK NEMETH

Ekonomická univerzita Bratislava, Podnikovohospodárska fakulta so sídlom v Košiciach,
Slovensko

Abstract in original language:

Svetová ekonomická kríza je pojem, ktorý je asi najviac skloňovaný v súčasnom ekonomickom, ale aj politickom a verejnom živote na celom svete. V tejto súvislosti sú najfrekvencovanejšie otázky typu: „Kde sa to všetko začalo?“, „Prečo a ako dlho to potrvá?“, „Aké sú možnosti riešenia tejto krízy?“. Najčastejšie je prijímaná téza, že zárodokom tejto krízy bola kríza hypotekárneho trhu v USA. Dôvody jej vzniku je možné rozdeliť do troch základných skupín: politické, ekonomické a celospoločenské. Za najvýhodnejšie riešenia tejto krízy z hľadiska firmy je možné považovať také riešenia, ktorých základy sú úzko prepojené s úspešnými riešeniami realizovanými v minulosti.

Key words in original language:

Ekonomická kríza, bankovo – finančná kríza, regulačné pravidlá, rozdrobenosť súkromného vlastníctva, kríza spoločenských hodnôt, úspory, hotovosť, ľudské zdroje, kríza ako príležitosť.

Abstract:

The world's economic crisis is word, which is the most used in current economic, political and public live around the world. From this point of view, the busy questions are: “Where did it all start?”, “Why and how long it all will be exist?” and “What are the solutions of its crisis?”. The most frequent thesis is, that the focus of this crisis was crisis of real estate market in the USA. The reasons of its origination we can classify into three base groups: political, economic and all-society. The best solutions of this crisis from firm point of view we can to consider the solutions, nearly interconnected with successful solutions realized in past.

Key words:

Economic crisis, bank – financial crisis, regulative rules, fragmentation of privat ownership, crisis of social significances, savings, cash, human resources, crisis as opportunity.

Úvod

Najviac skloňovaným pojmom v súčasnom ekonomickom, ale aj politickom a verejnom živote na celom svete, ale aj u nás, je pojem „kríza“. Tento „fenomén“ s názvom kríza prenikol celú spoločnosť, pričom najviac diskutované otázky sú: „Kde sa to všetko začalo?“, „Prečo sa to všetko začalo a ako dlho to potrvá?“ a „Aké sú možné riešenia tejto krízy?“. Odpoveď na otázku ako dlho to potrvá, je v tomto momente považovaná za takmer nemožnú. Odpovede na ostatné otázky sa pokúšajú nájsť mnohí predstavitelia ekonomického, politického ako aj verejného života. Vzniká tak niekoľko názorových prúdov – politický, ekonomický a celospoločenský.

Cieľ a metodika

Cieľom príspevku je analýza možných príčin vzniku svetovej ekonomickej krízy z rôznych hľadísk a taktiež predpokladaných možných spôsobov riešenia jej dopadov z pohľadu firmy. Zároveň je cieľom tohoto príspevku návrhnúť spôsoby riešenia ekonomickej krízy, ktoré budú z pohľadu firiem najúčinnnejšie. V príspevku sú využité metódy: analýza, komparácia a dedukcia.

Výsledky

„Kde sa to všetko začalo?“

Najčastejšie je prijímaná téza, že zárodkom, alebo prapríčinou krízy bola bankovo – finančná kríza v USA, ktorá postupne prerástla do krízy ekonomickej. Uvádza sa, že základom bankovo – finančnej krízy bola hypotekárna kríza, keď banky v USA veľmi ochotne poskytovali hypotekárne úvery, alebo priam lákali na tieto úvery aj ľudí, ktorí nemali predpoklad dostatočnej solventnosti na ich splácanie, hlavne v strednom a dlhodobom horizonte. Je to však len čiastočne pravda. Obdobne, i keď možno v menšej miere sa správali aj bankovo – finančné inštitúcie a fondy v západnej Európe a čiastočne aj v Japonsku, Číne, Rusku, Indii a inde vo svete. Ide teda o krízu globálnu, zachytávajúcu celý svet a komplexnú z hľadiska jej dopadov na všetky stránky života spoločnosti.

„Prečo to všetko vzniklo?“

Odpoveď na túto otázku sa snažia nájsť mnohí politici, ekonómovia či analytici. Takto vzniká niekoľko názorových prúdov, ktoré je možné v zásade rozdeliť do troch základných skupín: politické, ekonomické a celospoločenské. Podľa štátneho tajomníka Ministerstva financií Slovenskej republiky Palka¹, je hlavným dôvodom vzniku súčasnej svetovej ekonomickej krízy absencia spoločných pravidiel regulácie, v podmienkach previazaného globálneho finančného trhu. Zodpovednosť za tento stav nesú podľa spomínaného autora predovšetkým lídri svetových ekonomických veľmocí, ktorí si neuvedomili fakt, že základ pre globálny ekonomický poriadok predstavuje vytváranie spoločných ekonomických regulí a pravidiel pre reguláciu previazaného globálneho finančného trhu. Hypotekárna kríza v USA, následný prepad cien nehnuteľností, krach tých najvýznamnejších finančných domov s celosvetovým dosahom, boli len spúšťačom ignorovania nekonzistentnosti pravidiel regulácie globálneho finančného trhu, vrátane podmienok pre posudzovanie rizík. Ani „preregulované“ pravidlá obozretného podnikania finančných inštitúcií v Európskej únii, jej nepomohli podľa niektorých pozorovateľov pred exportom krachov a problémov z USA. Tento názor patrí do skupiny politických.

Ďalší pohľad na príčiny vzniku ekonomickej krízy patrí do skupiny ekonomických a vychádza z charakteru súkromného vlastníctva. Podľa jeho autorov² je hlavným dôvodom krízy

¹ <http://www.eaq.sk/page.php?doc=581>

² <http://www.kriza.sk/jadro-prispevku-72/Financne-trhy/Kriza-ako-dosledok-rozdobenosti-vlastnictva>

rozdrobenosť vlastníctva vo veľkých finančných inštitúciách. Táto finančná kríza podľa nich nie je krízou malých firiem, ale naopak, je to príbeh o veľkých hráčoch. Práve tu sú striktné určené hranice medzi tými, ktorí vlastnia, tými ktorí manažujú a tými, ktorí do chodu firmy aj reálne vidia. Je to príbeh aj o tom, kde a ako sa práve stráca zodpovednosť. Ako príklad uvádzajú autori banku Barclays, druhú najväčšiu banku vo Veľkej Británii. Jej traja najväčší akcionári sú Qatar Investment Authority, čo je štátny investičný fond z Kataru, ďalej Čínska rozvojová banka a napokon Temasek Holdings, singapurský národný investičný fond. Avšak aj tieto korporácie, samy o sebe mamutie, vlastnia iba pár percent Barclays. Vynára sa teda otázka, kto takúto spoločnosť vlastne vlastní. Vtip je v tom, že samotný manažment sa to dozvie až na valnom zhromaždení. Výsledkom takéhoto rozdrobeného vlastníctva je potom neúmerne silnejšie postavenie manažmentu, ktorý zákonite sleduje svoje vlastné záujmy, namiesto toho, aby sledoval záujmy vlastníkov spoločnosti. Manažment v záujme maximalizovať svoj prospech a vedomý si toho, že extrémna rozdrobenosť vlastníctva ho robí skoro neodvolateľným, sa tak púšťa do operácií, ktoré prinášajú krátkodobé výsledky, ale v dlhodobejšom horizonte môžu byť v mnohých prípadoch škodlivé, niekedy priam až likvidačné.

Tretím názorovým prúdom je pohľad na krízu, ktorý patrí do skupiny celospoločenských. Autor tohto pohľadu na vznik svetovej ekonomickej krízy³ hovorí o tom, že ak máme nazvať príčinu krízy, tak je to kríza pokrivenia hodnôt spoločnosti a to nielen hodnôt v oblasti materiálnej, ale predovšetkým v oblasti kultúrno – morálnej a humánnej. Vytvorenie konzumnej spoločnosti nie je zárukou rastu morálnych a humánnych hodnôt v spoločnosti, ale naopak. Spôsobuje nárast chamtivosti a, aby sa táto mohla ľahšie uplatňovať, tak sa vytvára tlak na obmedzenie regulačných a kontrolných funkcií štátu. Tento fakt považuje autor za podstatu neoliberalizmu, ako ideológie, ktorá dlhodobo pripravovala a aj politicky spustila terajšiu krízu, čo je v rozpore s myšlienkami zakladateľa liberalizmu Adama Smitha. Ten kládol dôraz na vytváranie reálnych hodnôt v reálnych podmienkach, ktoré by konkrétnu spoločnosť aj kultúrno – duchovne obohacovali a rozvíjali. Dá sa teda konštatovať, že napriek tomu ako sa dnešná kríza prejavuje, je to kríza spoločenská, kríza dôvery, morálky a hodnôt, teda kríza civilizačná. O to ťažšie, bolestivejšie a dlhšie bude podľa tohto autora jej riešenie.

„Aké sú možné riešenia tejto krízy?“

Rovnako ako existuje množstvo názorov a niekoľko názorových prúdov, ktoré sa snažia nájsť odpovede na predchádzajúce otázky, existuje množstvo názorov, ktoré hľadajú odpoveď na vyriešenie tejto otázky. Z mikroekonomického hľadiska, teda z pohľadu firmy, predstavuje najracionálnejší prístup nasledujúca odpoveď: „Firmu neriadime iba v tomto roku, ale každá kríza sa raz skončí a biznis pôjde ďalej“. Z tohoto pohľadu potom asi najracionálnejšie riešenie na prekonanie súčasnej ekonomickej krízy ponúka pre firmu Petr Smutný, riaditeľ oddelenia podnikových reštrukturalizácií PricewaterhouseCoopers Česká republika. Ten vo svojom prístupe navrhuje pre firmu akýsi balík riešení, ktorý je možné v zásade zhrnúť do štyroch základných hesiel⁴:

³ <http://www.sns.sk/clanky/anton-bonko-kriza-ekonomiky-alebo-spolocnosti-priciny-vyvoj-dosledky-1515.html>

⁴ <http://www.etrend.sk/ekonomika/slovensko/ako-riadit-firmu-v-case-krizy/154420.html>

1. **Času niet, premýšľať treba.** S rozhodnutiami o úsporách by manažéri nemali otáľať. Firma musí začať šetriť a angažovať treba každého. Presadzovanie takýchto manažérskych rozhodnutí kladie vyššie nároky na ich kvalitu než obvykle a nepremyslené kroky – bezhlavé prepúšťanie či obmedzenie marketingových a komunikačných aktivít – možno krátkodobo niečo ušetriť, no čoskoro si vyžadujú omnoho vyššie výdavky na nápravu škôd. Medzi nimi môže byť napríklad aj mienka o stave firmy, ktorá bez dostatočného dôvodu prepúšťa ľudí, alebo sa komunikačne „stratila z trhu.“ Šetriť niekedy znamená, iba sa znovu začať správať racionálne, pričom zamerať sa treba najmä na investície do informačných technológií a autoparku či na spôsoby nákupu.
2. **Priorita? Peniaze.** V duchu hesla „Cash is the king“. Ani najlepšie predaje a desiatky faktúr vystavených spokojným zákazníkom nepomôžu, ak nenasleduje úhrada kúpnej ceny. Inak povedané, dôsledné riadenie pohľadávok býva v dobách nižšej ekonomickej aktivity nie podmienkou úspechu firmy, ale často prežitia firmy. Otázkou, ktorú treba pri plánovaní úspor zvážiť, sú aj daňové výdavky. Viac než inokedy je potrebné plniť všetky daňové a odvodové povinnosti načas a riadne. Opravy a platenie penále a pokút sú zbytočne vyhodnené peniaze, ktorých bude málo.
3. **Drahé živé aktíva.** Firma sa riadi z dlhodobého hľadiska a prepustiť ľudí značí definitívne sa vzdať vzácneho aktíva. Už samotné prepúšťanie ukáže, že aj drahého, o čo sa postarajú náklady na odstupné a mzdy počas výpovednej lehoty, no aj možné škody, ktoré vyvolá panika a všeobecne zlá nálada vo firme i mimo nej. Ak raz útlm pominie a firma bude znovu potrebovať viac ľudí, potom nábor a školenie nových zamestnancov zaťažia výdavky firmy omnoho viac.
4. **Nielen hrozby.** Pohľad na riadenie firmy z hľadiska dlhodobého jasne ukazuje, že hrozby nie sú jediný efekt. Štatistiky poradenských firiem hovoria o tom, že v čase krízy preskočilo konkurenciu a usadilo sa na čele odvetvia dvakrát toľko firiem, ako v čase konjunktúry. Firmy, ktoré dokážu získať zdroje, prípadne v dobrých časoch ušetrili, majú šancu výhodne kúpiť podniky, ich know-how, či výrobné prevádzky. Vo všetkých odvetviach. Ešte väčšia výhoda vzniká v prípade, ak sa predávať musí. Predávajúci potom pýta úplne inú cenu, ako v časoch pozitívnych výhľadov. Získanie firmy konkurenta tak môže po odznení krízy priniesť nečakane vysoké zisky.

Diskusia

Aj keď sú názory na dôvody vzniku krízy, ako aj na miesto jej vzniku akokoľvek rôzne, podstatný z pohľadu firmy je fakt, že kríza tu je a je potrebné nájsť také opatrenia, ktoré pomôžu prekonať jej dôsledky spôsobom, ktorý bude pre firmu čo najmenej bolestivý. Ak prijmeme všeobecný postulát, že najlepšie riešenia sú tie, ktoré boli vyskúšané a overené v praxi, potom najvýhodnejší, pre riešenie dopadov krízy, je z pohľadu firmy vyššie spomínaný balík riešení, ktorý ponúka Petr Smutný, riaditeľ oddelenia podnikových reštrukturalizácií PricewaterhouseCoopers Česká republika. Tento súbor riešení je veľmi podobný riešeniam, ktoré realizoval vo svojej firme azda najznámejší predstaviteľ manažmentu v Európe Tomáš Baťa, pri odstraňovaní dopadov svetovej hospodárskej krízy na jeho obuvnícku firmu. Najmä prvý a tretí návrh riešenia je veľmi podobný koncepcii, ktorú svojho času prijal Tomáš Baťa. Ten dokázal presvedčiť svojich zamestnancov, aby pracovali za polovičnú mzdu, čím zachránil vzácne živé aktíva. Ďalšou racionalizáciou nákladov sa mu podarilo znížiť ich výšku až na takú úroveň, že mohol svoje výrobky predávať za polovičnú cenu a takýmto spôsobom eliminoval konkurenciu. Zároveň dokázal aj v čase krízy

uplatňovať technickú a organizačnú racionalizáciu výroby, čím dosiahol nárast produktivity práce o 30% a nárast objemu výroby o 75%, pri súčasnom zvýšení počtu zamestnancov iba o 35%. Takýmto prístupom Tomáš Baťa zdesaťnásobil rozsah svojho obchodu a stal sa legendou nielen európskeho, ale aj celosvetového manažmentu. Aj keď tieto dve svetové ekonomické krízy delí od seba viac ako 70 rokov, ich rozsah ako aj dopad na ekonomické subjekty vykazuje množstvo spoločných znakov. Tento fakt potom dáva ekonomickým subjektom nádej, že prijímanie a realizácia riešení na zmiernenie resp. odstránenie následkov krízy, ktoré sú úzko prepojené s úspešnými riešeniami z minulosti a zároveň modifikované na dnešné ekonomické pomery, im prinesie očakávané výsledky a úspechy.

Záver

Svetová ekonomická kríza predstavuje „fenomén“, ktorý sa stal súčasťou každodenného života spoločnosti a ovplyvňuje všetky jeho sféry, ekonomickú, politickú aj kultúrnu. Aj keď sú vo všeobecnosti za ohnisko krízy považované USA a zlyhanie ich hypotekárneho trhu, správanie bankovo – finančných inštitúcií v ostatných častiach sveta má taktiež svoj podiel na jej vzniku. Dôvody vzniku súčasnej ekonomickej krízy je možné klasifikovať do troch základných kategórií, analogicky k ich vplyvu na spoločnosť. Všetky spomínané kategórie dôvodov sú pritom opodstatnené a majú svoj základ v reálnych podmienkach súčasného sveta. Nech už sú však tieto dôvody akékoľvek a akokoľvek opodstatnené, dôležitý je fakt, že kríza tu je a je potrebné prijímať opatrenia na zmiernenie resp. odstránenie jej následkov. Z ekonomického hľadiska sú najdôležitejšie opatrenia, zamerané do sféry mikroprostredia, teda opatrenia pre základný prvok ekonomiky – firmu. Tak ako sa odlišujú jednotlivé firmy navzájom medzi sebou svojím charakterom, odlišujú sa aj jednotlivé opatrenia, zamerané na odstránenie následkov krízy. Vo všeobecnosti pritom môžeme za najvhodnejšie opatrenia zamerané na odstraňovanie dopadov ekonomickej krízy na jednotlivé firmy považovať tie opatrenia, ktorých základy sú úzko prepojené s opatreniami úspešne realizovanými v minulosti.

Literature:

- <http://www.etrend.sk/ekonomika/slovensko/ako-riadit-firmu-v-case-krizy/154420.html>
- <http://www.eaq.sk/page.php?doc=581>
- <http://www.kriza.sk/jadro-prispevku-72/Financne-trhy/Kriza-ako-dosledok-rozdrobenosti-vlastnictva>
- http://www.politikon.sk/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=3781

Reviewer:

Bohuslava Mihalčová

Contact – email:

Frantisek72@gmail.com

JAKÝ VLIV MÁ EKONOMICKÁ KRIZE NA ÚZEMNÍ ROZPOČTY?

MARTIN NETOLICKÝ

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Pokles ekonomické výkonnosti, který se v České republice projevuje od druhé poloviny loňského roku, má značný vliv nejen na státní rozpočet, ale také na rozpočty krajů, měst a obcí. Pokles se oproti loňskému roku předpokládá především na příjmové stránce rozpočtů, a to zejména v daňových příjmech. Autor se v článku zabývá vývojem územních rozpočtů v roce 2008 s vzhledem na očekávanou skutečnost roku 2009.

Key words in original language:

Územní samospráva; územní rozpočty; ekonomická krize; daňové příjmy.

Abstract:

The decline of economic performance, which is being reflected from the second half of last year in the Czech Republic, has a considerable impact not only for the state budget, but also for budgets of regions, towns and villages. Some decline from last year is expected in revenues of the budget, especially in tax revenues. Author of the article deals with the development of local budgets in 2008 with a view of the expected event of 2009.

Key words:

Local authorities; regional budgets; economic crisis; tax revenues.

V roce 2007 byla schválena zásadní změna zákona č. 243/2000 Sb. o rozpočtovém určení výnosu některých daní územním samosprávným celkům, která stanovila nový výpočet pro přerozdělení sdílených daní obcím. Novela zákona, která nabyla účinnosti dne 1.1.2008, upravila metodiku výpočtu podílu jednotlivých obcí na sdílených daních a současně znamenala též navýšení daňových příjmů obcí. Dosavadní základní kritérium pro přerozdělení, tj. počet obyvatel příslušné obce zařazené do velikostní kategorie, bylo modifikováno a zařazena byla dvě nová kritéria. A to celková výměra katastrálních území všech částí obce a poměr počtu obyvatel obce k celkovému počtu obyvatel všech obcí v České republice. Místo dosavadních 14 velikostních kategorií byly zavedeny pouze 4 se stanovenými koeficienty, tzv. postupných přechodů. Vzhledem k tomu, že se předpokládal negativní dopad na některé obce, bylo rozhodnuto, že bude zvýšen celkový podíl obcí na celostátním inkasu sdílených daní na 21,4 %. Předmětná novela se nijak nedotkla daňových příjmů krajů. Rok 2008 byl prvním rokem, kdy se pro výpočet použil nový matematický vzorec. Posíleny byly daňové příjmy, především nejmenších obcí do 300 obyvatel, zejména potom obce do 100 obyvatel. Dnes již známe plnění rozpočtů za rok 2008 a můžeme tedy porovnat skutečnost roku 2008 s předchozími léty. Novela rozpočtového určení daní naplnila očekávání navrhovatelů, jelikož jejím hlavním cílem byla podpora především menších sídel. Otázky vyvolává hlavně způsob výpočtu a opodstatněnost kritéria výměry katastrálních území obce.

Rok 2008 byl ovšem posledním rokem, kdy jsme mohli zaznamenat poměrně značný nárůst daňových příjmů územních rozpočtů (zejména obcí a krajů) vzhledem k dynamickému vývoji národního hospodářství, především v první polovině roku. Daňové příjmy krajů dosáhly

celkem 49,8 mld. Kč, oproti předcházejícímu roku vzrostly o 3,7 mld. Kč. Vedle toho daňové příjmy obcí činily 154,4 mld. Kč, což představuje meziroční nárůst o 13,1 mld. Kč. Celkové inkaso sdílených daní určených pro územní rozpočty bylo vyšší ve všech položkách (sdílenými daněmi jsou ze zákona DPFO, DPPO a DPH).

Podíváme-li se na vývoj územních rozpočtů počínaje rokem 2000 a konče rokem 2008, byl nárůst ve všech velikostních kategoriích vždy v rozmezí 5 – 12 % každý rok. S jedinou výjimkou v roce 2006 – vliv tehdy zavedeného společného zdanění manželů, snížení sazby daně z příjmu fyzických osob apod. Podle nejaktuálnějších informací, které zveřejnilo Ministerstvo financí, by letošní rok měl znamenat nejenom stagnaci, ale dokonce pokles inkasa daní. Postižen nebude pouze státní rozpočet, ale také rozpočty krajů, měst a obcí. Původní predikce Ministerstva financí ze srpna 2008 předpokládala pro rok 2009 zvýšení daňových příjmů o 4 %. Výpočty ministerstva byly založeny na očekávaném růstu ekonomiky zhruba o 5 %. Z dnešního pohledu se tato predikce jeví jako extrémně optimistické očekávání, které bylo postupně korigováno. Projevy sílící ekonomické krize mohou sledovat představitelé územních samospráv již nyní, na základě plnění sdílených daňových příjmů za první čtvrtletí. Pokud porovnáme skutečnost k 31. 3. 2009 s předchozími roky, činí pokles cca 10%. Tento fakt dokumentuji v příložených tabulkách. První případ ukazuje vývoj rozpočtu Pardubického kraje za první čtvrtletí let 2008 a 2009. Druhý případ se týká města Česká Třebová a porovnání plnění sdílených příjmů za první čtvrtletí let 2007, 2008 a 2009.

Plnění sdílených daňových příjmů k 31. březnu - Pardubický kraj

	2008	2009	Porovnání 09/08
Daň z příjmů FO ze závislé činnosti a funkčních požitků	158 926,50	150 598,04	94,8%
Daň z příjmů FO ze samostatné výdělečné činnosti, zvl. sazba	29 365,91	24 380,23	83,0%
Daň z příjmů právnických osob	218 117,59	172 278,01	79,0%
Daň z přidané hodnoty	302 042,74	298 869,78	98,9%
SDÍLENÉ DANĚ CELKEM	708 452,73	646 126,06	91,2%

* údaje v tis. Kč

Plnění sdílených daňových příjmů k 31. březnu - Město Česká Třebová

	2007	2008	Porovnání 08/07
Daň z příjmů FO ze závislé činnosti a funkčních požitků	7 785,00	8 560,70	110,0%
Daň z příjmů FO ze samostatné výdělečné činnosti, zvl. sazba	1 910,30	2 246,20	117,6%
Daň z příjmů právnických osob	6 650,00	10 455,70	157,2%
Daň z přidané hodnoty	13 127,60	14 559,20	110,9%
SDÍLENÉ DANĚ CELKEM	29 472,90	35 821,80	121,5%

* údaje v tis. Kč

	2008	2009	Porovnání 09/08
Daň z příjmů FO ze závislé činnosti a funkčních požitků	8 560,70	8 009,30	93,6%
Daň z příjmů FO ze samostatné výdělečné činnosti, zvl. sazba	2 246,20	1 455,30	64,8%
Daň z příjmů právnických osob	10 455,70	8 266,50	79,1%
Daň z přidané hodnoty	14 559,20	14 355,00	98,6%
SDÍLENÉ DANĚ CELKEM	35 821,80	32 086,10	89,6%

* údaje v tis. Kč

Ministerstvo financí předpokládá, že pokles daňových příjmů za celý letošní rok bude činit 12%, ovšem za předpokladu, že ekonomika klesne pouze o 2 %. Mnoho územních samospráv přistoupilo k přípravě rozpočtu na rok 2009 poměrně realisticky, když předpokládaly nulové navýšení celkových očekávaných daňových příjmů. Při sestavování rozpočtu tedy nedbaly původní predikce Ministerstva financí, což se ukázalo, že byl správný postup. Přesto i takto sestavené rozpočty budou muset být podrobeny dalším korekcím s tím, že nenaplněná příjmová stránka rozpočtů bude znamenat hledání úspor též na výdajové stránce. V době, kdy

Česká republika čerpá finanční prostředky z fondů EU, jde o záležitost velice nepříjemnou. Podporované investiční i neinvestiční projekty totiž vyžadují spoluúčast žadatele. Z tohoto hlediska je zřejmé, že bude sílit stále větší tlak na hledání cizích zdrojů financování.

Je třeba zdůraznit jeden pozitivní prvek, který naše rozpočtové určení daní má. A to společná koexistence a provázanost všech úrovní veřejných rozpočtů, které se podílí na daňových výnosech. Hlavním projevem jsou stejné trendy v příjmové stránce jak v době ekonomického poklesu, tak v době hospodářského růstu.

Vláda předpokládala, že k 1. 1. 2010 bude přijat zcela nový zákon o rozpočtovém určení daní, který stanoví nová kritéria pro přerozdělení sdílených daní. Podkladem pro přípravu této legislativní změny měla být velice podrobná analýza, kterou zpracovala pracovní skupina pod vedením Doc. Pekové z Vysoké školy ekonomické v Praze. Předkladatel, tedy Ministerstvo financí, již avizovalo, že novela nebude za současné situace přijata, protože by mohla vést k další destabilizaci územních rozpočtů. Což je v době finanční krize naprosto nežádoucí.

Doufejme, že v nejbližší době dojde k uklidnění situaci a stabilizaci příjmové stránky územních rozpočtů, které představují nejdůležitější ekonomický základ fungování každého územního samosprávného celku.

Literature:

- Elias, A.: Aktuální ekonomický vývoj a územní rozpočty v roce 2009, Obec a finance 2/2009, ISSN 1211-4189
- Ministerstvo financí ČR: Státní závěrečný účet územních rozpočtů za rok 2008
- Zpráva pro 13. zasedání RPK: Hospodaření Pardubického kraje v roce 2009
- Plnění rozpočtu města Česká Třebová k 31. 3. 2009
- Ministerstvo financí ČR: Porovnání daňových příjmů obcí 2000 – 2008

Reviewer:

Ivana Pařízková

Contact – email:

m.netolicky@email.cz

PŘIPRAVOVANÉ LEGISLATIVNÍ ZMĚNY A MOŽNOST JEJICH ZNEUŽITÍ

FRANTIŠEK ORÁLEK

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language:

V reakci na světovou hospodářskou krizi vláda České republiky představila několik novelizací zákonů s cílem zmírnit nepříznivé dopady hospodářské krize. Studie se zaměřuje na možnost zneužití právní úpravy, která je buď v přípravě, anebo již byla schválena. Práce si neklade za cíl hodnotit legislativní záměry, ale poukázat na možné nebezpečí zneužití navrhované právní úpravy. Kritice je podrobena zejména novelizace zákoníku práce a insolvenčního zákona.

Key words in original language:

Zákoník práce, insolventní právo, šrotovné, finanční krize.

Abstract:

In the name of global financial crisis, the government of Czech republic introduce interesting amendments of act with intention to lower the impact of global financial crisis. The paper is focused on possible negative consequences of amendments in preparation or passed. The objective of the paper is not to judge intentions but to show concrete abuse of legal system. The Labour code novel and law of bankruptcy novel are criticised.

Key words:

Labour code, law of bankruptcy, driven wreckage, financial crisis.

Úvod

Řešení světové finanční krize není pouze komplexní ekonomickou otázkou, ale také politickým tématem. Vlády států a politici se předhánějí v návrzích opatření na zmírnění dopadů krize. Spojené státy americké schválili balík opatření v celkové hodnotě 787 miliard dolarů, největší v historii. Ústřední banka USA a ministerstvo financí zahájilo sérii oždravných programů v hodnotě trilionů dolarů s cílem oživit finanční sektor.¹ Na druhé straně evropské politiky stále diskutují a obtížně hledají společné stanovisko.

Politická reprezentace České republiky představila veřejnosti několik legislativních záměrů, které reflektují stávající nepříznivou situaci. S ohledem na komplikované vnitrostátní politické klima je velmi obtížné odhadnout zda dojde k realizaci navržených opatření. Mezi nejvýznamnější počiny v legislativní oblasti náleží. Níže uvedená analýza se nesnaží hodnotit ekonomický přínos a politické aspekty regulace, ale poukazuje na rizika, která přináší očekávaná právní úprava.

¹ Viz. Stimulus package only beginning of efforts to save economy: Obama . BUSSINESS [online]. 2009 [cit. 2009-03-12].

Zákoník práce

Návrh novely zákoníku práce, který ministr práce a sociálních věcí odeslal 26. března 2009 do připomínkového řízení se setkal s velkou kritikou stran odborových organizací. Největší výhrady byly vzneseny vůči částečnému sloučení výpovědních důvodů, volnější formulaci okamžité výpovědi z pracovního poměru, sjednání mzdy s přihlédnutím k práci přesčas, prodloužení maximální doby dočasného pracovního poměru ze dvou let na tři roky, zrušení povinnosti projednat s odbory předem délku pracovní doby, snahu eliminovat vliv odborů, snížení významu kolektivního vyjednávání, preference flexibility pracovních vztahů na úkor jistoty.² Z důvodové zprávy návrhu novelizace vyplývá, že účelem právní úpravy je zvýšení flexibility ve vztazích zaměstnavatel – zaměstnanec a prohloubení principu „co není zakázáno, je dovoleno.“³

Mám za to, že připravovaná podoba zákoníku práce obsahuje mnohem závažnější otázky k zamyšlení. Návrh předkládá ustanovení upravující subsidiární aplikaci občanského zákoníku na základě zásad zákoníku práce.⁴ Ústavní soud se již dříve k otázce aplikace občanského zákoníku vyjádřil.⁵ Ústavní soud zrušil všechna ustanovení zákoníku práce odkazující na aplikaci občanského zákoníku s poukazem na problematické užití některých občanskoprávních institutů v podmínkách pracovního práva. Byla např. zrušena možnost odstoupit od pracovní smlouvy. Nová úprava odstoupení od smlouvy opětovně zavádí s omezením na dobu do nástupu zaměstnance do výkonu práce. Užitá formulace vzbuzuje řadu otázek.⁶ Není zcela zřejmé, zda lze od smlouvy odstoupit na základě dohody stran, zda lze sjednat dohodou odstoupení od smlouvy po nástupu zaměstnance do práce, zda lze před nástupem zaměstnanci do práce dát výpověď, jaký účinek by mělo doručení odstoupení od smlouvy společně s výpovědí, jak by měl zaměstnanec v takovém případě postupovat. Zatímco stávající práva nepřipouští započtení pohledávky zaměstnavatele vůči mzdě zaměstnance, nová právní úprava tuto možnost nevyklučuje. Zaměstnavatel by se mohl pokusit započíst např. schodek na svěřených hodnotách způsobených zaměstnancem nebo škodu, kterou zaměstnanec úmyslně způsobil zaměstnavateli. Zaměstnavatel by mohl sankcionovat nedodržení některých ustanovení pracovní smlouvy smluvní pokutou. Mezi občanskoprávní instituty s obdobným problematickým využitím lze řadit také zadržovací právo, postoupení pohledávky nebo převzetí dluhu.

² Viz. Stanovisko Českomoravské konfederace odborových svazů k návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění zákona č. 585/2006 Sb., a některé další souvisejí zákony [online]. 27.4.2009. 2009 [cit. 2009-04-28]. Dostupný z WWW: <http://www.cmkos.cz/data/articles/down_1478.pdf>.

³ Viz. DŮVODOVÁ ZPRÁVA : Obecná část [online]. 2009 [cit. 2009-04-28]. Dostupný z WWW: <<http://www.cmkos.cz/data/download/files/Duvodova-zprava.pdf>>.

⁴ Návrh novely zákoníku práce § 4a: „Pracovněprávní vztahy se řídí tímto zákonem, není-li to možné, řídí se podle občanského zákoníku, a to za použití základních zásad pracovněprávních vztahů uvedených v § 4.“

⁵ Nález Ústavního soudu ČR Pl. ÚS 82/06 ze dne 12. března 2008 (vyhlášeného pod č. 116/2009 Sb.) ve věci návrhu na zrušení některých ustanovení zákona č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů.

⁶ Návrh novely zákoníku práce § 36 odst. 2: „Jestliže zaměstnanec ve sjednaný den nenastoupí do práce aniž by mu v tom bránila překážka v práci, anebo do týdne neuvědomí zaměstnavatele o této překážce, může od pracovní smlouvy odstoupit. Od pracovní smlouvy je možné odstoupit jen dokud zaměstnanec nenastoupil do práce.“

Aplikace výše uvedených institutů je podmíněna zásadami zákoníku práce, což vnáší velkou právní nejistotu do pracovněprávních vztahů. Velkou část pochybnost vzbuzujících otázek může odstranit praxe soudů výkladem, že ujednání v neprospěch zaměstnance je neplatné. Lze se setkat s případy, kdy zaměstnavatel a zaměstnanec po vzájemném nedorozumění vůči sobě užívají všech prostředků s cílem poškodit druhého.

Navrhovaná právní úprava umožňuje zneužití této právní nejistoty. Zaměstnavatel, který si v dobré víře sjedná smluvní pokuty za porušení pracovních povinností zaměstnanci, riskuje prohru v případných soudních sporech. Obdobně zaměstnanci se mohou mylně domnívat, že smluvní pokuta je v rozporu se zásadami, na kterých spočívá zákoník práce, a ujednání o smluvní pokutě je neplatné.

Ústavní soud ve výše uvedeném nálezu rovněž kritizoval a zrušil princip relativní neplatnosti právních úkonů v zákoníku práce. Právní úprava v rozporu s těmito závěry relativní neplatnost opětovně zavádí a umožňuje soudu posoudit zda právní úkon není neplatný absolutně.⁷ Neplatnosti se nemůže dovolat ten, kdo ji sám způsobil. Totéž platí, nebyl-li právní úkon učiněn ve formě, kterou vyžaduje dohoda účastníků.

Návrh zavádí zkušební dobu 6 měsíců u vedoucích nebo klíčových zaměstnanců a 4 měsíce u ostatních zaměstnanců.⁸ Právní úprava nebrání zaměstnavateli v šestiměsíční zkušební době dát výpověď zaměstnanci, který nesplňuje předpoklady vedoucího zaměstnance a opětovně jej zaměstnat na pozici řadového pracovníka se čtyřměsíční zkušební dobou. Teoreticky tak lze prodloužit zkušební dobu na 10 měsíců.

Novela předpokládá, že pracovní mzda může být sjednána již s přihlédnutím k případné práci přesčas. Mzdu s přihlédnutím k případné práci přesčas lze takto sjednat, je-li současně sjednán rozsah práce přesčas, k níž bylo při sjednání mzdy přihlédnuto. V případě zdravotnických pracovníků je stávající zákon výsledkem politického kompromisu, kdy lze ve zdravotnictví ujednat 150 hodin přesčasů nad rámec běžné doby přesčasů (celkem tedy 300 hodin). I tato doba je často nedostatečná. Jsou známy případy, kdy zdravotnická zařízení s nízkým počtem pracovníků jsou nucena sjednat se zaměstnanci smlouvy mimo hlavní pracovní poměr s fiktivní odlišnou pracovní náplní, tak aby zajistila chod zařízení a proplacení vykonané práce. Návrh umožňuje zdravotnickým zařízením a jiným zaměstnavatelům s vysokým počtem přesčasových hodin ujednat práci přesčas v rozsahu 150 hodin za horších platových podmínek.

S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti mám za to, že některá ustanovení zákoníku práce jsou buď velmi snadno zneužitelná zaměstnavatelem, anebo vnáší do pracovněprávních vztahů nejistotu a ponechávají zodpovězení sporných otázek soudům. Vzhledem k nepříznivé hospodářské situaci se domnívám, že nejednoznačná regulace může negativně ovlivnit velké množství pracovněprávních vztahů.

⁷ Návrh novely zákoníku práce § 20: „Soud přihlédne i bez návrhu k neplatnosti právního úkonu, který zjevně odporuje dobrým mravům nebo který odporuje zákonu nebo jej obchází a zjevně narušuje veřejný pořádek.“

⁸ Návrh novely zákoníku práce § 36 odst. 1: „Je-li sjednána zkušební doba, nesmí být delší než a) 6 měsíců po sobě jdoucích ode dne vzniku pracovního poměru (§ 36 odst. 1) u vedoucího zaměstnance nebo u klíčového zaměstnance, b) 4 měsíce po sobě jdoucích ode dne vzniku pracovního poměru u ostatního zaměstnance.“

V případě subsidiární aplikace občanského zákoníku bych doporučil taxativně vyloučit některé instituty občanského zákoníku, případně bych je podrobněji upravil zákoníkem práce. U pracovní mzdy sjednané již s přihlédnutím k případné práci přesčas, bych zavedl povinnost odděleně specifikovat základní odměnu a odměnu za přesčasové hodiny. Institut odstoupení od smlouvy pokládám za nadbytečný, výpověď zcela postačuje. V současnosti v praxi dochází k opakovanému užití zkušební pracovní doby a navrhovaná úprava tento stav prohlubuje. Šestiměsíční výpovědní dobu bych vymezil minimální částkou mzdy.

Insolvenční zákon

Řešení úpadku je s ohledem na probíhající hospodářskou krizi aktuální otázkou. Návrh novely insolvenčního zákona je v současnosti projednáván senátem.⁹

Návrhu novely umožňuje zjednodušeně řečeno bance, která poskytne podnikateli v úpadku úvěr, přednostní právo při uspokojení z majetku dlužníka před většinou ostatních věřitelů, a to dokonce z majetku na němž vázne zástava.¹⁰ Tento institut velmi zvýhodňuje banku, která poskytne podnikateli úvěr v úpadku. S přihlédnutím k povaze institutu se domnívám, že úvěr bude přicházet v úvahu zejména v případech, kdy nebude zřejmé, zda podnikateli na hraně životaschopnosti úvěr pomůže či nikoli. Nabízí se zde možnost dohodnutého pokusu správce konkursní podstaty, úpadce, některých věřitelů a banky, o smluvené úvěrování podnikatele. Konečnou rozhodnutí za poskytnutí úvěru bude náležet soudu. V případě, že by tato možnost byla často využívána, banky se mohou zdráhat úvěrovat podnikatele před úpadkem v obavě, že k zajištění, které jim podnikatel poskytne, bude mít přednostní právo banka, která poskytne úvěr později.

Podle návrhu právní úpravy započtení vzájemných pohledávek dlužníka a věřitele není po dobu trvání moratoria přípustné, ledaže insolvenční soud určí jinak předběžným opatřením. Výše uvedené ustanovení ještě více rozšiřuje ochranou funkci moratoria.¹¹ Moratorium podléhá souhlasu věřitelů s nadpoloviční většinou pohledávek a lze jej podat na soud, i když není podán insolvenční návrh. V případě, že je moratorium vyhlášeno, umožňuje po dobu až třech měsíců hradit platit pohledávky v pořadí dle uvážení, zabraňuje věřitelům odstoupit od smluv a představuje účinnou obranu proti exekuci. Předpokladem zneužití by bylo vytvoření fiktivních pohledávek vysoké hodnoty, dohodu s věřiteli a pokus o vyhlášení moratoria s úmyslem uspokojení vysokých dohodnutých pohledávek. Takovou možnost zákon předpokládá a sankcionuje, přesto se domnívám, že je nutno brát neúčinnost moratoria v potaz.

⁹ Sněmovní tisk 770/0, část č. 1/2 Novela z. o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční z.) [online]. 2009 [cit. 2009-05-31]. Dostupný z WWW: <<http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=5&CT=770&CT1=0>>.

¹⁰ Návrh novely insolvenčního zákona § 41: „Pohledávka věřitele z úvěrového financování se v rozsahu, v němž nebyla v insolvenčním řízení uspokojena jako pohledávka za majetkovou podstatou.“

¹¹ Viz. insolvenční zákon § 115 a násl.

Stávající úprava umožňuje jednomu věřiteli postupem části pohledávky vytvořit věřitele nového a po 6 měsících zahájit insolvenční řízení.¹² Věřitel může postup pohledávky jednoduše antidatovat.

Věřitel může podat oprávněný návrh na zahájení insolvenčního řízení záměrně stížený drobnou formální vadou a dožadovat se u dlužníka zaplacení pohledávky pod pohrůžkou, že vadu odstraní. Zákon sice na toto zneužití pamatuje, ale dlužník bude muset prokázat výši škody, která mu jednáním věřitele vznikla, což bude neobyčejně obtížné.¹³

Myslím si, že stávající i navrhovaná úprava obsahuje mnoho příležitosti pro „tunelování.“ Míra neúčinnosti příliš závisí na kvalitách insolvenčních soudců a správců a zákon by měl obsahovat více obranných mechanismů.

Práva minoritních akcionářů vs. Česká republika

Dne 21.4.2009 vláda veřejně deklarovala záměr vyplatit veškerý zisk společnosti ČEZ za rok 2008 jako dividendy. Česká republika by tak získala do státního rozpočtu přibližně dvě třetiny zisku společnosti za loňský rok. Myslím si, že výše uvedené jednání vlády je krajně nezodpovědné. Obchodní zákoník umožňuje menšinovým akcionářům účinně bránit svoje práva, např. žalobou na neplatnost usnesení valné hromady spojenou s návrhem na předběžné opatření na zablokování zisku do rozhodnutí soudu.¹⁴ Vláda svým prohlášením fakticky dala signál minoritním akcionářům, aby připravili obstrukce pro valnou hromadu, případně svoje akcie prodali spekulantům, kteří by se soudně mohli domáhat neplatnosti usnesení valné hromady s vyhlídkou na mimosoudní vyrovnání. Tento postup by Česká republika jako majoritní akcionář mohla uplatnit i u dalších společností, ve kterých je většinovým akcionářem. Ve svém důsledku by takové kroky mohly vést k zablokování podstatného zisku společností a ohrozit důvěru investorů.

Závěr

Připravovaná novela zákoníku práce je problematická v mnoha ohledech. V období hospodářské prosperity by nejasnosti brzy odstranila soudní praxe, novelizace, příp. ústavní soud. Právní úprava samotná není zneužitelná sama o sobě. Poskytuje však účastníkům pracovněprávních vztahů velkou volnost a nejednoznačnost v době, kdy zaměstnavatelé a zaměstnanci bojují o přežití.

¹² § 143 insolvenčního zákona: „Insolvenční návrh podaný věřitelem insolvenční soud zamítne, jestliže nebylo osvědčeno, že insolvenční navrhovatel a alespoň jedna další osoba má proti dlužníku splatnou pohledávku. Za další osobu se nepovažuje osoba, na kterou byla převedena některá z pohledávek insolvenčního navrhovatele proti dlužníku nebo její část v době 6 měsíců před podáním insolvenčního návrhu nebo po zahájení insolvenčního řízení.“

¹³ Viz. insolvenční zákon § 147 a násl: „Jestliže řízení o insolvenčním návrhu věřitele bylo zastaveno nebo insolvenční návrh byl odmítnut vinou insolvenčního navrhovatele, má dlužník nebo jiný dlužníkův věřitel proti insolvenčnímu navrhovateli právo na náhradu škody nebo jiné újmy, která mu vznikla zahájením insolvenčního řízení a opatřeními přijatými v jeho průběhu.“

¹⁴ Viz. SOKOL, Tomáš. Porcování elektrického medvěda. [Http://blog.aktualne.cz/blogy/tomas-sokol.php](http://blog.aktualne.cz/blogy/tomas-sokol.php) [online]. 2009 [cit. 2009-05-12].

Insolvenční zákon a jeho novelizace klade vysoké nároky na insolvenční soudce a insolvenční správce. Právní úprava obsahuje obranné mechanismy proti zneužití. S ohledem na složitost posuzovaných otázek v této oblasti bude často velmi obtížné určit, kdy se jedná o zneužití a kdy o oprávněné uplatňování práv.

Literature:

- Stimulus package only beginning of efforts to save economy: Obama . BUSSINESS [online]. 2009 [cit. 2009-03-12].
- Stanovisko Českomoravské konfederace odborových svazů k návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění zákona č. 585/2006 Sb., a některé další souvisejí zákony [online]. 27.4.2009. 2009 [cit. 2009-04-28]. Dostupný z WWW: <http://www.cmkos.cz/data/articles/down_1478.pdf>.
- SOKOL, Tomáš. Porcování elektrického medvěda. [Http://blog.aktualne.cz/blogy/tomas-sokol.php](http://blog.aktualne.cz/blogy/tomas-sokol.php) [online]. 2009 [cit. 2009-05-12].

Reviewer:

Milan Galvas

Contact – email:

frantisekprava@seznam.cz

SYSTEM OF THE PREFERENTIAL AGREEMENTS AMONG THE EUROPEAN UNION AND THE MEDITERRANEAN COUNTRIES

PARDAVI LÁSZLÓ

Széchenyi István Egyetem, Deák Ferenc Állam és Jogtudományi Kar, Győr, Hungary

Abstract in original language:

Rövid dolgozatomban bemutatom az Európai Unió és a mediterrán országok közötti preferenciális megállapodások első (1973-1978) és második generációját (1994-2001). Ezek lényeges elemeit összevetem a WTO szabályokkal, majd a GATT/WTO Doha Fordulóra tekintettel ismertetem az ezen megállapodások körében mutatkozó új tendenciákat, kitérve az érintett országok egymás közötti jelentősebb megállapodásaira is. Melyek – összefüggésben a krízissel és újfajta protekcionizmust megvalósítva – igazolják azon megállapításomat, hogy a multilaterális megállapodások helyét, a bilaterális egyezmények veszik át.

Key words in original language:

Preferenciális megállapodások, regionális megállapodások, Európai Unió, mediterrán térség, a GATT-WTO, társulási szerződés, az Euro-Mediterrán Partnerség, vámunió, a GATT XXIV. cikkelye, szabadkereskedelmi megállapodások, vitarendezési mechanizmusok.

Abstract:

In my brief paper I present the first (1973-1978) and second generation (1994-2001) of the agreements among the European Union and the Mediterranean Countries. I compare the essential elements of them with the WTO rules, then I review the new tendencies appearing in the cycle of these agreements, in consideration of the GATT/WTO Doha Round, adverting to the agreements of greater significance of the concerned countries as well. These tendencies – bearing a relation to the crisis and following out a novel protectionism – confirm my statement that the bilateral agreements take over the place of multilateral ones.

Key words:

Preferential agreements, regional agreements, European Union, Mediterranean area, the GATT-WTO, Association Agreements, The Euro-Mediterranean Partnership, customs union, the Article XXIV GATT, free-trade agreements, the dispute settlement mechanisms.

The Mediterranean area is an important partner of the European Union because of the a thousand-year-old historical, economical, cultural traditions and the geographical closeness as well.¹ The states constituting this area have strengthened their relations with the Union in different rate and manner; Italy as a founder, Spain, Portugal, Greece, Cyprus and Malta as members participate in the Union.

The Treaty of Rome, Establishing the European Community has already touched this area in its effect and regulation, since it shall be applied to Algeria as a French overseas department

¹ On Mediterranean countries I mean Albania, Algeria, Bosnia and Herzegovina, Croatia, Egypt, Israel, Jordan, Lebanon, Libya, Mauritania, Monaco, Montenegro, Morocco, the Occupied Palestinian Territories, Syria, Tunisia and Turkey in my paper.

as well (Article 227). One of the Rome Declarations affixed to the Treaty offered the possibility of associating to Libya, however it has not happened.

Two levels of relations not involving membership but possibly leading to it can be differentiated on the grounds of the Treaty: tariff and trade agreements Article 133 (ex Article 113), and association agreement Article 310 (ex Article 238).

The first generation of agreements:

The Union entered into an Association Agreement with Greece in 1962, with Turkey in 1963, with Malta in 1970 and with Cyprus in 1972. Portugal signed a free trade agreement as a member of EFTA, and Spain had no institutional relations with Western European organizations until it joined to the Union.²

The common element in these agreements –which is also important in respect of the aim of my paper–, is that these first agreements have not realized customs union yet, but only prescribed reductions and the abolishment of tariffs for longer or shorter periods. However, these can also be regarded as (tariff) preference agreements according to classical regional theories³. On the other hand, these agreements contain the possibility of forming associations later. In general, the creation of the customs union is set as a direct aim, and the schedule needed to achieve this purpose was included in the individual agreements.⁴ As an example we can mention the case of Turkey, where the customs union has de facto come into existence in 1995 as a consequence of the agreement signed in Ankara in 1963.

The multilateral agreement envisioned by the Global Mediterranean Policy declared in 1972 did not come into effect, the states rejected it in 1973. Further agreements called bilateral 'association agreements' were contracted with the Maghreb⁵ countries (more favorable conditions with) and the Mashrek⁶ countries between 1973 and 1978. Due to political reasons there was only a symmetrical free trade agreement signed with Israel in 1975.

Second generation: The Euro-Mediterranean Partnership

The Euro-Mediterranean Partnership was developed based on the declaration and the work program adopted from the Barcelona Ministerial Conference, attended by the then 15 EU Member States, and the 12 Mediterranean partners (Algeria, Cyprus, Egypt, Israel, Jordan, Lebanon, Malta, Morocco, the Palestinian Authority, Syria, Tunisia and Turkey). The involved states entered into an agreement regarding political and economical cooperation, and

² Ernő, Várnay-Mónika Papp: *Az Európai Unió joga*. Budapest: Complex 2006. 53. p.

³ Viner, Jacob: *The Customs Union Issue*. New York: Carnegie Endowment for International Peace, 1950. 41-81 p.

⁴ Tamás Szigetvári: *Euro-Mediterrán Partnerség* Budapest 2002. PhD. dissertation 65 p. http://www.lib.uni-corvinus.hu/phd/szigetvari_tamas.pdf

⁵ Algeria, Morocco, Tunisia

⁶ Jordan, Syria, Egypt, Lebanon

within that framework they established individual, free trade agreements as well. (Tunisia: 1998, Israel: 2000, Jordan: 2002, Egypt: 2001, etc).

Following the launch of the process in Barcelona, there have been more Euro-Mediterranean Conferences of Foreign Affairs Ministers organized at various intervals. A conference that was held in Barcelona on November 27 and 28, 2005 declared the reaffirmation of a free-trade area by 2010. To achieve this goal they developed the following plans: a) conclude free-trade agreements between the Mediterranean countries, b) insert the PanMediterranean Protocol in the cumulation of origin to promote intra- and interregional integration.

Within the framework of bilateral cooperation with the Mediterranean countries the Euro-Mediterranean agreements were signed one after one⁷. These introduce relations based on reciprocity, partnership and the respect for democratic principles and human rights, and – like other agreements concluded earlier with countries in the region – provide for among others: regular political dialogue, the gradual establishment of a free-trade area, the enhancement of economic cooperation, and financial cooperation.⁸

As a launching further of the Euro-Mediterranean Partnership and for the implementation of the European Neighbourhood Policy the establishing of the Union for the Mediterranean was decided on 13 July 2008, which will have 16 partner members besides the now included 27 member states of the European Union.

The cooperation according to the Joint Declaration of the Paris Summit does not touch upon the tariff preferences, consequently the agreements signed before remain in effect, but their cycle is completed with the ones contracted with Albania (2009), Bosnia-Herzegovina (2008), Croatia (2009), Montenegro (2009). The cooperation with Mauritania goes on in the ACP system and the relations with Libya are being built even at the present time.

The principle, that the concerned countries are entitled to make preferential agreements also with each other as well, also belongs to these agreements. Consequently we have to mention the Arab Common Market (ACM 1964. Egypt, Israel, Jordan, Lybia, Mauritania. Syria, Jemen), the Cooperation Council for the Arab States of the Gulf (GCC or CCASG), which is a customs union from 2007 (1981 Bahrain, Kuwait, Oman, Qatar, Saudi Arabia and the United Arab Emirates), the Greater Arab Free Trade Area Agreement (GAFTA 2005 with 18 Arab League members), and the Union of The Arab Maghreb (UMA 1989 Algeria, Lybia, Mauritania, Tunisia, Morocco) as well. The Agadir Agreement for the Establishment of a Free Trade Zone between the Arabic Mediterranean Nations was signed in Rabat, Morocco on 25 February 2004. The agreement aimed at establishing a free trade area between Jordan,

⁷ EC-Tunisia Euro-Mediterranean Association Agreement, signed 17 July 1995, in force 1 March 1998

EC-Israel Euro-Mediterranean Association Agreement, signed 20 November 1995, in force 1 June 2000

EC-Morocco Euro-Mediterranean Association Agreement, signed 26 February 1996, in force 1 March 2000

EC-Jordan Euro-Mediterranean Association Agreement, signed 24 November 1997, in force 1 May 2002

EC-Egypt Euro-Mediterranean Association Agreement, signed 25 June 2001, in force 1 January 2004

⁸ <http://europa.eu/generalreport/en/2005/rg97.htm> (visited 13 May 2009)

Tunisia, Egypt and Morocco and it was seen as a possible first step in the establishment of the Euro-Mediterranean free trade area as envisaged in the Barcelona Process.

Mediterranean agreements listed up to this point - although being varied in the respect of their origin - have one feature in common: they are all free trade like agreements (already realizing free trade or resulting in it), within the meaning of Article XXIV. GATT as well.

In the system of the GATT-WTO the agreements including free-trade areas, customs unions and other preferencies are often commonly called – as a contrast to the global GATT agreement – regional (commercial) agreements. These can deal with – besides the trade of goods – the trade of services, applying already the rules of the GATS.

It was typical of the early regional agreements in general that they were made in bilateral or multilateral relations between neighboring states or between ones which are at least in regional closeness with each other (agreements made in the framework of the Euro-Mediterranean Partnership are examples for this). However - as a new tendency – ulterior states or regional agreements establish preferential relationships with each other (e.g.: EU-MERCOSUR), as it were enmeshing the world as a net. But for the members of the GATT the Article XXIV and the Understanding On The Interpretation of Article XXIV also must be applied. Even though Paragraph 4 of the Article XXIV GATT 9 itself does not contain any explicit legal commitments, it has special significance for the member states since it shows an obligatory line of bearing which all member has to act upon.

However, the free-trade agreements of the EU go well beyond the requirements of the Article XXIV GATT, since they often include principles concerning the trade of services and/or envisage common disciplines in a number of regulatory areas (standards, procurements, competition policy, investments, etc.).¹⁰

Besides, EU is the only customs union which in its own right is the member of the WTO¹¹, furthermore its members are also the founders of the WTO, thus that strange situation would occur that the EU and its members do not stand for the same interests in the WTO. The number 1/94 opinion of Court of Justice of the European Communities has helped to solve the problem thereby in this case the Communities and its member states have a shared cognizance

⁹ 4. The contracting parties recognize the desirability of increasing freedom of trade by the development, through voluntary agreements, of closer integration between the economies of the countries parties to such agreements. They also recognize that the purpose of a customs union or of a free-trade area should be to facilitate trade between the constituent territories and not to raise barriers to the trade of other contracting parties with such territories.

5. Accordingly, the provisions of this Agreement shall not prevent, as between the territories

¹⁰ Ignacio Garcia Bercero: *Dispute Settlement in European Union Free Trade Agreements: Lesson Learned?* in *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System* edited by Lorand Bartels and Frederico Ortino. Oxford. Oxford University Press 2006. p. 384

¹¹ Art XI WTO Agreement

for making WTO agreements by this opinion. However it comes true that the European Commission discusses and makes agreements, the member states rarely have real function.¹²

Henceforth I will review the agreements made in the framework of the Euro-Mediterranean Partnership in respect of the law of WTO.

In the free trade agreements the reductions of tariffs and the rules of origin between the partners do not conflict with the regulations of Paragraph 5 (b) of the Article XXIV GATT, that is the duties and other regulations of commerce existing in all constituent territories of the free-trade area shall not be higher or more restrictive to the trade of contracting parties not included in such area or not parties to such agreement than the corresponding duties and other regulations of commerce existing in the same constituent territories prior to the formation of the free-trade area, or interim agreement as the case may be.

However it seems that in respect of the dispute settlement mechanisms we can not speak about the total consonance of the rules of the EU and those of the WTO. Thus the CEFTA and EFTA agreements have not mentioned yet the dispute settlement mechanism of GATT/WTO (GATT 1994. ANNEX 2: Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes), but they only regulate the information change and consultation between the signatories with the contribution of a commission formed by the members.¹³

A solution like this occurs in the joint agreements of Hungary, Poland, Cyprus, Malta and their states, with the difference that here the governments of the member states held their consultations in the Joint Council (Europe Agreement Art. 107) established by the Council and the Committee of European Union, however also not mentioning the Settlement of Disputes of the GATT/WTO.

The mechanism of GATT/WTO is not applied in the agreements made with Mediterranean countries as well. Instead of this – like the European Agreement – the Joint Council is the organization for dispute settlement, which, however in contrast to what is included in the European Agreement – can make decisions with legal binding effect.¹⁴

¹² EEckhout Piet: The EU and its Member States in the WTO – Issues of Responsibility. In Regional Trade Agreements and the WTO Legal System edited by Lorand Bartels and Frederico Ortino. Oxford. Oxford University Press 2006. p. 450

¹³ CEFTA Agreement: *Article 34* The Joint Committee

1. The Parties agree to set up the Joint Committee composed of representatives of the Parties.
2. The implementation of this Agreement shall be supervised and administered by the Joint Committee.
3. For the purpose of the proper implementation of the Agreement, the Parties shall exchange information and, at the request of any Party, shall hold consultations within the Joint Committee. The Committee shall keep under review the possibility of further removal of the obstacles to trade between the Parties.
4. The Joint Committee may take decisions in the cases provided for in this Agreement. On other matters the Committee may make recommendations.

¹⁴ in Article 79

This latter model has occurred too already in the negotiations going on with the the GCC and Syria, showing a gradual approach to the regulations of the WTO.¹⁵

The question is to be raised: how does the WTO relate to the increasing number of free-trade agreements (more than 400) and to the free-trade agreements partly contradictory with the WTO regulations? The answer can be only theoretical till the closure of the Doha Round. It seems that the WTO temporarily does bear these deviations, but it inspires its members to avoid manifest conflicts while making their regional agreements, respectively to carry out adequate modifications in their extant agreements for the sake of the cause.

The establishing and integration of the Mediterranean Union is significantly influenced by the the world economic events as well besides the politics and agreements of the Union. So do the problems of the Doha Round of the WTO and the crisis.

After the Uruguay Round the members of the organization decided about the starting of a new Round on the Fourth Ministerial Conference of the WTO held in Doha on 9-14 November 2001. Among the themes of the negotiations is also the thinking over of the regulations concerning the regional trade agreements in the point 29.16 These in Round substantially concern the regulations included in Article XXIV GATT/WTO. On the World Economic Forum held in 2004 in Davos the idea has been yet that the states modify the matter of Article XXIV in a short time. The speech of Supachai Panitchapakti WTO ex Director-General also alluded to this, calling upon the members to suspend their negotiations concerning the new regional trade agreements till the Doha Round succesfully comes to an end.¹⁷ The ex

1. The Association Council shall consist of the members of the Council of the European Union and members of the Commission of the European Communities, on the one hand, and of members of the Government of the Kingdom of

Morocco, on the other.

2. Members of the Association Council may arrange to be represented, in accordance with the provisions laid down in its Rules of Procedure.

3. The Association Council shall establish its Rules of Procedure.

Article 80

The Association Council shall, for the purpose of attaining the objectives of this Agreement, have the power to take decisions in the cases provided for therein.

The decisions taken shall be binding on the Parties, which shall take the measures necessary to implement the decisions taken. The Association Council may also make appropriate recommendations. It shall draw up its decisions and recommendations by agreement between the two Parties.

¹⁵ Ignacio Garcia Bercero: *Dispute Settlement in European Union Free Trade Agreements: Lesson Learned? in Regional Trade Agreements and the WTO Legal System* edited by Lorand Bartels and Frederico Ortino. Oxford. Oxford University Press 2006. p. 404

¹⁶ „29. We also agree to negotiations aimed at clarifying and improving disciplines and procedures under the existing WTO provisions applying to regional trade agreements. The negotiations shall take into account the developmental aspects of regional trade agreements.” http://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/dohaexplained_e.htm (visited 14 May 2009)

¹⁷ Christian Pitschas: *Freihandelszonen aus der Sicht des WTO-Rechts* in: Ehlers/Wolfgang/Lechleitner (Hrsg.): *Rechtsfragen des Zolls in globalen Märkten*. Frankfurt am Main: Verlag Recht und Wirtschaft 2005. p. 118

Director-General of the WTO considered the regional trade agreements a dangerous institution for the world trade and the world economy as well, as these agreements undermine free trade in his opinion.¹⁸ Since then we know that the Doha Round is certainly not at its successful ending for the present and a deep world economic crisis has also developed. It seems that the even the WTO members did not take the call of the Director-General seriously, since their economic interests have the immediate steps in their favor. Thus the European Community in the meantime – as we have seen above – made newer bilateral agreements not only with the Mediterranean countries, and started negotiations with the MERCOSUR states, moreover, with Moldavia, Georgia, Armenia, Ukraine, Belorussia and Azerbaijan as well in the framework of its European Neighborhood Policy.

The serial inefficiency of the negotiations of the Doha Round and the multiplying bilateral agreements seem to prove the permeation of protectionism, which otherwise is a tendency in world crises. This tendency is also intensified by the race for raw materials, for energy, these together jeopardize thus the globalization itself, the free trade and its institutions.¹⁹ Towards the obviating of this danger the most important partners of the world trade, the European Union, USA, Japan, China, India, Brazil can take important steps.

Hence in 2009 also in Davos the trade ministers of more member states of the World Trade Organization (WTO) have identified themselves with the explicit and regulated international trade norms, which is the basic condition of economic growth, of creating new places of work. Accordingly all WTO members were called upon to keep from launching new restrictive measures in the international trade, as that would only deepen the today crisis.

However the European Union – although it accepted the abolition of agrarian subventions – does not give up its policy aiming at bilateral agreements; the Joint Declaration of the Prague Eastern Partnership Summit signed in Prague on 7 May 2009 serves as a fresh proof for this, in the 1-4 points of which the emphasis is on the establishing and deepening of bilateral relations, as it were giving a dismissive answer to the Davos requests.

Summary

Accordingly I can not write else as the closure of my contribution than the study of the Mediterranean and other regional agreements also leads to the problems that the world economy is getting to grips with. Although these agreements as legal means are not the causes of the world economic crisis, however their existence and permeation set back and slow down the early lapse of the crisis. Hence, if the states see one of the egresses from the crisis in the

¹⁸ Supachai Panitchapakti „There is a bigger danger. By treating some countries preferentially, bilateral and regional deals exclude others — fragmenting global trade and distorting the world economy. Instead of liberalizing trade — and widening growth — they carve it up. Worse, they have a domino effect: bilateral deals inevitably beget more bilateral deals, as countries left outside are forced to seek their own preferential arrangements, or risk further marginalization. This is precisely what we see happening today. There are already over two hundred bilateral and regional agreements in existence, and each month we hear of a new or expanded deal. There is a basic contradiction in the assumption that bilateral approaches serve to strengthen the multilateral, rules-based system. Even when intended to spur free trade, they can ultimately risk undermining it.” http://www.wto.org/english/news_e/spsp_e/spsp22_e.htm Speech on the 26 February 26-i in the National Press Club — Washington D.C. (visited 14 May 2009)

¹⁹ Marján Attila: Európa sorsa. Az öreg hölgy és a bika. Budapest: HVG Kiadó Zrt., Budapest, 2009 p. 93

liberalisation of the world trade, it will be necessary then to think over and reevaluate the regional agreements, in the process of which a global instrument, perhaps the Doha Round or something other (which does not need 5-8 years) can give assistance to us.

Literature:

- Ehlers/Wolffgang/Lechleitner (Hrsg.): Rechtsfragen des Zolls in globalen Märkten. Frankfurt am Main: Verlag Recht und Wirtschaft 2005
- Helmuth Berndt: Die Präferenzabkommen der EU mit der MEDA-Zone in: Ehlers/Wolffgang/Lechleitner (Hrsg): Rechtsfragen des Zolls in globalen Märkten, Frankfurt am Main, 2005, Verlag Rechts und Wirtschaft
- Huszár Ernő: Nemzetközi kereskedelempolitika. Budapest, Aula, 1994
- Jacob Viner: The Customs Union Issue. New York: Carnegie Endowment for International Peace, 1950
- Marján Attila: Európa sorsa. Az öreg hölgy és a bika. Budapest: HVG Kiadó Zrt., Budapest, 2009
- Pardavi László: Vám és biztosítás 2002, Budapest Ligatura 2002
- Regional Trade Agreements and the WTO Legal System edited by Lorand Bartels and Frederico Ortino. Oxford. Oxford University Press 2006
- Várnay Ernő-Mónika Papp: Az Európai Unió joga. Budapest: Complex 2006
- Witte-Wolffgang: Lehrbuch des Europäischen Zollrechts, Herne/Berlin Verlag Neue Wirtschafts-Briefe 2003

Reviewer:

Marján Attila

Contact – email:

pardavi-laszlo@t-online.hu

THE ECONOMIC AND FINANCIAL CRISIS AND TRADE-RELATED DEVELOPMENT UNDER THE WTO UMBRELLA

KATERINA ŘÍHOVÁ

Law Faculty, Masaryk University, Czech Republic

Abstract in original language:

Ekonomická a finanční krize-dvě slova, která otřásají současnou politickou scénou po celém světě a která zaplňují první strany předních novin a časopisů. V této souvislosti jsme se stali svědky nejhlubšího ekonomického propadu od druhé světové války. Příčina současné ekonomické a finanční krize byla v minulosti již mnohokrát rozebírána. Mnohem důležitější je však analyzovat její následky a dopad na chování členů WTO jako světových obchodních hráčů.

Key words in original language:

Ekonomická a finanční krize, Světová obchodní organizace, ekonomický propad, ochranářské prostředky, Doha Round, summit G20, globalizace, pokles globálního obchodu, vývoj spojený s mezinárodním obchodem, následky spojené s mezinárodním obchodem

Abstract:

Economic and financial crisis-two words which are shaking with current political situation all over the world and which are filling up the front pages of major newspapers and magazines. We have been witness to the deepest global economic downturn since World War II. The reason of current economic and financial crisis has been the subject of discussion already for some time, but what is nowadays unambiguously more important are its consequences and impact on behavior of WTO Members as world trade players

Key words:

Economic and Financial Crisis, World Trade Organization, Economic Downturn, Protectionist Measures, Doha Round, Summit G20, Globalization, the Fall of Global Trade, Trade-Related Development, Trade Connected Consequences

1. INTRODUCTION

Economic and financial crisis—two words which are shaking with current political situation all over the world and which are filling the front pages of major newspapers and magazines. We have been witness to the deepest global economic downturn since World War II. Maybe the most poignant reason of the crisis can be found in the text of R.V.Kanoria. According to this author the crisis is the result of greed and indiscriminate lending by financial institutions and absence of prudent financial regulation, combined with a „herd instinct“¹. The reason of current economic and financial crisis has been the subject of discussion already for some time, but what is nowadays indisputably more important are its consequences and impact on behaviour of WTO Members as world trade players. The Doha Round is famous for its inability to be successfully finished in already so many artificial deadlines because of the

¹ Kanoria, R.V. Protectionism and the crisis, in What world leaders must do to halt the spread of protectionism, edited by Richard Baldwin and Simon Evenett, Geneva: The Graduate Institute, 2008, p. 19.

WTO Members lack of political will to find compromises and collective way. It was launched as an act of post 9/11 international solidarity with many open question marks.

Regarding the crisis, the behaviour of WTO Members is truly reverse. As a common answer to the current situation, trade barriers around the world are going up.

2. THE TRADE RELATED DEVELOPMENT

In spite of the assurance of G20 Members during the Washington summit last November and London summit meeting last month to protect free trade, 47 protective measures were adopted by 17 of G20 members since the Washington summit². The form of used trade-distorting measures varies from tariff increases, more strict import standards, bans, restrictive import licensing, anti-dumping actions, discriminatory government procurement, undervalued exchange rates, environmentally motivated trade restrictions, to subsidies and so called famous “stimulus packages” as state aid. Using some of these measures doesn’t have to breach current obligations of WTO Members. In fact, the wide spectrum of new protectionist measures share according some experts two common features – they are WTO-legal and largely unaddressed by the ongoing Doha Round.³ The risk exists as long as there continues to be significant scope for WTO Members to increase their applied levels of tariffs and trade-distorting subsidies without breaching their bound rates or other relevant WTO disciplines.

Some experts already proposed the launch of so called “Crisis Round”, which would aim to hold the line on protectionism and would be completed in 12 months⁴. Some countries have also proposed a „standstill“ principle, encouraging other not to increase protectionism. As a way of example Members can legally raise applied tariffs up to the bound levels or use safeguards or antidumping measures. The French bailouts or US „Buy American“ clause in the US stimulus package have been seen by many experts on the thin edge of protectionist wedge. South Africa has not indicated any obvious protectionist measures, but it would encourage „buy local“ system of governments procurement as a part of the response plan. On the other hand, some of the countries take advantage from the globalization and interdependency. They refuse to impose protectionist measures, because it would raise their own prices and it could cause other undesirable side effects.

The WTO has forecasted that global trade will fall of by 9 % in the year 2009, which is one of the steepest drop in the history of past 80 years of international trade⁵. The fall of the world trade is partly due to globalisation. Products now contain parts from all over the world. Similar prediction can be applied also to FDI. The year 2008 clearly marked the end of a growth cycle in international investment that started in 2004⁶. The financial and economic crisis is the well-timed period for various open trade unfriendly lobbyists and other

² http://www.nytimes.com/2009/03/23/world/23trade.html?_r=1&emc=eta1

³ <http://www.voxeu.org/index.php?q=node/3367>

⁴ <http://www.voxeu.org/index.php?q=node/3367>

⁵ http://www.economist.com/displaystory.cfm?story_id=13362879

⁶ Assessing the Impact of the Current Financial and Economic Crisis on Global FDI Flows, Geneva: UNCTAD, 2009, p. vii.

economically insecure populations which will put pressure on the world leaders. The surge of protectionism could even more hinder the Doha Round negotiations. The decrease in economic activity has already created new macroeconomic sources of protectionist pressure. Many protectionists measures can be hidden behind the climate debate and take green face. The G20 agreed to refrain from raising new barriers to investment or to trade in goods and services regardless of whether the measures complied with trade laws. Let's hope that WTO will somehow keep the situations under control and Members will not move to the trade wars which could ruin more than 60 years of trade liberalizing efforts. The situation is constantly monitored by the Trade Policy Review Body which undertook a regular review of developments in the international trading environment which are having an impact on the multilateral trading system.

In January 2009 has the DG Pascal Lamy issued first important report about the financial and economic crisis and trade-related developments. This report provided WTO Members with background information on trade-related developments that have occurred since the third-quarter of 2008 as a result of, or in the context of, the financial crisis and its impact on the global economy. In this report is emphasized the importance of keeping open markets and not to solve the burdensome situation by imposing trade-restrictive measures. According to this report most WTO Members appeared to have successfully kept domestic protectionist measures under control and evidence of increases in tariffs and non-tariff barriers, or increased resort to trade-remedy actions, has been rather limited. The most significant actions taken by OECD countries in response to the financial and economic crisis have mostly involved financial support to banks, other financial institutions and certain industries, notably automobile industry. However in the latest report issued in March 2009, the DG Pascal Lamy addressed the issue, that many WTO Members were facing increased pressure to take protectionist actions and the pressure was not kept under the control anymore. Since January 2009 the increase in tariffs and non-tariff barriers was significant.

India raised tariffs on some steel products and issued notifications restricting imports of some steel products in November 2008. Mercosur members agreed to raise their common external tariff by 5 percentage points in average on a number of specific items as wine, peaches, dairy products, textiles, leather and wood furniture. Ecuador raised its tariffs on 940 products by between 5 and 20 percentage points. Only five ports and certain international airports are to serve as entry points for certain imports in Indonesia since December 2008. Argentina has recently imposed non-automatic licensing requirements on products considered as sensitive. The Republic of Korea raised tariffs on imports of crude oil. The EC re-introduced export subsidies for butter, cheese and whole and skim milk powder from January 2009. Russia adopted measures to support domestic car manufactures including state subsidies and it raised duties on cars and trucks. China has banned imports of Irish pork and Italian brandy. Apart of above mentioned, many other measures were performed.

However this development is nothing new. Similar sudden increase in protectionist pressures was recorded many times in the history. One of the most famous cases is Smoot-Hawley Bill from 1930 or period after 1974/1975 recession⁷.

⁷ Blackhurst, R., Marian, N., Tumlrir, J. Trade Liberalization, Protectionism and Interdependence: GATT Studies in International Trade, Geneve: GATT, 1977, p. 44.

3. CONCLUSION

The financial and economic crisis occurred already at a time when economic growth was already showing signs of slowing down in the main OECD countries. Thus, instead of moderate slowdown a sharp decline in the rate of growth and recession in many OECD countries appeared. Credit to consumers and business sector was restricted. As a consequence, this spread quickly to emerging market economies and other developing countries in form of export demand fall. The export opportunities for developing countries have rapidly diminished. Instead of maintaining the trade openness and strengthening the economies of scale, protectionist measures appeared. As a common answer to the current financial and economic crisis, trade barriers around the world are going up. In spite of the assurance of G20 Members during the Washington summit last November and London summit meeting last month to protect free trade, 47 protective measures were adopted by 17 of G20 members since the Washington summit. As the financial and economic crisis has spread all over the world, governments have started to provide significant bailout programmes for troubled banks, financial institutions and certain industries together with other monetary and fiscal policy initiatives. Many WTO Members were facing increased pressure to take protectionist actions. In January 2009, most WTO Members appeared to have successfully kept these pressures under the control however since then the increase in evidence tariffs and non-tariff barriers was significant.

The World Trade Organization continues to monitor whether its Members are slipping into protectionism as a part of their response to the economic and financial crisis. The temptation is big. Since January 2009 several reports concerning WTO Members behaviour and various measures have been issued. These reports are actually surveys of the policies which WTO Members have adopted, whether in the context of their fiscal stimulus packages, or independently.

The WTO Members should not respond to the current crisis by raising the protectionist measures. To maintain an open international trading system the rights solution is to expand the economics of scale is the rights solution for that difficult situation. Some protectionist measures can be beneficial for the particular country in short run, however by its behaviour all the trading partners will be harmed and this harm will spread as a domino effect. The surge of protectionism could also even more decelerate the Doha Round negotiations. As already Pascal Lamy emphasized, the adoption of protectionist measures would only make the situation worse. It would also diminish prospects for an early recovery in activity and provoke retaliatory action by other that would compound the damage caused⁸. In this context, it has become more urgent for the WTO to strengthen multilateral disciplines that will reduce the scope for increased trade restriction by reaching an early agreement on modalities in NAMA and Agriculture. According to Pascal Lamy is the Doha Development Agenda the best stimulus package itself⁹. Hopefully, there will be no Smoot-Hawley bill raising tariffs at the onset of the depression as happened in the history. This global crisis is asking for global trade-friendly and open-minded solutions.

⁸ <http://www.engineeringnews.co.za/article/wto-continues-to-probe-whether-countries-are-indeed-retreating-into-protectionism-2009-03-19>

⁹ http://www.wto.org/english/tratop_e/tpr_e/tpr_e.htm

Literature:

- Kanoria, R.V: Protectionism and the crisis, in What world leaders must do to halt the spread of protectionism, edited by Richard Baldwin and Simon Evenett, Geneva: The Graduate Institute, 2008, p. 62, ISBN 978-0-9557009-6-5.
- Blackhurst, R., Marian, N., Tumlr, J. Trade Liberalization, Protectionism and Interdependence: GATT Studies in International Trade, Geneva: GATT, 1977, p. 79.
- Assessing the Impact of the Current Financial and Economic Crisis on Global FDI Flows, Geneva: UNCTAD, 2009, p. 62.
- http://www.nytimes.com/2009/03/23/world/23trade.html?_r=1&emc=eta1
- <http://www.voxeu.org/index.php?q=node/3367>
- <http://www.voxeu.org/index.php?q=node/3367>
- http://www.economist.com/displaystory.cfm?story_id=13362879
- <http://www.engineeringnews.co.za/article/wto-continues-to-probe-whether-countries-are-indeed-retreating-into-protectionism-2009-03-19>
- http://www.wto.org/english/tratop_e/tpr_e/tpr_e.htm

Reviewer:

Josep Bosch

Contact – email:

santaventino@centrum.cz

DOPING FOR NATIONAL ECONOMIES WITHIN THE LIMITS GIVEN BY THE EUROPEAN UNION

DAVID SEHNÁLEK - DANA ŠRAMKOVÁ

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

V tomto článku se autoři zabývají problematikou současné ekonomické resp. finanční krize z pohledu práva. Analýza je zaměřena především na problematiku státních podpor a jejich regulace v právu Evropské unie, protože to mohou být právě státní podpory, co může přispět ke zmírnění důsledků krize a k rychlému ekonomickému zotavení. Autoři se zabývali zejména otázkou, jaké podmínky musí být splněny, aby v současné době určitá státní podpora mohla být legálně poskytnuta, a dále, jaké změny *de lege ferenda* by měly být zakotveny tak, aby členské státy mohly v maximální možné míře využít pozitivních efektů státních podpor. Hlavní důraz je v článku věnován sdělení Komise – Dočasný rámec Společenství pro opatření státní podpory zlepšující přístup k financování za současné finanční a hospodářské krize (2009/C 16/01) a jeho dopadu na současnou právní úpravu státních podpor, jejich posuzování a na činnost Evropské Komise v této oblasti.

Key words in original language:

Ekonomická krize; státní podpora; export; import.

Abstract:

In this article the authors deals with the current economic/financial crisis from the legal point of view. The analysis is focused on the issue of state aids and their regulation in European Union law as state aids may contribute to fast economic recovery. The main questions that authors try to answer are which state aids comply with the recent legal regulation and can be therefore granted in order to stimulate the economy and which changes of law of the European Union should be introduce in order to maximize the potential positive effect of state aids. Author focus mostly on new Commission communication No. 2009/C 16/01 Temporary Community framework for State aid measures to support access to finance in the current financial and economic crisis and its impacts on recent state aid regulation and Commission action.

Key words:

Economic crisis; state aid; export; import, *de minimis* rule.

1. INTRODUCTION

Despite the fact that the current economic crisis is serious it is most probably not the worst financial/economic world crisis ever. The truth on the other hand is that most of us are too young to have any similar personal experience with such situation. The Czech Republic has never gone through any similar situation in its modern history as the monetary crisis in 1997 was caused by completely different conditions. The period before 1989 on the other cannot be taken into the account as the Czech Republic's economy was based on a socialistic model of functioning.

Not only the Czech Republic but also the European Union¹ and its other Member states are heavily affected by the crisis. As the Czech Republic is a Member State of the European Union, also its law must be taken into the account.

New and very specific economic situation has impact on both the economy and the European and national laws as well. The current European and Czech legislation was made mostly in "good times" and as such is now being heavily tested. Both the European and Czech legislators had not predicted that such economic situation will appear.

2. ECONOMIC AND LEGAL ASPECTS

It is hard to tell what the best solution of the recent situation is. Economic analytics see the solution of the current crisis in massive fiscal stimulation of national economies. Such stimulation may really be useful from the economic point of view. The question is whether it is possible under the law for states to use public finances in order to stimulate business and if so then to what extent.

It is necessary to underline that all economic actions taken by the Member States or the European Union must be conducted within the limits given by the law. The law on the other hand must comply with current economic needs. One without the other is cannot effectively and legally work.

Our article has no intention to judge on economic aspect of this issue. Its aim is to deal solely with its legal aspects. However, some economic aspects will be mentioned as the legal regulation is determined by economic situation and *vice versa*. The problem is that any state aid, even such which is justified from the economic point of view by the current economic crisis, must be provided in accordance with recent legal regulation of state aid.²

3. STATE AID - THE LEGAL PROBLEM TO SOLVE

The abovementioned text implies that this article will be focused on the issue of state aids and their legal regulation. The questions which will be solved are:

1. which state aids comply with the recent legal regulation and can be therefore granted in order to stimulate the economy;
2. which changes of law should be introduced in order to maximize the potential positive effect of state aids.

¹ in order to simplify, we use the term European Union; however, everything that will be said in this article regards only to the first pillar of the EU and therefore it would have been more precise if we spoke about European Community. We have decided to use this term as it is more progressive as the Lisbon Treaty, if it comes into the force, will mean the end of the pillar structure and the European Union will replace the European Community.

² Please note that it is necessary to distinguish between the state aid and export subsidy as the later mentioned are in the law of the European Union regulated separately as they affect primarily markets of third states and not the internal market. For details on this issue see Fojtíková, L., Lebiezík. M. - Společné politiky EU : historie a současnost se zaměřením na Českou republiku vyd. 1.. - Praha : C.H. Beck, 2008. ISBN 978-80-7179-939-9 pp. 114 and subsequent or Rozehnalová, N., Týč, V. Vnější obchodní vztahy Evropské unie. 1. vyd. Brno : Masarykova univerzita, 2006. p. 125 and subsequent;

4. STATE AID IN THE EUROPEAN UNION

The legal problem with fiscal stimulation and state aids most probably does not arise in unitary states or federations like are the USA or if it does it has a different nature. Unfortunately, the European Union is organized differently it is not a true federation and that causes in time of crisis unexpected difficulties. Where is the problem? Unlike ordinary states, the European Union is an international organization which has acquired only some competences in economic affairs that are traditionally exercised only by states.

European Union has power to regulate all issues concerning the internal market which includes regulation of free movement of goods, persons, services and capital, and external trade as well. European Union also regulates public procurement and state aid. In all the above mentioned areas measures suitable to stimulate the economy can be adopted. Member states also have some competence to regulate these issues. However, Member states are not free to introduce any measure, even if necessary from their point of view, if it such measure is not complying with European Union rules.

The reason why a state aid may be a problem is hidden in the fact that state aids are provided by Member states whereas conditions of their admissibility are set by the European Union. That's why our question whether it is possible under the law for states to use public finances in order to stimulate business must be extended and the legal framework of the European Union must be also taken into the account and examined.

5. LEGAL REGULATION OF STATE AID

5.1 REGULATION OF STATE AID IN PRIMARY LAW

The current legal regulation of state aid falls within the scope of both national and European Union law. As the national budgets are sources of state aids it is also the national law that regulates conditions of the state aid and its target undertakings. The European Union regulation on the other hand sets out general limits on state aid where the main aim is to prevent such situations where the competition is actually or potentially distorted. It is important to note that the European Community has the exclusive competence to set general rules on admissibility of state aids.

On the European Union level the legal grounds of the state aid regulation is given by the article 87 Sec. 1 of the EC Treaty. This provision generally prohibits any state aid granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever which distorts or threatens to distort competition by favoring certain undertakings or the production of certain goods shall, in so far as it affects trade between Member States, unless there is some exemption or otherwise provided in the EC Treaty.³

However, not all state aids are considered being harmful. Some of them may have the potential to distort the competition but their positive effects prevail. Such states aids are then considered as compatible with internal market and can be granted.

³ See also Tichý, L, Arnold, R., Svoboda, P., Zemánek, J., Král, R. *Evropské právo*. 3. vydání, Praha : C. H. Beck, 2006, pp. 592 and 593.

In order to be compatible the state aid must comply with the aims of the European Community as they are listed in the EC Treaty.⁴ These generally conceived aims are specified further in the EC Treaty. The EC Treaty therefore explicitly states:

1. which state aid is compatible⁵; and
2. which may be considered to be compatible with the internal market.⁶

The second mentioned state aid must be notified to the Commission which has a power to decide on its compatibility with the internal market.⁷ Without such a decision the state aid cannot be granted.⁸ In case of the first mentioned state aids notification is not necessary. They can be granted and Member States only have to submit information sheet about them to the Commission.⁹

5.2 STATE AID REGULATION IN THE SECONDARY LAW

The abovementioned legal regulation of the exemptions from general ban on state aids in the EC Treaty is further specified in a number of secondary legislation. The Council has adopted regulation No 994/98 of 7 May 1998 on the application of Articles 92 and 93 of the Treaty establishing the European Community to certain categories of horizontal State aid which makes it possible for the Commission to declare, by means of regulations, that some categories of state aid are considered compatible with the internal market.¹⁰ As such they do not have to be notified.

Based on this regulation the Commission adopted:

- regulation (EC) No 1998/2006 of 15 December 2006 on the application of Articles 87 and 88 of the Treaty to de minimis aid; and
- regulation (EC) No 800/2008 of 6 August 2008 declaring certain categories of aid compatible with the common market in application of Articles 87 and 88 of the Treaty (General block exemption Regulation) (Text with EEA relevance).

⁴ See Art. 2, 3 and 4 of the EC Treaty.

⁵ See Art. 87 Sec. 2 of the EC Treaty.

⁶ See Art. 87 Sec. 3 of the EC Treaty.

⁷ For criteria of admissibility see Svoboda, P. *Liberalizace obchodu zbožím v právu Evropské unie*. 1. vydání, Praha: C.H. Beck, 2003, 238 s. - ISBN 80-7179-815-0, pp. 35 and 36.

⁸ The procedure is well described in TÝČ, V. *Základy práva Evropské unie pro ekonomy*. 5. aktualiz. vyd. Praha : Linde, 2006. 287 s. Vysokoškolské právní učebnice. pp. 199 and 200.

⁹ For consequences of situation where state aid is granted without the Commissions permission see Kincl, M., *Veřejná podpora v Evropské unii - 1. vyd..* - Praha : Polygon, 2004. - 145 s. ISBN 80-7273-097-5 (váz.), pp. 89 and subsequent.

¹⁰ See Dědič, J., Čech, P.: *Obchodní právo po vstupu ČR do EU*, RNDr. Ivana Hexnerová – BOVA POLYGON, Praha 2005, p. 330.

Under the first regulation state aid granted to any one undertaking that does not exceed EUR 200.000 over any period of three fiscal years or state aid granted to any one undertaking active in the road transport that does not exceed EUR 100.000 over any period of three fiscal years are deemed not to meet all the criteria of Art. 87 Sec. 1 of the EC Treaty. As such they are considered to be compatible with the internal market and excluded from the notification procedure.

Similar exemption with same consequences was adopted by the second abovementioned regulation in case of some aids to small and medium-sized enterprises, aids in favor of research and development, aid in favor of environmental protection, employment and training aid, and aid that complies with the map approved by the Commission for each Member State for the grant of regional aid.

5.3 COMMISSION COMMUNICATIONS - SOFT LAW REGULATION

The European Commission has also adopted several communications in the area of state aid regulation which are not legally binding documents but have a great role as they contribute to a higher predictability of Commission's actions. These documents introduce clarifications as regards the applicability of the Art. 87 Sec. 3 of the EC Treaty which sets the list of potentially compatible state aids.

The communications covers a broad area of measures that fall within the scope of the Art. 87 Sec. 3 of the EC Treaty.¹¹ From the perspective of this work which aim is to deal solely with the issues related to the economic crisis the communication from the Commission - Temporary framework for State aid measures to support access to finance in the current financial and economic crisis OJ C83 of 07.04.2009 (hereinafter referred to as the "communication") is the most important.

5.3.1 REACTION OF THE EC ON THE CRISIS IN THE AREA OF STATE AIDS

In the abovementioned communication the Commission reacts on the current economic and financial crisis. The rules contained in the EC Treaty and in regulations concerning state aids are modified and smoothened in order to help the economy of Member State to recover. The communication introduces several measures which we will describe and analyze.

As to the legal nature of the communication we would like to emphasize once again that it is not a formal source of law. Thus the communication is not according to our opinion binding on European Court of Justice and its decision making. And finally we would like to mention that the communication is only temporary measure and will not be applied by the Commission after 31 December 2010.

¹¹ In particular following communications were adopted: the Communication from the Commission - Criteria for the compatibility analysis of state aid to disadvantaged and disabled workers subject to individual notification; Communication from the Commission - Criteria for the compatibility analysis of training state aid cases subject to individual notification; Community framework for State aid for Research and Development and Innovation; Community guidelines on state aid for environmental protection; Community guidelines on State aid for rescuing and restructuring firms in difficulty; Community guidelines on state aid to promote risk capital investments in small and medium-sized enterprises.

5.3.2 MEASURES ADOPTED BY THE COMMISSION

In the communication the Commission has introduced several new measures and modifications of recent legal regulation of state aid in order to enable Member States to stimulate their economies. Following measures were introduced:

1. In the communication the Commission confirms that the current practices of several Member State (e.g. Germany, Slovakia) where consumers are motivated to replace old products (typically cars) with new ones, are legal. According to the Commission the Member States may grant financial support directly to consumers. The condition is that such an aid is granted without discrimination based on the place of the origin of the product.¹²
2. The Commission temporary increases in some cases¹³ the compatible limited amount of aid from EUR 200.000 (resp. EUR 100.000) up to 500.000 EUR; Contrary to *de minimis* aid this aid will fall under the scope of the Art. 87 Sec. 1 of the EC Treaty, the Commission will however consider such aid as compatible with internal market;
3. In order to encourage access to finance and to reduce the high risk aversion on the part of banks simpler rules on aid in the form of guarantees were introduced.¹⁴
4. Commission introduced more favorable rules on aid in the form of subsidised interest rate, where the state aid element is contained in the difference between the real interest rate and the reference rate defined by the Commission. Commission will accept that loans are granted at an interest rate which is at least equal to the central bank overnight rate plus a premium equal to the difference between the average one year interbank rate and the average of the central bank overnight rate over the period from 1 January 2007 to 30 June 2008, plus the credit risk premium corresponding to the risk profile of the recipient, as stipulated by the Commission Communication on the revision of the method for setting the reference and discount rates.¹⁵
5. In the communication the Commission also tries to promote the production of environmental friendly technologies and products. The admissible support may be provided in a form of subsidised loans that could encourage production of "green products".¹⁶
6. And finally the Commission has also introduced new rules and more lenient rules on risk capital measures;¹⁷

¹² This exemption is also contained directly in the EC Treaty in its Art. 87 Sec. 2(a).

¹³ Conditions are set by Art. 4.2.2. of the communication.

¹⁴ See Art. 4.3.2. of the communication.

¹⁵ Art. 4.4.2. of the communication.

¹⁶ See Art. 4.5.2 of the communication.

¹⁷ See Art. 4.6 of the communication.

The advantage for Member States and individuals is that all the above mentioned state aid granted under schemes that were notified by Member states to the Commission are considered being compatible with the internal market. Their regime is therefore temporary similar to the regime which is applied on state aid falling under the scope of Art. 87 Sec. 2 of the EC Treaty.

6. CONCLUSION

European Union may seem to be a power state like organization. The truth is different. Its main weakness is that it has only limited competences in the sphere of economic policy. Economic policy is indeed regulated by Articles 98 and subsequent of the EC Treaty. These provisions however clearly state that the economic policy is conducted primarily by the Member States and that the European Union is only to coordinate them.

The other problem related to the lack of real competences is that the Union has only limited funds which it can use to stimulate business and consumers to spend money which seems to be necessary in order to restore the market optimism and restart the economic growth. Such stimulation can mostly be introduced only by Member states.

What has been said so far implies that the European Union sets most rules concerning both the internal and external trade with goods and services, rules for state aid which also heavily affect the trade within the whole Union, but the financing and practical realization falls within the competences of Member States. This situation in combination with the principle of non-discrimination based on ground of nationality of origin creates a dangerous mix as states who try to help their national trade or business in fact often involuntarily finance and support undertakings from other states. Such situation is formally coherent with the aims of European Union and ideas of European integration, however the people/voters sense it negatively. This puts political elites into a pressure between *Scylla* and *Charybda* - should they grant state aid or not? And if yes, than, despite the voters feeling to everybody whatsoever nationality or place of origin.

All what has been said so far implies that it will be the Member states that have to primarily fight the crisis and bear the burden and costs of financial stimulus. The European Union is not totally helpless though.

Apart from traditional support of development and research policies¹⁸ the Commission has adopted the new communication No. 2009/C 16/01 Temporary Community framework for State aid measures to support access to finance in the current financial and economic crisis. This is not sufficient though. The best thing the European Union can do is:

¹⁸ For example the Competitiveness and Innovation Framework Programme (2007 to 2013) established by Decision No 1639/2006/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 2006 and the Seventh Framework Programme of the European Community for research, technological development and demonstration activities (2007-2013) established by Decision No 1982/2006/EC of the European Parliament and of the Council of 18 December 2006 and the cohesion and development policy which is carried out by Structural Funds and Cohesion Funds. For more information on this issue see Marek, D., Kantor, M. Příprava a řízení projektů strukturálních fondů Evropské unie - 1. vyd. - Brno : Společnost pro odbornou literaturu - Barrister & Principal, 2007. - 210 s. ISBN 978-80-87029-13-8 pp. 17 and subsequent or Kosikowski, C. Financial law of the European Union. Bialystok : Temida2. 2008. ISBN 987-83-89620-41-5. pp. 140 and subsequent.

1. to establish the permanent platform which could help sharing of the experience, important data and closely coordinate state actions. This goal is currently performed by the Council. The question is whether it is sufficient. We do not think so;
2. adopt efficient and less restrictive rules on state aid and find more additional resources in the European Union's budget to directly finance some preferred key industries;
3. adopt efficient European Union rules on export subsidizing and locate resources on export guarantees and insurance in the European Union's budget;
4. heavily intervene in the area of communications. Pressure on Member states is necessary in order to develop more interstate highways and high-speed railways. Especially in the area of Central and Eastern Europe.

Legislation and soft law:

- Council regulation No 994/98 of 7 May 1998 on the application of Articles 92 and 93 of the Treaty establishing the European Community to certain categories of horizontal State;
- Commission regulation (EC) No 1998/2006 of 15 December 2006 on the application of Articles 87 and 88 of the Treaty to de minimis aid;
- Commission regulation (EC) No 800/2008 of 6 August 2008 declaring certain categories of aid compatible with the common market in application of Articles 87 and 88 of the Treaty (General block exemption Regulation) (Text with EEA relevance);
- Communication from the Commission - Temporary framework for State aid measures to support access to finance in the current financial and economic crisis OJ C83 of 07.04.2009;
- Communication from the Commission - Criteria for the compatibility analysis of state aid to disadvantaged and disabled workers subject to individual notification;
- Communication from the Commission - Criteria for the compatibility analysis of training state aid cases subject to individual notification;
- Community framework for State aid for Research and Development and Innovation;
- Community guidelines on state aid for environmental protection;
- Community guidelines on State aid for rescuing and restructuring firms in difficulty;
- Community guidelines on state aid to promote risk capital investments in small and medium-sized enterprises;
- Decision No 1982/2006/EC of the European Parliament and of the Council of 18 December 2006 concerning the Seventh Framework Programme of the European

Community for research, technological development and demonstration activities (2007-2013);

- Decision No 1639/2006/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 2006 establishing a Competitiveness and Innovation Framework Programme (2007 to 2013);

Literature:

- Dědič, J., Čech, P.: Obchodní právo po vstupu ČR do EU, RNDr. Ivana Hexnerová – BOVA POLYGON, Praha 2005;
- Fojtíková, L., Lebiezik. M. - Společné politiky EU : historie a současnost se zaměřením na Českou republiku vyd. 1.. - Praha : C.H. Beck, 2008. ISBN 978-80-7179-939-9;
- Kincl. M., Veřejná podpora v Evropské unii - 1. vyd.. - Praha : Polygon, 2004. - 145 s. ISBN 80-7273-097-5 (váz.);
- Kosikowski, Cezary. Financial law of the European Union. Bialystok : Temida2. 2008. ISBN 987-83-89620-41-5;
- Marek, D., Kantor, M. Příprava a řízení projektů strukturálních fondů Evropské unie - 1. vyd.. - Brno : Společnost pro odbornou literaturu - Barrister & Principal, 2007. - 210 s. ISBN 978-80-87029-13-8;
- Rozehnalová, N., Týč, V. Vnější obchodní vztahy Evropské unie. 1. vyd. Brno : Masarykova univerzita, 2006;
- Svoboda, P. Liberalizace obchodu zbožím v právu Evropské unie. 1. vydání, Praha: C.H. Beck, 2003, 238 s. - ISBN 80-7179-815-0;
- Tichý, L, Arnold, R., Svoboda, P., Zemánek, J., Král, R. Evropské právo. 3. vydání, Praha : C. H. Beck, 2006, s. 84;
- Týč, V. Základy práva Evropské unie pro ekonomy. 5. aktualiz. vyd. Praha : Linde, 2006. 287 s. Vysokoškolské právnické učebnice. ISBN 80-7201-631-8;

Reviewer:

Ivana Pařízková

Contact – email:

david.sehnalek@gmail.com - dana.sramkova@law.muni.cz

"FINANCIAL CRISIS" OR HEALING PROCESS?

JOHAN SCHWEIGL

Faculty of Law, Masaryk University, Czech Republic

Abstract in original language:

Are we really facing “financial crisis” or is the current economic downturn just a natural healing process that is to help economy to recover from unsuitable interference? The author of this article acquaints reader especially with an approach of Professor Liebowitz, who claims that the governmental affirmative policies were at the roots of the “crisis”. Should government set artificial requirements on mortgage-underwriting standards? Further, the author ponders over some of the consequences that some similar “protective” regulations might bring with them.

Key words in original language:

Economic Downturn; Community Reinvestment Act; Freddie Mac; Fannie Mae; Equal Credit Opportunity Act; Mortgage-Underwriting Standards; Homeownership Rate; Financial Instruments; Governmental Interfering; Bubbles; Minimum Wage Laws.

“Perhaps the greatest scandal of the mortgage crisis is that it is a direct result of an intentional loosening of underwriting standards – done in the name of ending discrimination, despite warnings that it could lead to wide-scale defaults.”

Stan Liebowitz¹

Introduction

There is no doubt economic downturns affect most of people. There are two general types of root causes of such downturns: (1) natural; and (2) human made. This article deals with the latter. As Professor Liebowitz shows on the current example, some of the economic “crises” were caused by humans having enacted bad regulations. The goal of this article is to outline Liebowitz’s approach pinpointing that some of the bad “protective” regulations might have contributed to the ongoing “crisis”. Further, taking the Liebowitz’s statements into consideration, it will be shown that the “crisis” might be looked at as a natural market process of recovering from such bad regulations. Next, I will briefly ponder over the reason why there have been too many risky mistakes done by investors purchasing pools of mortgages with new “flexible underwriting standards” and, finally, I will show that there are many similar laws, which, in spite of looking beneficial, should be reconsidered because of their possible inefficiency.

Has the Community Reinvestment Act Done its Job?

Notwithstanding the immediateness of the current economic downturn, we should keep in mind that this is not the first and largest “crisis” people have faced. Next to many minor ones such as the “dot-com” bubble (1995-2001), one should not forget especially times of the Great

¹ Liebowitz, S. J. New York Post web: The Real Scandal [cited on 4. 5. 2009]. Available at: http://www.nypost.com/seven/02052008/postopinion/opedcolumnists/the_real_scandal_243911.htm?page=0

Depression. Professor Liebowitz reminds us, there was a profound decline on mortgage markets during the Great Depression too.² Having been aware of possible insolvency of mortgagees and being “cash strapped”, the lending financial institutions were giving just short duration loans in the United States in 1930s. Trying to jump up the slow activities on the real estate markets, the government created the Federal Housing Administration (FHA), which was supposed to “guarantee mortgages against default”.³ Four years later in 1938, Fannie Mae was formed to buy FHA mortgages. These two governmental steps may be deemed for the very first bigger intervention of government into mortgage markets. However, these initiatory interventions were deepened in 1970s when the mortgage-related anti-discrimination laws were enacted.

In 1977, the Community Reinvestment Act (CRA) was passed. According to Federal Financial Institutions Examination Council (FFIEC), its purpose has been to “encourage depository institutions to help meet the credit needs of the communities in which they operate, including low- and moderate-income neighborhoods.”⁴ In other words, this law forced banks to give loans to low-income borrowers, especially than, by “requiring banks to conduct business across the entirety of the geographic areas in which they operated, thus preventing them from doing business in suburb.”⁵

The CRA supplemented the Home Mortgage Disclosure Act (HMDA) of 1975. This law, having been amended in 1991, has required banks to expose detailed information about the mortgage applications they have been dealing with. There were a couple of studies made by news organizations that claimed that “minorities were denied mortgages at a rate far higher than that for whites”.⁶ These independent studies were later supported by the Federal Reserve Bank of Boston (Boston Fed), which came up with its own analysis in 1992. Despite, as Professor Liebowitz claims, having provided wrong and inaccurate data,⁷ this analysis was often cited by politicians and media, which made discrimination of minorities a topic of political talks.

Consequently, in 1998, Fannie Mae and Freddie Mac were forced by Congress to increase purchases of mortgages for low- and moderate-income mortgagees. According to Schwartz: “In 1996, HUD, the department of Housing and Urban Development, gave Fannie and Freddie an explicit target: 42 percent of their mortgage financing had to go to borrowers with incomes below the median income in their area. The target increased to 50 percent in 2000 and 52 percent in 2005. For 1996, HUD required that 12 percent of all mortgage purchases by

² Liebowitz, S. J. *Anatomy of the Train Wreck. Causes of the Mortgage Meltdown*. Oakland : The Independent Institute, 2008, p. 5.

³ Ibid.

⁴ FFIEC, FFIEC web: Background and Purpose [cited on May 3rd, 2009]. Available at: <http://www.ffiec.gov/CRA/history.htm><http://www.ffiec.gov/CRA/history.htm>.

⁵ Liebowitz, S. J. Op. Cit.

⁶ Ibid.

⁷ Professors Liebowitz and Ted Day carefully studied the analysis and have found out there have been many inaccuracies and false information. Op. Cit.

Fannie and Freddie had to be “special affordable” loans, typically to borrowers with incomes less than 60 percent of their area’s median income. That number was increased to 20 percent in 2000 and 22 percent in 2005. The 2008 goal was to be 28 percent. Between 2000 and 2005 Freddie and Fannie met those goals every year, and funded hundreds of billions of dollars worth of loans, many of them subprime and adjustable-rate loans made to borrowers who bought houses with less than 10 percent down.”⁸ Thus, the governmental interference into the natural process of loan making, where lenders always carefully evaluated all the risks that they might face in the future, was rather disturbed.

The government’s idea of guaranteeing mortgages to low income borrowers was accompanied by a goal to increase home ownership in the United States. Even though this target might seem beneficial for all the ones who participate in mortgages markets, i.e. mortgagors, mortgagees - buyers, sellers of homes, builders, developers, realtors, etc., this aim, as Professor Liebowitz reminds us, had a huge side effect: intentional weakening of the traditional mortgage-lending standards.⁹ The proven system of lending money only to those who can give sufficient guarantees of having enough funds to pay installments was destroyed. Since there was this practice that forced banks to provide most of applicants with mortgages, loans were often granted with no money down and without proper credit check and examination of employment history. Supposing the banks did not provide a sufficient number of low-income applicants with mortgages, they could be labeled “discriminatory” and could face law suits for failing to comply with the Equal Credit Opportunity Act (ECOA). “Liability for punitive damages can be as much as \$10,000 in individual actions and the lesser of \$500,000 or 1 percent of the creditor’s net worth in class actions.”¹⁰

In respect to the ECOA rules it is important to keep in mind that any form of unreasonable deny to extend credit to particular applicants would be unproductive for the bank itself because it would lose a potential client. It has always been in the best interest of the bank to make a reasonable screening while considering who to extend credit to.

Having the abovementioned facts in mind, let’s move to the other problem, related to the “mortgage crisis”. If there were a price drop, i.e. value of a home got below the amount owed, the owners of such properties might start considering whether or not to keep on paying their mortgage payments. The bigger the price drop is, the bigger the probability that they quit making their payments is. Thus, especially the often called “100% financing” mortgages might have been at the rise of homeowners defaulting on their installments. The decision to stop on making mortgage payments might have been supported, in some cases, even by the rising APR (annual percentage rate) of the ARMs (adjustable rate mortgages).

Let’s take a quick look at the situation couple years ago. Everything was looking well, the number of low-income homeowners was on the rise and the increase of homeownership was followed by growing price. However, the artificial governmental interference into the natural

⁸ Schwartz, A. J. Origins of the Financial Market Crisis of 2008. *Cato Journal*, Vol. 29, No. 1 (Winter 2009). Cato Institute, p. 20.

⁹ Liebowitz, S. J. *Op. Cit.* p.4.

¹⁰ The Federal Reserve Bank of Boston (Rodburg, S. E. and Walker, R. C.) *A Guide to Equal Opportunity Lending*, Available at: www.bos.frb.org/commdev/commaff/closingt.pdf In: Liebowitz. *Op. Cit.* p.9.

market process of setting prices of homes created so-called “bubble”. In natural conditions, price for and availability of mortgages can be only set by the supply and demand relations. Failing to follow the nature order has only one possible consequence: the artificially made bubbles sooner or later shrink. Therefore, one might ask: Is the economic downturn with all its consequences we facing now really a natural market crisis or are the natural market forces just getting back to normal?

Notwithstanding that there are many elements forming the “bubbles”, the policies supporting an increase of homeowners have contributed to the current situation. Looking at Figure 1, we can see that the dramatic price increase took place in the middle of 1990s when the new policies occurred.

Figure 1: Yearly Home Ownership Rates (U.S. Census)¹¹



Hence, although the idea of making sure that even the low-income clients may obtain mortgages at affordable price, which would not be set according to the actual risk but rather by guaranteeing their solvency by governmental institutions and by forcing financial institutions to provide such loans, might seem beneficial and high-minded, the actual consequences could be extremely risky for society and the entire economy.

There have been many laws that are very similar to the ones whose consequences were just described. Especially, the laws “protecting” consumers and employees might have very similar effects and, in the times of crises, such laws should be reconsidered. However, before

¹¹ Federal Reserve Bank of San Francisco web: Economic Research Data. Available at: <http://www.frbsf.org/publications/economics/letter/2006/el2006-30.html>

I try to outline the consequences of some of these laws, there is one more question that should be mentioned: Why did the investors buying the pools of mortgages underestimate the risks?

Generally, anyone who is to make an investment considers its profitability, i.e. they look at the amount they are about to put in and compare it with the anticipated earnings. By doing so, they have to include in the price an “insurance” (simply determined by asking whether or not the investment will be still profitable if something goes wrong and what is the possibility of such failure) for possible risks that they might face. Why have not the investors consider carefully the risks of the mortgages that had been granted with a lack of reasonable underwriting standards?

What Caused the Incautiousness of Investors?

The investors simply were not aware of dangers connected with such investments. We can either blame them or the rating agencies that were providing them with inaccurate data or both of them. Schwartz explains that markets were not aware of flaw in the design of the new financial instruments, which have not been easy to evaluate: “The design of mortgage-backed securities collateralized by a pool of mortgages assumed that the pool would give the securities value. The pool, however, was an assortment of mortgages of varying quality.”¹² Thus, the value and risk determination was something new that the rating agencies were not really aware of. “They assigned ratings to complex securities as if they were ordinary corporate bonds and without examining the individual mortgages in the pool.”¹³ Next to that if the rating agencies had shown that the mortgages given to low-income borrowers were much more risky than the prime-mortgages, they could have been labeled “prejudiced” by the same interest groups that had pushed the CRA in the first place.

In respect to this problem, professor Liebowitz pinpoints the fact that the government approved rating agencies “were protected from free competition ... it might be expected that these agencies would not want to create political waves by rocking the mortgage boat, endangering a potential loss of their protected losses”.¹⁴ However, not only the rating agencies should be blamed. The system of granting mortgages which had been adjusted by laws relaxing underwriting standards made the investors think that if there is everything in compliance with these laws, nothing can go wrong.

Are the Minimum Wage Laws Really Protecting Employees?

Let’s take a quick look at some other “protective” regulations that are very similar to those having been talked about above. I will focus on showing that some of the statutory provisions, on the general level, whose purpose is to protect employees, bring many negative and unintended consequences and, next to that, these laws might even hurt both the subjects that are to be protected and the economy.

¹² Schwartz, A. J. Op. Cit. p.29.

¹³ Ibid. Bold print by author.

¹⁴ Liebowitz, S. J. Op. Cit. p. 12. Bold print by author.

“The bad economist sees only what immediately strikes the eye; the good economist also looks beyond. The bad economist sees only the direct consequences of a proposed course; the good economist looks also at the longer and indirect consequences. The bad economist sees only what the effect of a given policy has been or will be on one particular group; the good economist inquires also what the effect of the policy will be on all groups.”¹⁵

Henry Hazlitt

An idea of setting a minimum wage via laws is of very similar nature as the affirmative laws described above. By looking at minimum wage laws from a theoretical point of view, one can probably agree that, generally, these laws interfere with the principle of “autonomy of the will”. Their goal is to protect a “weaker party” in its legal connection. Supposing we forget the principle of “autonomy of the will”, we could state that such protection of “weaker party” really helps to such party and, thus, it shall be supported. I would definitely go along with this approach if it were really helpful. However, such laws might be very inefficient in supporting employees, which I try to show on a couple of examples.¹⁶

First of all, as Professor Murphy reminds us, the minimum wage laws are often justified by assertion that “had the government not stepped in and declared a “civilized” floor less than which no decent person could pay another human being, capricious employers would outdo each other in a race to the bottom ... the hapless low-skilled workers have no bargaining power (they have to eat, after all) and hence would be forced to accept whatever crumbs they were offered.”¹⁷ However, on the markets where there is a relatively free chance for everybody to join such markets as a new competitor, the abovementioned fear may not take place, because were the workers paid less than what their labor is worth, it would be an impetus for new competitors seeing a possibility of extremely high profits to join the particular market area. Having started participating in the relatively high-profit markets, the new competitors would be in need of workers. How would they get them? The new competitors would have to offer the workers higher salaries (or benefits) than what the other competitors (employers) do offer. “The process would continue until the workers were being paid what they were generally worth.”¹⁸

Next to that, the minimum wage laws might even “discriminate” on low-skilled workers. To follow my point, just imagine yourself being an owner of a restaurant who is to hire a couple of new employees. You need to hire a person who will be taking care about accountings (job A) and a new cook (job B). However, you cannot spend more than \$100 a day on their salaries. Now, imagine that there are three applicants who came for an interview. First person is willing to work as a cook just for \$45 a day (job B), because he or she does not have a high

¹⁵ Hazlitt, H. *Economics in One Lesson*. New York : Pocket Books, Inc., 1952, p. 4.

¹⁶ The following example gathers from: Murphy, R. P. *The Politically Incorrect Guide to Capitalism*, Washington DC : Regnery Publishing, Inc, 2007, p.23.

¹⁷ *Ibid.* p. 24.

¹⁸ *Ibid.*

experience. The second person would accept the accounting job for \$40 (job A). It is a young mom who just needs to make some money on side. The third person that came is an experienced cook who was running own business for a while. Hence, he or she has the basic experience in accounting too. However, he or she is not willing to work for less than \$90 a day (job A and B).

If we do not take into consideration that having rather one person than two might bring special pros and cons, we can see that \$85 for the first two applicants would cost \$5 less than \$90 that the third applicant asks for. Thus, the choice would be probably made for the first two (even though the less experienced cook would need some time to learn the ropes). Now imagine, in the light of the same conditions, there is a minimum wage law that sets a limit of \$55 as daily minimum pay. Who would you choose now?

From another point of view, if there is a company which has been already giving jobs to 1000 employees that were each given \$8 an hour, what happens if government decides to set a minimum wage of \$10 to punish anyone who hires workers for less than that? In respect to this, Professor Murphy comments: "Will the company decide to kick in the difference and lose \$2 per hour on the worker in question? Of course not. The company will lay off workers until the remaining ones are more productive."¹⁹ Thus, especially in the times of economic downturns, the regulations that might hurt employees by causing unemployment should be repealed.

Principally, there are a number of laws that resemble the abovementioned one. Notwithstanding that their purpose might seem very beneficial, they may be failing on achieving their goals and next to that they may be putting a redundant burden on the entire economy. In present days, we are facing a serious economic downturn, which was probably caused by bad regulations, thus, we should reconsider efficiency of such burdens. As it was shown on the example of minimum wage laws, some of the artificial regulations might even hurt those who they were intended to protect.

In the first example above, the minimum wage law would force the entrepreneur to hire one person instead of two (if there were progressive taxation, the government might even support this option) and the second example has shown that such law might pressure employers to dismiss some of their employees and to request higher efficiency from the remaining ones.

Conclusion

Generally, the ongoing economic downturn may be looked at from many different points of view. There may be all kinds of approaches to what caused the "crisis" and, surely, there are even more approaches to what should be done to fight the consequences of it. My purpose is not to evaluate and rate all the different ideas, but to show that there are many approaches to the roots and solutions of the current economic situation. The idea of letting the natural market forces run their course should be at least taken into consideration. In Professor Rothbard's words: "If government wishes to alleviate, rather than aggravate, a depression, its only valid course is *laissez-faire* – to leave the economy alone. Only if there is no interference, direct or threatened, with prices, wage rates, and business liquidation will the

¹⁹ Ibid.

necessary adjustment proceed with a smooth dispatch”.²⁰ Further, it is important to keep in mind the fact that prices of homes were boosted up by artificial (i.e. non-market) forces and, hence, we should not blame the market for the contemporary price drop. My last point is that there are many laws that might seem the same beneficial as the ones that were at the roots of this “crisis” and we should always be aware that these laws, especially those with are trying to limit the fundamental principal of “autonomy of will”, might not be that great as they might appear at the very first sight.

Literature

ek.

Literature:

- Hazlitt, H. : Economics in One Lesson, New York: Pocket Books, Inc., 1952
- Liebowitz, S. Anatomy of the Train Wreck. Causes of Mortgage Downturn, Oakland: The Independent Institute, 2008.
- Liebowitz, S. J. New York Post web: The Real Scandal [cited on 4. 5. 2009]. Available at: http://www.nypost.com/seven/02052008/postopinion/opedcolumnists/the_real_scandal_243911.htm?page=0.
- Murphy, R. P. The Politically Incorrect Guide to Capitalism, Washington DC : Regnery Publishing, Inc., 2007.
- Rothbard, M. N. America's Great Depression, Auburn : Ludwig von Mises Institute, Fifth Edition, 2000.
- Schwartz, A. J. Origins of the Financial Market Crisis of 2008. Cato Journal, Vol. 29, No. 1 (Winter 2009). Cato Institute.

Reviewer:

Eva Tomaskova

Contact – email:

210729@mail.muni.cz

²⁰ Rothbard, M. N. America’s Great Depression, Auburn : Ludwig von Mises Institute, Fifth Edition, 2000, p. 185.

FINANČNÍ KRIZE IMPULSEM K MARKETINGOVÝM A PROCESNÍM ZMĚNÁM V PODNICÍCH

PETR SKOPAL

VŠB-Technical University of Ostrava, the Czech Republic

Abstract in original language:

Český trh zažívá v současné době těžké časy. Světová finanční krize a pokles zájmu nejen o „nové automobily“ udělaly s trhem své. Je tedy pochopitelné, že výrobci a prodejci optimalizují své náklady a přemýšlí, jak se co nejlépe přizpůsobit stávající situaci. Škrty v rozpočtu se proto dotknou oblastí, které přímo nesouvisí se samotnou výrobou, tedy např. marketingovými aktivitami společností. Je toto však „šťastné řešení“? Neměly by firmy naopak optimalizovat své procesní řízení a přehodnotit své kroky z doby hektického rozvoje a uspokojování poptávky, která byla v mnohých odvětvích mnohonásobně vyšší než nabídka na trhu?

Key words in original language:

Finanční krize; organizační struktura podniku; procesní řízení; marketing; horizontální marketing.

Abstract:

Czech market is passing through hard times. Worldwide financial crisis and decline of interest not only in "new cars" has strongly hit it. It's understandable that producers and dealers optimise their costs and think about how to adapt to the situation the best. Budget reducing will therefore touch those activities that are not directly connected with production, e.g. company's marketing activities. But is it the „right solution“? Shouldn't companies optimize their process management and review their steps from the time of hectic development and demand satisfaction that was manifold higher than supply in many sectors?

Key words:

Financial Crisis; Organizational Structure; Process Management; Marketing; Horizontal Marketing.

1. ÚVOD

Současná finanční krize, a sní spojená recese české ekonomiky, zapříčinila nemalé změny v podnikatelském sektoru. Hospodářská recese ovlivňuje podnikání všech, nicméně mnohem snesitelnější bude pro ty, kteří se zpomalující ekonomice dovedou přizpůsobit. Vše zlé je k něčemu dobré a záleží na podnicích, jak si se současnou situací poradí. Zda se poučí ze svých předchozích chyb, které byly mnohdy ku prospěchu jedné věci, nikoli systému. Cílem tohoto příspěvku je přiblížit současnou situaci na trhu malých a středních podniků, které byly ovlivněny působením hospodářské krize. Upozornit na jednostrannost řízení podniků v době expanze. Příspěvek se zabývá využitím marketingových a procesních opatření, které by měly sloužit jako nápravná opatření.

2. FINANČNÍ KRIZE

2.1 HLAVNÍ PŘÍČINY FINANČNÍ KRIZE

Podle Roberta Vlacha je příčinou finanční krize selhání řídicích a kontrolních mechanismů, ale také dluhová ekonomika občanů, firem a v neposlední řadě i států.

Moderní bankovníctví je díky složitému názvosloví a neprůhlednosti většiny finančních produktů laikům zcela nesrozumitelné. Pro běžného klienta je proto celá věc zjednodušena na pár prázdných pojmů, dobrých leda tak do reklamy. Banky, pojišťovny a jiné finanční instituce dlouhodobě těžší z toho, že jejich klienti financím v podstatě nerozumějí. Aby této pozice příliš nezneužívaly, jsou ze zákona podřízeny přísnému dohledu, a právě v jeho selhání je třeba hledat hlavní příčiny současné krize:

- Selhání řídicích a kontrolních mechanismů – Státní instituce a soukromé agentury, které měly předcházet problémům vyspělých ekonomik, hrubě neodhadly situaci na trhu s nemovitostmi. To vedlo k nadhodnocení celé ekonomiky a následnému splasknutí bubliny. Chyba je také na straně teoretických ekonomů a politiků, kteří volali po stále větší deregulaci a omezování kontroly.

- Dluhová ekonomika – Občané, podnikatelé, firmy i celé státy dnes žijí na dluh. Zatímco dříve byla hodnota peněz kryta zlatem nebo jinou komoditou, moderní bankovníctví tuto praxi zrušilo. Hodnota peněz je tak vyjádřena pouze relativně a nepřímo jejich kupní silou. Problém nastal v okamžiku, kdy se ukázalo, že četné pohledávky, na kterých je hodnota peněz závislá, mohou být nedobytné. Tyto náhlé ztráty ohrožily platební schopnost bank a vyžádaly si rychlý zásah států.

2.2 HOSPODÁŘSKÁ RECESE

Globální ekonomika je na všech úrovních propojená. V obdobích prosperity to přináší mnoho výhod a růst životní úrovně ve většině zemí. Tato provázanost má ale i své stinné stránky. Současná krize sice vypukla v USA, ale rychle zachvátila další zahraniční trhy a dosud nevíme, jak velké škody tato „nákaza“ napáchá.

Český trh zažívá v současné době těžké časy. Světová finanční krize a pokles zájmu nejen o „nové automobily“ udělaly s trhem své. Kouzlem tržní ekonomiky ale je skutečnost, že volný trh dává v podmínkách hospodářské recese největší šanci přežít ekonomicky schopným firmám a jednotlivcům. Ti méně zdatní ztratí svůj tržní podíl a někteří nepřežijí vůbec. Jde o tzv. ozdravný proces, jehož pomocí trh a s ním celá společnost předchází mnohem horším možným variantám vývoje.

Česká ekonomika je v recesi, a je tedy pochopitelné, že výrobci a prodejci optimalizují své náklady a přemýšlí, jak se co nejlépe přizpůsobit stávající situaci. Škrty v rozpočtu se proto dotknou celé řady divizí, útvarů či oddělení.

3. ZÁKLADNÍ ÚLOHA MARKETINGU V PODNIKU

Jedná se o funkci řízení, spočívající v organizování a usměrňování podnikových aktivit, které se týkají odhadu kupní síly zákazníka, její konverze na koupěschopnou poptávku po specifických výrobcích nebo službách, transformace výrobků nebo služeb dle představ

zákazníka a v dovedení výrobků a služeb k tomuto konečnému spotřebiteli nebo uživateli tak, aby byl dosažen cílový zisk nebo jiné podnikem stanovené cíle.

Jinými slovy marketing začíná odhadem potřeb spotřebitelů, pokračuje přes vytváření představy o produktech, hledáním vhodných dodavatelů (marketing na straně nákupu), usměrňováním výrobního procesu dle potřeb zákazníka při optimalizaci výrobních nákladů podniku, ve spolupráci s logistikou optimalizuje skladovací a odběratelské procesy a končí plným uspokojením potřeb zákazníka se zpětnou vazbou směřovanou zpět do podniku a vyhledáváním nápravných opatření.

Cílem marketingu je stálý prodej se ziskem (v tomto směru se shoduje stejně jako cíl podnikatele), zároveň však usiluje také o to, aby podnik vyráběl to, co zákazník potřebuje, nikoli aby prodal to, co má vyrobeno!

Efektivní a účelný marketing se vždy uplatňuje při tvorbě hodnot 5 základními procesy, tj. procesem:

- marketing managementu (řízení marketingových činností, procesů a využitelnosti výstupů na bázi hodnot),
- transakčního marketingu (efektivní adresná tvorba a výměna hodnot transakcemi),
- relačního marketingu (efektivní a účelné řízení vztahů se zákazníky na bázi hodnot – VCRM = Value Customer Relationships Management),
- marketingu konkurence a konkurenceschopnosti (identifikace hodnot, které v konkurenčním prostředí akceptuje zákazník a uživatel jako konkurenční výhody a tedy i motivy pro koupi ve svém nákupním chování a rozhodování),
- inovativní marketing (účelná a efektivní inovace hodnot požadovaných zákazníkem a procesů jak tyto hodnoty vyrobit a včas distribuovat k zákazníkovi, včetně inovace marketingové metodologie).

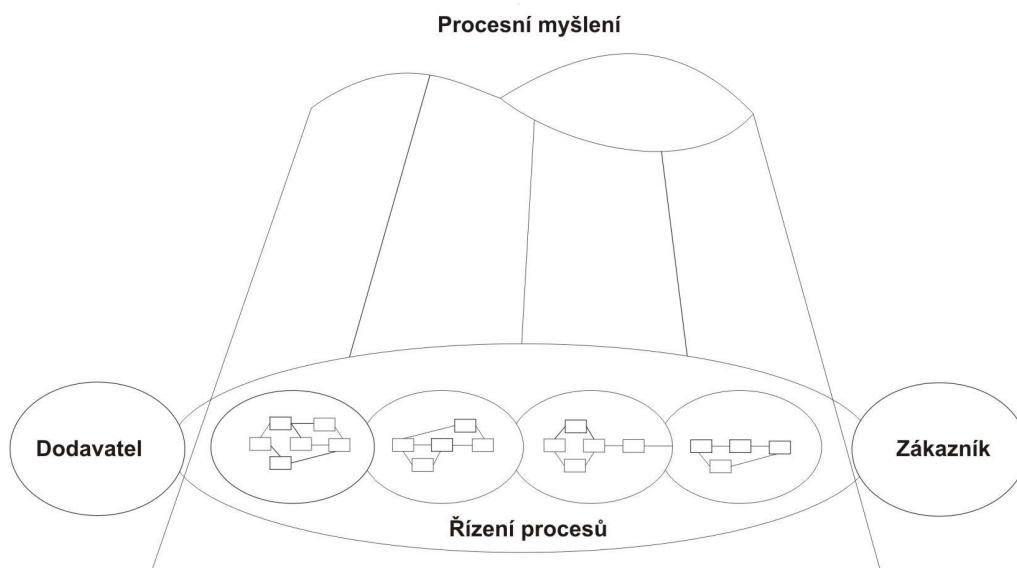
4. MARKETING JAKO AKTIVNÍ SOUČÁST ORGANIZAČNÍ STRUKTURY PODNIKU

Podniková struktura je mechanismus, který slouží ke koordinaci a řízení aktivit členů organizace. Smyslem podnikové struktury je rozdělení práce mezi členy organizace a koordinace jejich aktivit tak, aby byly zaměřeny k dosahování organizačních cílů podniku.

Vytvoření funkční organizační struktury není lehký úkol. Funkční organizační struktura by měla splňovat následující požadavky:

- Efektivně využívat činnost organizace a organizačních podsložek.
- Efektivně využívat zdroje.
- Přidělovat odpovědnost jednotlivým členům a skupinám členů organizace.
- Aktivně se přizpůsobovat změnám v okolí.

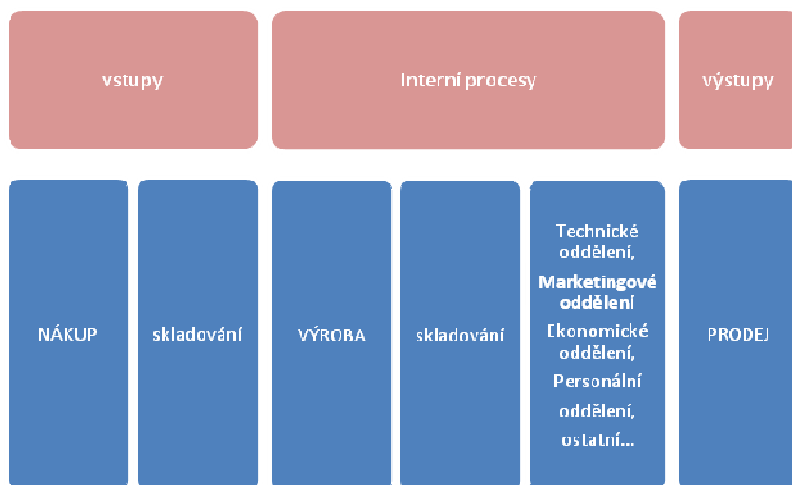
Podle typu, formy, chceme-li tvaru organizační struktury, můžeme odhadovat dynamiku či funkčnost podniku a procesy v podnikové struktuře.



Obrázek 1: Procesní myšlení v organizační struktuře podniku

4.1 MARKETING JAKO HORIZONTÁLNÍ PILÍŘ ORGANIZAČNÍ STRUKTURY PODNIKU

Marketing se postupem času v prostředí firmy adaptuje z polootevřeného oddělení na oddělení otevřené a mění se tedy i postavení v podniku z vertikálního útvaru na útvar horizontální.



Obrázek 2: Organizační struktura podniku

Polootevřeným oddělením rozumíme oddělení komunikující s útvary, nutnými pro funkčnost divize, pracující striktně na projektech souvisejících s produkty podniku.

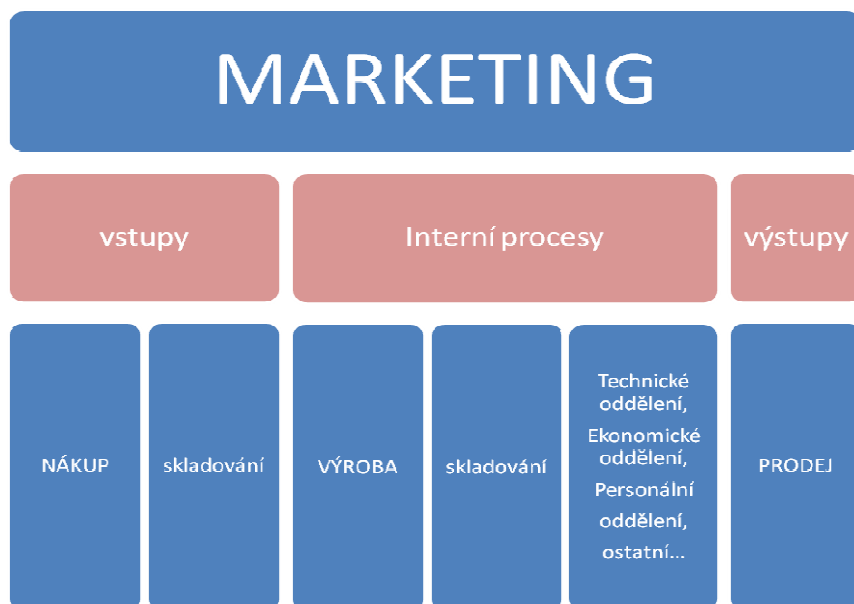
Otevřené oddělení rozumíme aktivní zapojení marketingového oddělení do podnikových procesů, tedy úzkou spoluprací se všemi podnikovými útvary (kromě běžného obchodního oddělení nejčastěji přibývá nákupní, výrobní, technické.) Rozsah marketingu se stále rozšiřuje a na základní činnost marketingu se nabalují další úkony, tím marketingové oddělení získává vyšší kompetence, ovlivňuje stále více procesů, se kterými běžně není přímo spojeno.

4.2 MARKETINGOVÉ AKTIVITY V HORIZONTÁLNÍ STRUKTUŘE PODNIKU

Marketingové prvky se dnes nachází

- jak na straně nákupu, kde komunikují s dodavateli na vstupu,
- tak ve výrobě, kde se podílí na modelování a výzkumu v závislosti na přáních zákazníků,
- tak v prodeji, kde se snaží uspokojit v rámci zákaznického servisu, obchodu navrhují výzkumem podložené návrhy na obchodní strategii,
- tak marketing ve spolupráci s logistikou ovlivňuje skladovací politiku firmy,

nemůžeme tedy namítat, že marketing se stává nedílnou součástí každé divize podniku, a proto se postupně nadřazuje, resp. prolíná do všech podnikových divizí.



Obrázek 4: Horizontální podoba marketingu v podniku

5. FINANČNÍ KRIZE IMPULSEM K MARKETINGOVÝM AKTIVITÁM MALÝCH A STŘEDNÍCH PODNIKŮ

Jak již bylo napsáno výše, české firmy prožívají „ozdravné“ období. Čas shonu, rychlých úvah a rychlých rozhodnutí je pryč. Ekonomika se zpomaluje, klesají objemy produkce, jazýčky vah mezi poptávkou a nabídkou se převážili k nabídce.

Podniky jak malé, střední či velké nadnárodní se dostávají do nových situací a mnohé z nich bojují o přežití. V mnoha firmách se můžete setkat s otázkou, jak je možné, že to přišlo tak rychle? Kde jsme udělali chybu? Naše výrobky jsou přece dobré, proč o ně není zájem? Tyto firmy dnes hledají pomocnou ruku a snaží se najít řešení, která by je vyvedla z blížícího se krachu.

Dle mého názoru malé a střední podniky resp. jejich management udělal zásadní chybu v tom, že v době expanze „nepotřeboval“ marketing, nepotřeboval a nechtěl investovat do podnikového článku, který je dnes strategickým pilířem v organizační složce každého podniku. (viz výše). Manažeři či obchodníci prodávali, na co si usmysleli, každý výrobek našel kupujícího. Pokud se firmy někdo zeptal v době expanze, zda realizovala výzkumy, zabývala se komunikací se zákazníkem, analýzou potřeb svých zákazníků a navrhla upgrade výrobků – většina těchto malých a středních podniků si „třukala“ na čelo, s komentářem proč? Na tyto věci nemáme čas! My máme problémy s dodáním, naše výrobky nestíháme vyrábět, my potřebujeme nové technologie, nové haly...

... tyto firmy jsou dnes otevřeny jakékoliv diskusi, protože dnes pochopili. Ještě lépe: vidí, že jejich nové stroje nemá kdo zaplatit, že nové haly jsou prázdné a jejich zaměstnanci ledabyly přerovnávají neodebrané výrobky či zboží. Obchodníkům se nedaří prodávat v objemech, ve kterých byli zvyklí, a jsou nervózní, protože nedosahují takových odměn a třeba nejsou schopni splácet své hypotéky. Management společnosti se hrozí krizových scénářů.

Živnostníci, drobní podnikatelé, v mnoha případech malé a střední podniky jsou během krize oproti velkým firmám v nesporné výhodě. Jejich podnikání je více flexibilní. Umožňuje tak provádět zásadní změny třeba i během několika týdnů, což je pro větší firmu prakticky nereálné. Tyto malé firmy rovněž nemívají tak „velké“ fixní náklady, takže při poklesu obrátu nemusí dojít např. k ohrožení splátky úvěru či mezd.

Marketing nabízí nový směr

Nakažené resp. firmy v „ozdravovacím procesu“ se dnes staví k celé problematice jinak. Jsou si vědomi svých špatných úsudků v minulosti a věří, že implementace nových postupů a přístupů, zavedení marketingových prvků a aktivit, reorganizace podnikové struktury a rozhodovacích procesů, mohou pomoci firmě dostat se z tíživé situace.

Po diskusi s některými majiteli či manažery společností dostávám následující reakce:

„Našli jsme cestu k marketingu a slavíme úspěch u našich stávajících zákazníků“

manažer firmy poskytující internet

„Nižší odbyt nám ukázal vlastní chyby v managementu a v procesech společnosti.“

ředitel společnosti vyrábějící plastová okna

„Dodavatel se mnou musí chtít spolupracovat a hledat společnou cestu“

manažer nákupu nábytkářské firmy

Vrátím-li se zpátky k dnešnímu postavení marketingu v podniku a jeho rozšiřujících se pravomocí je zřejmé, že právě marketingové oddělení, resp. marketingový manažer by měl

přinášet do podnikového myšlení nové přístupy, získávat informace z okolí podniku a přenášet je na jednotlivé divize, dle požadavků zákazníka navrhopvat jednotlivým oddělením úpravy produktů, s obchodním oddělením vytvářet obchodní strategii.

Tento výsledný efekt je však dlouhodobý proces pro firmy, které se marketingem a jeho aktivitami v minulosti vůbec nezabývali, nebo jej přímo odsuzovali jako zbytečnou „investici“.

Aby byla firma schopna znovu postavení se na „vlastní nohy“ je nutné provést řadu opatření:

a. Obstarat si kvalitní informace

- i. Pravidelně sledovat aktuální dění na trhu
- ii. Informace čerpat z důvěryhodných zdrojů
- iii. Nepodléhat milným informacím a vytvářet paniku
- iv. Rozhodovat se s rozvahou a na základě hlubšího porozumění situace

b. Chránit své úspory

- i. Udržujte si nutnou finanční zásobu pro případy nouze
- ii. Máte-li větší finanční úspory, hlídejte si inflaci

c. Zkoumat rizika

- i. Vyhledávejte rizika
- ii. Včasná prevence je levnější
- iii. Reálnými riziky mohou být změny v poptávce, cenách, nezaměstnanosti, inflaci, aj.

d. Snižovat své závazky a pohledávky

- i. Platební bilance Vašich partnerů nemusí být „růžová“
- ii. Věnujte pozornost pohledávkám
- iii. Hlídejte si své peněžní toky

e. Omezovat náklady na minimum

- i. Věnujte pozornost nákupním operacím
- ii. Vyhledávejte nové odběratele
- iii. Nepotřebné nákupy eliminujte

f. Nakupovat s rozumem

- i. Přehodnoťte své investiční plány
- ii. Vytvořte si novou tabulku hodnot
- iii. Abyste mohli investovat, podpořte svou propagaci
- g. *Zaměřit se na jádro podnikání*
 - i. Uvědomte si, jaký je váš podnikatelský záměr
 - ii. Porovnejte jej s tím co Vás v současnosti živí
 - iii. Eliminujte vedlejší činnosti
 - iv. Tlačte své silné stránky
 - v. Zvyšujte povědomí o firmě
- h. *Posilovat dobré vztahy s partnery*
 - i. Krizové situace prověřují nejen obchodní vztahy
 - ii. Méně práce znamená užší spolupráci
 - iii. „Ve dvou se to lépe táhne“ – hledejte spolupráci u obchodních partnerů

6. ZÁVĚR

Správně postavený marketing ve vazbě na procesní řízení v podniku získává dnes pro podnik a jeho aktivity daleko hlubší význam. Marketing jako neustále se rozvíjející progresivní obor, vyhledávající a reagující jako první na podněty z vnějšího prostředí podniku a implementující tyto podněty do dění firmy, získává strategické postavení v organizační struktuře podniku. Díky současné ekonomické situaci, recesi v ekonomice a s tím související procesní změny v podnicích posouvají marketing na úplný vrchol organizační struktury a stává se tak nedílnou součástí rozhodovacích procesů v podniku či jednotlivých divizích podniku.

Literature:

- Bělohávek, F., Košťan, P., Šuleř, O. Management, 1.vyd. Brno:Computer Press. 2006, 724 s. ISBN 80-251-0396.
- Capricornis Development, Procesní řízení, (online), citováno dne 15.1.2008.
http://www.capricornis.cz/index.php?p=procesni_rizeni
- Čichovský Ludvík, Marketing jako integrální součást tvorby hodnot v hodnototvorných sítích produkčních systémů (online) citováno dne 27. 3. 2006.
- http://www.marketingovenoviny.cz/index.php3?Action=View&ARTICLE_ID=4072
- Čichovský Ludvík, Proč používat procesní pojetí marketingu? (online), citováno dne 30. 1. 2006.

- http://www.marketingovenoviny.cz/index.php3?Action=View&ARTICLE_ID=3895
- Chlebovský V., CRM Řízení vztahů se zákazníky. Brno: Computer Press, 2005. 190s. ISBN 80-251-0798-1.
- Kaplan, Zrník, J. a kolektiv Firemní nákup a e-aukce, Praha. 2007, ISBN 978-80.247.2002-9.
- Kotler Ph., Armstrong G., Marketing. Praha: Grada Publishing, 2004. 856s. ISBN 80-247-0513-3.
- Kaplan, M. Konference PRO e-biz, konaná dne:31. 10. 2007
- Řepa V., Podnikové procesy. Procesní řízení a modelování. Praha: Grada publishing, 2007, 288s. ISBN 978-80-247-2254-8
- Šmída, F. Zavádění a rozvoj procesního řízení ve firmě, 1. vyd. Praha: Grada Publishing, 2007, 293 s. ISBN 978-80-247-1679-4.
- Tomek J. a kol., Řízení materiálového hospodářství v podniku, Praha, 1972
- ITIL, Procesní řízení, (online) citováno dne 15.1. 2008. <http://www.ital.cz/index.php?id=914>
- Tůma M., Procesní organizace (online) citováno dne 20. 1. 2008,
- <http://www.imp-plzen.cz>
- Jana Bohutínská, Rovné příležitosti v menších firmách? Krize situaci zhorší [online] podnikatel.cz [cit. 24. dubna 2009] Dostupnost:
<http://www.podnikatel.cz/clanky/rovne-prilezitosti-krize-stituaci-zhorsi/>
- Josef Janda, Finanční krize: vznik, vývoj a předpověď [online] měšec.cz [cit. 21. dubna 2009] Dostupnost: <http://www.mesec.cz/clanky/financni-krize-vznik-vyvoj-a-predpovedi/>
- Miloš Novák, Rezervy marketingu v době finanční krize [online] asociace.biz [cit. 24. dubna 2009] Dostupnost: <http://www.asociace.biz/novinky-marketing-v-dobe-krize.htm>
- Robert Vlach, Finanční krize [online] navolnenoze.cz [cit. 24. dubna 2009] Dostupnost: <http://navolnenoze.cz/zpravy/financni-krize/>

Reviewer:
Miroslav Merenda

Contact – email:
petr.skopal.st@vsb.cz

NĚKTERÁ KONKRÉTNÍ OPATŘENÍ ZAMĚSTNAVATELŮ V SITUACI “KRIZE”

MARTIN SOBOTKA

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Autor článku se zabývá praktickými důsledky krize v pracovním právu. Na konkrétních příkladech z praxe automobilových firem v kraji Vysočina ukazuje, jaké má krize projevy v kolektivních a pracovních smlouvách. Autor se dále zabývá některými souvisejícími interpretačními problémy, přičemž „krize“ v automobilovém průmyslu je chápána jako důvod změn, jako argument pro aplikaci dosud nepoužitých institutů zákoníku práce a především jako interpretační rámec pro výklad práva.

Key words in original language:

Pracovní smlouva; kolektivní smlouva; nezaměstnanost; krize v automobilovém průmyslu; odstoupení v pracovněprávních vztazích.

Abstract:

The author of the article is engaged in functional consequences of the crisis in labour law. He demonstrates the concrete examples of automotive industry practice in Vysočina region as a result of crisis expressed in collective agreements and contracts of employment. The author also deals with the related problems of interpretation when the crisis of automotive industry is understood to be the reason for a change, the argument for an application of unused juridical institutes of the labour code, and the interpretative frame for the interpretation of the law.

Key words:

Contract of employment; collective agreement; unemployment; crisis of automotive industry; avoidance of contract in employment relationship.

1. ÚVOD

Častým tématem nejrůznějších konferencí a porad, debatních kroužků či odborných článků, publicistických pořadů i dalších mediálních sdělení je v posledním půlroce ekonomická krize. Slýcháme o světové finanční krizi, krizi finančního trhu nebo krizi v automobilovém průmyslu. Účelem tohoto příspěvku je ukázat, jaké má argument krize praktické důsledky v pracovněprávních vztazích, resp. jaká opatření se v souvislosti s krizí během posledního roku přijímají.

2. METODOLOGICKÁ POZNÁMKA

Jelikož má být tento článek především obrazem živoucí praxe, vybral jsem konkrétní případy zaměstnavatelů působících v automobilovém průmyslu v kraji Vysočina. Nejedná se při tom jen o ojedinělé příklady. K postupům dále pospaným se uchylují všichni zaměstnavatelé jedné – na Vysočině dosti významné – průmyslové oblasti. Jde o zaměstnavatele operující v oblasti automobilového průmyslu, kteří zaměstnancům poskytují mzdu (nikoli plat). V centru kraje, v Jihlavě sídlí přes 20 obchodních společností zabývajících se produkcí pro automobilový průmysl. Mezi největší patří společnosti Bosch Diesel s. r. o., Automotive Lighting s. r. o.,

Tesla Jihlava a. s. nebo Motorpal Jihlava a. s.¹. V úhrnu zaměstnavatelé působící v této oblasti zaměstnávají přes 15 tisíc lidí z celého regionu Vysočina. K tomu bych chtěl podotknout, že situace v jiných krajích může být jiná a stejné instituty se mohou interpretovat nebo aplikovat odlišně, ale i konkrétní a kazuistické příklady mohou vést k obecným závěrům.

3. KRIZE

Podrobnější ekonomická analýza by patrně ukázala, zda skutečně máme hovořit o krizi v celospolečenském měřítku. V aktuálním čase a prostoru je použití slova „krize“ bezpochyby kontextuální a ve značné míře zatíženo mediálním vlivem – k tomu, aby byly naplněny rysy krize, by muselo zřejmě dojít ještě k daleko hlubším změnám v objektivních rysech ekonomiky i v subjektivním jejím vnímání subjekty práva; to ovšem neznamená, že takové objektivní projevy a osobní vnímání v brzké budoucnosti nepřijdou. Každopádně řada ekonomických a statistických zjištění dokladuje, že současná situace má skutečně výrazně negativní dopady na český průmysl.

Vývoj automobilového průmyslu ve 4. čtvrtletí 2008 i v prvním čtvrtletí roku 2009 se vyznačoval prudkým poklesem produkce, tržeb a zakázek, který zároveň provázal i pokles počtu zaměstnaných osob a produktivity práce. V současnosti můžeme říci, že jde již o dlouhodobější trend². Růst byl zaznamenán pouze u mezd, a to jen v dílčích ohledech. Podle Českého statistického úřadu³ je hlavním faktorem ovlivňujícím pokles průmyslu propad zahraniční poptávky, který je znát především v automobilovém průmyslu. Na Vysočině přitom platí, že právě automobilový průmysl dlouhá uplynulá léta přispíval k enormnímu růstu průmyslové produkce, k nárůstu zaměstnanosti, mezd a migrace zaměstnanců za prací do vybraných lokalit. V současnosti tedy propad v automobilovém průmyslu představuje také hlavní důvod poklesu výsledků v celém regionu. Situaci dokreslují některé ukazatele nezaměstnanosti v místě podnikání největších zaměstnavatelů (viz tabulka č. 1).

Tabulka č. 1:

Vybrané ukazatele nezaměstnanosti v prvním čtvrtletí roku 2009 v okrese Jihlava

Ukazatel	Leden 2009	Únor 2009	Březen 2009
Míra nezaměstnanosti	4,6 %	8,0 %	8,6 %

¹ Mezi významné dodavatele pro automobilový průmysl dále patří společnost Zexel Valeo Compressor Europe s.r.o.

² Český statistický úřad: Analýza vývoje průmyslu v 1. až 4. čtvrtletí 2008; <http://www.czso.cz/csu/>; nebo srov. další zveřejněné výsledky ČSÚ

³ Český statistický úřad: Analýza vývoje průmyslu ve 4. čtvrtletí 2008 a v roce 2008, <http://www.czso.cz/csu/csu.nsf/informace/cpru021109analyza09.doc>

Počet volných pracovních míst	1 182	225	226
Počet uchazečů na jedno volné pracovní místo	2,7	22,8	24,2

Situace u podnikatelů v průmyslu by se nejlépe dala charakterizovat nejistotou. V automobilovém průmyslu podléhají obchodní závazkové vztahy poměrně striktním předem daným pravidlům a dodavatelé v tomto průmyslovém odvětví nemají rozhodně velký prostor pro vyjednávání s objednateli⁴. Režim vztahů mezi automobilkou a jejími dodavateli je obvykle nastaven tak, že dodavatel má potvrzené objednávky pouze na krátkou dobu, která rozhodně nepřesahuje měsíc či dva, a v situaci, kdy tyto krátkodobé zakázky neustále klesají, musí dodavatel flexibilně reagovat na pokud možno všechny (nerovnoměrné a jednostranně měněné) požadavky automobilek, aby vůbec udržel nějaký odbyt. Mlhavé předpovědi automobilek spolu se skeptickými statistikami a mediálními předpověďmi dodavatele nutí přijímat restriktivní opatření – snižovat náklady, zmenšovat objem investic, omezovat vývoj, atd. Dodavatelé - zaměstnavatelé ve snaze udržet kladný hospodářský výsledek, případně aby vůbec přežili období krize, hledají úsporu také v oblasti pracovních vztahů. Navenek nejpatrnějším projevem krizového období je snižování počtu zaměstnanců. Tato doba však může představovat prostředí pro uplatnění mnohých dalších institutů zákoníku práce, konta pracovní doby, speciálních rozvržení pracovní doby, zvláštních dohod, např. o splátkách odstupného atd.; u některých zaměstnavatelů dochází k dramatickým strukturálním změnám. Ačkoli tedy následující řádky budeme věnovat jen vybraným úpravám kolektivních a pracovních smluv, neznamená to, že je výčet opatření vyčerpáný.

4. ÚPRAVY KOLEKTIVNÍCH SMLUV

První výslovné projevy krize v pracovních vztazích můžeme zaznamenat na sklonku roku 2008, kdy se do kolektivních smluv (se souhlasem odborových organizací) dostala ustanovení omezující podmínky pro výplatu různých odměn, příplatků a prémie. Výplata těchto nezaručených složek mzdy se mnohdy nově vázala na hospodářské výsledky (celého) zaměstnavatele. Zároveň se v kolektivních smlouvách připravovaly podmínky pro hromadnou úpravu pracovní doby (například se zavádí zvláštní modely rozvržení pracovní doby), aby případné očekávané mnohadenní odstávky byly pro zaměstnavatele co nejméně nákladné (došlo pro příklad k určení čerpání dovolené právě na dny odstavek, které zaměstnavatel předem určil nebo mohl určit). V kolektivních smlouvách se dále setkáváme s dalšími obecnými ujednáními, která zaměstnavateli umožňují dosáhnout zmiňované flexibility při snižování nákladů (alespoň tak to bývá ze strany zaměstnavatele interpretováno). Typickým příkladem může být sjednaná možnost zaměstnavatele vyplácet náhradu mzdy v době, kdy je nucen omezit činnost pro nedostatek odbytu:

Odborová organizace souhlasí s tím, že po dobu od 1. 1. 2009 do 30. 6. 2009 může zaměstnavatel uplatnit vůči zaměstnancům, pro které z důvodů dočasného omezení odbytu (ostatních překážek na straně zaměstnavatele dle § 209 ZP) nemá práci, náhradu mzdy ve výši

⁴ Obvyklé je použití standardů VDA (pro Německo), AIAG (pro USA), EAQF (pro Francii), AVSQ (pro Itálii), přičemž dodavatelé jsou nuceni aplikovat systémy managementu kvality, zejména podle ISO/TS 16949:2002 nebo ISO 9001:2000 a přistoupit na řadu nevýhodných dodacích podmínek.

60 %, maximálně však v rozsahu čtyř směn v kalendářním měsíci. Při jakýchkoliv jiných překážkách nebo uplatnění nad rámec čtyř směn v měsíci je třeba případnou náhradu mzdy písemně dohodnout s odborovou organizací.

Ujednání je formulováno tak, aby zaměstnavatel mohl uplatnit § 209 i jen vůči některým zaměstnancům, a všimněme si, že je také oprávněn uplatnit náhradu mzdy plánovaně kdykoliv během určitého období. Můžeme se ptát, zda je takto univerzálně formulované ujednání v kolektivní smlouvě platné, resp. zda by zaměstnanec neuspěl se svým subjektivním právem na doplatek mzdy do 100 % průměrného výdělku v situaci, kdy je dočasnost omezení odbytu stanovena a priori (tzn. bez návaznosti na konkrétní skutečnost) na půlroční období. Ale právě v této souvislosti je možné poukázat na signifikantní význam krize, který přispívá k tomu, že tendenční nebo paušální použití institutu náhrady mzdy vnímají všechny zúčastněné strany jako normální, resp. účelné. V době krize dochází k takové aplikaci a interpretaci práva, která ospravedlňuje prostředky vedoucí k vyšším cílům (ke kolektivním, veřejným zájmům). Jde samozřejmě o mýtus vyššího cíle, ale vyděšeným odborovým organizacím se může jevit přežití zaměstnavatele pod tíhou každodenních projevů krize důležitějším (vyšším) zájmem, který je nutno upřednostnit před zájmem několika jednotlivců. Proto s úpravou kolektivních smluv v neprospěch zaměstnanců souhlasí. Obdobně uvažuje patrně úřad práce (v našem případě Úřad práce v Jihlavě), když prakticky ve všech případech zaměstnavatelů, u nichž odborová organizace nepůsobí, osvědčí důvody tzv. částečné nezaměstnanosti s možností poskytovat náhradu mzdy ve výši 60 % průměrného výdělku, pokud o to tito zaměstnavatelé požádají a prohlásí, že nemají zakázky. Na otázku, jestli je takový postup správný, by patrně jinak odpověděl zaměstnavatel postižený krizí a jinak zaměstnanec postižený úsporným opatřením, kterého nejistota zužuje možná více než zaměstnavatele.

5. DODATKY K PRACOVNÍM SMLOUVÁM

Patrně nejzásadnějším opatřením ze strany zaměstnavatelů, v němž vrcholí tlak na zaměstnance (a jeho autonomii vůle), je změna pracovního poměru směřující ke zkrácení pracovní doby vyjádřená dodatkem k pracovní smlouvě. Zaměstnanec je postaven před možnost takový dodatek nepodepsat (a počítat s tím, že za nedlouho obdrží výpověď z pracovního poměru pro nadbytečnost), nebo dodatek podepsat a smířit se s negativními důsledky s tím souvisejícími, zejména se snížením mzdy o jednu pětinu a všech souvisejících plnění. Výhodu tohoto řešení zaměstnavatelé vidí především v tom, že nemusí propustit klíčové zaměstnance (udrží zaměstnanost), přičemž efekt dočasného snížení nákladů je také dosažen (srov. § 79 a 80 zákoníku práce). U automobilových firem, které navrhly zaměstnancům zkrácení pracovní doby, se v dodatku k pracovní smlouvě objevilo toto ustanovení:

Po vzájemné dohodě smluvních stran se v souladu s § 80 zákoníku práce mění pracovní smlouva tak, že se zkracuje týdenní pracovní doba na 30 hodin týdně, přičemž je zaměstnavatel zavázán nově rozvrhnout zaměstnanci pracovní dobu. Zaměstnanec obdrží za vykonanou práci mzdu, včetně jejích jednotlivých složek, ve výši odpovídající takto zkrácené pracovní době.

Zajímavé je, že zaměstnavateli je dána možnost rozvrhnout podle tohoto ujednání pracovní dobu (oproti rozvržení mnohdy dohodnutém v pracovní smlouvě) do pěti nebo i do čtyřech pracovních dní. Můžeme v této souvislosti opět připomenout, že interpretujeme-li ustanovení v době krize, tedy účelově a otevřeně, může být přednostním zájmem umožnit zaměstnavateli

reagovat v nejvyšší možné míře na proměňující se situaci na trhu (argumentem zaměstnavatele, který inicioval uzavření uvedeného dodatku k pracovní smlouvě, je nutnost dosáhnout „flexibility“, což není nic jiného než větší prostor pro manévrování). V současnosti se v regionu Vysočina uplatňuje rozvržení pracovní doby do čtyř pracovních dnů v týdnu; některé firmy nepracují v pondělí (protože jejich mateřské nebo spřízněné firmy v Německu taktéž v tento den nepracují), jiné nepracují v pátek. Uvedený dodatek má samozřejmě vliv také na výměru dovolené na zotavenou, na zákonné odvody, včetně dopadů na výši starobního důchodu, nebo i na nárok na stravenku. Dílčím úspěchem odborových organizací, případě i jednotlivých zaměstnanců je omezení účinnosti tohoto opatření na dobu určitou, zpravidla takto:

Pracovní doba zkrácená podle tohoto dodatku platí od 01.03.2009 do 31.08.2009, kdy tento dodatek pozbývá účinnosti a pracovní doba se obnovuje v původní délce.

Omezením účinnosti dodatku se však právní vztah komplikuje a vzniká několik interpretačních problémů. Zaměstnanci si kladou zejména otázku, jak vysoké bude odstupné v případě, že pracovní poměr (výpovědi zaměstnance nebo i zaměstnavatele) skončí v době účinnosti dodatku. Na místě je i otázka, jak tomu bude, když výpovědní doba uplyne až později (srov. ustanovení § 354 zákoníku práce, které za rozhodné období pro výpočet průměrného výdělku považuje předchozí kalendářní čtvrtletí; odstupné je násobkem průměrného výdělku). Někteří zaměstnavatelé se proto s odborovou organizací dohodli, že po dobu účinnosti zkrácené pracovní doby nepřistoupí k hromadnému propouštění, což však nevyklučuje běžné výpovědi pro nadbytečnost do limitu uvedeného v ustanovení § 62 odst. 1 zákoníku práce⁵. Ve snaze vylepšit právní pozici zaměstnanců praxe zareagovala institutem, jehož použití je v pracovněprávních vztazích přinejmenším sporné. Dodatek k pracovní smlouvě byl doplněn o právo zaměstnance na odstoupení takto:

Zaměstnanec má právo odstoupit od dohody obsažené v tomto dodatku v případě, že obdrží od zaměstnavatele výpověď z důvodu nadbytečnosti podle ustanovení § 52 písm. c) zákoníku práce.

U některých zaměstnavatelů bylo právo na odstoupení rozšířeno i na případy skončení pracovního poměru podle ustanovení § 52 písm. a) a b) zákoníku práce. V této souvislosti bychom patrně měli zmínit zásah Ústavního soudu, který měl přispět k větší právní jistotě⁶ a kterým byl vypuštěn přímý odkaz na použití ustanovení § 48 občanského zákoníku (tj. ustanovení upravující možnost odstoupení od smlouvy, pokud si to účastníci dohodnou). Nález Ústavního soudu byl uveřejněn pod č. 116/2008 Sb. a obsahuje podrobné odůvodnění, proč není možné použít institut odstoupení (odstoupení od pracovní smlouvy). Institut odstoupení se v zákoníku práce objevuje pouze v souvislosti s dohodou o odpovědnosti a konkurenční doložkou (srov. § 253, 254, 256 a 310 zákoníku práce). Jak máme tedy interpretovat institut odstoupení, je-li sjednán dohodou smluvních stran v dodatku k pracovní

⁵ Negativní dopady skončení pracovního poměru v době účinnosti dodatku spočívající ve snížení odstupného se někteří zaměstnavatelé snaží kompenzovat nabídkou adresovanou všem zaměstnancům na poskytnutí 5,6 násobku odstupného v případě uzavření dohody o ukončení pracovního poměru, což se stejně nevyrovná plnění, které by zaměstnanec obdržel, kdyby byl na zkrácení pracovní doby nepřistoupil.

⁶ srov. odůvodnění Nálezu Ústavního soudu uveřejněného ve Sbírce zákonů pod č. 116/2008 Sb.; položka 14. a následující

smlouvě? Ústavní soud zrušil mimo jiné ustanovení § 4 zákoníku práce, které říkalo, že občanský zákoník nelze použít, pokud to zákoník práce výslovně nestanovil. Dojdeme tedy nejspíš k závěru, že se subsidiárně nakonec stejně bude aplikovat občanský zákoník tak, aby institut odstoupení mohl být uplatněn (ve prospěch zaměstnance), přestože zákoník práce (po zásahu Ústavního soudu) neobsahuje výše citovaný odkaz na obecnou občanskoprávní úpravu. V této situaci totiž nejde o zpětné zrušení pracovního poměru, ale o změnu, která má zajistit zaměstnanci taková plnění, jichž by dosáhli, nebyť zkrácení pracovní doby. A tedy institut odstoupení je v tomto smyslu na místě. Zaměstnavatelé k tomu dodávají, že důvodem pro změnu a nestandardní úpravu je právě krize.

Budeme-li zkoumat účinky odstoupení, můžeme se dostat ještě do spleťtějších komplikací, zvláště pokud dodatky k pracovním smlouvám obsahují upřesnění toho, co se stane, když zaměstnanec od dodatku odstoupí (např. takto: Tento dodatek v tom případě zaniká dnem, kdy bylo odstoupení od této dohody doručeno zaměstnavateli, není-li v odstoupení od této dohody uveden den pozdější.). A aby toho nebylo málo, je možné poukázat ještě na jedno ustanovení, které také ve všech dodatcích k pracovní smlouvě najdeme:

Pro případ, že dočasně pominou důvody, pro které zaměstnavatel nebude moci přidělovat zaměstnanci práci v rozsahu týdenní pracovní doby, tj. dočasné omezení odbytu jeho výrobků nebo omezení poptávky po jím poskytovaných službách před 31.08.2009, má zaměstnavatel právo vyzvat zaměstnance k nástupu do zaměstnání v rozsahu stanovené pracovní doby, a to ve lhůtě nejméně 5 kalendářních dnů před požadovaným nástupem. Zaměstnanec je povinen této výzvě vyhovět.

Účelem této formulace je dát zaměstnavateli možnost opět obnovit stanovenou týdenní pracovní dobu, získá-li zakázky, v původním rozsahu, což není nic jiného než odstoupení od dodatku tentokrát ze strany zaměstnavatele s účinky *ex nunc*! Myslím, že není nutné dále zdůrazňovat, jak složité bude pro zaměstnavatele (jeho mzdovou účtárnu), pro zaměstnance i pro další zainteresované osoby správně všechny varianty výše uvedených dohod interpretovat a správně určit dopady na pracovní dobu, dovolenou nebo mzdu a zákonné odvody – má-li dojít nebo došlo-li k odstoupení od dodatku k pracovní smlouvě.

6. ZÁVĚR

V popisovaných případech si zaměstnavatelé operující v oblasti automobilového průmyslu v kraji Vysočina vybrali ze zákoníku práce právní význam, který podle jejich výkladu odpovídal projevům aktuální ekonomické krize. Snaha přizpůsobit účelovým výkladem rigidní text zákona skokově se měnící situaci, zvláště jde-li o složitý vztah dvou kodexů, však vedla spíše ke zmatení. Krize prezentovaná jakožto právní skutečnost v tomto smyslu představuje interpretační rámec pro změny v pracovně právních vztazích a vede k nesprávné (komplikované a tendenční) aplikaci institutů zákoníku práce. Zákoník práce byl jakožto soukromoprávní norma pochopen jako jakási množina (pole) možných významů, z nichž je možno vybrat to, co se právě hodí. Ovšem taková interpretace účelově odůvodněná argumentem nutnosti je nesprávná a tendenční, neboť význam krize není relevantní pro aplikaci práva. Nevhodná smluvní úprava, podle které lze jednostranným úkonem, byť kterékoliv ze smluvních stran, prakticky kdykoliv (nikoli ke konci měsíce) změnit existující stav, vede k výkladovým obtížím jak z hlediska soukromého práva, tak z hlediska práva veřejného (v oblasti důchodového pojištění a sociálního zabezpečení). Kroky zaměstnavatele a zaměstnance směřující k zajištění budoucnosti vedou tedy paradoxně spíše k právní nejistotě a představují jednu z hlavních příčin možných sporů.

Literature:

- Eco, Umberto: Meze interpretace, nakladatelství Karolinum, Praha 2004, ISBN 80-246-0740-9
- Jakubka, Jaroslav: Zpráva o stavu zákoníku práce po nálezů Ústavního soudu - dokončení, Práce a mzda č. 12/2008, vydavatelství ASPI, 2008, str. 21
- Kahle, Bohuslav; Vysokajová, Margerita; Doležilek, Jiří: ASPI - Zákoník práce s komentářem, 2. aktualizované vydání, nakladatelství ASPI, 2008, ISBN 978-80-7357-327-0
- Smejkal, Ladislav: Zákoník práce a jeho změny ve světle nálezů Ústavního soudu, Právní rádce č. 4/2008, vydavatelství ECONOMIA, 2008, str. 48 – 51, ISSN 1210-4817

Reviewer:

Tatiana Machalová

Contact – email:

msobotka@centrum.cz

GLOBAL ECONOMICAL CRISIS AND ACCOUNTANCY STANDARDS

MAREK ŠIMÁK

Brno University of Technology, Faculty of Business and Management, the Czech Republic

Abstract in original language:

Hospodářská krize odhalila nedostatky v účetních metodách používaných finančními institucemi například v spojených státech se ozývají hlasy žádající změnu metod poživených při zaúčtování nelikvidních aktiv změna metod by měla pomoci zlepšit vypovídající schopnost účetnictví. Panuje přesvědčení že účetnictví používající mark-to-market postup při zaúčtování je adekvátní v případě aktivních účtu ale je nevyhovující v případě nelikvidního trhu.

Key words in original language:

IFRS - Mezinárodní standardy účetního výkaznictví; IASB - mezinárodní výbor účetnických standardů; IAS - Mezinárodní účetní standardy; SEC - US komise obchodování s cennými papíry ; NASBA - Národní asociace státního výboru pro účetnictví; NYSSCPA - The New York státní sdružení certifikovaných účetních-

Abstract:

The crisis unveiled discrepancies within the accountancy methods used by financial institutions for example in the US there are voices calling for a change in the way the financial institutions account for illiquid assets to help stem the financial crisis. There is a believe that mark-to-market accounting is totally appropriate for tradable assets in a liquid market, however there are opinions that in illiquid market, fair value accounting is problematic.

Key words:

IFRS - International Financial Reporting Standards; IASB - International Accounting Standards Board; IAS - International Accounting Standards; SEC - U.S. Securities and Exchange Commission; NASBA - The National Association of State Boards of Accountancy; NYSSCPA - The New York State Society of Certified Public Accountants

One of the striking features of this financial crisis and of the severe global recession which it has caused is how much they have surprised us, how poor we have been at foreseeing even the short-term future.

With a few noteworthy and commendable exceptions, most apparent experts – central bankers, regulators, treasury officials, academic economists and bankers themselves – did not recognize, in the boom years up to 2007, that we were heading for disaster. Indeed the record is full of expert speeches explaining how financial innovation had dispersed the holding of credit risks and increased financial resilience. The financial institutions ignored altogether the basis of conservative approach towards lending money and started to provide loans without a sufficient guarantee,

What is surprising is how poor was our predictive ability even once we were a year into the financial crisis, in summer and autumn 2008.

Very few foresaw in early September 2008 that between 15 September and 10 October the global money market would seize up almost completely, forcing major banks across the world to rely on central bank liquidity support and government recapitalization for survival. The world seemed to change in four weeks. The financial institutions had huge amounts of money deposited in loans, stocks and other financial products which price was artificially over estimated.

Most of us have been surprised how long it has taken to restore confidence in the global banking system given the huge public interventions and the clear commitment, confirmed by action, that after Lehman Brothers no other systemically important bank or investment bank will be allowed to fail, for if the chain of bankruptcies' continued then the impact would be devastating.

The IMF World Economic Outlook of October 2008 was still forecasting 3% global growth in 2009 and a return to 4.7% to 2010: the latest forecast is a global contraction of 1.3% in 2009 and global growth of 1.9% in 2010. In October Japan was still anticipated to grow 0.5% in 2009: the forecast is now a contraction of 6.25%. We knew that the financial crisis would hit economies with large financial sectors, but most experts did not anticipate, even six months ago, how big the impact would be on global trade and on manufacturing demand and output. The crisis demonstrated the fragility of the financial institutions and uncovered many faulty practices deeply rooted in the system. The regulators in the US and EU are considering the introduction of new set of laws and regulations in order to rectify the situation.

The crisis has therefore brutally illustrated two facts which we should always have known, but which were easy to ignore in what seemed like the golden years of the Great Moderation.

First that banking systems, because they perform maturity transformation – lending long and borrowing short – depend crucially on confidence in banks and between banks, which if lost can take a long time to recover. And that the most important risks in banking are systemic not idiosyncratic: illiquidity in one bank or securitised credit market having potential impacts on the behaviour and liquidity of others, lack of confidence in one bank or securitised credit market potentially draining confidence and liquidity from others.

And second, that if the banking system is impaired huge economic loss can result. Ben Bernanke's 'Essays on the Great Depression' illustrates the pivotal role that banking system failure played, alongside the collapse in nominal demand, in creating the Great Depression. Recent IMF research illustrates that recessions which followed banking crisis were on average much deeper and longer lasting than those where banking failure was absent. And the historic lessons from crises, focused on classic on-balance sheet banking, apply perhaps even more so in a system characterized by a significant role for securitized credit. The potential for irrational exuberance and then irrational despair is inherent in all financial markets, rooted in collective action problems, principal agent relationships, and human psychology. But whereas the market economy seems able to absorb without too great harm a boom and bust in, for instance, a large element of the equity market – e.g. the internet boom of 1996 to 2001 – irrational exuberance and then reversal in the price of securitized credit held on the trading books of banks is far more disruptive.

Those lessons carry major implications for the future regulation of the banking and credit intermediation system.

The crisis faces us with two key challenges:

how best to manage the macro economy in the short term, minimizing the scale and depth of the recession; and how to create a more robust banking system for the future.

The answer to the first lies partly in macroeconomic policy, action to maintain nominal demand through fiscal policy, classic monetary policy and if necessary quantitative easing. It also requires action to accelerate the return to health of the banking system, where by health we mean not just the absence of failure, but the ability to extend sufficient credit to the real economy. That has required a mix of recapitalization, funding guarantees and tail risk insurance, informed by stress tests which deliberately consider future scenarios more severe than we expect to arise. The purpose of stress tests indeed is to inform policy decisions on bank support packages which ensure that the stress scenario never in fact occurs.

The crisis unveiled discrepancies within the accountancy methods used by financial institutions for example in the US there are voices calling for a change in the way the financial institutions account for illiquid assets to help stem the financial crisis. There is a believe that mark-to-market accounting is totally appropriate for tradable assets in a liquid market, however there are opinions that in illiquid market, fair value accounting is problematic. It is perhaps exacerbating problems Many banks blame fair value accounting, also known as mark-to-market, which requires assets be valued at market prices, for billion of dollars in write-downs on mortgage assets in the subprime crisis. But for illiquid mortgage assets, banks have to value assets at fire- sale prices in the market turmoil, but may not plan to sell the assets now and their value could grow in the future. In EU the situation differs from the US the EU has relaxed mark-to-market accounting to ease requirements for marking down investment to help banks have more healthy balance sheets.

What the European Union has done is to moderate some effects of fair value accounting in illiquid market circumstances. This is what has not been done in the US thus contributing to the current problems. The international account standards represent a factor which can in future prevent the repetition of the current crises.

Thanks to the severity and longevity of the global financial crisis, progress toward U.S. conversion with international financial reporting standards (IFRS) appears to be slowing, and support for the change seems to be cooling despite criticism that the different standards applied were the reason behind huge financial losses of the financial institutions in the US.

Some recent comments filed with the SEC protest moving forward with IFRS in the U.S. in the current economic climate.

Others noted challenges with the road map for implementation proposed last year by the SEC. The commenter's all expressed support for a single, comprehensive set of international accounting standards, but many said the SEC's proposed road map would either not further that goal, or would in fact inhibit the achievement of a global set of standards. Therefore a discussion between the relevant parties must take place in order to determine common approach and to provide a frame work in which all the parties can provide their suggestions.

These opinions surfaced after the SEC extended its comment deadline on the proposed road map until April 20. The SEC issued the road map on November 14. The proposal would set

2011 as the date for the SEC to decide whether to phase in IFRS in the U.S., with large, midsize, and small public companies adopting it in 2014, 2015, and 2016, respectively.

The Financial Accounting Standards Board and its parent organization also told the SEC to take it slow, recommending the creation of an advisory committee to study the issue.

The New York State Society of CPAs said in its comments submitted on the 5th of March that “it would be reasonable to conclude that the monetary and human capital costs of the transition to IFRS could be burdensome to entities with limited resources and prohibitive for some smaller entities, even over a period of many years.”

Because of the NYSSCPA said “due consideration should be given to the ability of market participants to institute a change as costly and pervasive as the adoption of IFRS.” The society recommends the SEC focus on narrowing the differences between IFRS and U.S. generally accepted accounting principles (GAAP) before moving to a decision to impose mandatory adoption. The extra cost of enforcing IFRS will present a financial burden to many companies specially the small companies, thus the financial aspect is considered as the main obstacle

Despite these comments, NYSSCPA said eligibility for early adoption should be broadened because the current plan may not facilitate ultimate adoption by all.

The SEC’s road map would allow early adoption by the 20 largest U.S. companies with an international presence in their industries and who already must comport most of their financial reports in other countries with IFRS.

Several other commenter’s echoed the theme of financial crisis and poor financial position of many companies, both of which could make a required IFRS conversion ill-timed.

Others pointed out that altering the timing may be enough to permit conversion to proceed. The consultancy company Ernst & Young comments indicated that it “fully supports” the proposed road map. However, the current schedule might not leave enough time for 2014 implementation by the largest companies.

E&Y suggested reducing the number of years for which companies must provide reconciliations between IFRS and U.S. GAAP prior to 2014, or consider delaying the 2014 start date for large filers if experience after 2011 shows problematic transition issues.

The National Association of State Boards of Accountancy (NASBA) stated that there may be constitutional issues for non-public companies if the U.S. adopts IFRS standards. U.S. GAAP currently applies to both public and non-public companies in the U.S. NASBA said if the SEC adopts IFRS for public companies it is unclear what will result for private companies, or non-issuers.

Financial reporting standard-setting for non-issuers is a state right, not a federal one, NASBA pointed out. “It is not likely that the states would accept the IASB (International Accounting Standards Board), a non-U.S. organization, as the one to set standards for U.S. non-issuers.”

NASBA recommended that FASB and IASB should continue their convergence efforts “rather than move towards adoption of or transition to IFRS.” Adopting IFRS outright could reduce FASB to a “rubber stamp” operation, NASBA said, noting that FASB and IASB have

been vital in developing high-quality financial reporting in the U.S. and “should be continued in their present roles of setting financial reporting standards for U.S. issuers and non-issuers.”

A report issued by the Financial Executives International’s Financial Executives Research Foundation (FERF) and Resources Global Professionals concurs that early adoption may be difficult due to road map constraints. “International Financial Reporting Standards: A Project Plan for U.S. Companies” included input by 30 U.S.-based public companies. It noted that whether the SEC decides in 2011 to make IFRS adoption mandatory will be a crucial milestone.

Literature:

- http://en.chinagate.cn/features/financial-crisis/2008-11/18/content_16782784.htm
- <http://www.accountantsworld.com>
- http://www.nytimes.com/2009/04/03/business/03fasb.html?_r=1
- [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=929561-](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=929561)
- <http://books.google.com/books?hl=cs&lr=&id=c2OSWhLjzJkC&oi=fnd&pg=PP11&dq=Bernanke+>

Reviewer:

Marek Kaiser

Contact – email:

marek.simak@seznam.cz

ŘEŠENÍ DŮSLEDKŮ HOSPODÁŘSKÉ KRIZE VE VÝMARSKÉ REPUBLICI A TŘETÍ ŘÍŠI

JAROMÍR TAUCHEN

Faculty of Law, Masaryk University Brno, the Czech Republic

Abstract in original language:

Cílem tohoto příspěvku je rozebrat dopad hospodářské krize a její řešení ve Výmarské republice a Třetí říši. Autor se v první části zabývá především deliberalizací finančního trhu v Německu a zavedení státního dohledu nad ním, ke kterému došlo právě v důsledku této krize. Druhá část se pak věnuje především opatření, které národní socialisté zavedli ke snížení nezaměstnanosti, což bylo klíčové opatření pro boj s hospodářskou krizí.

Key words in original language:

Hospodářská krize; finanční krize; Německo; Třetí říše; Výmarská republika; dohled nad finančními trhy; deliberalizace.

Abstract:

The purpose of this article is to analyze consequences of the Great Depression and the way this crisis was being dealt with in the Weimar Republic and the Third Reich. The author focuses especially on tightening process of financial markets in Germany. Next to that, he outlines the governmental regulation over financial market, which was one of the consequences of the crises. In the second part of this article, the author pinpoints the legal instruments that the national socialists used while trying to lower an unemployment rate, which was the main goal of their efforts while fighting the Great Depression.

Key words:

The Great Depression; Financial Crisis; Germany; The Third Reich; The Weimar Republic; regulations over financial markets; tightening the financial regulations.

1. ÚVODEM

Podnětem pro tento příspěvek se stal rozhovor středočeského hejtmana Davida Ratha pro Lidové noviny z ledna letošního roku, ve kterém sociálnědemokratický program opatření proti hospodářské a finanční krizi obhajoval Rath slovy: „Protože to má logiku - zvýšit lidem příjmy, dotlačit je, aby začali utrácet. Jak řešil krizi Adolf Hitler? Hitler řešil krizi tak, že začal zbrojit, čímž dal lidem práci a nastartoval ekonomiku! On s tím vyhrál volby! Pak to tedy vyústilo ve válku... Liberální ekonomové na tohle zapomněli. A místo toho přicházejí se svými fantasmagoriemi.“¹

Na Hitlera a jeho hospodářskou politiku se v minulosti odvolávali i rakouští politici. Mezi nejznámější patřil dnes již nežijící Jörg Haider, který před osmnácti lety prohlásil, že „Hitlerova říše měla zdravou zaměstnaneckou politiku.“

¹<http://domaci.ihned.cz/c1-33327380-rath-hitler-nastartoval-ekonomiku-zbrojenim-liberalni-ekonomove-na-to-zapomneli>, citováno 6.5.2009.

Poslanec Heiderovy strany Svobodných Wolfgang Zanger zase před několika roky vyvolal pobouření veřejnosti prohlášeními o „pozitivních stránkách“ nacistického režimu. V roce 2006 v televizi prohlásil, že „*nacionální socialismus měl také dobré stránky, jen my je dnes nechceme vidět. Když pak nastoupil Vůdce, dal lidem novou naději, třeba tím, že začal stavět dálnice.*“²

Účelem tohoto příspěvku je tedy provést jakýsi historický exkurz s cílem vysvětlit, jak nejprve poslední vlády Výmarské republiky a poté i nacisté přistupovali k řešení hluboké meziválečné hospodářské krize v období 1929 – 1938.³

2. VÝMARSKÁ REPUBLIKA A NEÚSPĚŠNÉ SNAH ŘEŠENÍ HOSPODÁŘSKÉ KRIZE

Na konci 20. let minulého století se zdálo, že hospodářské a sociální důsledky první světové války byly v Německu již zažehnány, a že se ekonomika Výmarské republiky vyrovnala i s těžkými podmínkami, které jí ukládala Versailleská mírová smlouva. Většina zemí zažívala období prosperity. Přesto byl základ této prosperity velmi křehký a závislý na neustálém dobrovolném přílivu finančních prostředků ze Spojených států do Německa.⁴ Počínaje 24. říjnem 1929 započal prudký propad kurzů akcií na New Yorkské burze. Protože již tehdy byly hospodářství a mezinárodní finance vzájemně propojeny, krize se ze Spojených států rychle šířila a zasáhla většinu světových ekonomik.⁵ Německo náleželo mezi státy, které byly světovou hospodářskou krizí nejvíce zasaženy a její důsledky náležely bezpochyby k příčinám, které umožnily nástup národních socialistů k moci. Německá ekonomika se ale nedostala do problémů jen díky světové hospodářské krizi, nýbrž celá dvacátá léta „krvácela“ z důvodu splácení válečných reparací vítězným státům první světové války.

Krize ve Spojených státech se rychle přesunula do Evropy. Důvodem byla skutečnost, že Spojené státy byly v průběhu první světové války největším věřitelem a i v průběhu dvacátých let americké banky ochotně poskytovaly půjčky evropským státům. Tyto americké půjčky vytvořily nebezpečnou závislost na stabilitě amerického dolaru.⁶ Na základě tzv. Dawesova plánu z roku 1924, obdrželo Německo poprvé větší americkou finanční půjčku, ze které financovalo obnovení hospodářství a infrastruktury; zároveň mu tato půjčka umožnila splácet válečné reparace především Francii a Anglii. Tyto státy však získané finanční prostředky opět převedly do Spojených států, aby tím vyrovnaly vlastní válečné dluhy. Množství amerických půjček Německu ve dvacátých letech značně narostlo. Krach na New Yorkské burze v roce 1929 však zastavil příliv amerických peněz. Náhle se nedostávalo finančních prostředků a

²http://zpravy.idnes.cz/hitler-nastartoval-ekonomiku-nechal-se-inspirovat-rath-p20-domaci.asp?c=A090124_135911_domaci_jte, citováno 6.5.2009.

³ Tento příspěvek vychází z: Tauchen, Jaromír - Kyncl, Libor. Dopad hospodářské krize po roce 1929 na právní úpravu v Německu a v USA. In MEKON 2008, CD příspěvků X. ročníku mezinárodní konference Ekonomické fakulty, VŠB-TU Ostrava. Ostrava : VŠB - Technická univerzita Ostrava, 2008.

⁴ Cameron, R. Stručné ekonomické dějiny světa. Přeložil Vladimír Drábek. Praha: Victoria Publishing, 1996, s. 410.

⁵ Hermann, J. a kol. Deutsche Geschichte in 10 Kapiteln. Berlin: Akademie Verlag, 1988, s. 320.

⁶ Kostlán, A. a kol. Encyklopedie dějin Německa. Praha: Ivo Železný, 2000, s. 49.

americké banky požadovaly urychlené splacení velké části svých nesplacených půjček. Současně američtí investoři stáhli své peníze uložené v Evropě, aby mohli alespoň z části krýt ztráty, které utrpěli ve vlastní zemi. Následky byly ale pro německou ekonomiku katastrofální. Nejen že byl zastaven rozmach německého hospodářství, nýbrž německé banky byly nuceny požadovat splacení vlastních zahraničních úvěrů. Tím došlo prakticky k úplnému zastavení mezinárodního toku kapitálu.

Problémy započaly již v roce 1929, neboť nezaměstnanost dosahovala takových čísel, že Úřad pro zprostředkování práce a pojištění nezaměstnaných musel požádat o poskytnutí vysokých půjček, neboť nebyl schopen ze svých prostředků pokrýt požadovanou podporu pro nezaměstnané. Důsledkem hospodářské krize byla samozřejmě i krize politická. V tomto období se vystřídal několik vládních kabinetů, avšak účinný lék na hospodářskou a finanční krizi se žádné vládě nalézt nepodařilo.

V roce 1931 se bankovní krize vyostřila a německé banky se kvůli nedostatku finančních prostředků dostaly do platební neschopnosti. Stálý odliv peněz neustále snižoval bankovní rezervy a bylo jen otázkou času, kdy dojde ke krachu první banky a poté ke zhroucení celého německého bankovního systému.⁷ 11. května 1931 byla přinucena největší rakouská banka Credit-Anstalt für Handel und Gewerbe zastavit výplaty vkladů. To vyvolalo mezi vkladateli paniku. Tito začali své uložené peníze hromadně vybírat z peněžních ústavů, čímž své banky přivedli na pokraj kolapsu. O několik týdnů později postihla platební neschopnost i první německou banku Darmstädter und Nationalbank, která patřila mezi čtyři největší bankovní domy v Německu.⁸ Tato událost otřásla i těmi střadateli, kteří si do této doby zachovali alespoň trochu důvěry v německý bankovní systém. Také zahraniční investoři, kteří měli v Německu uloženy ještě nějaké peněžní prostředky, v panice tyto peníze vybrali. Tím se ještě vyostřila situace s nedostatkem peněz v německých bankách, jejímž důsledkem byl krach velkého množství podniků.⁹

Bankovní krize byla důvodem, proč byl poprvé zaveden státní dozor nad německými bankami. Zásahy státu regulující kapitálový trh a dozor nad bankami byly provedeny na základě tzv. nouzových nařízení prezidenta Paula von Hindenburga, který je byl oprávněn vydávat dle čl. 48 odst. 2 Ústavy Výmarské republiky k znovuoobnovení veřejného pořádku a veřejné bezpečnosti. Za pomoci těchto prezidentských nouzových nařízení se snažila vláda kancléře Brüninga prosadit v období hospodářské krize řadu reforem a stabilizovat německé hospodářství a kapitálový trh.

První z nouzových nařízení prezidenta v této oblasti se týkalo Darmstädter und Nationalbank, za kterou německá vláda převzala garance a stanovila, že na majetek banky nebylo možno vyhlásit konkurz ani provést exekuci.¹⁰ Vedení banky převzali správci, které do funkce

⁷ Huber, E. Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. Band VII.. Aufbau, Schutz und Untergang der Weimarer Republik. Stuttgart: W. Kohlhammer, 1984, s. 852.

⁸ Evans, J. Das Dritte Reich. Aufstieg. München: DVA, 2004, s. 351.

⁹ Holborn, H. Deutsche Geschichte in der Neuzeit. Band 3. Zeit des Imperialismus. München: R. Oldenbourg, 1971, s. 471.

¹⁰ Nařízení říšského prezidenta o Darmstädter und Nationalbank z 13. července 1931 (RGBl. I., S. 359).

ustanovila říšská vláda.¹¹ V ten samý den byla zmocněna říšská vláda k vyhlášení „bankovních prázdnin,“ tedy k dočasnému uzavření jak veřejných, tak i soukromých peněžních ústavů.¹² Vláda tohoto zmocnění ihned využila a nařídila na následující dva dny uzavření všech státních zemských bank, veřejných peněžních ústavů, spořitelen, obecních, družstevních a hypotéčních bank. 14. a 15. července 1931 bylo rovněž zakázáno proplácení poštovních šeků a byl zakázán obchod na burze cenných papírů.¹³ V následujících dnech až do 18. července 1931 mohly banky provádět výplaty vkladů či bankovní převody pouze za předpokladu, že tyto peníze byly určeny na mzdy, penze, podporu v nezaměstnanosti či plnění plynoucí ze sociálního pojištění.¹⁴ Poté bylo omezení výplat vkladů postupně uvolňováno, až konečně 20. srpna 1931 byla omezení výplat definitivně zrušena. Toto třítydenní vynucené uklidnění finančních trhů využila říšská vláda k plánování a zavedení dalekosáhlých změn ve vztahu státu k bankovnímu sektoru, tak jako k sanaci zasažených peněžních ústavů.

Z důvodu probíhající bankovní krize v létě 1931, docházelo ke značnému odlivu kapitálu z Německa. Tím se dramaticky snižovaly devizové a zlaté rezervy Říšské banky. Vláda kancléře Brüninga tomu čelila tím, že 15. července 1931 bylo obchodování se zahraničními platebními prostředky (mince, bankovky, státovky, šeky, směnky) podrobena státnímu dozoru, čímž byla odstraněna volná směnitelnost říšské marky.¹⁵ Zahraniční platební prostředky a pohledávky v zahraniční měně mohly být získány a prodány pouze prostřednictvím Říšské banky, která toto oprávnění mohla delegovat i na jiné peněžní ústavy. Bylo zakázáno uzavírat termínované obchody za říšské marky uskutečňované v zahraničních platebních prostředcích, v cizí měně nebo drahých kovech. Pokud by někdo nabyt neoprávněně zahraniční platební prostředky, hrozilo mu uložení peněžité pokuty či trest odnětí svobody a zároveň byl tento právní úkon prohlášen za neplatný.¹⁶

Dále bylo zakázáno zveřejňovat jiné než burzou úředně stanovené kurzy, které by se vztahovaly k cenám v zahraničních platebních prostředcích, říšské marky a cenných papírů.¹⁷ Zveřejňování údajů o cenách uznávaných zahraničních burz a trhů bylo přípustné.¹⁸ Zrušení volné směnitelnosti a dozor nad devizami byl zaveden, protože kapitál unikal v této době do zahraničí a tím se snižovaly stavy deviz a zlaté rezervy říšské banky.

¹¹ Nařízení říšské vlády k provedení Nařízení říšského prezidenta o Darmstädter und Nationalbank z 13. července 1931 (RGBl. I., S. 359).

¹² Nařízení říšského prezidenta o bankovních prázdninách z 13. července 1931 (RGBl. I., S. 361).

¹³ Nařízení říšské vlády k provedení Nařízení říšského prezidenta o bankovních prázdninách z 13. července 1931 (RGBl. I., S. 361).

¹⁴ Nařízení říšské vlády o znovuoobnovení platebního styku po bankovních prázdninách z 15. července 1931 (RGBl. I., S. 365).

¹⁵ Evans, J. Das Dritte Reich. Aufstieg. München : DVA, 2004, s. 351.

¹⁶ Nařízení říšské vlády o obchodování se zahraničními platebními prostředky z 15. července 1931 (RGBl. I., S. 366).

¹⁷ Nařízení říšské vlády o zveřejňování kurzů z 15. července 1931 (RGBl. I., S. 368).

¹⁸ Druhé nařízení říšské vlády o zveřejňování kurzů z 16. července 1931 (RGBl. I., S. 369).

Říšská vláda zašla dokonce až tak daleko, že nařízením z 18. července 1931 uložila osobám, které vlastnily zahraniční platební prostředky nebo pohledávky, tyto ve stanovené lhůtě říšské bance nabídnout či jí na její žádost podle všeobecných obchodních podmínek prodat. Osвобоzen od této povinnosti byl pouze ten, kdo použil devizové hodnoty pro rozvoj národního hospodářství.¹⁹ Každý, kdo měl platební povinnost vůči zahraničním věřitelům, byl povinen tuto skutečnost oznámit.²⁰

Další opatření směřovalo vůči spořitelnám a obecním záložnám, kdy říšská vláda byla zmocněna měnit jejich stanovy a činit vhodná organizační opatření k zefektivnění jejich práce. Zároveň bylo těmto peněžním ústavům zakázáno poskytování úvěrů obcím a jiným veřejnoprávním korporacím.²¹

Nejdůležitějším právním předpisem z tohoto období tvoří bezpochyby nařízení říšského prezidenta o akciovém právu, bankovním dohledu a daňové amnestii z 19. září 1931 (RGBl. I., S. 493), které poprvé zavedlo institut státního dohledu nad bankami. Mezi orgány státního dozoru náležel komisař pro bankovníctví a pětičlenné kuratorium. Komisař pro bankovníctví si mohl od bank vyžádat všechny informace týkající se jejich činnosti, mohl nahlížet do účetních knih, zúčastnit se valné hromady či na jednáních představenstva banky a dokonce mohl i iniciovat svolání jednání těchto orgánů. Toto nouzové nařízení se stalo podkladem pro úvěrový zákon z roku 1934, který zavedl všeobecný dohled nad bankami, a některé elementy tohoto zákona jsou obsaženy ještě dnes v právu SRN.

Krach na New Yorské burze v roce 1929 a s tím spojená celosvětová hospodářská krize zasáhly Německo velmi tvrdě. Ačkoliv se po krachu několika bank snažila vláda kancléře Brüninga provést za pomoci prezidentských nouzových opatření řadu kroků, kterými by zamezila dalším výběrům a odlivu peněz do zahraničí, nedokázala tím zabránit prohlubující se hospodářské a politické krizi v Německu. Tisíce podniků, které byly financovány z úvěrů, musely ukončit svou činnost a propustit své dělníky. Vlna bankrotů a pokles výroby vedl k rychlému nástupu nezaměstnanosti. Velká část bank a podniků se dostala pod státní dohled, neboť Německá říše věnovala na sanaci bank skoro jednu miliardu říšských marek.²²

Zatímco ostatní státy svá hospodářství pomocí státních zásahů pozvolna ozdravovaly, v Německu vedla krize k otřesům základů parlamentního zřízení.²³ Světová hospodářská krize byla jednou z příčin, která umožnila a urychlila nástup národních socialistů k moci. Ke konci roku 1932 byl nejhlubší bod krize překonán a došlo k hospodářskému oživení, které však národní socialisté prohlašovali již za svou zásluhu. Krize byla celosvětově definitivně překonána za pomoci nejrůznějších prostředků až v polovině třicátých let. V Německu

¹⁹ Nařízení říšského prezidenta o úniku kapitálu a daňových únicích z 18. července 1931 (RGBl. I., S. 373).

²⁰ Nařízení říšské vlády o provedení nařízení říšského prezidenta o nahlášení platební povinnosti vůči zahraničí z 27. července 1931 (RGBl. I., S. 403).

²¹ Nařízení říšského prezidenta o spořitelnách, žirových pokladnách, komunálních žirových svazech a komunálních spořitelnách z 5. srpna 1931 (RGBl. I., S. 429).

²² Prollius, M. Das Wirtschaftssystem der Nationalsozialisten 1933 – 1939. Padehorn: Ferdinand Schöningh Verlag, 2003, s. 56.

²³ Kostlán, A. a kol. Encyklopedie dějin Německa. Praha: Ivo Železný, 2000, s. 381.

k jejímu překonání pomohla politika opětovného vyzbrojování a obrovské státní zadlužování.²⁴ Byly provedeny značné zásahy do autonomie bankovního systému i kapitálového trhu. Jak banky, tak i německá burza byly podrobeny přísnému státnímu doзору.

3. TŘETÍ ŘÍŠE, JEJÍ HOSPODÁŘSKÝ SYSTÉM A STABILIZACE POMĚRŮ ZPŮSOBENÝCH HOSPODÁŘSKOU KRIZÍ

Účelem hospodářství v období národního socialismu v Německu bylo sloužit zájmům státu a národnímu společenství. Požadavky týkající se hospodářství tvořily skoro polovinu z 25 bodů programu NSDAP z 24. února 1920 (rozdělení zisků velkopodniků, okamžité zespolečenštění velkých obchodních domů, požadavek kolonií pro obživu lidu a usídlení přírůstků obyvatelstva, aktivní zaměstnanecská politika státu, pracovní povinnost, zrušení bezpracných příjmů získaných bez vynaložení úsilí, podpora středního stavu, požadavek schválení zákona o vyvlastnění půdy pro veřejně prospěšné účely bez náhrady a konečně prosazení zásady, podle které stojí obecný zájem před zájmem jednotlivce). Jedním z hlavních hesel národních socialistů v předvolebním boji na počátku třicátých let byl slogan, že vyvedou Německo z katastrofální hospodářské krize.

Když nacisté 30. ledna 1933 převzali moc, bylo podle statistik v Německu více jak šest milionů nezaměstnaných. Z toho další tři miliony osob nebyly v žádných statistikách vykazovány. V polovině roku 1929 bylo plně zaměstnáno 20 milionů osob a v lednu 1933 se tento počet snížil na 11,5 milionu. Ostatní pracovali na zkrácený úvazek nebo jim byla zkrácena mzda. V době hospodářské krize došlo k výraznému oslabení pozice odborů, neboť v době masové nezaměstnanosti nemohly odbory použít stávkou jako instrument pro prosazení svých cílů. V tom je možné spatřovat také jeden z důvodů, proč došlo v první polovině roku 1933 k poměrně velmi snadné a rychlé likvidaci opozičních odborových centrál.²⁵

Již na přelomu let 1932/1933 se ukázaly první náznaky zlepšení hospodářské situace, které byly důsledkem některých opatření zavedených kancléři von Papenem a von Schleicherem. Přesto dosahoval počet nezaměstnaných v první polovině roku 1933 ještě čtyři a půl milionu osob. V svolání vlády určené německému národu z 1. února 1933 vyhlásil Hitler boj proti nezaměstnanosti prvořadým úkolem nové vlády. Sekundárním cílem bylo rovněž opětovné obnovení důvěry občanů v německé hospodářství a německou ekonomiku, což souviselo s obnovením národního sebeuvědomění. Počínaje prvními dny po uchopení moci bylo započato se schvalováním nových zákonodárných opatření, která měly realizovat národně socialistický plán pro boj s krizí. Období od uchopení moci až do konce roku 1936 bylo označováno jako tzv. **první čtyřletý plán**, jehož hlavním úkolem byla sanace zemědělství a odstranění nezaměstnanosti. To bylo spojeno s Hitlerovým prohlášením z roku 1933 „*Dejte mně čtyři roky času*“ (*Geht mir vier Jahre Zeit*).²⁶ Opatření provedená v prvních čtyřech letech vlády národních socialistů byla vyhlášena jako první čtyřletý plán až zpětně v roce 1936 při proklamaci druhého čtyřletého plánu. Odstranění nezaměstnanosti jako prvořadé

²⁴ Frei, N. Der Führerstaat. Nationalsozialistische Herrschaft 1933 bis 1945. 7. vydání. München: dtv, 2002, s. 99.

²⁵ Evans, J. Das Dritte Reich. Diktatur. Band 2/I. München: DVA, 2006, s. 400.

²⁶ Dokumenty a statistiky k prvnímu čtyřletému plánu viz. Berndt, A. Geht mit vier Jahre Zeit. Dokumente zum ersten Vierjahresplan des Führers. München: Franz Eher, Zentralverlag der NSDAP, 1938.

opatření proti krizi bylo potřebné z několika důvodů. Plná zaměstnanost byla jedním z cílů národního socialismu při budování národního společenství a odstranění nezaměstnanosti bylo neodkladné rovněž z hospodářských důvodů, neboť nezaměstnanost znamená výpadek výdělků a s tím spojená chybějící kupní síla obyvatelstva. Snížená kupní síla pak znamená chybějící odbyt pro průmyslové výrobky a nedostatek zakázek pro průmyslové podniky, což má za následek krácení pracovní doby či propouštění. Existence nezaměstnanosti tedy stále zhoršuje hospodářskou situaci. Národní socialisté tedy využili k odstranění nezaměstnanosti intervence státu v podobě zadávání státních zakázek soukromým podnikům a stimulaci klíčových průmyslových odvětví, především stavebnictví. K obnově německého hospodářství byla použita finanční a daňová opatření, a opatření upravující nasazení pracovní síly. Nacisté považovali za obzvláště důležité následující oblasti:

Ochrana a podpora těch oblastí hospodářství, které byly v období Výmarské republiky zanedbávané, ať už z politických důvodů, či realizací chybných opatření. To se dotýkalo především řemesel a maloobchodu. Národně socialistický stát vydal 12. května 1933 zákon na ochranu maloobchodu (*Einzelhandelsschutzgesetz*) (RGBl. I., S. 262), který provedl změny v živnostenském zákoně pocházející z doby liberalismu. Tyto změny omezovaly především princip svobody živnostenského podnikání tím, že neumožnily, aby si kdokoliv bez předchozího vzdělání či praxe zřídil živnost. Za krach firem byli podle národních socialistů odpovědní jejich majitelé, kteří své podniky vedli bez potřebných odborných znalostí, a omezení přístupu k podnikání těmto osobám mělo být tomuto zamezeno. Mezi další nástroje náležely:

- Rozvoj všech produktivních sil v Německu a podpora podnikatelské iniciativy; podpora hodnot tvůrčí osobnosti v hospodářství v protikladu k anonymním kapitálovým společnostem.
- Opatření k řízení cen. Národní socialisté vycházeli z premisy, že není úkolem říšské vlády odstranit jen problémy v hospodářství, které přinesla hospodářská krize, nýbrž že je nutné trvale ozdravit německé hospodářství a zamezit tak vzniku krize v následujících letech. Podle jejich přesvědčení tohoto cíle mělo být dosaženo zákazem zvyšování cen a s tím spojené kontroly cen, která spadala do kompetence komisaře pro tvorbu cen.

Ve dvacátých letech minulého století se Německo stalo zemí, ve které začal hrát automobilový průmysl významnou roli. Zákon o dani z motorových vozidel z 10. dubna 1933²⁷ zrušil doposud vybíranou daň z nově vyrobených motorových vozidel. Tím sice došlo k částečnému výpadku příjmů státního rozpočtu, na druhou stranu toto opatření zvýšilo poptávku po automobilech, což se projevilo na zvýšení výroby v celém automobilovém průmyslu.

1. června 1933 bylo započato s masivními opatřeními říšské vlády proti nezaměstnanosti. Právní podklad tvořil zákon ke snížení nezaměstnanosti (RGBl. I., S. 323),²⁸ který je spojen se státním tajemníkem na říšském ministerstvu financí Fritzem Reinhardtem. Z tohoto důvodu

²⁷ Zákon o dani z motorových vozidel (*Kraftfahrzeugsteuergesetz*) z 10. dubna 1933 (RGBl. I., S. 192).

²⁸ K tomuto zákonu bylo vydáno 28. června 1933 prováděcí nařízení (RGBl., I. 425) a 21. září 1933 následoval Druhý zákon ke snížení nezaměstnanosti (RGBl. I., S. 651).

bývají v odborné literatuře tato opatření označována také jako tzv. **Reinhardtův program** (*Reinhardt-Programm*). Tento program upravoval následující oblasti:

- přímé zprostředkování práce,
- dobrovolné dary k podpoře národní práce,
- převedení ženských pracovních sil do domácnosti,
- poskytování novomanželských půjček.

V ideologii národního socialismu hrálo manželství rozhodující roli a představovalo hlavní prostředek nacistické populační politiky. Prostřednictvím některých právních předpisů, které měly sloužit jako prostředek pro řešení hospodářské krize, se národní socialisté snažili působit na ženy, aby vstoupily do svazku manželského. K tomuto účelu sloužil i výše zmíněný zákon o snížení nezaměstnanosti, na základě kterého mohli říšští občané po uzavření sňatku požadovat od státu poskytnutí bezúročné návratné novomanželské půjčky ve výši tisíce říšských marek. Podmínkou však bylo, že žena vstupující do manželství musela být předtím v zaměstnaneckém poměru, zaměstnání se vzdát a zavázat se, že nepřijme žádnou novou práci.²⁹ Poté, co bylo dosaženo v roce 1937 prakticky plné zaměstnanosti, mohla žena nadále pracovat. Aby bylo zajištěno, že manželé použijí získané peníze pouze pro vybavení jejich společné domácnosti, nebyla jim státní půjčka vyplácena v penězích. Manželé obdrželi kupóny, které je opravňovaly pouze k nákupu nábytku a domácích spotřebičů. Svobodní občané, kteří dosahovali určitého příjmu, byli povinni platit zvláštní poplatek, ze kterého se pak financovaly novomanželské půjčky. Pokud tedy dva svobodní uzavřeli manželství, měli nárok na poskytnutí půjčky a zároveň se zprostilí povinnosti platit tento zvláštní poplatek. Půjčku však nemohli získat tělesně a duševně postižení, osoby se špatnou pověstí a ti, u nichž nebyla záruka, že se kdykoliv zasadí o národní stát. Novomanželské půjčky jako součást Reinhartova plánu měly enormní propagandistický účinek, neboť v prvních dvou letech po jeho zavedení požádalo o příspěvek půl milionu mladých párů a v roce 1933 bylo uzavřeno o 200 tisíc sňatků více, než v předchozím roce.³⁰ Do roku 1935 využilo novomanželské půjčky 523 000 párů a půjčky dosáhly celkové hodnoty přes 300 milionů říšských marek.³¹

Od roku 1935 byl poskytován rodinám s větším počtem dětí jednorázový příspěvek za každé dítě.³² Aby mohl být rodině příspěvek přiznán, musely ve společné domácnosti žít nejméně čtyři děti mladší 16 let, rodiče museli být říšskými občany ve smyslu zákona o říšském občanství a museli požívat dobré pověsti. Stejně jako u novomanželské půjčky, neobdrželi rodiče finanční částku, nýbrž pouze poukázku na odběr nábytku, zařízení domácnosti či

²⁹ Oddíl V. § 1 zákona o snížení nezaměstnanosti z 1. června 1933 (RGBl. I., S. 323).

³⁰ Frei, N. Der Führerstaat. Nationalsozialistische Herrschaft 1933 bis 1945. 7. vydání. München: dtv, 2002, s. 99.

³¹ Bedürftig, F. Třetí říše a druhá světová válka. Přeložil Petr Dvořáček. Praha: Prostor, 2004, s. 256.

³² Nařízení o poskytnutí příspěvků na děti rodinám s více dětmi z 15. září 1939 (RGBl. I., S. 1160).

ošacení. Od roku 1936 byl vyplácen rodinám s více jak pěti dětmi mladšími 16 let ještě vedle tohoto jednorázového příspěvku měsíční příspěvek na dítě.³³

Pro řešení hospodářské krize a snížení nezaměstnanosti byly vytvořeny mechanismy, které při vytváření nových pracovních míst ve veřejné správě upřednostňovaly muže jako živitele rodin před ženami. Na základě zákona o právním postavení úřednic z 30. května 1932 (RGBl. I., S. 245) nemusela být při podání výpovědi dodržena výpovědní lhůta. Pokud byla úřednice vdaná, mohla být z veřejné správy propuštěna kdykoliv na její návrh. Pokud byla úřednice trvale materiálně zabezpečena, mohla být propuštěna kdykoliv. Propuštěným ženám bylo přiznáno odstupné závislé na počtu odpracovaných let, pohybující se od dvojnásobku až po šestnáctinásobek jejich platu získaném v posledním měsíci.³⁴

Národní socialisté po převzetí moci pokračovali v nastoupeném trendu postupného odstraňování žen z veřejné správy. Zákon o změně předpisů v oblasti úřednického, platového a zaopatřovacího práva vydaném 30. června 1933 (RGBl. I., S. 433) stanovil domněnku, že pokud byl manžel úřednice, který byl rovněž zaměstnaný jako úředník ve veřejné správě, schopen ze svého platu zabezpečit rodinu, byl tím dán důvod pro její propuštění. Dále bylo tímto zákonem stanoveno, že ženy mohly vstoupit do státní služby až po dovršení 35 roku věku, což bylo pro ženu značně limitující. Věková hranice pro muže byla 27 let. Právní předpisy regulující propouštění žen z veřejné správy vydávané přibližně do poloviny 30. let měly za cíl překonat hospodářskou krizi a nezaměstnanost mužů.³⁵

Největší zásluhu na úspěchu nacistických reforem však měly přímé investice do různých oblastí hospodářství. Na základě § 1 zákona o snížení nezaměstnanosti byl říšský ministr financí zmocněn k tomu, aby použil až jednu miliardu marek k podpoře národní práce, a to: k výstavbě správních a obytných budov, mostů a jiných staveb zemí, obcí, svazů obcí a jiných veřejnoprávních korporací; k výstavbě obytných domů a hospodářských budov zemědělských podniků a k rozdělení obytných budov na malé byty; k výstavbě předměstských sídlišť; k regulaci toků řek; k výstavbě zařízení pro zásobování obyvatelstva plynem, vodou či elektřinou či k hloubkovým (zemním) pracím. Poskytnutí státní podpory však bylo vázáno na splnění několika podmínek. Příspěvek mohl být poskytnout pouze v případě, že se jednalo o národohospodářsky hodnotné projekty a příjemce této státní dotace nebyl schopen je uhradit z vlastních zdrojů. Účel těchto investic mohl být splněn pouze v případě, když byly realizovány co nejdříve. Z tohoto důvodu muselo být započato s jejich provedením nejpozději 1. srpna 1933, a pokud nebylo nezbytně nutné použít k jejich realizaci stroje, měla být použita lidská síla. Práci na těchto stavbách museli práci vykonávat nezaměstnaní, v žádném případě se však nesmělo jednat o cizince.

Zákon o snížení nezaměstnanosti rovněž s sebou přinesl daňové úlevy, které bylo možno uplatnit od 30. června 1933 do 1. ledna 1935. Při výpočtu daně z příjmů bylo možné odečíst si

³³ Pátý prováděcí předpis k nařízení o poskytnutí příspěvků na děti rodinám s více dětmi z 20. srpna 1936 (RGBl. I., S. 649).

³⁴ K tomu blíže: Tauchen, J. Žena v právním řádu Třetí říše. Časopis pro právní vědu a praxi, Brno: Masarykova univerzita, 2008, roč. 16, č. 1, s. 81 – 86.

³⁵ K tomu blíže: Tauchen, J. Právní postavení úřednictva ve Třetí říši. Časopis pro právní vědu a praxi, Brno: Masarykova univerzita, 2007, roč. 15, s. 245 – 249.

z daňového základu náklady na pořízení či výrobu strojů, přístrojů či jiných předmětů pro provoz živnosti či zemědělské činnosti, pokud byly splněny následující předpoklady: pořizovaný předmět musel být vyroben v tuzemsku a pořízen mezi 30. červnem 1933 a 1. lednem 1935; tento předmět musel v podniku nahradit starý a muselo být zajištěno, aby použití nového předmětu ve výrobě nevedlo k nižšímu zaměstnávání zaměstnanců v podniku.

V této souvislosti si je nutné uvědomit, že úspěch Reinhartova programu nespočíval pouze ve výši poskytnuté státní podpory, nýbrž i v tom, jakým způsobem byla tato státní pomoc německým nezaměstnaným prezentována. Již za posledních vlád Výmarské republiky docházelo k masivním státním podporám, nikdy je však tyto vlády tak propagandisticky nevyužily, jako národní socialisté. Týkalo se především výstavby německých dálnic,³⁶ kdy Německo obletěly optimisticko-suggestivní fotografie ze slavnostního zahájení stavby. Na nich byly zobrazeny kolony dělníků, které „*Vůdce vyzvedl z ulice, aby je nechal stavět moderní dopravní cesty, bez kterých se Německo v budoucnosti neobejde*“.³⁷ Až do zahájení tzv. druhého čtyřletého plánu bylo předáno do provozu 1000,1 km dálnic a dalších 1401,7 km bylo rozestavěných.³⁸ Obrovský propagandistický účel měly rovněž již výše zmíněné novomanželské půjčky.³⁹

Dalším z důležitých zákonů v rámci Reinhartova programu (tzv. druhý Reinhartův program) byl druhý zákon o snížení nezaměstnanosti z 21. září 1933,⁴⁰ který poskytl další půl miliardy říšských marek jako půjčku určenou na sanaci budov. Jeho účelem bylo, aby stavební odvětví přežilo zimu 1933/1934 a nemuselo propouštět. Pro zemědělce přinesl tento zákon sebou snížení daně z nemovitostí o 25 % a snížení daně z obratu o 50 %. Důležité bylo rovněž úplné osvobození od daně z příjmů a majetkové daně v případě malých bytů či u domů ve vlastnictví fyzické osoby sestávající se nejvýše z dvou bytů a dále ze snížení daně z nemovitostí pro majitele nově postavených domů. Toto představovalo impulz pro soukromý sektor, aby ihned zadal stavební zakázky, které byly naplánovány až na následující léta.

Národně socialistický stát vyčlenil do konce roku 1935 mnoho miliard říšských marek pro opatření určené ke snížení nezaměstnanosti.⁴¹ To byla samozřejmě obrovská částka, kterou si musel stát opatřit. Z důvodu vztahu národně socialistického režimu směrem k zahraničí a z důvodu hospodářské a ekonomické nestability Německa byla půjčka v zahraničí vyloučena.

³⁶ Co se týče výstavby německých dálnic, na základě zákona z 27. června 1933 o zřízení podniku „Říšské dálnice“ (RGBl. II., S. 509) byla Německé železniční společnosti (*Deutsche Reichsbahn-Gesellschaft*) uložena povinnost, aby zřídila pobočku Říšské dálnice (*Reichsautobahnen*), která byla pověřena výstavbou a správou dálniční sítě. Dohled nad výstavbou měl generální inspektor pro německé silnice. Tuto funkci zastával Fritz Todt.

³⁷ Frei, N. Der Führerstaat. Nationalsozialistische Herrschaft 1933 bis 1945. 7. vydání. München: dtv, 2002, s. 99.

³⁸ Faßbender, S. Nationalsozialistische Wirtschaft und völkische Freiheit. Berlin Leipzig Wien: Verlag August Lutzeyer, 1940, s. 55.

³⁹ Broszat, M. Der Staat Hitlers. Grundlegung und Entwicklung seiner inneren Verfassung. 15. Vydání. München: dtv, 2000, s. 177.

⁴⁰ Druhý zákon o snížení nezaměstnanosti z 21. září 1933 (RGBl. I., S. 651).

⁴¹ Evans, J. Das Dritte Reich. Diktatur. Band 2/I. München: DVA, 2006, s. 402.

Národní socialisté proto museli hledat jiné možnosti. V úvahu připadala buď půjčka od Říšské banky, nebo krátkodobé zadlužení státu realizované prostřednictvím vydáním směnek. Zvolen byl druhý způsob, kdy Říše zaplatila dodavatelům, kteří se podíleli na realizaci veřejných zakázek, pomocí směnek. Určitá místa akceptovala tyto směnky a svým podpisem převzala garanci za jejich proplacení. Tímto bylo dodavatelům umožněno, aby v případě, že potřebovali peníze v hotovosti na výplatu mezd, mohli nechat směnku diskontovat ještě před datem její splatnosti.

Na stranickém sjezdu v roce 1936 vyhlásil Hitler tzv. **druhý čtyřletý plán**, jehož uskutečnění vyžadovalo provedení dalších zásahů do německého hospodářství. Jeho hlavním úkolem bylo dosáhnout toho, aby bylo německé hospodářství plně nezávislé na dovozu surovin ze zahraničí. Myšlenka soběstačnosti hrála důležitou roli v právě probíhajících přípravách na válku.⁴² Velké sumy peněz byly tedy použity nákup výzbroje pro Wehrmacht. Na základě nařízení k provedení čtyřletého plánu z 18. října 1936 (RGBl. I, S. 887) byl Hermann Göring pověřen jeho provedením a měl oprávnění vydávat právní předpisy a kdykoliv podle svého uvážení dávat pokyny všem státním i stranickým orgánům. 29. října 1936 byl vydán zákon k provedení čtyřletého plánu (RGBl. I, S. 927), na základě kterého dohlížel na tvorbu cen u zboží a služeb Vůdcem jmenovaný říšský komisař, který také mohl cenu sám stanovit. Vyhlášením druhého čtyřletého plánu skončila fáze relativní tržní autonomie hospodářství, během níž se od roku 1933 velké průmyslové podniky v soukromých rukou ochotně podílely na Hitlerových zbrojních plánech. K přeměně na plně plánované hospodářství nedošlo, avšak státní zásahy značně zesílily.⁴³

Pro boj s nezaměstnaností nestačilo vytvořit nová pracovní místa pouze prostřednictvím státních zakázek, nýbrž musel být vytvořen i systém pro řízení trhu práce. Jeho prvním nástrojem byl zákon o regulaci pracovního nasazení z 15. května 1934 (RGBl. I, S. 381), který měl zabránit regionální nezaměstnanosti a odlivu pracovních sil ze zemědělství.⁴⁴ Prezident říšského úřadu pro zprostředkování práce a pojištění v nezaměstnanosti mohl pro kraje s vysokou mírou nezaměstnanosti nařídit, aby osoby, které nemají v tomto kraji trvalé bydliště, mohly být zaměstnány v dotčeném kraji pouze s jeho souhlasem. Osoby, které pracovaly poslední 3 roky v zemědělství, mohly přejít do nezemědělských podniků jen s jeho souhlasem. Pokud byla takováto osoba i přes zákaz uvedený v tomto zákoně zaměstnána, byl jí zaměstnavatel povinen propustit. Aby byla umožněna kontrola o průběhu předchozích zaměstnání a vzdělání zaměstnance, byly zavedeny v roce 1935 pracovní knížky, které vydávaly pracovní úřady.⁴⁵ Bez předložení této legitimace nemohl být nikdo zaměstnán. Národní socialisté tak za pomoci předpisů regulující pracovní nasazení odstranili svobodný pohyb pracovní síly.

⁴² Werner, S. *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsstrafrecht im Nationalsozialismus*. Frankfurt Bern New York Paris: Peter Lang, 1991, s. 79.

⁴³ Müller, H., Krieger, K., Vollrath, H. *Dějiny Německa*. Praha: Nakladatelství Lidové noviny, 1995, s. 283.

⁴⁴ Meier-Benneckenstein, P. *Das Dritte Reich im Aufbau*. Band 5. Partei und Staat. Berlin: Junker und Dünnhaupt Verlag, 1941, s. 381.

⁴⁵ Zákon o zavedení pracovní knížky z 26. února 1935 (RGBl. I, S. 311).

Již ke konci Výmarské republiky byla zřízena Říšská pracovní služba (*Reichsarbeitsdienst*), jejíž výkon byl však dobrovolný. To se ovšem změnilo po převzetí moci, kdy se podle ideologie národních socialistů stala součástí hesla: „*povinná školní docházka – povinná pracovní služba – branná povinnost*“. Povinnost výkonu říšské pracovní služby byla legislativně upravena 26. června 1935 zákonem o říšské pracovní službě (RGBI. I, S. 769), kdy byla pracovní služba prohlášena čestnou službou německému národu a všichni mladí Němci jí byli povinni vykonávat. Jejím smyslem nebyl pouze výkon veřejně prospěšných prací, nýbrž i výchova německé mládeže v duchu národního socialismu, což představuje vzorový příklad prolínání strany a státu.⁴⁶ Všichni muži mezi 18 a 25 lety museli vykonat pracovní službu v trvání půl roku. V průběhu války byla zkrácena jen na 6 týdnů a využívána k vojenskému výcviku. Od září 1939 se uplatnila říšská pracovní služba i na dívky, protože bylo nutné během války v zemědělství zaplnit nedostatky pracovní síly.⁴⁷ V počátečních letech přispěla Říšská pracovní služba k podstatnému snížení nezaměstnaných.⁴⁸

V období národního socialismu byla uskutečněna řada opatření, která sloužila k přímému řízení hospodářství. Tyto zásahy měly dvě funkce: jako opatření proti hospodářské krizi a podřízení si německého hospodářství nacistickému režimu. Rovněž zde došlo v některých oblastech k uplatnění vůdcovského principu.⁴⁹ Vydáním zákona o nucených kartelech z 15. července 1933 (RGBI. I, S. 488) jakožto prováděcího nařízení k tomuto zákonu si říšská vláda zajistila mocný nástroj k řízení hospodářství. Podle § 1 byl říšský ministr hospodářství zmocněn k účelu regulace trhu sloučit hospodářské podniky a vykonával nad nimi dohled. Rovněž mohl nařít v případě potřeby určitých oblastí hospodářství a všeobecného blaha, zřízení nových podniků, rozšíření stávajících či zvýšení jejich výkonnosti. Na náhradu škody, která vznikla majiteli podniku na základě provedení opatření podle tohoto zákona, nevznikl nárok. Ten kdo by jednal proti těmto opatřením, tak by mu hrozilo odsouzení k peněžitému trestu kartelovým soudem.⁵⁰

Další zásah státu do hospodářství se projevil v řemeslné oblasti, když byl vydán zákon o předběžné struktuře německého řemesla z 29. listopadu 1934 (RGBI. I, S. 1200). Říšští ministři hospodářství a práce byli zmocněni, aby zřídili jednotnou organizaci s povinným členstvím založenou na vůdcovském principu. Touto organizací bylo „řemeslnické sdružení“ jako místní společenství všech řemeslníků zapsaných v řemeslnickém registru, založené řemeslnickou komorou, v jejímž čele stál vrchní mistr.

⁴⁶ Broszat, M. Der Staat Hitlers. Grundlegung und Entwicklung seiner inneren Verfassung. München: dtv, 1969, s. 334.

⁴⁷ K zásahům do pracovního práva a jeho ovládnutí národními socialisty blíže: Tauchen, J. Vývoj pracovního práva ve Třetí říši. In Právní a ekonomické problémy V. Ostrava: KEY Publishing, 2008, s. 129-137.

⁴⁸ Müller, H., Krieger, K., Vollrath, H. Dějiny Německa. Praha: Nakladatelství Lidové noviny, 1995, s. 284.

⁴⁹ K prosazení vůdcovského principu v hospodářství blíže: Tauchen, J. Prosazení vůdcovského principu ve státním aparátu Třetí říše. Časopis pro právní vědu a praxi. Brno: Masarykova univerzita, 2007, roč. 15, s. 159 - 164.

⁵⁰ Hirsch, M. a kol. Recht, Verwaltung und Justiz im Nationalsozialismus. 2. vydání. Baden – Baden: Nomos Verlag, 1997, s. 211.

Vývoj nezaměstnanosti 1921 - 1939⁵¹		
Rok	Počet nezaměstnaných (v mil.)	Počet nezaměstnaných (v %)
1921	0,354	-
1922	0,213	-
1923	0,751	-
1924	0,978	-
1925	0,636	-
1926	2,000	-
1927	1,300	-
1928	1,353	7,0
1929	1,892	9,6
1930	3,076	15,7
1931	4,520	23,9
1932	5,575	30,8
1933	4,804	26,3
1934	2,718	13,5
1935	2,151	10,3
1936	1,593	7,4
1937	0,912	4,1
1938	0,429	1,9
1939	0,038	0,5
Vývoj reálného domácího produktu 1930 – 1939⁵²		
Rok	Na obyvatele (1928 = 100)	Míra růstu (v %)
1930	91	-4,2
1931	80	-12,1
1932	76	-5,0
1933	86	13,2
1934	93	8,1

⁵¹ Oficiální statistiky nezaměstnaných jsou dostupné až od r. 1928. Převzato z: Prollius, M. Das Wirtschaftssystem der Nationalsozialisten 1933 – 1939. Padehorn: Ferdinand Schöningh Verlag, 2003, s. 361 – 362.

⁵² Převzato z: Prollius, M. Das Wirtschaftssystem der Nationalsozialisten 1933 – 1939. Padehorn: Ferdinand Schöningh Verlag, 2003, s. 362.

Vývoj nezaměstnanosti 1921 - 1939 ⁵¹		
1935	105	12,9
1936	118	12,4
1937	129	9,3
1938	141	9,3
1939	158	12,1

Příjmy a výdaje 1934 – 1938 (v miliardách marek) ⁵³			
Rok	Příjem státu na daních	Státní výdaje	Z toho Wehrmacht
1934	5,63	10,37	4,09
1935	7,12	12,84	5,48
1936	8,75	17,68	10,27
1937	11,25	19,95	10,96
1938	14,87	31,24	17,24

4. ZÁVĚR

Opatření proti hospodářské krizi po roce 1929 významným způsobem ovlivnila další fungování světové ekonomiky a také moderní zákonodárství nejen v Německu, ale na celém světě. Mnoho zákonných ustanovení, které v moderním finančním právu či obchodním právu považujeme za zcela běžné, mají původ právě v zákonných změnách, které proběhly v reakci na pád akcií na burze v New Yorku a poté dlouhé roky trvající ekonomické obtíže na celém světě. Jak tento příspěvek ukázal, není možné v žádném případě postupovat při řešení hospodářské krize stejným nebo obdobným způsobem, který zvolili národní socialisté po roce 1933, neboť na tato opatření je nutné nahlížet jako na celek společně s ostatními zločiny, které byly v období Třetí říše spáchány. Při hodnocení minulosti je proto nutné vzít v úvahu všechny stránky nacistického režimu, a ne vyzvedávat pouze některé dílčí úspěchy v hospodářské oblasti, neboť ty by nemohla nacistická diktatura provést bez spáchání ostatních zločinů.

⁵³ Převzato z: Prollius, M. Das Wirtschaftssystem der Nationalsozialisten 1933 – 1939. Padehorn: Ferdinand Schöningh Verlag, 2003, s. 362.

Literature:

- Berndt, A.: Gebt mit vier Jahre Zeit. Dokumente zum ersten Vierjahresplan des Führers. München: Franz Eher, Zentralverlag der NSDAP, 1938, 202s.
- Broszat, M. Der Staat Hitlers. Grundlegung und Entwicklung seiner inneren Verfassung. 15. Vydání. München: dtv, 2000, 476s., ISBN 3-423-30172-4
- Cameron, R.: Stručné ekonomické dějiny světa, Praha: Victoria Publishing, 1996, 475s., ISBN 8085865211
- Evans, J.: Das Dritte Reich. Aufstieg, München: DVA, 2004, 752s., ISBN 3-421-05652-8
- Faßbender, S.: Nationalsozialistische Wirtschaft und völkische Freiheit, Berlin Leipzig Wien: Verlag August Lutzeyer, 1940, 197s.
- Frei, N.: Der Führerstaat. Nationalsozialistische Herrschaft 1933 bis 1945, 7. vydání, München: dtv, 2002, 336s., ISBN 3-423-30785-4
- Hermann, J. a kol.: Deutsche Geschichte in 10 Kapiteln, Berlin: Akademie Verlag, 1988, 512s., ISBN 3050003030
- Hirsch, M. a kol.: Recht, Verwaltung und Justiz im Nationalsozialismus, 2. vydání. Baden – Baden: Nomos Verlag, 1997, 588s., ISBN 3-7890-4491-1
- Holborn, H.: Deutsche Geschichte in der Neuzeit. Band 3. Zeit des Imperialismus, München: R.Oldenbourg, 1971, 663s., ISBN 3486432516
- Huber, E.: Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. Band VII.. Aufbau, Schutz und Untergang der Weimarer Republik, Stuttgart: W. Kohlhammer, 1984, 1281s., ISBN 3170083783
- Kostlán. A. a kol.: Encyklopedie dějin Německa. Praha: Ivo Železný, 2000, 556s., ISBN 802373590X
- Meier-Benneckenstein, P.: Das Dritte Reich im Aufbau. Band 5. Partei und Staat, Berlin: Junker und Dünnhaupt Verlag, 1941, 488s.
- Müller, H., Krieger, K., Vollrath, H.: Dějiny Německa, Praha: Nakladatelství Lidové noviny, 1995, 610s., ISBN 80-7106-188-3
- Prollius, M.: Das Wirtschaftssystem der Nationalsozialisten 1933 – 1939, Padehorn: Ferdinand Schöningh Verlag, 2003, 411s., ISBN 3506769480

- Tauchen, J.: Právní postavení úřednictva ve Třetí říši. In Časopis pro právní vědu a praxi, Brno: Masarykova univerzita, 2007, roč. 15, s. 245 – 249
- Tauchen, J.: Vývoj pracovního práva ve Třetí říši. In Právní a ekonomické problémy V. Ostrava: KEY Publishing, 2008, s. 129-137
- Tauchen, J.: Žena v právním řádu Třetí říše. Časopis pro právní vědu a praxi, Brno: Masarykova univerzita, 2008, roč. 16, č. 1, s. 81 – 86
- Werner, S.: Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsstrafrecht im Nationalsozialismus, Frankfurt Bern New York Paris: Peter Lang, 1991, 616s., ISBN 3-631-43286-0

Reviewer:

Karel Schelle

Contact – email:

jaromir.tauchen@law.muni.cz

DEFENDING SOCIAL RIGHTS IN ECONOMIC CRISIS: MORE ACTIVE CONSTITUTIONAL POLICY AND GREATER POSITIVE OBLIGATIONS OF THE STATE

ANDRAŽ TERŠEK

Institute for Natural Sciences and Technology Koper (Up Pint), Center for Single Science and
Development (Poznar), University of Primorska, Slovenia

Abstract:

The economic crisis should not be accepted as the end of the Welfare State. It is a new opportunity for social and economic human rights. A few changes in systemic understanding of the concept of Welfare State should be made accordingly and constitutional policy should play important part. The doctrine of positive obligations of the State should be applied for more determined and effective realization of the constitutional principles of sociality, solidarity and social equality. Social roles of lawyers, especially legal scholars and judges, should be among the most important to achieve these goals.

Key words:

Economic Crisis; Welfare State; Constitutionalism; Doctrine of the Positive Obligations of the State; Social and Economic Human Rights.

1. A NEW OPPORTUNITY

Once again, we as members of the global society are facing the test of our democratic culture and social awareness. Our political self-understanding must clearly and convincingly show that we have not forgotten the political and philosophical ideas regarding democratic, social and just society (comp. McChesney 2000). The economic crisis should not be accepted as the end of the Welfare State.¹ Mysteriousness of the future of global political systems and its socio-democratic quality must be taken as a new opportunity to realize our democratic commitments and ambitions for the highest possible standards of the Welfare State (comp. Wallerstein 2003). In other words, we have to accept this challenge as a new opportunity to defend social and economic human rights and to create the European Welfare State worthy of its name (see Loic 2003). The fundamental principles of the modern constitutionalism, including the principle of socio-liberalism and genuine Welfare State, must finally be transformed from the theoretical concepts into the social reality with more determination and more effectiveness (comp. Armstrong 1998, Joerges 2003, Hardt and Negri 2005).²

¹ In this article I use the term Welfare State, as a general term predominantly used in constitutional or other scientific literature. Even though Constitution of the Republic of Slovenia uses the term Social State. See its Article No. 2. Available at: http://www.crnvo.cg.yu/Ustav_Slovenije.pdf. The term Welfare State must not be understood in its original or classical interpretation, but in balance with its contemporarily theoretical and doctrinal understanding which corresponds to the fundamental theoretical features of socio-liberal constitutionalism. I try to explain the latter in this article.

² One should not think of the idea to establish a genuine European Welfare State and its ambitions as an utopia. Nevertheless there were theories and social experiments in the history of Mankind which have ended as an utopia, especially those with a clear social character. See Dilas-Rocherieux 2004.

In order to act accordingly it would be of greater importance than anything else to increase and reinforce social and economic rights. In the sense of policy making and socio-political system we should expect and demand more from the State, which claims its sociality as a political quality and one of the most important criteria for its legitimacy. We should make a few changes in systemic understanding of the concept and fundamental constitutional principle of Welfare (or Social) State. We should use a more aggressive and daring legal policy as a tool to realize this goal. We should especially think about using constitutional law and constitutional law making as the institutionalized answer to political arbitrariness and unresponsiveness when social and economic rights are concerned. So it seems like the time has come to realize the idea of "governing with judges" with more courage and more determined advocacy of its legitimacy (see Stone Sweet 2000, Ewing 2009).

We should define a starting point of these suggestions and explain a few arguments supporting them in more detail.

2. AMBITIONS AND EXPECTATIONS OF SOCIO-LIBERAL STATE

2.1 THE MODEL

A reflection, even an appeal towards defending social and economic rights, requires a theoretical foundation. This theoretical foundation should provide necessary theoretical assumptions for convincingly justifying an appeal to a more active constitutional policy and a demand for greater positive obligations of the state. As an example of such theoretical foundation one could point out the model of modern European democracy, which is also a model of socio-liberal constitutional democracy. It is essential for this model that the modern concept of the Welfare State moves beyond classical ideas of political liberalism and the classical conception of the Welfare State (see Habermas 1998, Siedentop 2000).

In this model of social liberalism and constitutional democracy the fundamental human rights and liberties, as well as fundamental constitutional principles do not have only the so-called negative status. The State is not held responsible only in cases when its active practices directly interfere and violate said rights and principles. Its legitimate obligation, which is not only political, does not end by the State simply refraining itself from interfering with fundamental rights and principles, from "leaving them alone."

Fundamental human rights and liberties and the basic principles also have the so-called positive status. This status is essential for quality surplus of modern social liberalism and constitutionalism, in comparison with their classical beginnings. It establishes a political responsibility and legal obligation of the State to undertake active measures in order to ensure the best quality of the legal protection of fundamental rights and principles it reasonably can, and at the same time to facilitate their effective exercise in the social practice (comp. Mau and Veghte 2007, Gardbaum 2006).

Among them are the social rights and the constitutional principle of the welfare state with a special importance. This practical aspect of State's responsibility substantiates its broad, systemic and strict liability for the quality of legal protection of the economic and social rights. It also establishes the responsibility of the State for the existence of the system which provides opportunities for the actual and effective realization of social and economic rights. Therefore it establishes the liability of the State for the effectiveness of such a system as a whole. This aspect of the constitutional obligations of the State has the crucial importance for

the quality of legal protection and systemic possibilities for the realization of social and economic rights.

In other words, the State has a legally binding and legally actionable duty to do everything in its power and what can reasonably be expected of it that ensures the highest possible degree of legal protection of these rights and principles, and ensures the efficiency of their realization in social practice. This constitutional, not only political obligation of the State³ can be fulfilled with the implementation of proper political programs, with constitutionally correct, quality legislation and with a quality "legal policy" in general. Finally, this obligation of the State can be fulfilled with the establishment of a whole social system of rules, authorities and institutions, which must be constitutionally correct, legally and politically proper, transparent and efficient.

2.2 TO STRENGTHEN THE EXERCISE OF THE POSITIVE OBLIGATIONS OF THE STATE

The doctrine of legitimate obligations of the State, which require of it active measures for protection and realization of fundamental rights and liberties, is in constitutional law known as "doctrine of positive obligations of the State" (see Macdonald, Matscher and Petzold 1993, Mowbray 2004). For example, the Constitution of the Republic of Slovenia (indirectly) states it in Article 5.⁴

However, daily politics is far too often out of tune with this doctrine. Even the Slovene courts show little interest in acknowledging it, while the lawyers, both practitioners and professors of law, pay this doctrine very little attention in their professional and research endeavours. As a consequence, students of law and other social studies know very little about this doctrine or were not even aware of it during their studies. Attempts at asserting it in courts are rare, and even when this does happen, they are predominantly unsuccessful in regular courts. As far as Slovenia is concerned, this doctrine shares the fate of the Constitution and constitutional law, which play virtually no role in the rulings of regular courts.

For example, it took Slovene courts a few decades longer than the Strasbourg court to assert an elementary legal position stating that it is not up to an individual to prove that he/she has been beaten during detention at a police station, but rather in such cases the burden of proof is on the police to show that his/her injuries were not caused by their actions. Another examples are the rulings that committees dealing with appeals against police work cannot consist of police officers,⁵ or that the State is objectively and compensatory liable if its legal system is responsible for large case backlogs,⁶ or that the State violates the Constitution if it does not

³ For the political evaluation of some of the obligations of the State, or for some legitimate expectations towards the State concerning social and economic rights, known as "the third way", see Giddens 1998.

⁴ Article 5 of the Constitution of the Republic of Slovenia starts as follows: "In its own territory, the state shall protect human rights and fundamental freedoms." Available at: http://www.crnvo.cg.yu/Ustav_Slovenije.pdf

⁵ See the decision of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia, No. Up-555/03-41 and No. Up-827/04-26. Available at: www.us-rs.si.

⁶ See Decision of the European Court for Human Rights (ECHR) against Slovenia in cases *Rehbock v. Slovenia* (2000) (police brutality), *Lukenda v. Slovenia* (2006) (violation of the right to trial in reasonable time or without

adopt a legislation which is a prerequisite for exercising certain constitutional rights. All of the above is a part of the aforementioned doctrine and there are many similar cases out there.

It is precisely with social rights where the responsibility of the State is even slightly more emphasized and particular. On one hand these rights namely have the biggest, most direct impact on citizens themselves, while on the other hand the constitutional provisions of these rights are often not only abstract, but also have programmatic characteristics. The Constitution, which in Article 2 already defines the State as "social",⁷ thus for example in Article 50 talks about the right to "social security",⁸ in Article 66 about "creating opportunities for work and about workplace protection",⁹ and in Article 72 about "the State providing for health and healthy living environment protection".¹⁰ However, all these constitutional guarantees require concretization of their contents. The positive obligation of the State in this regard means that the State needs a well-crafted political program which defines how the State will systemically ensure legal protection of the highest possible quality and the exercise of these rights and principles in practice. It must adopt a legally correct and effective legislation, which regulate a particular social or economic field. It is responsible for the quality and especially for the effectiveness of the entire system of protection, control and exercise of these rights and principles.

If the State fails to do so, it violates the Constitution in a similar manner as if it directly violated any other constitutional right of an individual. The State is objectively responsible for the establishment and quality of the system of the Social State and protection of economic rights, as well as for its proper and efficient operation. Its constitutional legal responsibility therefore does not affect only the direct relations between individuals and the State. It is too often forgotten that the State must take responsibility for the adoption of relevant legislation and for the establishment of a system of institutions that enable the protection of constitutional rights, liberties and principles in relations between individuals (the so-called *drittwirkung* doctrine) (Macdonald, Mather and Petzold 1993, 163 et al). In other words, a

undue delay), *Matko v. Slovenia* (2007) (ineffective investigation of the allegations for being ill-treated by the police) and *Šilih v. Slovenia* (2009) (inefficiency of the judicial system in establishing responsibility for medical negligence).

⁷ Article 2 of the Constitution of the Republic of Slovenia: "Slovenia is a state governed by the rule of law and a social state."

⁸ Article 50 of the Constitution of the Republic of Slovenia: "*(Right to Social Security)* Citizens have the right to social security under conditions provided by law. The state shall regulate compulsory health, pension, disability and other social insurance, and shall ensure its proper functioning. Special protection in accordance with the law shall be guaranteed to war veterans and victims of war."

⁹ Article 66 of the Constitution of the Republic of Slovenia: "*(Security of Employment)* The state shall create opportunities for employment and work, and shall ensure the protection of both by law."

¹⁰ Article 72 the Constitution of the Republic of Slovenia: "*(Healthy Living Environment)* Everyone has the right in accordance with the law to a healthy living environment. The state shall promote a healthy living environment. To this end, the conditions and manner in which economic and other activities are pursued shall be established by law. The law shall establish under which conditions and to what extent a person who has damaged the living environment is obliged to provide compensation. The protection of animals from cruelty shall be regulated by law."

system of institutionalized protection of human rights and liberties must be above all practical and effective.

3. RESPONSIBILITY FOR THE PEOPLE ON SOCIAL MARGIN

This doctrine must be directly linked to other current and highly important social issues. In particular those that concern the scope of social and economic rights. The State must have, for example, an appropriate program for the protection of mental health. Even more so if there is a well known and traditional problem of a high rate of suicides per capita. The State must produce the high-quality legislation in this area and establish an effective system of prevention and assistance. The same applies to the general system of health care. The State is objectively responsible for long waiting periods in medical institutions. It is also responsible for the lack of effective procedures for determining the liability of medical staff for mistakes at work and to protect the rights of victims. The same applies to the legal system and regulation of issues concerning the disabled, Roma, same-sex partners, single parents, children, athletes, young and educated people who are unemployed, etc.

This doctrine should also be used as an effective tool for solving problems of people on the social margins of society, or people with the lowest personal income. In the case of workers in the factories, who receive low or even the lowest personal income, barely enough to survive from day to day, the State which claims to be a real welfare State is responsible for setting up the legal system, which effectively protects those workers in the maximum possible, while still reasonable degree. The State must ensure the effective supervision of the protection of the rights and interests of workers and the fast, simple and low cost procedures for the exercise of their rights and to address their complaints. State must be convincingly and provably successful in preventing mobbing at workplace. It must ensure the effective protection of the most vulnerable groups of workers, easily actionable and quickly payable social benefits and pensions etc. Lastly, it is also responsible for cases where the managers and directors are paid a high severance pay, while the most deprived social workers are deprived of their minimum personal income and other statutory additions, or even get fired.

In such cases and circumstances the State is legally responsible in a similar manner as in the case, for example, where it does not carry out criminal prosecution of perpetrators, or when the system does not guarantee the victims and their relatives efficient and rapid procedure for compensation, or if it does not prevent the censorship of freedom of expression in the media, or if does not ensure an effective system of conditional releases (parole) of prisoners, or if it does not respond to its responsibility and undertake a proper action to guarantee safety at the most dangerous stretches of roads etc. The list is long.

If and when the State shall take appropriate programs and enact a proper legislation in this regard or when it is trying to establish a sound institutionalized system in any area of social life, then the State did not place its good will, the citizens were not awarded or given gifts from the State. Such action of the State was not the example of over standards in its policy and the legislation. The State has only realized its necessary, positive and constitutional obligation.

4. EXPECTATIONS TOWARDS LEGAL PROFESSION AND THE JUDICIARY

The protection of social rights and responsible social policy are not the cause of the resulting state of the social system. Quite opposite, the failure in this area, low level of democracy and

the over inequalities in society are the main causes for the disturbing present and black predictions for the future. What our society needs is a significant increase of the social responsibility on the side of governing day-to-day politics and the biggest capital owners. Constitution, the people and human rights should be taken more seriously. Individuals as persons and their dignity should be ensured priority over profits (comp. Wallerstein 2004, Chomsky 2005). Political requirements in the direction of sociality (welfare), democracy and equality should be strengthened. Such positive changes in the global system will not be struck by the sacrifice, or the freezing of the welfare state. They may occur only with a substantial strengthening of the system of Welfare State.

We can legitimately expect and demand more concern for the social and economic rights and more concern for the positive obligations from the State. In this regard social role of legal scholars, all lawyers and especially judges could be among the most important roles to achieve these goals. Lawyers should be the first to increase the consciousness about the importance of the doctrine of positive obligations of the State. This doctrine should be applied by all courts and judges with the intent to guarantee more determined and effective realization of the constitutional principles of sociality, solidarity and social equality on one side and for those fundamental human rights and freedoms that are most closely connected to sociality and economy on the other. We should strive for the universalization of this doctrine and be determined in its practical realization.

Constitutional policy should also be used as a mean to achieve these goals. Constitutional judges should hesitate less when using this doctrine to decide cases involving social and economic fundamental and constitutional rights. In this context slightly increased judicial activism would not seem illegitimate.

European Court for Human Rights (ECHR) should also be actively involved in the process of application of constitutional policy and judicial law-making with a purpose to establish a genuine European welfare state, worthy of that name. Self-understanding of the social role of this Court on global scale should be modified in the direction of accepting and using the social and economic rights as an integral part of its decision-making. Social and economic rights must become a permanent subject of the judicial law-making of this Court and its creation of minimum common standards for European society, which will be truly social (welfare state) in its character. Separation of political and social rights is therefore not in place. There is a need for unity in the understanding of all human rights and freedoms which may be deemed to be fundamental. They have to be uniformly enforced on the transnational level. What is needed is therefore a new, unique constitutional and social policy. Therefore, the Strasbourg Court has to change its principled position and take the corpus of social and economic rights, as well as the European Social Charter, as an undoubted matter of its judicial law-making (see Harris, Darcy 2001). If the ECHR does not change its principled opinion on this regard (see *Botta v. Italy* 1998) there will be no effective legal protection of social and economic rights for the citizens of the member States of the Council of Europe at the supranational level. This would not seem an appropriate path to combat global economic crisis.

5. CONCLUSION

We live in a social system that has not yet realized the ideas regarding democratic, social and just society. It has also not fulfilled the political promises, nor the capitalist predictions assuring common good, solidarity and promotion of social equality. On the other side, identity

of our future political and economic system is mysterious. Most probably we can not escape recession and possibly not even economic depression. Nevertheless, we should cling to our desire not to let the future global events lead us to a total social chaos, intractable social disorder or even to the state of war. We should act accordingly. We should assure that this worrying global state of affairs will not result in an even more unequal, economically self-serving, usurious and inadequately democratic system as we have today. On the contrary, our ambition should be the realization of a genuine Welfare State. This ambition, of course, is not a new political idea. It is what the present social system should already have had realized if all of its proclamations had become reality, especially the social emphasis of the modern liberalism. This task demands inspiration and determination.

We are facing the gaudily alternatives regarding the future of human society. We will have to choose, to take over a unique responsibility and to act without hesitation. It is possible that we have found ourselves even at the most important fault line in the history of Mankind. We will have to elaborate convincing and feasible vision for the future of the Welfare State. Of course, if we still consider a Social State to be something we do not want to give away and, quite contrary, as the priority of our future social activity in global dimension.

We should increase our consciousness about the importance of the doctrine of positive obligations of the State. We should strengthen the theoretical understanding of it and make it useful and effective in social practice. This doctrine should especially be applied for more determined and effective realization of the constitutional principles of sociality, solidarity and social equality on one side and for the fundamental human rights and freedoms closely connected to sociality and economy on the other.

We must demand more from the State, not less. We must assure that the individual as a person, his dignity and his fundamental human rights will have absolute advantage before the interests of political power and profit. Social role of lawyers and especially judges could be among the most important roles to achieve these goals. The doctrine of positive obligations of the State, its determined, effective and courageous application in day-to-day social practice and its universalization can lead us to a unified constitutional policy which does not only seem possible but also necessary for combating economic crisis. We should do this with a clear intent to create the genuine European Welfare or Social State worthy of its name.

Literature:

- Armstrong, D.: Globalization and the social state, Review of International Studies 24 (1998), Cambridge University Press, pgs. 461-478, ISSN: 0260-2105.
- Asher, J.: The Right to Health: A Resource Manual For NGOs. London: Commonwealth Medical Trust, 2004, 174. pgs. Available at: http://shr.aas.org/pubs/rt_health/rt_health_manual.pdf.
- Chomsky, N.: Profit pred ljudmi (eng. Profit Over People), Ljubljana: Tigr, 2005, 188 pgs., ISBN / EAN: 961-6387-59-6.
- Dilas-Rocherieux, Y.: Utopija ali spomin na prihodnost. Od Thomasa Mora do Lenina: večne sanje o drugačni družbi. Ljubljana: Mladinska knjiga, Premiki, 2004, 415 pgs.,

- ISBN: 86-11-16320-6. In french original: L'Utopie. Ou la mémoire du futur: De Thomas More á Lénine, le réve éternel d'une autre société. Paris: Robert Laffont, S.A., 2000, 645 pgs., ISBN: 2266122290.
- Ewing, D., K.: Judicial Review, Socio-Economic Rights and the Human Rights Act - Weak Courts, Strong Courts: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law. *International Journal of Constitutional Law* 7 (2009), pgs. 155-168, ISSN: 1474-2659 (Online), 1474-2640 (Print).
 - Gardbaum, S.: Where the (State) action is. *International Journal of Constitutional Law* 4 (2006), pgs. 760-779, ISSN: 1474-2659 (Online), 1474-2640 (Print).
 - Giddens, A.: *The Third Way. The Renewal of Social Democracy*. Oxford: Polity Press, 167 pgs., ISBN: 0-7456-2267-4.
 - Habermas, J.: *Between Facts and Norms*, Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1998, 631pgs., ISBN: 0-262-58162-0.
 - Hardt, M., Negri, A.: *Multituda. Vojna in demokracija v času Imperija*, Ljubljana: Študentska zložba, 2005, 430 pgs., ISBN: 961-242-046-7. In original: *Multitude: war and democracy in the Age of Empire*, New York: Penguin Press, 2004, ISBN: 1594200246.
 - Harris, D., J. and J. Darcy Eds.: *The European Social Charter*, New York, Ardsley. Transnational Publishers Inc. 2nd ed., 2001, 446 pgs., ISBN: 1-57105-060-4.
 - Hunt, P.: *Taking Economic, Social and Cultural Rights Seriously*. Speech to the 2006 Human Rights Dinner of the Human Rights Law Resource Center on 29. April 2006 in Melbourne. Available at: <http://www.hrlrc.org.au/files/WVMVEX4NHN/Hunt%20-%20ESC%20Rights.pdf> (7. 1. 2009).
 - Joerges, C.: *The Darker Side of a Pluralist Heritage: Anti-liberal Traditions in European Social Theory and Legal Thought*. *Law and Critique* 4 (2003) 3, pgs. 225-228, ISSN: 0957-8536 (Print), 1572-8617 (Online).
 - Loic, W.: *Penalizacija revščine in vzpon neoliberalizma* (eng. *The Penalization of the Poverty and the Ascent of Liberalism*). *Družboslovne razprave*. XIX (2003) 43, pgs. 65-75, ISSN: 0352 - 3608.
 - Macdonald, R.St.J., Matscher, F. and Petzold H. Eds.: *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1993, pgs. 1058, ISBN: 978-0-19-920674-2.

- Mau, S. and F. Vechte eds.: Social Justice, Legitimacy and the Welfare State, London: Ashgate, 2007, 282 pgs., ISBN: 978-0-7546-4939-7.
- McChesney, A.: Promoting and Defending Economic, Social and Cultural Rights: A Handbook, AAAS Science and Human Rights Program, Washington, 2000, ISBN: 0-87168-645-7. Available at: <http://shr.aaas.org/escr/handbook/>.
- Mowbray, A.: The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights, Oxford: Hart Publishing, 2004, 257 pgs., ISBN: 1841132616.
- Roth, K.: Defending Economic, Social and Cultural Rights: Practical Issues Faced by an International Human Rights Organization. Human Rights Quarterly 26 (2004) 1, pgs. 63-73, ISSN: 0275-0392.
- Siedentop, L.: Democracy in Europe, London: Penguin Books, 2000, 254 pgs, ISBN: 9780140287936.
- Stone Sweet, A.: Governing With Judges. Constitutional Politics in Europe, New York: Oxford University Press, 2000, 232 pgs., ISBN: 0-19-829771-8.
- Wallerstein, I.: Decline of American Power: The U.S. in a Chaotic World. 2003, New York: The New Press, 2003, 336 pgs., ISBN: 978-1-56584-799-6.

Reviewer:
Andrej Kristan

Contact – email:
andraz.tersek@upr.si

ECONOMIC CRISIS AND THE CZECH REPUBLIC

EVA TOMÁŠKOVÁ

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

This article deals with the recently economic downturn. Aim of this article is to point out economic situation before economic downturn and during the first months economic downturn in the Czech Republic in 2009. The next part of this article is aimed at analysis approaches of government to solving the situation and methods how to rebuild economic growth. Description, analysis and comparison are used for processing of this article.

Key words in original language:

Economic crisis, Czech Republic, economic environment, government.

Abstract:

This article deals with the recently economic downturn. Aim of this article is to point out economic situation before economic downturn and during the first months economic downturn in the Czech Republic in 2009. The next part of this article is aimed at analysis approaches of government to solving the situation and methods how to rebuild economic growth. Description, analysis and comparison are used for processing of this article.

Key words:

Economic crisis, Czech Republic, economic environment, government.

1. INTRODUCTION

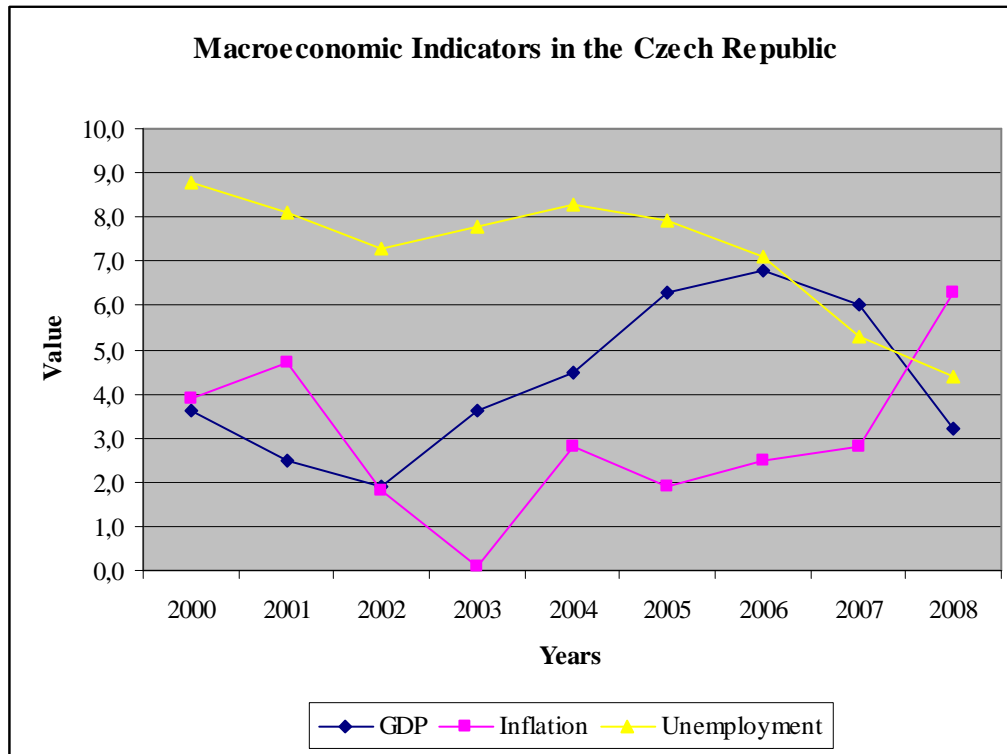
Economic downturn affects through all social classes, however, the main impact of this economic downturn is on low social classes. Economic downturn is often marked as economic crisis. This economic crisis starts with decreasing number of orders which is caused rational (natural) or irrational reasons (human made). Human made like proactive regulations, protection some interests, state bank policy or unexpected consumers behaviors are the most often reason for economic downturn.

Financial turbulence was appearing in USA in August 2007 and it changes in credit crisis at beginning of 2008. This event leads towards to turning of credit cycle. Turning of credit cycle shows of price changes of assets, fluctuation of interest rate and exchange rate. This situation is very difficult for positive economic development and stability of financial system. This environment brings a lot of insecurities to whole economic processes.

Purpose of this article is to point out economic situation before economic downturn and during the first months economic downturn in the Czech Republic in 2009 and analysis approaches of government to solving the situation and methods how to rebuild economic growth. The first part of this article describes and analyses economic environment in the Czech Republic, the next analyze and compare advantages and disadvantages of government intervention and the rest offer prediction of next development.

2. ECONOMIC ENVIRONMENT IN THE CZECH REPUBLIC

Economic development was positive in the Czech Republic till 2007. Economic was stable in the Czech Republic for a long time. The first outcome of this economic downturn was appraising of Czech crown in winter 2007. After 2007, GDP is fallen down; inflation is increased; only unemployment rate is decreased, see Picture 1.

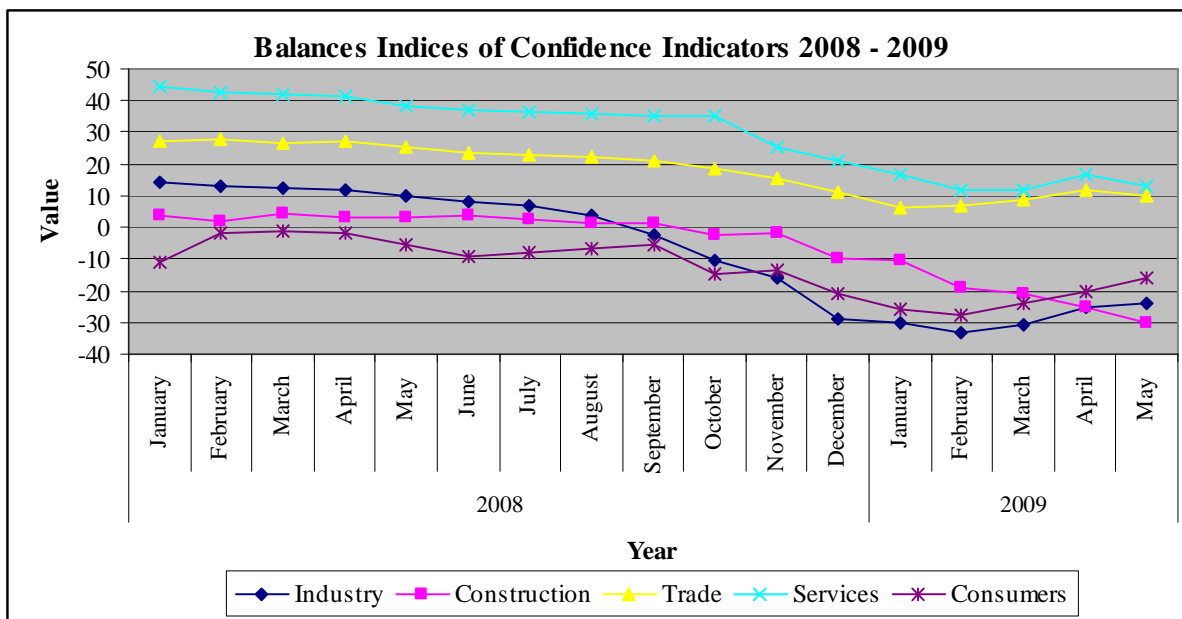


Obrázek 1 Macroeconomic Indicators in the Czech Republic (%) (Czech Statistical Office)

Total external trade decreased in 2008 compared with 2007, index of turnover total was 99.8. Export was higher than import, however, total exports in percent of imports was 103.7 in 2007 and 102.9 in 2008. It could be seen, that economic crisis influence more export of Czech goods than import goods to the Czech Republic. Products of the Czech Republic are liable of economic swings. There is dangerous for the companies in the Czech Republic.

In autumn 2008, there are the first companies with worse sales which lead toward insolvency of companies. Companies product glass and porcelain goods published bankruptcy, the next branches with problems were automobile companies, carriers etc.

Nowadays, all sectors of economic publish their losses and weak companies leave the market. The high underflow shown industry; industry decreased about 37 % of confidence indicators from January 2008 till May 2009 along to Czech Statistical Office. Other branches have difficult position too, e.g. construction decreased about 33.5 % of confidence indicators; services decreased about 30.7 % of confidence indicators and trade is decreased about 17.3 % of confidence indicators in this period. Downtrend of branches show Picture 2.



Obrázek 2 Balances Indices of Confidence Indicators (%) (Czech Statistical Office)

Along to Czech Statistical Office, industry in the Czech Republic fell by 21 % in 1st quarter 2009 compared with the 1st quarter 2008. This fall in industrial production was most contributed to by manufacture of motor vehicles, trailers and semi-trailers (contribution -4.2 p.p., drop by 26.2%), manufacture of fabricated metal products (contribution -3.1 p.p., drop by 34.6%) and manufacture of machinery and equipment (contribution -2.5 p.p., drop by 28.4%). Revenues from industrial activity fell by 18.5% (current prices). Direct export revenues of industrial enterprises at current prices declined by 21.6%.

Results from the first quarter of 2009 show that the Czech Republic is afflicted by economic crisis. GDP was -3.4 %, inflation in May 2009 was 4.1 % and unemployment in May 2009 was 7.9 %.

EU countries show the similar situation. GDP grow will be very low or negative, unemployment will be higher and businessman as well as consumers will be nervous. According to the Eurostat, industrial production in the EU 27 declined by 16.3% in January 2009 compared with January 2008 and by 17.5% in February 2009, compared with February 2008.

3. ADVANTAGES AND DISADVANTAGES OF GOVERNMENT INTERVENTION

After the first information about scandal with mortgage in USA, people divide into two groups along to their opinions. The first group believes that economic downturn is caused by a lack of government regulation, the second group emphasizes that the reason for economic downturn is caused by a lot of government interference. Government is broken into two groups too. Protectionisms spread in words a lot of politicians. These words are loud before to call an elections. The second part of this paper should be point out advantages and disadvantages of government regulation and protectionisms. Where is the best rate between freedom and regulation?

Supporters of regulation stress stabilization of economic conditions, protection rights of investors and total renew economic growth with their intervention into economic. Opponents

stress invisible danger connected with this approach. State debt will be increased with using of this instrument and government will be limited in utilization of stabilization policy in future.

Which kind of this policy is better? It depends on political opinion and for the position of view. High state expenditures bring advantages in short time because economic increases, but they have a lot of negative impacts for a long time. It depends on which expenditures will be increased too. Government has two possibilities – to give money to consumers or to businessmen.

The first possibility is only populist step. This approach is acceptable especially for low income people. Demand of goods will increase but increment will be only small because a lot of people want to save money for worse time. The second group of people spends the money for usual things and they want to get next money. The third group of people takes loan and spends all money for buying car or realty. They could have problem with pay back the debt in the future. The first possibility does not help with economic growth. Support of consumers has negative effect to businessmen. Businessmen do not have money for paying employees therefore unemployment increases.

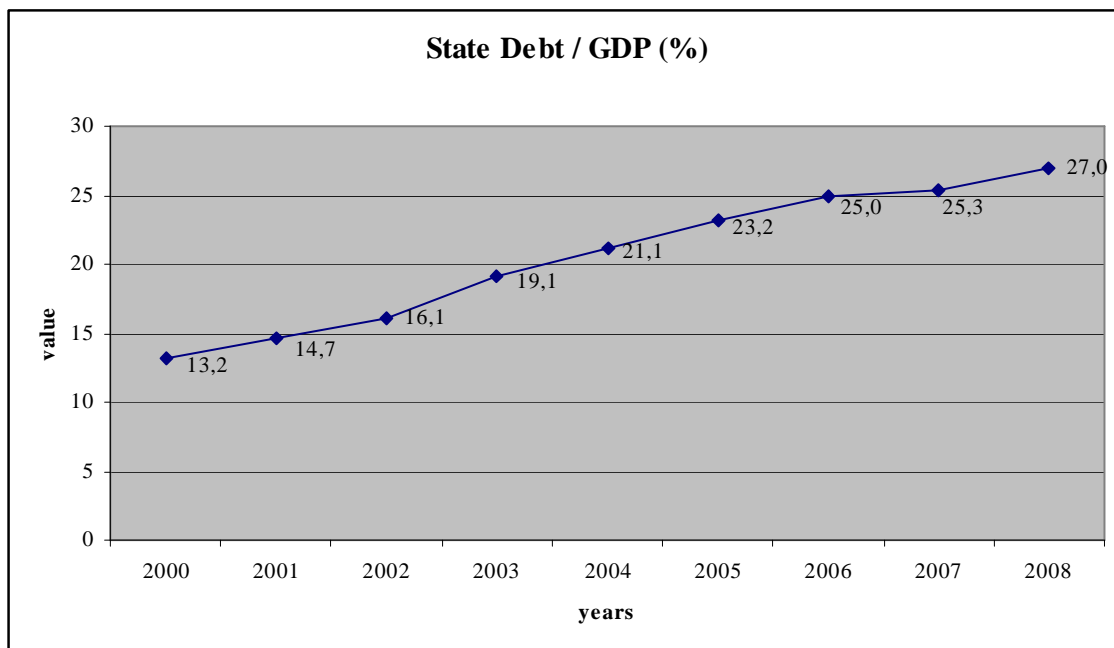
The second possibility is better than the first. Support of businessmen has positive effect for employees, because unemployment does not increase stronger (and unemployment benefits from state budget are not so high).

It is better to give money indirect through tax allowances. This approach helps all businessmen. State tenders help only one branch or selected great companies. State tenders give only great companies, small and medium companies do not have necessary capital. Selection one of branches (nowadays, we can see support of car industry in America and EU countries) handicap other branches. Supported companies which survive economic downturn do not improve the quality of products and to make their product more competitiveness. They do not have any motivation to improve.

Difficult situation is with support of companies introduced “national products” and companies with long position (often a lot about one hundred years) in the market. It is difficult to prohibit protectionisms.

Government intervention depends on high of state debt. It is unthinkable to have high expenditures from state budget during economic downturn if country has high state debt. There is no possibility for doing stabilization politic. High expenditures deepen economic instability of this country.

Government of the Czech Republic realizes expansive fiscal politic for 12 years. Expansive fiscal politic was realized during economic boom. Every year increase state debt. Results from this politic will be negative impact during economic downturn in next years. Situation with the state debt as percentage of GDP shows Picture 3. From this reason, government of the Czech Republic should impede of increasing state debt.



Obrázek 3 Development of State Debt as Percentage of GDP in the Czech Republic (Czech Statistical Office)

Nowadays, answer on question if government interference yes or no is rather political answer than economical answer. There are a lot of politicians from EU countries which have positive attitude toward government interference. These politicians support government interference in other countries. We can see that at buying new car implementation support system. These trends could be dangerous not for economic in the Czech Republic as well as for economic stabilization whole of EU members.

4. DISCUSSION AND CONCLUSION

The new data show that economic in the Czech Republic will decrease for this year. Economic grow should be negative (-2.3 % along the Ministry of Finance) and the view in the 2010 should be soft growth (0.8 %). Total import should be higher than total export and unemployment should be increased (prediction indicate unemployment about 9 % this year). Only inflation will be low, analytics expect inflation about 1.1 % in 2009.

Forecast for the next future is very difficult predicted. It depends on many of variables. The first variable is development of world economic. It is necessary to strengthen situation in financial markets which is very difficult to realize. Banks should be stopped afraid of lending money especially in the Czech Republic where they have stable position for a long time and their bank credit are not specificity as losing.

The second variable is international political stage and national political stage and their approaches towards intervention and protectionism. High state expenditures represent danger in long time and economic development is not sustainable. Government should realize a minimum of intervention in the market. It should stop to help only one company or branch because it discriminate other companies or branches.

The third variable is connected with consumers' behaviors. If consumers will believe in economic, they will start to buy more products and economic will increase. This is the best solution of every economic downturn.

Literature:

- Czech Statistical Office. [date 4. 6. 2009], available at: <http://www.czso.cz>
- Eurostat. [date 15. 5. 2009], available at: <http://epp.eurostat.ec.europa.eu>
- Ministry of Finance of the Czech Republic. [date 18. 5. 2009], available at: <http://www.mfcr.cz>

Reviewer:

Jiří Blažek

Contact – email:

eva.tomaskova@law.muni.cz

INSURANCE LAW IN THE MIRROR OF ECONOMIC CRISIS

ATTILA VERMES

Deák Ferenc Faculty of Law and Political Sciences, Széchenyi István University (Department of Commercial, Agrarian and Labour Law), Hungary

Abstract in original language:

A biztosítási jog alapvetően három szerződéstípussal segítheti elő a gazdasági válság káros hatásainak csökkentését tompítását. Mindhárom módszer a fizetendő biztosítási díjra, valamint az alkalmazott önrészre és egyéb biztosítástechnikai megoldásokra tekintettel általában csak csökkent, de nem nullifikálja a biztosítási események bekövetkezésének káros hatásait, azonban álláspontom szerint mindegyik szerződéstípus alkalmas a kockázatok jelentős mérséklésére, valamint a szerződéskötéshez szükséges bizalom helyreállítására, azaz összefoglalva a gazdasági válság hatásainak tompítására.

Key words in original language:

Hitelfedezeti biztosítás; export hitel-biztosítás; munkanélküliség elleni biztosítás.

Abstract:

Insurance law can help on cutting down the damaging effects of economic crisis with mainly three types of contract. All the three methods usually only lower, but not nullificate the damaging effects of the insured events – considering the payable insurance premium, franchise and other insurance technical solutions, but in my opinion all three types of contract are capable of relevant risk lowering, recovering trust needed by formation of the contract, so to sum up to mellow the effects of economic crisis.

Key words:

Credit protection insurance; export-credit insurance; insurance against unemployment.

All three contracts belong to non-life insurance branch, it means damage insurance, which exempts – party or totally – the insured person from negative financial effects of a damaging event.

The insurance contract is an excellent method for risk management. Insurance premiums are nowadays calculated into normal contractual transaction costs, because it's cheaper to avoid losses than repairing it posteriorly.

Credit protection insurance contract

According to loan contracts a credit-loan insurance contract is primarily destined for defending the creditor's property interests, whereas insurance against unemployment is mainly connected to property interests of the debtor, but naturally indirectly they protect the financial safety of the other contracting party too.

In the case of credit protection insurance contract non-payment of the debtor is qualified as insured event, the insurer so vaporizes non-payment risk among creditors being exposed to similar or same perils. Credit protection insurance is usually group insurance, that is to say its premium depends not on single debtor's perils, but averaging these can we get it by the insured payable insurance premium.

In credit protection insurance contracts the insurer promises – partly or totally – to save the insured from loss that could result from insolvency of debtors.

“The peril of loss by the insolvency of customers is just as definite and real a peril to a merchant or manufacturer as the peril of loss by accident, fire, lightning, or tornado, and is, in fact much more frequent. No reason is perceived why a contract of indemnification against this ever-present peril is not just as legitimately a contract of insurance as a contract which indemnifies against the more familiar, but less frequent, peril by fire.”¹

Contracts are always categorized by their content, and never by their topic, so it is understandable, that some of these contracts looks like a conditional sale of “poisoning“ debts, while others contain direct rules for save the creditor from the losses caused by insolvent debtors.

Insurers often limit their “responsibility“ to those debts where debtors seems to be in good financial conditions and to be able to pay the montly repayment.

The insured event is in most cases the loss by insolvency of debtors, but the term “insolvency“ isn’t to be interpreted as its legal sense, so a debtor is doubtless insolvent when he/she is unable to pay his/her regular monthly obligation. It means that official bankruptcy isn’t necessary.

As a duty of damage prevention, the insurers always wish to know some parameters of the insured persons, for example their credit control system focusing any history of non-payment and their general contract terms and conditions.

As a duty of disclosure the insured person is obliged to report regularly (for example monthly) the value of goods or services, because these circumstandes determine mostly the by the insured person payable insurance premium.²

The risk level can be altered by relevant reduction of regular payment by the debtor during the period of insurance contract, in that case it’s possible to offer a modification of the contract by implication of new warranties and conditions to strenghten the contractual position of the insurer.

There is a relevant legal document in the field of credit protection insurance, the so called UCP 600 by International Chamber of Commerce are the lastest revision of the Uniform Customs and Practice that govern the operation of letters of credit.

Insurance documents and coverage according to credit protection insurance ar now governed by UCP 600 Art. 28. (UCP 500 Art. 34.)

According to UCP 600 an insurence document can ba an insurance policy, an insurance certificate or a declaration inder an open cover. The above mentioned document has to be issued and signed in all cases by an official insurance company.

¹ Vance, William Reynolds: Handbook of the Law of Insurance, 601. p.

² Jess, Digby C.: The Insurance of Commercial Risks: Law and Practice Digby C. Jess 374. p.

For legal safety reasons all originals must be presented when more than one insurance document has been issued.

The amount of insurance coverage has to be nominated by the insurance document in the same currency as the credit.

The insurance coverage has to be percentage of the invoice value of the goods. If the credit contract contains no rule about the amount of insurance coverage, it must be at least 110% of the CIF (Cost, Insurance and Freight Incoterms clause) or CIP (Carriage and Insurance Paid To Incoterms clause) value of the goods.

An insurance document mentioning “all risks“ notation or clause has to be accepted by credit contracts requiring “all risks“ insurance, whether or not bearing the heading “all risks.“

An insurance company can lower his insured amount by referring to any exclusion / limitation contract clause.

Overinsurance contracts are void, but underinsurance is of course permitted, so any kind of franchise or deductible contract clause is valid.

Insurance against unemployment

Insurance against unemployment recovers the debtor's ability to pay in the case of his / her regular source of income's falling out in such way, that the insurer pays its monies paying service directly to the creditor, as a beneficiary of the insurance contract, that is to say it turns off the peril connected to the debtor's willingness to pay.

A person may be in employment although he / she receives no payment for his work: in this case he / she is in employment from the viewpoint of labour law, but he / she can be defined as unemployed according to the rules of an insurance contract.

The insured person can be disqualified, if he / she has lost his /her employment through his /her misconduct, or if he /she voluntarily leaves his / her employment without so called “just casue“.

“There may be just cause for leaving where the claimant has difficulty in looking for better work while in employment. As a rule, he is not justified in leaving his occupation unless he has a definite offer or good prospects obtaining better work.“³

The insured person can obtain the insured sum if he/she is registered for employment and have applied in the prescribed manner.

The above mentioned two insurance contracts give excellent possible solution in such economic environment, where parties are distrustful against each other, debtors struggle liquidity problems, the creditor's financial reserve is missing, at the same time parties don't want to hold aloof unduly to form loan contracts.

³ Emanuel, M. R.: Insurance Law, Theory and Practice, 312. p.

Export-credit insurance

“In an international commercial transaction, it is no longer true to consider that its success depends only on the quality, delivery and price of the goods or services. There is now a factor of equal importance – the ability to give and willingness to take credit.”⁴

Any contracting party has to take into account with the amount of risk of the transaction, goodwill and liquidity of customer and duration of the payment term.

Risk management raises the normal contractual costs, but it's a proper way to hold cash flow and liquidity at acceptable levels.

In the United Kingdom export credit guarantees are administered by the Export Credits Guarantee Department, which doesn't want commercial profit, so premium rates are at low level.⁵ Export credit insurance helps to eliminate or lower special risks, which are – in general – not covered by transport insurance policies.

An export credit insurance can offer a valuable security at various perils, for example political risks, which are normally not covered by private (commercial) insurers.

In the UK, there are the following subtypes of export-credit insurance: project financing scheme, export insurance, policy, bond insurance policy, insurance for overseas investments and one stop shopping with the ECGD.

„Project finance is the term used to describe lending in respect of major projects, when the lenders place primary reliance on the revenues of the new project for repayment, as well as using the assets and contracts of the project as security“⁶ It offers two options: Arr Risks cover and Political Risk cover.

The Export Insurance Policy (EXIP) can be used by an exporter to get insurance cover against political risks and the buyer's / debtor's non-payment risk

One Stop Shopping with the ECGD

The sub-contractor's export-credit agency vaporizes the risk among other insurers with the help of reinsurance contracts

Short term export credit insurance contract in an excellent way to prevent misusing of insurance offers: the policyholder can't elect only hazardous contracts, because it covers as a framework contract all risks arising from businesses with buyers / debtors for the insured countries.

As a framework contract insurance cover is continuous, safeguarding the exporter to the time of receipt of payment.

⁴ C. T. Chuah, Jason: Law of International Trade: Cross-Border Commercial Transactions 499. p.

⁵ <http://www.ecgd.gov.uk>

⁶ Murray, Carole et al.: Schmitthoff's Export Trade: The Law and Practice of International Trade, 446. p.

Typically the insured event can be the insolvency of the buyer, or the buyer's mistake to pay the contractual value. Of course other legislative, administrative measures of a foreign government can be taken into account as insured event if they prevent performance of the contract.

Export-credit insurance transaction is an instrument for serving lowering exchange rates in the period of between formation and accomplishment of the contract. Economic crisis comes together with notable volatility of (hard) currency rates, especially legal currencies of smaller states can become defenceless victims of international processes. Rapid and large-scale disadvantageous changing of exchange rates being valid at the time of formation of the contract can ruin economically the financial position of exporting companies and their financing banks. In worst case, the institution of export-credit insurance provides for this situation a reassuring solution.

Literature:

- Clarke, Malcolm: Policies and Perceptions of Insurance Law in the Twenty-First Century, Oxford: Oxford University Press, 2007, 374 p. ISBN 978 0 19 922764 8
- C. T. Chuah, Jason: Law of International Trade: Cross-Border Commercial Transactions, London: Sweet & Maxwell, 2009, 756 p., ISBN 978 1 847 03344 4
- Emanuel, M. R.: Insurance Law, Theory and Practice, London: Virtue & Co., 1935, 544 p.
- Jess, Digby C.: The Insurance of Commercial Risks: Law and Practice, London: Sweet and Maxwell, 2001, 872 p., ISBN 0421 824409
- Murray, Carole et al.: Schmitthoff's Export Trade: The Law and Practice of International Trade, London: Sweet & Maxwell, 2007, 953 p., ISBN 978 0 421 89280 4
- Vance, William Reynolds: Handbook of the Law of Insurance, Washington: West Publishing Company, 1904, 683. p

Reviewer:

Gyula Szalay

Contact – email:

vermesa@sze.hu

SEKCE RESTRUKTURALIZACE PODNIKU



SECTION REORGANIZATION OF ENTERPRISE

POSTAVENÍ ZAMĚSTNANCŮ V INSOLVENČNÍM ŘÍZENÍ

LEONA BUZRLOVÁ

Faculty of Law, Masaryk University, the Czech Republic

Abstract in original language:

Příspěvek pojednává o postavení zaměstnanců v insolvenčním řízení a o právech a nárocích těchto subjektů v rámci tohoto řízení. Jsou zde objasněny takové pojmy jako je úpadek, platební neschopnost a mzdové nároky. Rovněž se zabývá možnostmi zaměstnanců jak se domoci svých mzdových nároků při platební neschopnosti zaměstnavatele. Závěrem příspěvek nastiňuje možnosti zaměstnance, jak řešit nastalou situaci v souvislosti s insolvenčí.

Key words in original language:

Insolvenční zákon, dlužník, věřitel, zaměstnavatel, zaměstnanec, úpadek, hrozící úpadek, závazek, pohledávka, výkon rozhodnutí, exekuce, platební neschopnost, mzda, soud, ochrana zaměstnanců, úřad práce, mzdový nárok, pracovní smlouva, finanční krize, bankrot, propouštění, vyplácení mezd

Abstract:

The contribution deals with the position of employees in insolvency and with employees' rights and pretensions within this proceedings. There are some explanation of such items like bankruptcy, financial insolvency and wage claims. It is also concerned with the possibilities of employees how to get their wage claims from an employer in insolvency. Last it outlines the possibilities of employee how to solve the given situation in context of insolvency.

Key words:

Insolvency law, debtor, creditor, employer, employee, bankruptcy, imminent bankruptcy, obligation, claim, execution of a judgement, distraintment, financial insolvency, wages, court, protection of employees, employment bureau, wage claim, employment contract, financial crisis, bankruptcy, dismissal, payment of wages.

V důsledku finanční krize a složité ekonomické situace se mnohé firmy dostávají do nepříznivých finančních problémů, které pak staví zaměstnavatele do nelehké pozice. Platební morálka se výrazně zhoršuje a mezi neplatiče se mnohdy dostává i stát, neboť i pozdní platby ze strany státu se stávají běžností. Čím dál tím větší počet podniků se nachází v platební neschopnosti a je ohrožen bankrotem než tomu bylo v minulých letech. Zaměstnavatelé jsou pak nuceni řešit problémy nejen v personální oblasti svých firem, tedy propouštěním, nýbrž i v oblasti práv a nároků svých zaměstnanců. Důsledky platební neschopnosti pocítují však nejen zaměstnavatelé, ale i samotní zaměstnanci, kteří pak dostávají část měsíční mzdy nebo jim tato není poskytována vůbec. Návodem pro řešení výše uvedených problémů je pak *zákon o úpadku č. 182/2006 Sb., insolvenční zákon*, který nahradil dřívější *zákon č. 328/1991 Sb., o konkursu a vyrovnání*.

Na rozdíl od zákona o konkursu a vyrovnání však insolvenční zákon již řeší nejen faktický stav úpadku, ale i hrozící úpadek. Insolvenčním řízením je pak soudní řízení, jehož

předmětem je dlužníkův úpadek nebo hrozící úpadek a způsob jeho řešení.¹ Insolvenční zákon vychází přitom z toho, že úpadkem je plně dotčen nejen samotný zaměstnavatel (dlužník), ale též i jeho věřitelé. Za úpadek zaměstnavatele (dlužníka) je pak považován stav, kdy tento má více věřitelů, má peněžité závazky delší než 30 dnů po lhůtě splatnosti a navíc není schopen tyto závazky plnit. Pod pojmem více věřitelů je třeba chápat minimálně dva věřitele, má-li být splněna podmínka existence mnohosti věřitelů. Podmínka prodloužení delšího než 30 dnů s plněním jeho splatných závazků musí být rovněž dodržena. Doba 30 dnů byla do insolvenčního zákona vložena účelově, neboť navazuje na ustanovení § 369a Obchodního zákoníku, tj. na vznik práva na zaplacení úroku z prodloužení platby.² Doba 30 dnů stanoví dobu, po jejímž uplynutí je splněna podmínka stanoveného časového rámce, kdy již lze uvažovat o úpadku dlužníka. Za neschopnost plnit své závazky je pak považována situace, kdy zaměstnavatel zastavil vyplácení podstatné části svých peněžitých závazků nebo je neplní po dobu delší než tři měsíce po lhůtě splatnosti, anebo není možné se domoci uspokojení některé ze splatných pohledávek vůči zaměstnavateli výkonem rozhodnutí nebo popřípadě exekucí. Cílem řešení úpadku nebo hrozícího úpadku je co nejvyšší a zásadně poměrné uspokojení dlužníkových věřitelů, což současně nevylučuje možnost, aby během tohoto procesu bylo dosaženo oddlužení dlužníka, nedojde-li k vyřešení úpadku nebo hrozícího úpadku konkursem.³

Důležitým pojmem z hlediska postavení jak zaměstnavatelů tak zaměstnanců je platební neschopnost zaměstnavatele, pod kterou lze chápat situaci, kdy zaměstnavatel neuspokojil splatné mzdové nároky zaměstnanců, a to dnem následujícím po dni, kdy byl na něho podán návrh na prohlášení konkursu u příslušného soudu v České republice, nebo u nadnárodního zaměstnavatele také dnem, kdy byl prohlášen za platebně neschopného u příslušného orgánu v jiném členském státě Evropské unie. Mzdovými nároky pak lze rozumět mzdu (plat), její náhradu a odstupné, které zaměstnanci náleží na základě pracovního poměru, nebo odměna, popřípadě její náhrada, která zaměstnanci přísluší dle dohody o pracovní činnosti a jejichž výplaty neprovedl zaměstnavatel, který se nachází v platební neschopnosti. Za mzdové nároky však nelze považovat cestovní náhrady, mzdu za práci konanou přesčas a odměny za úspěšné splnění mimořádného úkolu.

S ohledem zájmu Evropských společenství na vyrovnaném hospodářském a sociálním rozvoji a eliminaci nežádoucích rozdílů v rozsahu ochrany zaměstnanců v jednotlivých členských státech přijala Rada Směrnici ze dne 20. října 1980, *o ochraně zaměstnanců v případě platební neschopnosti zaměstnavatele* (80/987/EHS), která se vztahuje na pohledávky zaměstnanců vyplývající z pracovních smluv nebo pracovních poměrů vůči zaměstnavatelům, kteří se nacházejí v platební neschopnosti. Pro účely této směrnice zaměstnavatel je považován za insolventního, pokud bylo na základě platební neschopnosti zaměstnavatele navrženo zahájení insolvenčního řízení podle příslušných právních a správních norem členského státu, jehož součástí je částečné nebo úplné zajištění aktiv

¹ § 2 písm. a) zákona o úpadku č. 182/2006 Sb., (insolvenční zákon)

² Štenglová.,I., Plíva., Stanislav. Obchodní zákoník , Praha: C.H.Beck. 2009, 12. vydání. s. 836. ISBN 978-80-7400-055-3

³ Kotoučová, Jiřina. Zákon o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon). Praha: C.H.Beck, 2008. s. 11-13 . ISBN 978-80-7179-5957

zaměstnavatele a jmenování správce nebo osoby s podobnou funkcí. Tato směrnice byla tedy vypracována za účelem ochrany zaměstnanců v případě platební neschopnosti zaměstnavatele a jejím cílem je zajištění úhrady nesplacených pohledávek zaměstnanců vůči zaměstnavateli, vyplývajících z pracovních smluv, resp. pracovních poměrů a pracovněprávních obdobných vztahů. Zároveň platí, že členské státy nesmí z oblasti působnosti této směrnice vyloučit zaměstnance pracující na částečný pracovní úvazek ve smyslu Směrnice 1997/81/ES, zaměstnance s pracovní smlouvou na dobu určitou ve smyslu Směrnice 1999/70/ES a zaměstnance v dočasném pracovním poměru ve smyslu čl. 1 odst. 2 Směrnice 91/383/EHS. Členským státům je rovněž zakázáno stanovit minimální dobu trvání pracovní smlouvy nebo pracovního poměru, která byla podmínkou, aby zaměstnanci mohli uplatnit své nároky podle této směrnice. Jelikož je tato směrnice koncipována jako vzorový zákon, vydaly pak jednotlivé členské státy Evropské unie v rámci svého vnitrostátního zákonodárství prováděcí opatření a předpisy k výše uvedené Směrnici, jako tomu bylo v České republice *zákonem č. 118/2000Sb., o ochraně zaměstnanců při platební neschopnosti zaměstnavatele, a o změně některých zákonů* a dále *zákonem č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti*. Směrnice 80/987/EHS byla do zákona č. 118/2000 Sb., plně implementována a zajišťuje plnou kompatibilitu tuzemské národní právní úpravy s právem ES v této oblasti. Hlavním cílem této Směrnice je zajistit, aby v každém jednotlivém členském státě existovala tzv. *garanční (záruční) instituce*, která v případě platební neschopnosti zaměstnavatele vyplatí zaměstnanci dlužné mzdové nároky. Pokud jde o samotnou podobu garanční instituce, ponechává Směrnice tuto záležitost na členských státech, jakou formu si zvolí při respektování základních pravidel. Řada vnitroprávních předpisů jednotlivých členských států, jako je tomu ve Finsku, Rakousku a Německu, obsahuje výhodnější úpravu pro zaměstnance než ve smyslu standardů upravených v předmětné směrnici, ve Finsku především s ohledem na definici úpadku (insolvence).⁴

Zaměstnanec, kterému pak zaměstnavatel dluží mzdu dle výše zmiňovaného zákona č. 118/2000 Sb., *o ochraně zaměstnanců při platební neschopnosti zaměstnavatele, ve znění pozdějších předpisů*, pak v rozsahu a za podmínek stanovených tímto zákonem má nárok na uspokojení splatných mzdových nároků, které mu nebyly vyplaceny jeho zaměstnavatelem nacházejícím se v platební neschopnosti a zároveň mu právní řád dává možnost podat sám nebo i s ostatními zaměstnanci, návrh na zahájení insolvenčního řízení k příslušnému krajskému soudu. Podmínky pro uspokojení mzdových nároků dle výše uvedeného zákona jsou přitom splněny, pokud v rozhodném období zaměstnavatel neuspokojoval mzdové nároky svých zaměstnanců vůbec nebo jen částečně. Důležitým pro posouzení výplaty mzdových nároků zůstává zákonné vymezení *rozhodného období* v němž mzdové nároky vznikly a které mohou být uspokojeny státem prostřednictvím příslušného úřadu práce místo insolventního zaměstnavatele. Lze však ze zákona uspokojit pouze mzdové nároky za tři měsíce nevyplacené zaměstnavatelem, které vznikly v době šesti měsíců předcházejících měsíci, ve kterém byl podán insolvenční návrh. Jedná se tedy o jakékoliv tři měsíce v období šesti měsíců. Tři měsíce se počítají zpětně ode dne podání návrhu na prohlášení konkursu. Nemusí jít jen o poslední tři měsíce ani o tři měsíce na sebe bezprostředně navazující. Právo na uspokojení mzdových nároků mají rovněž i ti, kteří pracovněprávní vztah již v době šesti měsíců před podáním insolvenčního návrhu ukončili a u zaměstnavatele již nepracují, za předpokladu, že tyto jejich nevyplacené mzdové nároky spadají do tzv. rozhodného období.

⁴ Bělohávek, Alexander. Evropské a mezinárodní insolvenční právo. Praha: C.H.Beck. 2007. s. 1157-1177,

Byl-li tedy podán návrh na insolvenční řízení 25. července 2008, doba šesti měsíců se pak stanoví zpětně a začíná plynout od 25. ledna 2008. Podmínkou pro uplatnění mzdových nároků zaměstnancem však zůstává, že je může uplatnit jen ten, který má uzavřenu se zaměstnavatelem platnou pracovní smlouvu nebo dohodu o pracovní činnosti, na jejichž základě má nárok na zaměstnavatele mu nevyplacené mzdové nároky vzniklé v daném rozhodném období. Celková výše mzdových nároků je však omezena a za jeden měsíc nesmí překročit jeden a půl násobek rozhodné částky. Rozhodnou částku vyhláší a zveřejní Ministerstvo práce a sociálních věcí ve Sbírce zákonů vždy s účinností od 1. května kalendářního roku na dobu 12 kalendářních měsíců, a to ve výši průměrné mzdy dané v národním hospodářství za předchozí příslušný kalendářní rok. Průměrná měsíční mzda za období od 1.5.2008 do 30.4.2009 (za předpokladu, že insolvenční návrh byl podán do 30. dubna 2009) byla 21 692 Kč (vyhlášenou sdělením MPSV č. 102/2008 Sb.), což pak představuje jedenapůl násobek této mzdy ve výši 32 538 Kč. Za období tří měsíců může tedy zaměstnanec maximálně obdržet od příslušného úřadu práce celkem 97 614 Kč.⁵ A za období od 1.5.2009 do 30.4.2010 (za předpokladu, že insolvenční návrh bude podán po 30. dubnu 2010) představuje částku 23.542,- Kč (vyhlášenou sdělením MPSV č. 80/2009 Sb.), přičemž jejím jedenapůlnásobkem je částka 35.313,- Kč, celkem tedy za tři měsíce pak 105.939,- Kč. Výše uvedená peněžní vyjádření představují hrubé částky, z nichž je nutné odvést povinné platby, které před jejich poukázáním zaměstnancům provede příslušný úřad práce. Úřad práce je oprávněn uspokojit mzdové nároky zaměstnanců uplatněné vůči jednomu a témuž zaměstnavateli v období jednoho roku pouze jedenkrát.

Zaměstnancům je však stanovena zákonná lhůta, do kdy své mzdové nároky mohou uplatnit. Tato lhůta představuje období do jednoho měsíce ode dne, kdy příslušný úřad práce zveřejnil předepsané informace na úřední desce. Pokud však v rámci této lhůty krajský soud rozhodl o podaném insolvenčním návrhu jiným způsobem než vydáním rozhodnutí o úpadku, je možné mzdové nároky uplatnit nejpozději do dne, kdy krajský soud o této věci pravomocně rozhodl, přičemž platí, že právo zaměstnance na uplatnění mzdových nároků u příslušného soudu není tímto nijak dotčeno.

I když byl podán insolvenční návrh, zaměstnanec je povinen konat pro zaměstnavatele práci až do doby, než eventuálně ukončí svůj pracovní poměr u zaměstnavatele. Zaměstnanec však nelze nutit, aby setrval v pracovním poměru i přesto, že mu zaměstnavatel nevyplácí mzdu za odvedenou práci nebo její náhradu. Zaměstnanec má pak možnost volby, buď bude požadovat a uplatňovat nevyplacený mzdový nárok u příslušného úřadu práce nebo může okamžitě zrušit pracovní poměr dle ustanovení § 56 písm. b) Zákoníku práce, a to do patnácti dnů ode dne splatnosti mzdy. Toto může učinit i v případě že mu zaměstnavatel nevyplatí v řádném termínu jakoukoliv část splatné mzdy. Ve smyslu ustanovení § 141 odst. 1 ZP jsou mzda nebo plat splatné až po vykonání práce, a to nejpozději v kalendářním měsíci následujícím po měsíci, ve kterém vznikl zaměstnanci na mzdu nebo plat nárok, pokud nebyla sjednána kratší splatnost mzdy/platu. Řádný termín výplaty mzdy/platu stanoví dle ustanovení § 141 odst. 3 ZP zaměstnavatel, a to po předešlém projednání s příslušnou odborovou organizací, není-li sjednán tento termín již v kolektivní smlouvě. Možnost zaměstnance skončit v takové pro něho nepříjemné situaci pracovní poměr jeho okamžitým zrušením až po 15 dnech po termínu splatnosti mzdy (pokud není stanoven, za termín splatnosti se považuje

⁵ Jouza, Ladislav. Pracovněprávní souvislosti insolvenčního zákona. Právo pro podnikání a zaměstnání 4/2009.

poslední den kalendářního měsíce následujícího po měsíci, kdy zaměstnanec vzniklo právo na vyplacení mzdy) není výhodná, neboť zaměstnanec i přes skutečnost, že nedostane vyplacenu dlužnou mzdu, je nucen setrvávat i nadále v pracovním poměru a pracovat bez vyplacených mzdových nároků ještě další měsíc a půl, bez jakékoliv jistoty, zda mu budou tyto vyplaceny. Navíc dle dosavadní právní úpravy nemá zaměstnanec nárok ani na sociální podporu, jelikož nespĺňuje zákonem stanovené podmínky pro její přiznání.

Nejvíce jsou dotčeny zájmy zaměstnanců, pokud dojde k prodeji podniku nebo jeho části formou zpeněžení podle § 290 insolvenčního zákona. Zákoník práce však v ustanovení § 338 odst. 1 stanoví, že k přechodu práv a povinností z pracovněprávních vztahů může dojít jen v případech stanovených zákoníkem práce nebo podle zvláštního právního předpisu, kterým v tomto případě je obchodní zákoník se svým ustanovením v § 480. Toto ustanovení stanoví, že práva a povinnosti plynoucí z pracovněprávních vztahů k zaměstnancům podniku přecházejí ze strany prodávající na strany kupující. Kupující strana pak odpovídá za pracovní poměry těch zaměstnanců, kterým strana prodávající dala platnou výpověď, a u nichž však nedošlo k uplynutí výpovědní doby do doby prodeje podniku. Rovněž tak odpovídá za nevyjasněné pracovněprávní nároky všech zaměstnanců, které převzal v rámci prodeje a závazky vůči zaměstnancům, kteří ukončili pracovní poměr již před dnem prodeje. Samozřejmě, že nový zaměstnavatel musí ze zákona převzít všechny stávající zaměstnance, jejichž pracovní poměr i nadále i po skončení prodeje podniku trvá. Nový zaměstnavatel je pak rovněž vázán právy a povinnostmi plynoucími ze sjednaných pracovních poměrů těchto zaměstnanců.⁶

Zaměstnanec je oprávněn podat návrh na zahájení insolvenčního řízení tehdy, pokud mu zaměstnavatel neposkytl dlužnou mzdu. Jelikož jsou zaměstnanci většinou v postavení věřitele k zaměstnavateli, jsou na rozdíl od ostatních navrhovatelů, kteří hradí náklady až do výše padesáti tisíc korun, zproštěni povinností složit tuto zálohu na náklady insolvenčního řízení. Zaměstnanec může v rámci insolvenčního řízení zastupovat odborová organizace, pokud u firmy existuje, i když zaměstnanec není jejím členem. V případě zahájení insolvenčního řízení, podávají jednotliví věřitelé přihlášky svých pohledávek u příslušného insolvenčního soudu. Přihlášku je oprávněn podat každý věřitel jen sám za sebe. Zaměstnanci mají v rámci insolvenčního řízení poměrně privilegované postavení, neboť pracovněprávní pohledávky zaměstnavatele v úpadku, které vznikly v posledních 3 letech před rozhodnutím o úpadku zaměstnavatele nebo po něm, se uspokojují nejprve (jsou to tzv. pohledávky za podstatou). To ovšem znamená, že tyto pohledávky, ač vzniklé před zahájením insolvenčního řízení, nejsou předmětem přihlašování a přezkumu, ale uplatňují se přímo vůči insolvenčnímu správci pořadem práva s tím, že případný spor o existenci či výši uplatňované pohledávky není incidenčním sporem (§ 203 Insolvenčního zákona).⁷

Z důvodu funkčnosti právně ekonomického prostředí je insolvenční právo řazeno k nejdůležitějším odvětvím, jejichž kvalita má velký vliv na vymahatelnost závazků a je vedle exekucí určujícím faktorem pro efektivitu práva v této oblasti. Přijetím zákona o úpadku a způsobech jeho řešení v roce 2006 byla do právního řádu České republiky přijata úprava úpadkového práva konstruovaná na standardu vyspělých ekonomik Západní Evropy. Jak již

⁶ Jouza, Ladislav. Pracovněprávní souvislosti insolvenčního zákona. Právo pro podnikání a zaměstnání 4/2009.

číslo 199. s .5-6. ISSN 1801-6014

⁷ Richter, Tomáš. Insolvenční právo. Praha: ASPI.2008. s. 176. ISBN 978-80-7357-329-4

z výše uvedeného příspěvku plyne, insolvence se ve velké míře dotýká i samotných zaměstnanců zaměstnavatele, proto právní jistota a určitý právní rámec, který garantuje zaměstnancům jejich ochranu a sociální rozvoj by měl být rovněž standardem vyspělých ekonomik. Stát je povinen v případech platební neschopnosti zaměstnavatele poskytovat zaměstnancům dostatečnou ochranu, především zajištěním úhrady nesplacených pohledávek zaměstnanců vůči zaměstnavateli, vyplývajících z pracovních smluv, respektive pracovních poměrů a obdobných pracovněprávních vztahů. Tato ochrana se musí vztahovat na všechny zaměstnance bez ohledu na oblast ekonomických vztahů, jakož i bez ohledu na druh konané práce. Právní úprava podnikatelského prostředí, které se nachází v insolvenční situaci, musí eliminovat nefunkčnost těchto podnikatelských subjektů a omezit prostor pro nezákonné a spekulativní manipulace s majetkem úpadců, jen tak je možné nastartovat zrychlení a zpřehlednění celého insolvenčního řízení a stabilizovat pracovněprávní postavení zaměstnanců těchto subjektů.

Literature:

- Kotoučová, Jiřina. Zákon o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon). Praha:
- C.H.Beck, 2008. ISBN 978-80-7179-5957
- Bělohávek, Alexander. Evropské a mezinárodní insolvenční právo. Praha: .H.Beck, 2007.
- ISBN 978-80-7179-591-9
- Richter, Tomáš. Insolvenční právo. Praha: ASPI. 2008. ISBN 978-80-7357-329-4
- Jouza, Ladislav. Pracovněprávní souvislosti insolvenčního zákona. Právo pro podnikání a
- zaměstnání 4/2009, číslo 199. ISSN 1801-6014
- Richter, Tomáš. Reorganizace podle insolvenčního zákona. Právní rozhledy 13/2008.
- Důvodová zpráva k zákonu č. 296/2007 Sb., který se mění zákon č. 182/2006Sb., o
- úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon), ve znění pozdějších předpisů, a ně-
- které zákony v souvislosti s jeho přijetím
- zákon č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon), ve znění
- pozdějších předpisů
- Bělina, Miroslav. Zákoník práce. Praha: C.H.Beck. 2008. 1.vydání. ISBN-978-80-7179-
- 607-7
- Štenglová, I., Plíva, S. Obchodní zákoník. Praha. C.H.Beck. 2008. 12.vydání. ISBN 978-
- 80-740-055-3

*Dávid R., Neckář J., Sehnálek D., (Editors). COFOLA 2009: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4821-8*

Reviewer:

Milan Galvas

Contact – email:

buzrlova@tiscali.cz

RESTRUCTURING OF COMPANIES WITH AN EMPHASIS TO THE CURRENT MARKET SITUATION

MARTINA HAVLIŠOVÁ

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

The article concerns with the restructuring of the non-performing loans and distressed debt trading and other questions arising in connection with the financial insolvency of the company. The means and ways of restructuring before the company is declared insolvent and presents parallels between regulation included by Czech and English law are described in more detail. As the regulatory environment visibly tightens and increasing scrutiny is placed on those taking responsibility for private investor and institutional funds the author analyzes and describes an increasing need to enhance the company's operation schemes and addressing the deficit issues. The reality of the credit crisis is that established businesses are now finding themselves on the edge of distress. The one thing that the credit crisis guarantees is change. While the current lack of liquidity presents a problem for many companies, sector consolidation is inevitability. Coming out of a soft market, also, the upsurge in insurance claims and litigation has now begun. Difficult market conditions increase the likelihood of fraudulent behavior and its detection, with several high-profile cases already making the headlines this year. While the economic downturn already puts increasing pressure on management teams, scrutiny of directors' behavior is naturally also coming under the spotlight.

Key words in original language:

Restructuring. Non-performing loans. Insolvency. Distressed debt trading. Standstill agreement. Debtor. Credit crisis. Supervisory authority.

Abstract:

The article concerns with the restructuring of the non-performing loans and distressed debt trading and other questions arising in connection with the financial insolvency of the company. The means and ways of restructuring before the company is declared insolvent and presents parallels between regulation included by Czech and English law are described in more detail. As the regulatory environment visibly tightens and increasing scrutiny is placed on those taking responsibility for private investor and institutional funds the author analyzes and describes an increasing need to enhance the company's operation schemes and addressing the deficit issues. The reality of the credit crisis is that established businesses are now finding themselves on the edge of distress. The one thing that the credit crisis guarantees is change. While the current lack of liquidity presents a problem for many companies, sector consolidation is inevitability. Coming out of a soft market, also, the upsurge in insurance claims and litigation has now begun. Difficult market conditions increase the likelihood of fraudulent behavior and its detection, with several high-profile cases already making the headlines this year. While the economic downturn already puts increasing pressure on management teams, scrutiny of directors' behavior is naturally also coming under the spotlight.

Key words:

Restructuring. Non-performing loans. Insolvency. Distressed debt trading. Standstill agreement. Debtor. Credit crisis. Supervisory authority.

1. INTRODUCTION

The restructuring of the non-performing loans and distressed debt trading and other questions arising in connection with the financial insolvency of the company or companies is a frequently discussed question currently asked by many people. The means and ways of restructuring before the company is declared insolvent and the parallels between regulations included by Czech and English law is the main subject being discussed in this article.

The reality of the credit crisis is that established businesses are now finding themselves on the edge of distress. The one thing that the credit crisis guarantees is change. While the current lack of liquidity presents a problem for many companies, sector consolidation is inevitability. Coming out of a soft market, also, the upsurge in insurance claims and litigation has now begun. Difficult market conditions increase the likelihood of fraudulent behaviour and its detection, with several high-profile cases already making the headlines this year. While the economic downturn already puts increasing pressure on management teams, scrutiny of directors' behaviour is naturally also coming under the spotlight.¹

2. RESTRUCTURING OF COMPANIES

Each company has to address the challenges this brings the company through their knowledge of the European marketplace, the regional difficulties of cross-border mergers and the private equity space - whether they are looking at opportunities to grow or to rationalize their business. Specialist corporate restructuring officers may be appointed to assist the management of the debtor with the day-to-day burden of the restructuring process and work with other advisers to provide appropriate and co-ordinated advice to the board of the debtor. Current market conditions present opportunities and challenges for institutional investors. Restructuring investment vehicles and funds set up are complex challenges that can often take up a great deal of time. The company shall also ensure to have tax efficient structures in place and to upgrade their tax structure if needed. Furthermore, the other issues relating to restructuring, disputes, tax authorities and foreign investments shall be addressed. Nowadays, the position of the companies on the market shall be thoroughly analysed and all impacts on its proper operation and functioning shall be in deep investigated.

As the regulatory environment visibly tightens and increasing scrutiny is placed on those taking responsibility for private investor and institutional funds an increasing need to enhance the company's operation schemes and addressing the deficit issues shall be analysed and discussed. The prospect of merger or divestment activity only increases this need. Outsourcing can drive business efficiency and save costs it can also significantly increase the risk profile when not properly implemented.² Equally a programme embarked upon in better

¹ J. A. A. Adriaanse, E.M. Meijers Instituut, *Restructuring in the shadow of the law: informal reorganisation in the Netherlands*, Netherlands, Kluwer, 2005, 361 pages, ISBN 9013031560, p.305.

² J. A. A. Adriaanse, E.M. Meijers Instituut, *Restructuring in the shadow of the law: informal reorganisation in the Netherlands*, Netherlands, Kluwer, 2005, 361 pages, ISBN 9013031560, p.262.

times may not have the documentation required to safeguard the investments at this stage of the economic cycle. It is a strategic business option of particular interest to all companies in the economic downturn.

In the United Kingdom, when a debtor company is in financial difficulties and a restructuring of its debt is contemplated, the major financial creditors may agree that they will not proceed against the debtor for a specified period. This is called the „standstill period”. When the financial difficulties of the debtor are first brought to the attention of such creditors, the standstill will be informal. A standstill agreement may follow such informal arrangements. The standstill agreement shall allow the debtor to have certain time to prepare the restructuring proposal to its substantial financial creditors. The general idea is, that lenders are likely to explore alternatives on enforcing their security and thereby forcing the company to start the insolvency proceedings. The initiation of the insolvency proceedings may have a substantial impact on the business value and may cause that the creditors start react negatively. This may in the end aggravate the company’s financial and business situation. The lenders before they enter into the standstill agreement would like for sure to assert the viability of a restructuring proposal and compare it with an estimate what their recoveries would be in case of insolvency proceedings.

The standstill agreement would usually contain the agreement of financial creditors regarding the matters, like i.e. representation of creditors to refrain from taking any steps to enforce their claims against the debtor; consent of creditors to refrain from reducing their exposure to the debtor (otherwise than by a disposal of their debt to a third party); further to refrain from receiving or demanding prepayments or repayments unless these are pro rata (with the exception of fluctuating overdrafts and revolving lines of credit); or to place all facilities on demand such that repayment can be demanded immediately if certain newly defined events occur and if a majority of the banks agree. Furthermore, the standstill agreement might include provisions on termination of the standstill on certain defaults of the debtor, including material adverse change and an insolvency event (again, usually decided by the majority of the banks). The standstill agreement might permit a disclosure of information between individual creditors which might otherwise be in breach of confidentiality duties which such creditors owe to the debtor.

The standstill period usually commences on the date on which the financial creditors as a group were first notified by the debtor, or by another financial creditor, of a meeting with the debtor to consider the debtor’s position. If the syndicate of lenders is a large one, a steering committee of lenders is likely to be set up, which will negotiate a standstill agreement with the debtor. Often either during the standstill period or on its expiry additional funding will be required by the debtor to continue its operations in the short to medium term and to get its financial accounts signed by its auditors on a “going concern” basis, etc.³

Specialist corporate restructuring officers may be appointed to assist the management of the debtor with the day-to-day burden of the restructuring process and work with other advisers to provide appropriate and co-ordinated advice to the board of the debtor. Debt for equity swaps are used mainly to reduce the total debt of the debtor in a tax efficient manner and to give the

³ Philip R. Wood, *Principles of international insolvency*, London, United Kingdom, Sweet & Maxwell, 2007, 1064 pages, ISBN 1847032109, p. 400.

lenders the benefit of possible future appreciations of the debtor's shares and of share dividends when/if the debtor returns to profitability. It will be vital for the debtor's short/medium term prospects to have its accounts signed off by the auditors on a "going concern" basis. In order to prepare "going concern" accounts the debtor would normally need working capital for approximately 12 – 18 months going forward.

Apart from agreeing a standstill and setting up a steering committee (in the case of large lending syndicates) referred to above, other steps that will be taken by the lenders include appointing reporting accountants. These are typically appointed by the debtor, but report to both the debtor and the lenders.⁴

Under English law where a company is insolvent or likely to become so (unless a restructuring deal is agreed), to the extent that its creditors are at risk, the duties that the directors owe to the company are extended so as to cover the interests of the company's creditors as a whole.

3. DISCUSSION

The directors face a number of potentially tricky issues e.g. what they can do to keep the company in business without running the risk of committing an offence or incurring personal liability and therefore, they should inform thoroughly on obligations imposed upon them in connection with the distressed company's assets.

In some countries the governmental plans have been discussed in order to increase the internal bank's market operation and involve banks to push bad loans out and get cash to the bank with the aim to replace them.⁵ The idea is that the bank should stop hoarding the capital as a buffer against the future write-downs, and so start lending again. The mechanics of the plan should involve banks, which will transfer toxic assets at 90 per cent of their book value into government-managed vehicles and then get government bonds of equal value in return. Banks shall pay an insurance fee for this privilege. The banks shall also compensate the government-managed vehicles for any loss suffered on toxic assets, as determined by auditors.

4. CONCLUSION

Looking in the future, as we think about what is needed in future to avoid any potential future financial crises, it becomes clear that we should have a better response and reaction to the macro-prudential problems. As the problems, which lies in between the macro-economic policy and the system of financial regulation. The regulatory bodies supervising the financial markets shall be more open and they shall be more involved in the whole process. The financial institutions, as well as the regulators, and any institution involved in the crisis, shall admit that all of them have made mistakes.

⁴ Philip R. Wood, *Principles of international insolvency*, London, United Kingdom, Sweet & Maxwell, 2007, 1064 pages, ISBN 1847032109, p. 901.

⁵ J. A. A. Adriaanse, E.M. Meijers Instituut, *Restructuring in the shadow of the law: informal reorganisation in the Netherlands*, Netherlands, Kluwer, 2005, 361 pages, ISBN 9013031560, p.300.

Regulators were too focused on the institution-by-institution supervision and the central banks were too focused on monetary policy and meeting the inflation targets. The bankers, regulators, central banks, finance ministers and academics across the world are of the opinion that the biggest problem was the failure to identify that the whole system was fraught with market-wide, systemic risk. In future, regulators need to do more sectoral analysis and be more willing to make judgements about the sustainability of whole business models, not just the quality of their execution.

Literature:

- J. A. A. Adriaanse, E.M. Meijers Instituut, Restructuring in the shadow of the law: informal reorganisation in the Netherlands, Netherlands, Kluwer, 2005, 361 pages, ISBN 9013031560.
- Philip R. Wood, Principles of international insolvency, London, United Kingdom, Sweet & Maxwell, 2007, 1064 pages, ISBN 1847032109.
- B. Wessels, Current topics of international insolvency law, Netherlands, Kluwer, 2004, 612 pages, ISBN 9013019110.

Reviewer:

Eva Tomášková

Contact – email:

martina.havlisova@post.cz

SKONČENÍ PRACOVNÍHO POMĚRU DOHODOU

IVANA HENDRYCHOVÁ

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Článek se zabývá skončením pracovního poměru dohodou, jako dvoustranným právním úkonem učiněným za účelem skončení pracovního poměru. Pro řádné skončení pracovního poměru dohodou musí být splněno několik podmínek, které jsou v článku podrobně rozebrány. Požaduje-li to zaměstnanec, musí být v této dohodě uvedeny důvody rozvázání pracovního poměru, přičemž tento postup nelze než doporučit, když v konkrétních případech zaměstnanci náleží právo na odstupné.

Key words in original language:

Skončení pracovního poměru, dohoda, zákoník práce, odstupné.

Abstract:

The article is dealing with the termination of a relationship by agreement. It is the only way how to terminate a relationship by two-sided legal act. For orderly termination of a relationship by agreement there are some conditions that must be fulfilled. Those conditions are being closely examined in this article. If the employee so requests, the reasons for the termination must be stated in the agreement. It is very advisable to do so, because in special cases the employee is entitled to receive redundancy payment.

Key words:

Termination of relationship, agreement, Labour Code, redundancy payment.

1. ÚVOD

Pracovní poměr může skončit několika různými způsoby. Skončení pracovního poměru dohodou je však jediným případem, kdy k ukončení pracovněprávního vztahu je třeba dvoustranného projevu vůle. Aby mohlo řádně dojít k ukončení pracovněprávního vztahu dohodou, je třeba, aby bylo splněno několik podmínek.

Těmito podmínkami jsou:

5. Dosažení konsensu mezi zaměstnavatelem a zaměstnancem o tom, že pracovní poměr končí.
6. Určení dne skončení pracovního poměru.
7. Uvedení důvodů rozvázání pracovního poměru, požaduje-li to zaměstnanec
8. Dodržení písemné formy.

Stěžejní zákonná úprava je v zákoně č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZP“) uvedena v § 49 a dále pak v § 67, který upravuje právo zaměstnance na odstupné. V příspěvku budou nejprve specifikovány jednotlivé podmínky, které musí být splněny, aby byl pracovní poměr řádně ukončen. V druhé části příspěvku bude předmětem

pojednání právo zaměstnance na odstupné, neboť končí-li pracovní poměr zaměstnance dohodou a jsou-li splněny v zákoně uvedené specifické důvody, má zaměstnanec na toto odstupné právo. Ve všech případech bude zmíněna judikatura Nejvyššího soudu České a Slovenské republiky a rozhodnutí několika Krajských soudů, které byly učiněny v souvislosti s ukončením pracovního poměru dohodou.

2. PODMÍNKY ŘÁDNÉHO SKONČENÍ PRACOVNÍHO POMĚRU DOHODOU

2.1 DOSAŽENÍ KONSENSU MEZI ZAMĚSTNAVATELEM A ZAMĚSTNANCEM O TOM, ŽE PRACOVNÍ POMĚR KONČÍ

Pracovní poměr dohodou končí pouze v případě, dojde-li ke shodnému projevu vůle zaměstnavatele a zaměstnance, který směřuje k ukončení pracovního poměru. Jelikož je dohoda dvoustranným právním úkonem, řídí se uzavření dohody § 43 a násl. zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „OZ“). K uzavření dohody pak dochází, jakmile se účastníci pracovního poměru shodli na jejím obsahu.

Návrh na uzavření dohody v takovém případě může přijít z obou stran pracovněprávního vztahu, tedy jak od zaměstnavatele, tak od zaměstnance. Ač bude častější návrh ze strany zaměstnance, který si například našel jinou práci, nelze ani návrh ze strany zaměstnavatele vyloučit. Zaměstnavateli často nezbyvá než ukončit pracovní poměr jednou z ostatních možností, které jsou dány zákoníkem práce, nicméně i při existenci důvodů pro okamžité zrušení pracovního poměru není vyloučeno, že se zaměstnancem bude uzavřena dohoda. Konkrétní případ řešil Nejvyšší soud České republiky (dále jen „NS ČR“) ve svém rozhodnutí ze dne 11.4.2002, sp. zn. 21 Cdo 1332/2001, kdy uvedl, že „*Nejedná se o bezprávnou výhrůžku ani o zneužití výkonu práva na újmu zaměstnance (§ 7 odst. 2 zák. práce), jestliže zaměstnavatel svůj návrh na rozvázání pracovního poměru dohodou odůvodní tím, že podle jeho názoru jsou zde důvody, pro které by mohl se zaměstnancem pracovní poměr zrušit okamžitě.*“ Jak vidno, zaměstnavatel může zaměstnance upozornit na skutečnost, že má v úmyslu okamžitě s ním zrušit pracovní poměr, nicméně mu nabízí možnost ukončit tento pracovněprávní vztah důstojnější formou, která pro něj nebude mít negativní následky, které jsou zpravidla s výše jmenovanou formou ukončení spojeny.

Je třeba si uvědomit, že prvotní představy o tom, jaký obsah bude mít dohoda, a to ať už jakákoliv, nebo přímo dohoda o ukončení pracovního poměru, se budou zpravidla lišit. Každý ze subjektů má v úmyslu vyjednat si pro sebe co nejvýhodnější podmínky, přičemž výhodné podmínky pro jednoho zhusta nebývají těmi nejvýhodnějšími pro druhého. Jak uvedl v odůvodnění svého rozhodnutí ze dne 4.11.2004, sp. zn. 21 Cdo 1634/2004 NS ČR „*Smlouva (dohoda), která směřuje ke vzniku pracovního poměru nebo jiného pracovněprávního vztahu, k jejich změně nebo zániku, je jako dvoustranný právní úkon výsledkem jednání, do něhož obě strany (zaměstnavatel a zaměstnanec) zpravidla vstupují s vlastními (rozdílnými) představami o jejich obsahu a výsledku. Rozdílnost zájmů zaměstnavatele a zaměstnance je dána už tím, že - objektivně vzato - chtějí sjednat smlouvu (dohodu) pro sebe co nejvýhodnější; nic na tom nemění ani to, že případně dojde k bezvýhradnému přijetí nabídky, neboť i v tomto případě základní východiska účastníků pro uzavření smlouvy jsou odlišná.*“

Aby bylo dosaženo dohody, je třeba návrhu a přijetí tohoto návrhu. Nejčastěji bývají návrhy v této oblasti činěny písemně, avšak i ústně podaný návrh není vyloučen. Je-li ústně podaný návrh učiněn přímo, je nutné, aby tento byl přijat ihned. Není-li přijat ihned, takový návrh na uzavření zanikne, ledaže z jeho obsahu vyplývá něco jiného. Jiným případem je, bude-li chtít

subjekt komunikovat prostřednictvím telefonu, ale podaří se mu zprávu namluvit pouze na záznamník či do hlasové schránky. Z logiky vyplývá, že ač ústně učiněný návrh, nemusí a ani nemůže být přijat ihned, neboť jinak učiněný návrh na dohodu zanikne uplynutím lhůty, která v něm byla určena pro přijetí, popřípadě uplynutím přiměřené doby s přihlédnutím k povaze této dohody a k rychlosti prostředků, které byly použity pro zaslání návrhu.¹ Postačí, bude-li přijat před uplynutím přiměřené doby s přihlédnutím k užitému prostředku komunikace, přičemž přiměřená doba počne běžet okamžikem, kdy se adresát zprávy s obsahem návrhu seznámí.

Za účinnosti dřívějšího zákoníku práce, tedy zákona č. 65/1965 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů, byl judikaturou řešen případ, kdy zaměstnanci, kterému byl přiznán plný invalidní důchod a pracovat dále nemohl, byla předložena dohoda o ukončení pracovního poměru. Zaměstnanec tuto dohodu odmítl podepsat, z jednání odešel a přidělování práce se nedomáhal. V komunikaci se státními úřady uváděl, že pracovní poměr skončil z důvodu přiznání plného invalidního důchodu. Následně se pak u NS ČR domáhal určení, že pracovní poměr trvá. Soud měl za úkol vyřešit právní otázku, zda je možné dovodit konkludentní skončení pracovního poměru dohodou podle ustanovení § 43 původního zákoníku práce, tedy zákona č. 65/1965 Sb., za situace, kdy zaměstnanec dříve písemný návrh rozvázání pracovního poměru výslovně odmítl, avšak následně se dle něj choval (pozn. autora, dnes § 49 ZP). Nejvyšší soud ČR v daném případě rozhodnutím ze dne 11.10.2004, sp. zn. 21 Cdo 1299/2004 mimo jiné uvedl, že „Vznik smlouvy (dohody) v pracovněprávních vztazích předpokládá podání návrhu (oferty) a přijetí návrhu (akceptaci). Návrh smlouvy je jednostranný projev vůle navrhovatele (oferenta) adresovaný druhému účastníkovi (oblátovi), v němž mu navrhuje uzavření smlouvy s jím uvedeným obsahem a z něhož současně vyplývá, že v případě jeho přijetí jím bude navrhovatel zavázán. Přijetí návrhu (akceptace) je jednostranný projev vůle obláta adresovaný oferentovi, v němž vyslovil souhlas s obsahem navržené smlouvy. Návrh smlouvy je přijat okamžikem, kdy akceptace došla oferentovi. Tímto okamžikem dochází ke konsensu účastníků (shodě zaměstnance a zaměstnavatele na obsahu smlouvy) a smlouva je tak uzavřena. Protože žalobce odmítl podepsat písemný návrh na rozvázání pracovního poměru předložený dne 19.2.1999 žalovanou, je nepochybné, že k přijetí písemně učiněného návrhu a tedy k uzavření dohody písemnou formou (srov. § 244 odst. 5 zák. práce) nedošlo. Za tohoto stavu bylo pro posouzení projednávané věci podstatné - jak z toho též vycházely soudy obou stupňů, zda žalobce svoji vůli akceptovat návrh žalované na rozvázání pracovního poměru projevil jiným způsobem. Uvedené vztaženo na posuzovaný případ znamená, že žalobce sice přesto, že byl dne 2.2.1999 uznán plně invalidním, dne 19.2.1999, „rezolutně odmítl“ učinit výslovný písemný projev směřující k rozvázání pracovního poměru dohodou, avšak následně se podle něj zachoval: od uvedeného dne nepožadoval ani přidělování práce podle pracovní smlouvy [§ 35 odst. 1 písm. a) zák. práce], ani náhrady mzdy z důvodu překážky v práci na straně zaměstnavatele (z důvodu nepřidělování práce podle pracovní smlouvy) podle ustanovení § 130 odst. 1 zák. práce, v této době již byl uznán plně invalidní a jediným zdrojem jeho příjmů se stal plný invalidní důchod. Tyto vnější skutkové okolnosti nelze interpretovat jinak, než že žalobce dal svým následným jednáním najevo, že návrh na rozvázání pracovního poměru dohodou - ke dni 19.2.1999, jak k tomuto závěru správně dospívá odvolací soud - akceptuje. Ve prospěch opačného názoru nelze důvodně namítat, že úsudek o vůli žalobce založený na tom, co výše uvedené skutkové okolnosti v pracovněprávních vztazích obvykle

¹ Viz Bělina M. a kol.: Zákoník práce. Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2008, s. 177

znamenají, je v daném individuálním případě nesprávný, neboť žalobce ve skutečnosti nechtěl přesto pracovní poměr rozvázat. Z hlediska závěru o obsahu projevené vůle totiž není podstatná ani tzv. mentální rezervace jednatelů účastníka, tedy, zda účastník při projevení vůle sledoval jiný cíl, než který ve skutečnosti projevil, významný není ani motiv, či pohnutka, tj. vzdálenější předpoklady a představy, z nichž jednatel vychází. Podstatné totiž je toliko to, co lze objektivními hledisky hodnotit, tedy to, jakou vůli účastník (účastníci) ve skutečnosti projevil.“

V současném ZP je na rozdíl od zákoníku práce původního výslovně uvedeno, že není-li dohoda o ukončení pracovního poměru uzavřena písemně, je neplatná. **Budeme-li zmíněný skutkový stav řešit dle současného ZP, pak existuje několik variant řešení s různými závěry.**

Bude-li zaměstnanec brojít proti neplatnému ukončení pracovního poměru, pak musí uplatnit neplatnost rozvázání pracovního poměru dohodou u soudu, a to ve lhůtě dvou měsíců ode dne, kdy měl pracovní poměr skončit tímto rozvázáním (§ 72 ZP). Jelikož je pracovní právo v současné době postaveno na principu relativní neplatnosti, není správný názor, že není-li dohoda uzavřena v písemné formě, je bez dalšího neplatná. Jak uvádí P. Bezouška, dohoda o rozvázání pracovního poměru uzavřená konkludentně, nebude absolutně neplatná, neboť stanovení písemné formy nesleduje ochranu vyššího zájmu, ale „pouze“ ochranu jednoho ze subjektů pracovního poměru (bude na zaměstnanci, zda se neplatnosti takového úkonu dovolá).² Takovéto neplatnosti se tedy subjekt (ve výše uvedeném případě zaměstnanec) musí dovolat. Uplatní-li zaměstnanec ve lhůtě dvou měsíců u soudu neplatnost dohody o ukončení pracovního poměru a bude-li argumentovat neuzavřením písemné dohody, bude úspěšný. Obrátí-li se však na soud se svou žalobou až po uplynutí dvou měsíců, právo prekluduje a soud jeho žalobu zamítne.

Nechtěl-li zaměstnanec pracovní poměr ukončit vůbec, pak nelze hovořit o žádné vůli a tudíž ani o žádném právním úkonu. Není-li žádného právního úkonu, nelze hovořit ani o neplatnosti takového právního úkonu. Jelikož dle názoru zaměstnance pracovní poměr dohodou ukončen nebyl, neboť žádné dohody dosaženo nebylo, je logické, že se zaměstnanec nedomáhal určení neplatnosti takového právního úkonu, který neexistuje. Zaměstnanec by se proto nedomáhal určení neplatnosti skončení pracovního poměru ve smyslu § 72 ZP, ale určovací žaloby ve smyslu § 80 písm. c) o.s.ř. Při určení trvání pracovněprávního vztahu na základě podané žaloby na určení, zda tu právní vztah nebo právo je či není, nemůže být rozhodováno o určení neplatnosti právního úkonu o rozvázání pracovního poměru. V rámci zjišťování, zda existuje některý z úkonů způsobilých být ve smyslu ustanovení § 48 odst. 1 ZP důvodem k rozvázání pracovního poměru, se proto nelze zabývat zkoumáním jejich platnosti ani jako prejudiciální otázkou. Na základě žaloby o určení, že pracovní poměr trvá, nelze posuzovat otázku platnosti rozvázání pracovního poměru; soud se v řízení omezí toliko na zjištění, zda existuje úkon způsobilý být ve smyslu ustanovení § 42 odst. 1 zák. práce důvodem k rozvázání pracovního poměru.³ V daném případě by zaměstnanec musel prokázat naléhavý právní zájem, aby jeho žaloba vůbec mohla být projednána. Prokázal-li by jej, bude soud zkoumat,

² Viz Bezouška, P. Výhrada odstoupení od pracovní smlouvy a neplatnost pracovně právních úkonů z hlediska smluvní svobody v pracovním právu. Právní rozhledy. 2008, roč. 16, č. 18.

³ Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 29.8.2001, sp. zn. 21 Cdo 1618/2000.

zda existuje úkon způsobilý rozvázat pracovní poměr. Tento úkon dle žalobce (zaměstnanec) existovat nebude, dle žalovaného (zaměstnavatele) bude. Ač nebude tato dohoda uzavřena písemně, měl by soud zřejmě zkoumat vůli účastníků soudního sporu, zda bylo lze usuzovat, že alespoň konkludentně dohody o ukončení pracovního poměru dosaženo bylo. Nedostatek formy nebude dle mého názoru moci být sankcionován po uplynutí dvou měsíců od tvrzeného zániku tohoto pracovněprávního vztahu, když toto by právě mohla být relevantní námitka při určení neplatnosti. Bude se tedy zkoumat vůli účastníků. Jaká by ale byla vůle zaměstnance, který sám uváděl, že pracovní poměr skončil, přidělování práce se nedomáhal a až po několika letech se domáhal určení, že pracovní poměr nadále trvá? Domnívám se, že by zde soud rozhodl obdobně jako ve zmiňovaném judikátu, tedy tak, že pracovní poměr skončil. Dovedu si ale představit situaci, kdy soud bude požadovat písemnou formu dohody, při jejím nedodržení dovodí, že dohoda jednoduše uzavřena nebyla a dá žalobci (zaměstnanci) za pravdu. Jedná se o zajímavou problematiku, přičemž ve výše nastíněných modelech rozhodování se jednoznačně kloním k tomu, že by nepísemnost formy neměla být při projednávání žaloby na určení na škodu a měla by být zkoumána faktická vůle, která konkludentně byla projevena ze strany zaměstnance tak, že sám svým postupem deklaruje, že se ukončením pracovněprávního vztahu tímto způsobem souhlasí.

Jiná by byla situace, kdy by zaměstnanec hned následujícího dne poté, kdy odmítl dohodu, byl například účastníkem dopravní nehody, po které byl po několik měsíců v komatu. Do práce se tak nedostavoval, zaměstnavatel se o důvodu jeho absence v práci nedozvěděl a domníval se tak, že zaměstnanec s dohodou souhlasí. Po probrání by s hrůzou zjistil, že jeho pracovní poměr skončil dohodou, přičemž by se neplatnosti u soudu již domáhat nemohl, neboť mu uplynula prekluzivní lhůta dvou měsíců, která je mu k podání takové žaloby zákonem stanovena. V takovém případě by dle mého názoru vůle účastníka ke ukončení pracovního poměru dána nebyla a bylo by na místě žalobě na určení trvání pracovního poměru vyhovět, a to právě s ohledem na okolnosti tohoto konkrétního případu.

Závěrem malá poznámka k neplatnosti právních úkonů v pracovním právu. Mohlo by se zdát, že pracovní právo je vystavěno pouze na principu relativní neplatnosti a absolutní neplatnost právních úkonů že popírá. K podpoření tohoto názoru přisvědčuje jednak důvodová zpráva k ZP a jednak Ústavní soud ve své rozhodovací praxi. S tímto názorem však nelze souhlasit. Správně se domnívá P. Bezouška, když uvádí, že jedná-li se o vady, kterými jsou narušeny například dobré mravy či veřejný pořádek, musí být takový úkon neplatný absolutně a ne pouze v případě, že se jej subjekty pracovněprávních vztahů dovolají. Kategorii, která je zcela opomíjena, je tzv. nicotnost právního úkonu, tedy situace, kdy o právní úkon nejde vůbec a nelze tak ani usuzovat v kategorii neplatnosti. Praxe si však v důsledku absence nicotnosti v legislativní úpravě pomáhá tak, že s těmito úkony nakládá jako s absolutně neplatnými. Měli-li bychom v těchto případech uvažovat o relativní neplatnosti, dostali bychom se do zcela absurdních situací.⁴ Nelze tedy dle mého názoru usuzovat na to, že by v kategorii pracovního práva byla či měla být absolutní neplatnost právních úkonů opomíjena.

⁴ Bezouška, P. Výhrada odstoupení od pracovní smlouvy a neplatnost pracovně právních úkonů z hlediska smluvní svobody v pracovním právu. *Právní rozhledy*. 2008, roč. 16, č. 18.

2.2 URČENÍ DNE SKONČENÍ PRACOVNÍHO POMĚRU

Den skončení pracovního poměru nemusí být v dohodě uveden přímo, tedy konkrétním uvedením data, resp. časového okamžiku, ale může být stanoven také skutečností, která je objektivně zjiřitelná a která má v budoucnu nastat, musí být však mimo pochybnost, kdy pracovní poměr opravdu skončí. Tento názor vyslovil ve svém rozhodnutí ze dne 27.2.1973, sp. zn. 3 Cz 25/72 (R 5/1974) Nejvyšší soud Slovenské republiky, když uvedl, že „*Čas, v ktorom sa má skončiť pracovný pomer dohodou uzavretou medzi organizáciou a pracovníkom (§ 43 ods. 1 Zák. práce), nemusí byť určený len kalendárnym dňom. Môže byť dohodnutý napr. časom skončenia prác., skončenia práceneschopnosti pracovníka a pod. Čas skončenia pracovného pomeru musí však byť v týchto prípadoch určený tak, aby nevznikla pochybnosť o dojednanom dni, ktorým sa má pracovný pomer skončiť.*“ Den skončení nesmí záviset na vůli jen jednoho z účastníků pracovněprávního poměru. Není-li o dni skončení pracovního poměru v dohodě nic uvedeno, má se za to, že pracovní poměr končí dnem, kdy dohoda nabyla účinnosti.

2.3 UVEDENÍ DŮVODŮ ROZVÁZÁNÍ PRACOVNÍHO POMĚRU, POŽADUJE-LI TO ZAMĚSTNANEC

Důvod, pro který se pracovní poměr rozvazuje dohodou, jsou již dopředu dány, nejsou tedy způsobilým předmětem vyjednávání mezi účastníky. Pakliže jeden z účastníků pracovněprávního vztahu dává tomu druhému návrh na ukončení pracovního poměru, má již důvody, které ho k tomu vedou. Důvody jsou motivem k tomu, proč chce účastník pracovní poměr ukončit. Uvedení těchto důvodů přímo do dohody je pak promítnutím pohnutky, která vedla účastníky k rozvázání pracovního poměru dohodou.

Důvody jsou v dohodě uvedeny buď v případě, že se na tom zaměstnanec se zaměstnavatelem dohodne, ale i v případě, požaduje-li to zaměstnanec. Lze předpokládat, že v dohodě budou uvedeny skutečné důvody, proč je pracovní poměr rozvazován. Pakliže je pracovní poměr rozvazován z důvodů, pro které zaměstnanci náleží odstupné (viz níže), doporučuji tyto důvody do dohody výslovně uvést. Bude-li do dohody uveden jiný důvod, než ten, který účastníky skutečně vedl k uzavření dohody, nemá to za následek neplatnost této dohody, ani neplatnost v dohodě obsaženého údaje o důvodech. Jediným následkem je pouze ztížená důkazní situace v případně navazujícím soudním řízení o vyplacení odstupného, bude-li druhý účastník skutečné důvody popírat. V případném sporu bude třeba vycházet z důvodů, které byly skutečnou příčinou skončení pracovního poměru. Bude-li zaměstnanec navrhopvat ukončení pracovního poměru dohodou a uvede-li v návrhu dohody důvody, pro které se pracovní poměr ukončí dohodou, pak se má za to, že přijme-li zaměstnavatel tento návrh, skončil pracovní poměr dohodou s uvedením důvodů, i když v akceptaci tento důvod není výslovně uveden. Shodný názor vyslovil Krajský soud v Ústí nad Labem dne 23.5.1991 v rozhodnutí sp. zn. 11 Co 225/91 (Rc 12/1993) „*Navrhne-li pracovník organizaci (zaměstnavateli) skončení pracovního poměru dohodou s výslovně požadovaným uvedením toho, že tento pracovní poměr končí v důsledku organizačních změn v organizaci, potom dojde ke skončení pracovního poměru přijetím tohoto návrhu na dohodu, i když v písemném přijetí návrhu nebyl tento údaj výslovně uveden, pokud z obsahu přijetí nevyplývalo, že organizace požaduje změnu návrhu.*“

2.4 DODRŽENÍ PÍSEMNÉ FORMY

Dohoda musí být uzavřena písemně, jak je uvedeno v textu zákona. Není nutné, aby projevy obou účastníků byly na téže listině, postačí, když je písemně učiněn jak návrh, tak akceptace. Zaměstnavatel má povinnost vydat jedno vyhotovení dohody zaměstnanci, ale jen v případě, že jsou projevy obou účastníků na jedné listině, kterou vyhotovil zaměstnavatel. Nevydá-li zaměstnavatel jedno vyhotovení dohody, nemá to za následek neplatnost dohody. Není-li dohoda uzavřena písemně, je tato neplatná. Jelikož je zákoník práce vystavěn na principu relativní neplatnosti, je třeba, aby se ten z účastníků, který neplatnost dohody nezpůsobil sám, této neplatnosti dovolal. Neplatnost takové dohody však nenastává pouze tím, že byla namítnuta, ale pouze tehdy, byla-li určena pravomocným rozhodnutím soudu. ZP totiž vychází z premisy, že se v případě neplatnosti ukončení pracovního poměru jedná o vadu, která ohrožuje pouze zájmy jednajících a ponechává na nich samotných, aby se rozhodli, zda vadný právní úkon napadnou, či ne.

3. NÁROK ZAMĚSTNANCE NA ODSUPNÉ

Nárok zaměstnance na odstupné je upraven v § 67 ZP. Ten ve svém odstavci stanoví, že „Zaměstnanci, u něhož dochází k rozvázání pracovního poměru výpovědí danou zaměstnavatelem z důvodů uvedených v § 52 písm. a) až c) nebo dohodou z těchto důvodů, a zaměstnanci, který okamžitě zrušil pracovní poměr podle § 56, přísluší při skončení pracovního poměru odstupné ve výši nejméně trojnásobku průměrného výdělku. Zaměstnanci, u něhož dochází k rozvázání pracovního poměru výpovědí danou zaměstnavatelem z důvodů uvedených v § 52 písm. d) nebo dohodou z těchto důvodů, přísluší při skončení pracovního poměru odstupné ve výši nejméně dvanáctinásobku průměrného výdělku.“

Důvody uvedené v § 52 písm. a) až d) jsou následující

a) ruší-li se zaměstnavatel nebo jeho část,

b) přemísťuje-li se zaměstnavatel nebo jeho část,

c) stane-li se zaměstnanec nadbytečným vzhledem k rozhodnutí zaměstnavatele nebo příslušného orgánu o změně jeho úkolů, technického vybavení, o snížení stavu zaměstnanců za účelem zvýšení efektivnosti práce nebo o jiných organizačních změnách,

d) nesmí-li zaměstnanec podle lékařského posudku vydaného zařízením závodní preventivní péče nebo rozhodnutí příslušného správního úřadu, který lékařský posudek přezkoumává, dále konat dosavadní práci pro pracovní úraz, onemocnění nemocí z povolání nebo pro ohrožení touto nemocí, anebo dosáhl-li na pracovišti určeném rozhodnutím příslušného orgánu ochrany veřejného zdraví nejvyšší přípustné expozice.

Je-li uzavřena dohoda mezi zaměstnavatelem a zaměstnancem a důvody uzavření této dohody jsou podřaditelné pod důvody uvedené v § 52 písm. a) až d), náleží zaměstnanci odstupné ve výši minimálně troj- popřípadě dvanáctinásobku průměrného výdělku. Tento nárok náleží zaměstnanci i v případě, že tyto důvody nejsou v dohodě výslovně uvedeny. To potvrzuje i rozhodnutí Krajského soudu v Ostravě ze dne 12.4.1995, sp. zn. 16 Co 44/95 „1. Dochází-li k dohodě o rozvázání pracovního poměru mezi účastníky podle § 43 ZPr (pozn. autora dnes § 49 ZP) z důvodu organizačních změn na straně zaměstnavatele, nečiní ta skutečnost, že důvod rozvázání pracovního poměru není uveden přímo v písemné dohodě, tuto dohodu neplatnou, a

ani není vyloučen vznik nároku zaměstnance na odstupné podle § 1 a § 3 odst. 1 zákona č. 195/1991 Sb. V takovém případě je ovšem na zaměstnanci, aby prokázal, že organizační změny u zaměstnavatele byly skutečně důvodem rozvázání pracovního poměru dohodou, a že tedy mezi těmito organizačními změnami a rozvázáním pracovního poměru dohodou existuje příčinná souvislost. 2. Na závěr, že důvodem rozvázání pracovního poměru dohodou byly organizační změny, lze zpravidla usoudit za toho skutkového stavu, kdy zaměstnavatel, pokud by nepřistoupil k rozvázání pracovního poměru dohodou se zaměstnancem, by musel dát zaměstnanci výpověď z pracovního poměru podle některého z písmen a) až c) ust. § 46 odst. 1 ZPr (pozn. autora dnes § 52 písm. a) až c)), jinak by se ocitl v situaci, kdy by nemohl dostát své povinnosti podle § 35 odst. 1 písm. a) ZPr přidělovat zaměstnanci práci podle pracovní smlouvy.“ Nárok na odstupné náleží zaměstnanci i v tom případě, kdy obsahuje dohoda v rozporu se skutečností takové důvody rozvázání pracovního poměru, s nimiž zákon poskytnutí odstupného nespojuje, jak stanovil NS ČR v rozhodnutí ze dne 17.5.2002, sp. zn. 21 Cdo 1667/2001 „Byl-li pracovní poměr rozvázán dohodou, má zaměstnanec nárok na odstupné (§ 60a zák. práce), jestliže prokáže, že k dohodě o rozvázání pracovního poměru došlo z důvodů uvedených v ustanoveních § 46 odst.1 písm. a) až c) zák. práce. To platí i tehdy, nebyly-li v dohodě uvedeny důvody, pro které se pracovní poměr končí, popřípadě obsahuje-li dohoda v rozporu se skutečností takové důvody rozvázání pracovního poměru, s nimiž zákon poskytnutí odstupného nespojuje.“

Je vždy lépe, jsou-li důvody rozvázání pracovního poměru v dohodě přímo uvedeny. Zaměstnanec má jednodušší procesní postavení v případě, že chce po zaměstnavateli vymáhat odstupné, které mu tento nechce poskytnout. V případě, že byly důvody, pro které zaměstnanci náleží nárok na odstupné, do dohody začleněny aniž by fakticky existovaly, bude mít v případném sporu o vyplacení odstupného úspěch zaměstnavatel, neboť odstupné náleží zaměstnanci pouze v těch případech, kdy skutečným důvodem rozvázání pracovního poměru byly důvody uvedené v § 52 písm. a) až d).

4. ZÁVĚR

Chce-li se zaměstnavatel v rámci restrukturalizace podniku „rozloučit“ se svými zaměstnanci, musí k tomuto učinit právní úkony. Tyto mohou být buď jednostranné, nebo dvoustranné. Dohoda o skončení pracovního poměru je jediným dvoustranným právním úkonem, který vede k rozvázání pracovněprávního vztahu. Aby byla tato dohoda uzavřena řádně, je třeba, aby se zaměstnavatel se zaměstnancem shodli na tom, že oba chtějí, aby byl pracovněprávní poměr dohodou ukončen a ke kterému dni se tak má stát. Dohoda musí být uzavřena písemně pod sankcí neplatnosti. Důvody, které vedly k uzavření této dohody musí být v ní výslovně uvedeny, požaduje-li to zaměstnanec. Zaměstnavatel musí počítat s tím, že i když se zaměstnancem ukončí pracovní poměr dohodou, má zaměstnanec právo na odstupné, je-li tato dohoda uzavřena z důvodů uvedených v § 52 písm. a) až d) ZP. Odstupné však náleží zaměstnanci pouze v těch případech, kdy se jedná o skutečné důvody uvedené ve výše uvedených ustanoveních, vedoucí fakticky k uzavření dohody. Stejně tak v případě, že důvody nejsou v dohodě uvedeny přímo, ale fakticky existují, má zaměstnanec nárok na to, aby mu odstupné poskytnuto bylo. Ukončit pracovní poměr dohodou umožňuje zaměstnavateli i zaměstnanci chovat se flexibilně v pracovněprávních vztazích, zaměstnavatel si i přes onu flexibilitu však musí uvědomit, že musí v odůvodněných případech splnit svou povinnost k výplatě odstupného zaměstnanci i v případě ukončení pracovního poměru dohodou.

Literature:

- Bezouška, P. Výhrada odstoupení od pracovní smlouvy a neplatnost pracovně právních úkonů z hlediska smluvní svobody v pracovním právu. Právní rozhledy, r. 2008, roč. 16, č. 18
- Bělina M. a kol.: Zákoník práce. Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2008, 1084 s., ISBN 978-80-7179-607-7
- Bukovjan. P. Skončení pracovního poměru nyní a podle nového zákoníku práce – II. část. Mzdy a personalistika v praxi, r. 2006, č. 9, s. 24 an.
- Důvodová zpráva k návrhu zákona – zákoníku práce
- Jakubka, J. Odstupné při skončení pracovního poměru. Práce a mzda, r. 2005, č. 10, s. 3 an.
- Rozhodnutí Nejvyššího soudu České republiky ze dne 4.11.2004, sp. zn. 21 Cdo 1634/2004
- Rozhodnutí Nejvyššího soudu České republiky ze dne 11.10.2004, sp. zn. 21 Cdo 1299/2004
- Rozhodnutí Nejvyššího soudu České republiky ze dne 17.5.2002, sp. zn. 21 Cdo 1667/2001
- Rozhodnutí Nejvyššího soudu České republiky ze dne 11.4.2002, sp. zn. 21 Cdo 1332/2001
- Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 29.8.2001, sp. zn. 21 Cdo 1618/2000
- Rozhodnutí Krajského soudu v Ostravě ze dne 12.4.1995, sp. zn. 16 Co 44/95
- Rozhodnutí Nejvyššího soudu Slovenské republiky ze dne 24.10.1979, sp. zn. 5 Cz 19/79 (Rc 32/1980)
- Rozhodnutí Nejvyššího soudu Slovenské republiky ze dne 27.2.1973, sp. zn. 3 Cz 25/72 (R 5/1974)
- Zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 65/1965 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů

Reviewer:

Petr Bezouška

Contact – email:

53597@mail.muni.cz

OCHRANA PRÁV ZAMĚSTNANCŮ V EVROPSKÉ JUDIKATUŘE PŘI STRUKTURÁLNÍCH ZMĚNÁCH ZAMĚSTNAVATELŮ

ANDREA HRDLIČKOVÁ

Mendelova lesnická a zemědělská univerzita v Brně, Česká republika

Abstract in original language:

Autorka ve svém článku poukazuje na úpravu práv zaměstnanců v ES, zejména na povinnost jednotlivých členských států sblížovat právní předpisy týkající se zachování práv zaměstnanců v případě krize či strukturálních změn zaměstnavatelů s důrazem na kvalitu profesního života, produktivitu a zaměstnanost v kontextu globalizace.

Key words in original language:

Práva zaměstnanců, strukturální změny zaměstnavatele, globalizace, produktivita, zaměstnanost.

Abstract:

Author deals with the legal regulation of employee rights in EU, specifically the duty of particular member states to converge their regulations connected with keeping the rights of employees in case of crisis or structural changes of employers with an emphasis of quality of professional life, productiveness, and employment in the context of globalization.

Key words:

Employee Rights, Structural Changes of Employers, Globalization, Productiveness, Employment.

Každá organizace nebo její část se může v průběhu svého života dostat do situace, kdy je z nejrůznějších vnějších či vnitřních důvodů ohrožena její stabilita či dokonce existence. Tento stav bývá označován jako pokles nebo krize. Pojem krize není vykládán v odborné literatuře jednoznačně, je možno na něj nahlížet jako na určitý nežádoucí stav organizace nebo jako na proces, který pokud není zastaven, vede k úpadku a likvidaci subjektu.

Krizi možno též definovat jako stav organizace, při které došlo k porušení rovnováhy mezi zájmy okolního prostředí, tedy stav, při němž organizace v určitém časovém okamžiku není schopna plnit podnikatelské funkce a v důsledku toho je ohrožena její existence. V literatuře i odborné praxi se můžeme setkat s různým pojetím restrukturalizace podniku – někdy bývá chápána právě pouze jako řešení krizové situace podniku, v širším pojetí je nutno do definice restrukturalizace zahrnout též změny vlastnických vztahů, kapitálové a bilanční struktury, výrobní náplně, provozní základny přes změny organizační struktury a stylu řízení až po změny výkonného managementu.

Při všech těchto strukturálních změnách musíme mít na paměti zachování práv zaměstnanců v nastavené úrovni. S rozvojem společného trhu je velká pozornost soustředěna k sociální ochraně zaměstnanců, kteří mohou být dotčeni změnami podniků, které nastávají v důsledku ekonomických změn. Při vymezování práv zaměstnanců je nutné vycházet ze Směrnic Rady, zpráv komise ke směrnice Rady či stanovisek Evropského hospodářského a sociálního výboru, které ukládají členským státům povinnost sblížovat právní předpisy členských států týkající se zachování práv zaměstnanců v případě převodů podniků / Směrnice Rady 2001/23

/ES ze dne 12.3.2001 /. První úpravou, která v evropském hospodářském prostoru řešila dopady transformace podniků na zaměstnance, byla směrnice č. 77/187/EHS ze dne 14.2.1977 o sblížení právních předpisů členských států týkajících se zachování práv zaměstnanců v případě převodu podniků, podnikání, nebo části podniků přijatá v době tzv. „zlatého věku“ komunitárního pracovního práva. Spolu se směrnicemi č. 75/129/EHS o sblížení právních předpisů členských států o hromadném propouštění a č. 80 /987/EHS o sblížení právních předpisů členských států o zachování nároků při platební neschopnosti zaměstnavatele tak představuje trojici směrnic, které se zabývají sociálně právními následky změn v ekonomickém prostředí a dopady různých podnikatelských aktivit týkajících se změn v ekonomickém prostředí a dopady různých podnikatelských aktivit týkajících se restrukturalizace podniků.

K problematice kvality profesního života, produktivity a zaměstnanosti v kontextu globalizace a demografických výzev bylo dne 13. září 2006 přijato Stanovisko SOC/232 vydané Evropským hospodářským a sociálním výborem obsahující tato stanoviska a závěry :

Produktivní součinností hospodářské a sociální politiky, politiky zaměstnanosti a environmentální politiky by mělo dojít ke zlepšení mezinárodního konkurenčního postavení Evropy objevováním nových oblastí zaměstnanosti v hospodářských odvětvích s dobrými výsledky do budoucna a generováním většího růstu v důsledku inovací. Pro Evropu jsou typické silné stránky spočívající ve vysoké kvalitě jejích produktů a služeb, vzdělaných pracujících a v jejím sociálním modelu. S globálními konkurenty může Evropa vstoupit do hospodářské soutěže, která by měla být orientována na kvalitu. Kvalita však sebou nese inovace a zahrnuje též mikroekonomickou úroveň tj. podnikovou strukturu a kvalitu profesního života

Programovým cílem bude nejen vytvoření většího množství pracovních příležitostí ale především zvýšení kvality pracovních příležitostí. Kvalita práce zahrnuje aspekty jako je předcházení zdravotním rizikům a jejich snižování, organizace práce na pracovišti, sociální zajištění včetně přiměřeného příjmu, možnost dalšího rozvoje schopností a znalostí, jakož i lepší slučitelnost rodiny a zaměstnání. Zlepšení všech těchto aspektů má pozitivní dopad na produktivitu práce. EHSV zastává názor, že by se mělo přihlížet k podnikovým strukturám a podnikové kultuře, uvádí, že zdraví prospěšné pracovní podmínky a formy organizace práce, které pracovníkům při práci poskytují větší prostor k jednání, jsou důležitým faktorem pro zvýšení produktivity a tím i schopnosti inovací, která je ovlivněna sociálními podmínkami. Pro zlepšení kvality práce je nezbytná rozsáhlá koncepce, která zohledňuje změny ve světě práce, klade důraz na prevenci zdravotních rizik a podporuje uspokojení z práce a ochoty podávat pracovní výkony prostřednictvím nových forem organizace práce s podporou větší samostatnosti při práci, skupinové a týmové práce umožňující využít znalostí a zkušeností lidí a zároveň zohledňující požadavky na flexibilitu v hospodářství. Bylo konstatováno, že EHSV právě z těchto důvodů podporuje koncept tzv. vyváženého poměru flexibility a sociální jistoty.

Stanovisko EHSV dále uvádí, že globalizace s sebou nese rizika spočívající v tom, že evropské hospodářství na základě zostřené mezinárodní konkurence a nové mezinárodní dělby práce ztratí v důsledku restrukturalizace podniků pracovní místa, pokud se nepodaří objevit nové oblasti zaměstnanosti. Podle názoru EHSV je důležité, aby flexibilita a sociální jistota byly vzájemně vyvážené ve smyslu přístupu „ flexicurity“. Přitom ale platí, že pro tento vyvážený vztah flexibility a sociální jistoty jsou důležité čtyři předpoklady - vhodná smluvní ujednání, aktivní politika pracovního trhu, přesvědčivé koncepty pro celoživotní vzdělávání a moderní

systémy sociálního zabezpečení. Zde je také zdůrazněno zachování práv zaměstnanců, a to ve smlouvách jakéhokoliv druhu. Dále se ve zprávě uvádí, že podpora inovací jako významný prvek pro dosažení vytýčených cílů vyžaduje kromě investic do výzkumu a vývoje zlepšení schopnosti využívat nové technologie, změnu struktury práce v podnicích prostřednictvím nových forem organizace práce, zvýšení míry zaměstnaných žen na úrovni vedoucích, lepší možnosti pro sloučení zaměstnání a rodiny, zlepšení pracovních podmínek zejména s cílem předcházení stresu a nemocem z povolání, a to vše pro zachování možnosti zaměstnávat zejména starší pracovníky a pro zajištění pracovních podmínek odpovídajících věku. Hlavním úkolem sociálních partnerů je upravit pracovní podmínky prostřednictvím tarifních smluv.

V oblasti produktivity a zaměstnanosti bylo ve Stanovisku konstatováno, že vedle trvale vysoké nezaměstnanosti došlo k poklesu tempa růstu produktivity práce a že pravděpodobně nedojde ke splnění cílů týkající se nárůstu výdajů na vědu na 3 % HDP do roku 2010. V této souvislosti je zdůrazněna nutnost posílení soukromých investic, pro které musí politika jednotného trhu vytvořit lepší rámcové podmínky, kde kromě makroekonomické politiky zaměřené na růst a zaměstnanost povede k většímu množství kvalitativně hodnotnějších pracovních míst jen strategie orientovaná na podporu inovací. Předpokladem inovačního hospodářství založeného na znalostech je investice do lidí. Ve Stanovisku je poukazováno na skutečnost, že zvýšení úrovně vzdělání má pro dosažení vyšší zaměstnanosti zásadní význam. Skupinou, která se jeví jako nejvíce potřebná, jsou lidé s nejnižší kvalifikací, starší zaměstnanci a pracovníci malých středních podniků. Zejména těm by měl být usnadněn přístup k trvalému doplňkovému vzdělání, aby tak došlo ke zvyšování všeobecné úrovně vzdělání.

V jedné ze studií Evropské agentury pro bezpečnost a ochranu zdraví při práci /v roce 2004/ byla podrobněji zkoumána souvislost mezi kvalitou práce a produktivitou práce. Hlavním výsledkem tohoto výzkumu bylo zjištění, že úspěch podniku v podmínkách zostřené konkurence nelze měřit pouze na základě ukazatelů o hospodaření podniku. Kvalita práce ovlivňuje produktivitu a rentabilitu. Studie definuje konkrétní faktory úspěchu, mezi něž patří spojení podnikových cílů s koncepcemi personálního rozvoje pro lepší dosažení cílů, přístup k podpoře zdraví, jež se nevztahuje pouze na bezprostřední pracovní podmínky, ale zahrnuje rovněž motivaci k práci a chování vedoucích pracovníků, koncepci podpory zdraví, které se zaměřují na předcházení zdravotním rizikům, zlepšení pracovních postupů a organizaci práce ve spojení s technickými inovacemi. Byly určeny faktory zlepšení produktivity práce, mezi něž postavila studie do popředí vysokou kvalitu práce včetně příznivých podmínek pro slučitelnost rodinného a profesního života, kooperativní chování vedoucích pracovníků, poskytování větší samostatnosti a odpovědnosti při práci, zlepšení pracovních metod a vybavení na pracovišti u fyzicky náročnějších činností, což vede ke snížení námahy a tím umožnění vyšší produktivity. Stres z práce je převládajícím faktorem zátěže ve všech oblastech činnosti promítající se ruku v ruce s novými formami psychického a fyzického vyčerpání, jako je syndrom vyhoření či v podnicích, kde přesná dělba práce vede k jednostranné zátěži s příslušnými zdravotními riziky.

Stanovisko EHSV zodpovědělo též na otázku, jaké požadavky mají samotní pracující na „dobrou práci.“ Podkladem k této odpovědi byl výzkum Mezinárodního institutu empirické sociální ekonomie /INIFES/ provedený mezi výdělečně činnými lidmi v Německu / listopad 2005. Z pohledu dotyčných osob jsou pro jejich uspokojení z práce a ochotu podávat pracovní výkony důležité konkrétně následující aspekty v daném pořadí : 1/ pevný, spolehlivý příjem, 2/ jistota pracovního místa, 3/ práce má člověka bavit, 4/ nadřízení mají s podřízenými jednat jako s lidmi, 5/ pracovní poměr na dobu neurčitou, 6/ podpora kolegiality, 7/ ochrana zdraví

na pracovišti, 8/ práce má být smysluplná, 9/ mnohostranná a pestrá práce, 10/ pracovník má mít vliv na způsob práce. Všechny tyto aspekty byly respondenty souhlasně ohodnoceny mezi 70 – 90 %.

Komise Evropských společenství dne 18.6.2007 vydala zprávu ke Směrnici Rady 2001/ 23/ES ze dne 12.března 2001 o sblížování právních předpisů členských států týkajících se zachování práv zaměstnanců v případě převodů podniků, závodů nebo částí podniků nebo závodů, která kodifikuje směrnici Rady 77/187/EHS ve znění Rady 98/50/ES.

Smyslem směrnice založené na článku 94 Smlouvy o ES je chránit zaměstnance v případě změny vedení podniku zejména zajištění zachování jejich práv. Vychází z faktu, že mezi členskými státy existují rozdíly, pokud jde o ochranu zaměstnanců v této oblasti. Na základě skutečností dochází k závěru, že je nutno ochranu harmonizovat. Cíl harmonizace je dvojitý – jednak zajistit v jednotlivých členských státech srovnatelnou právní ochranu práv zaměstnanců a zároveň sblížit povinnosti, které s sebou tato pravidla týkající se ochrany přinášejí pro podniky Společenství.

Směrnice se použije na převody podniků, závodů nebo jejich částí . Při poskytování ochrany zaměstnancům je nutno vymezit pojem „ zaměstnanec “. Zaměstnancem se rozumí jakákoliv osoba, které je v příslušném členském státě poskytována ochrana jako zaměstnanci v souladu platnými vnitrostátními právními předpisy v oblasti zaměstnání. Ochrana je poskytována všem zaměstnancům.

Aby se jednalo o převod, musí být splněny dvě podmínky – musí dojít ke změně zaměstnavatele a převedený subjekt si musí zachovat svoji identitu. Zachování identity se vyznačuje pokračováním ve stejných činnostech ze strany nového zaměstnavatele a jednak zachováním zaměstnanců, vedoucích pracovníků, organizace práce, provozních postupů či dostupných provozních zdrojů.

Práva a povinnosti, které pro převodce vyplývají z pracovní smlouvy nebo pracovního poměru platných ke dni převodu, jsou v důsledku převodu převedeny na nabyvatele. K převodu těchto práv a povinností dochází automaticky v důsledku samotného převodu a nelze jej podřídit záměrům převodce či nabyvatele nebo souhlasu zaměstnanců, aniž by však bylo dotčeno právo zaměstnance nepokračovat s nabyvatelem v pracovním poměru. Převod se dotýká všech práv zaměstnanců. V zásadě lze konstatovat, že převodce je zproštěn svých povinností zaměstnavatele v důsledku samotného převodu, aniž by tento právní účinek podléhal souhlasu dotčených zaměstnanců.

Směrnice ukládá nabyvateli povinnost zachovat pracovní podmínky sjednané v kolektivní smlouvě za stejných podmínek, jaké jsou stanoveny pro převodce, a to až do doby skončení platnosti kolektivní smlouvy nebo do dne rozvázání kolektivní smlouvy. Nabyvatele váže pouze kolektivní smlouva, která je platná v okamžiku převodu.

Pokud členské státy nestanoví jinak, převod se nevztahuje na nároky zaměstnanců na starobní, invalidní nebo pozůstalostní důchody plynoucí ze systémů podnikového přípojištění existující mimo platný systém sociálního zabezpečení v členských státech.

Vzhledem k tomu, že nabyvatel přejímá práva a povinnosti převodce vyplývající z pracovního poměru, směrnice nic nenamítá proti tomu, aby nabyvatel změnil pracovní poměr, pokud

platné vnitrostátní předpisy bez ohledu na předpokládaný převod podniku takovou změnu připouštějí.

Převod podniku, závodu nebo části podniku nebo závodu nepředstavuje sám o sobě pro převodce nebo nabyvatele důvod k propouštění. Toto ustanovení však nebrání propouštění z hospodářských, technických nebo organizačních důvodů, se kterými jsou spojeny změny stavu zaměstnanců. Směrnice zakazuje tedy jen taková propouštění, kde je jediným důvodem převod. Zaměstnanci, kteří byli neprávem propuštěni krátce před převodem podniku a nebyli znovu přijati do podniku, se mohou vůči nabyvateli odvolat na neoprávněnou povahu tohoto propouštění.

Zaměstnanec má právo nepokračovat v práci s nabyvatelem. Pokud by se zaměstnanec z vlastní vůle rozhodl nepokračovat v pracovní smlouvě či pracovním poměru s nabyvatelem, přísluší rozhodnutí členským státům. Taktéž převody učiněné v rámci úpadkového řízení jsou rozhodovány členskými státy, které mají určitou míru volnosti. Stejně tak je chráněna i funkce zástupce zaměstnanců. Převodce i nabyvatel jsou povinni poskytnout zástupcům svých zaměstnanců informace, které jsou projednávány s cílem dohody. Směrnicí je ponechána úplná volnost.

Co říci závěrem ?

První směrnici, která hrála nezanedbatelnou úlohu při ochraně práv zaměstnanců, byla a stále je směrnice 77/187 /EHS, a to zejména tím, že zavedla do právních řádů členských států zásadu zachování pracovní smlouvy i přes změnu právnické osoby zaměstnavatele. Následně v roce 1998 proběhla revize tohoto dokumentu, která společně s judikaturou Soudního dvora zpřesnila a stále dokresluje pojem převod zaměstnaneckých práv. Z poslední doby lze citovat rozsudek Soudního dvora ve věci C-466/07, jejímž předmětem je žádost o rozhodnutí o předběžné otázce na základě článku 234 ES, podaná rozhodnutím Landesarbeitsgericht Düsseldorf (Německo) ze dne 10. srpna 2007, v řízení Dietmar Klarenberg proti Ferrotron Technologies GmbH, nebo ve věci C-458/05, jejímž předmětem je žádost o rozhodnutí o předběžné otázce na základě článku 234 ES, podaná rozhodnutím Oberster Gerichtshof (Rakousko) ze dne 16. listopadu 2005 v řízení 24 zaměstnanců proti Princess Personal Service GmbH (PPS). Z uvedených rozsudků i rozborů vyplývá, že citovaná směrnice díky hledání rovnováhy mezi ochranou zaměstnance a svobodou pokračovat v hospodářské činnosti, přispěla velkou měrou k tomu, aby se restrukturalizační operace ze sociálního hlediska v Evropě staly přijatelnější.

Literatura :

- Gregorová Zdeňka: Převod podniku a přechod práv a povinností z pracovněprávních vztahů v komunitárním právu a v českém pracovním právu , Právník 10/2008
- Stanovisko SOC / 232 , <http://eur-lex.europa.eu / odkaz 52006AE1172> 1.5.2009
- Zpráva KOM/2007/0334 / <http://eur-lex.europa.eu / odkaz 5207DC0334> 1.5.2009
- Sdělení Komise / 2006 /0117 / <http://eur-lex.europa.eu / odkaz 52006DC117> 1.5.2009

*Dávid R., Neckář J., Sehnálek D., (Editors). COFOLA 2009: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4821-8*

Reviewer:
Zdeňka Gregorová

Contact – email:
hrdlicko@node.mendelu.cz

LEGAL REGULATION OF COLLECTIVE REDUNDANCIES

JANA KOMENDOVÁ

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Hromadné propouštění neznamená jenom významný zásah do sociální sféry většího počtu zaměstnanců, ale představuje rovněž neopomenutelný dopad na trh práce zejména v regionech s vyšší nezaměstnaností. Příspěvek se zabývá právní úpravou hromadného propouštění jak v právu ES včetně interpretace některých ustanovení příslušné směrnice v judikatuře Evropského soudního dvora, tak implementací této úpravy do právního řádu České republiky.

Key words in original language:

Propouštění, výpověď z pracovního poměru, výpovědní doba, dohoda o rozvázání pracovního poměru, hromadné propouštění, informace, projednání, zástupci zaměstnanců, odbory, rada zaměstnanců, úřad práce.

Abstract:

Collective redundancies bring serious social consequences for large number of employees. This situation represents also significant impact on the labour market, especially in regions with high unemployment rate. This contribution deals with legal regulation of collective redundancies in the European Community law including the interpretation of certain provisions of relevant directive in the case-law of the European Court of Justice and its implementation into the legal order of the Czech Republic.

Key words:

Dismissal, notice of termination of an employment relationship, notice period, agreement on termination of an employment relationship, collective redundancies, information, consultation, workers' representatives, works council, trade union, labour office.

The loss of employment may cause, and in fact causes, serious social consequences not only for an employee concerned but also for his or her family. Due to the present economic crisis many enterprises in Europe reduce their production, or even close down which, in many cases, leads to collective redundancies. The aim of this article is to analyse the European Community (hereinafter EC) legislation, including its interpretation in the case-law of the European Court of Justice (hereinafter ECJ), and its implementation into the legal order of the Czech Republic.

1. REGULATION OF COLLECTIVE REDUNDANCIES IN EUROPEAN COMMUNITY LAW

The article 137 of the Treaty Establishing the European Community in its consolidated version states that the Council may adopt measures designed to encourage cooperation between Member States inter alia in the area of protection of workers where their employment contract is terminated. The EC law does not regulate the termination of an employment relationship or an employment contract, it only harmonises the laws of the Member States concerning the collective dismissals. This issue has been regulated since 1975. The original Council Directive 75/129/EEC of 17 February 1975 on the approximation of the laws of the

Member States relating to collective redundancies was consolidated by the Council Directive 98/59/EC of 20 July 1998 on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies. By harmonising the rules applicable to collective redundancies, the Community legislature intended both, to ensure comparable protection for workers' rights in the different Member States and to harmonise the costs which such protective rules entail for Community undertakings.¹

The later directive is based, inter alia, on point 7 of the Community Charter of Fundamental Social Rights of Workers adopted on 9 December 1989 in Strasbourg (hereinafter Community Charter). This provision provides for that the improvement in living and working conditions must cover, where necessary, the development of certain aspects of employment regulations such as procedures for collective redundancies and those regarding bankruptcies. Collective redundancies shall be also the subject of information, consultation and participation for workers stated in point 17 of the Community Charter.

The preamble to the Council Directive 98/59/EC highlights the importance of greater protection afforded to workers in the event of collective redundancies while taking into account the need for balanced economic and social development within the Community. It also underlines remaining differences between the provisions in force in the Member States concerning the practical arrangements and procedures for such redundancies and the measures designed to alleviate the consequences of redundancy for workers. These differences can have a direct effect on the functioning of the internal market.

1.1 DEFINITION OF COLLECTIVE REDUNDANCIES

The collective redundancies are defined in the Article 1 of the Council Directive 98/59/EC as dismissals effected by an employer for one or more reasons not related to the individual workers concerned. The Member States may choose one of two possibilities how to lay down the number of redundancies:

I. Over a period of 30 days:

- At least 10 in establishments normally employing more than 20 and less than 100 workers,
- At least 10 % of the number of workers in establishments normally employing at least 100 but less than 300 workers,
- At least 30 in establishments normally employing 300 workers and more.

For the purpose of calculating the number of redundancies, terminations of an employment contract which occur on an employer's initiative for one or more reasons not related to individual workers concerned shall be assimilated to redundancies, provided that there are at least five redundancies. According to this definition, the collective redundancies may not occur in establishments employing less than 21 workers.

¹ Judgment of the European Court of Justice of 8 June 1994 in Case C-383/92 Commission of the European Community v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, par.16.

II. Over a period of 90 days, at least 20, whatever the number of workers normally employed in the establishments in question.

The Council directive 98/59/EC defines only collective redundancies it contains no definition of redundancy. The notion of redundancy is interpreted in the case-law of the European Court of Justice. This concept must, however, be given a uniform interpretation for the purposes of the Directive.² The concept of redundancy as mentioned in Article 1(1)(a) of the Directive may not be defined by any reference to the laws of the Member States, but has instead meaning in Community law.³ For example in the case *Junk* (C-188/03) the ECJ dealt with the question whether the event constituting redundancy consists of the expression by the employer of his intention to put an end to the contract of employment or of the actual cessation of the employment relationship on the expiry of the period in the notice of redundancy. In the opinion of the ECJ, event constituting redundancy consists in the declaration by an employer of his intention to terminate the contract of employment.⁴

In the above mentioned case *Commission v. Portugal* (C- 188/03) the ECJ solved the question whether the national law restricting the concept of collective redundancies for structural, technological or cyclical reasons and by failing to extend that concept to dismissals for any reasons not related to the individual workers concerned is failure to fulfil the obligations under the EC law. The ECJ interpreted the concept of redundancy with respect to the objective of the Directive which is to strengthen the protection of workers in the case of collective redundancies. The objectives referred to in the Directive would be attained only in part if the termination of a contract of employment that was not contingent on the will of the employer were to be excluded from the body of rules laid down by the Directive.⁵ In the opinion of the ECJ the concept of redundancy has to be interpreted as including any termination of contract of employment not sought by the worker, and without his consent. It is not necessary that the underlying reasons should reflect the will of the employer.⁶

1.2 SCOPE OF APPLICATION OF THE COUNCIL DIRECTIVE 98/59/EC

Article 2 (a) of the Council Directive 98/59/EC expressly excludes from its scope of application collective redundancies effected under contracts of employment concluded for limited periods of time or for specific tasks that means employment contracts or employment relationships for a fixed-term. However, the provisions of this Directive shall apply where such redundancies take place prior to the date of expiry or the completion of such contracts.

The personal scope of application of the Council Directive 98/59/EC does not include:

² Judgment of the European Court of Justice of 12 October 2004 in Case C-55/02 *Commission of the European Communities v. Portuguese Republic*, par. 44.

³ *Op.Cit.* par. 49.

⁴ Judgment of the European Court of Justice of 27 January 2005 in Case C-188/03 *Irmtraud Junk v. Wolfgang Kühnel*, par. 39.

⁵ Judgment of the European Court of Justice of 12 October 2004 in Case C-55/02 *Commission of the European Communities v. Portuguese Republic*, par. 52.

⁶ *Op.Cit.*, par. 50.

- a) Workers employed by public administrative bodies or by establishments governed by public law (or, in Member States where this concept is unknown, by equivalent bodies),
- b) The crews of seagoing vessels

1.3 OBLIGATIONS OF EMPLOYERS

Section II of the Council Directive 98/59/EC provides for obligations of employers who are contemplating collective redundancies. This obligations include information and consultation fulfilled vis-à-vis the workers' representatives who are provided for by laws or practices of the Member States. The employer has also obligation to notify the competent public authority. It is irrespective whether the decision regarding the collective redundancies is being taken by the employer or by an undertaking controlling the employer.

1.3.1 EMPLOYEES' RIGHT TO CONSULTATIONS

An employer who is contemplating collective redundancies shall begin consultations with the workers' representatives in good time. The aim of consultations is to reach an agreement between the employer and the worker's representatives. Article 2 (2) of the Council Directive 98/59/EC provides for the minimum issues subjected to consultations. They include:

- The ways and means of avoiding collective redundancies or reducing of number of workers affected,
- Ways and means of mitigating the consequences by recourse of accompanying social measures aimed, inter alia, at aid for redeploying or retraining workers made redundant.

The Member States may provide that the workers' representatives may call on the services of experts in accordance with national legislation and/or practice.

1.3.2 EMPLOYEES' RIGHT TO INFORMATION

The purpose of the employer's obligation to inform the workers' representatives is to enable them to make constructive proposals. The employer shall in good time during the course of the consultations supply them with all relevant information. He shall in any event notify them in writing of:

- the reasons for the projected redundancies,
- the number of categories of workers to be made redundant,
- the number of categories of workers normally employed
- the period over which the collective redundancies are to be effected,
- the criteria proposed for the selection of the workers to be made redundant in so far as national legislation and/or practice confers the power thereof upon the employer,

- the method for calculating any redundancy payments other than those arising out of national legislation and/or practice.

The employer shall forward to the competent public authority the copy of at least elements of this communication with exception of method for calculating any redundancy payments other than those arising out of national legislation and/or practice.

1.4 PROCEDURE FOR COLLECTIVE REDUNDANCIES

Procedural rules regarding collective redundancies are provided for in Section III of Council Directive 98/59/EC. According to Article 3 (1) employers shall notify the competent public authority in writing of any projected collective redundancies. This provision enables to the Member States to provide that in the case of planned collective redundancies arising from termination of the establishment's activities as a result of a judicial decision, the employer shall be obliged to notify the competent public authority in writing only if the competent authority requests. The content of this notification corresponds to content of information and consultations with the worker's representatives. Employers shall forward to the worker's representatives a copy of this notification. The worker's representatives may send any comments they may have to the competent public authority.

Article 4 of the Council Directive 98/59/EC states that projected collective redundancies notified to the competent public authority shall take effect not earlier than 30 days after the notification referred to the competent public authority without prejudice to any provisions governing individual rights with regard to notice of dismissal. Member States may grant the competent public authority the power to reduce the above mentioned period. This period shall be used by the competent public authority to seek solution to the problems raised by the projected collective redundancies.

2. REGULATION OF COLLECTIVE REDUNDANCIES IN THE CZECH REPUBLIC

In the Czech Republic the collective redundancies are governed by the act no 262/2006 Coll. Labour Code, as amended.⁷ The legislature chose the first way how to define the collective redundancies stated in the Council Directive 98/59/EC. However, it defines the number of employees made redundant in a different way. According to section 62 subsection 1 collective dismissals mean the termination of employment relationships by one employer within the period of 30 calendar days on the basis of notice given for one or more reasons laid down in section 52 (a) to (c) to:

- ten employees in the case of an employer employing from 20 to 100 employees,
- 10 % of employees in the case of an employer employing from 101 to 300 employees,
- 30 employees in the case of an employer employing more than 300 employees.

⁷ The English translation of the Czech Labour Code uses the term collective dismissals (see http://www.mpsv.cz/files/clanky/3221/labour_code.pdf).

The acts-in-law causing the termination of an employment relationship are the notice of termination or in cases laid down agreement. Where an employment relationship is terminated by the notice, it is terminated after the expiry of notice period. Notice period is at least two months. However, it may be stated longer for example in relevant collective agreement, employer's internal regulation, employment contract or other contract between an employer and an employee. Notice period starts to run on the first day of the calendar day of the calendar month following delivery of the notice and ends at the expiry of the last day of the relevant calendar month. Where employment relationships of at least five employees are terminated by one employer within the period of 30 calendar days on the basis of notice given for one or more reasons laid down in section 52 (a) to (c) of the Labour Code a total number of employees shall also include those employees with whom the employer terminated their employment relationship by agreement. Where an employment relationship is terminated by agreement it terminates on the agreed day. In this case, there is no notice period. The Czech legislature thus implemented last sentence of Article 1 (1) of the Council Directive 98/59/EC.

The reasons for termination of an employment relationship are so called organisational reasons. They consist of following situation:

- a) The employer's undertaking or its part is closed down,
- b) The employer's undertaking or its part relocates,
- c) The employee becomes redundant owing to the decision of the employer, or the employer's competent body to change the activities, plants and equipment to reduce the number of employees for the purpose of increasing labour efficiency or to introduce other organisational changes.

An employee whose employment relationship is terminated by notice given by his or her employer for one of these reasons, or by agreement for the same reasons is entitled to receive severance pay in the amount of at least three times his or her average monthly earnings. The employer shall pay severance pay to the employee after termination of the employment relationship, namely on the next pay day fixed for the wage or salary payment at his undertaking, unless the employer agrees with the employee on payment of such severance pay on the day when the employee's relationship comes to an end or on a later pay day.

The workers' representatives entitled to be informed and consulted under the Czech Labour Code are trade union or works council. Where neither trade union organisation nor works council has been formed at the employer's undertaking or where, it has been formed, it does not operate there, the employer shall fulfil the stated duties vis-à-vis every employees affected by collective redundancies.

Section 62 sub 2 of the Labour Code provides for the employer's duty to report in writing to the trade union or the works council or individual employees before giving notice to individual employees, at least 30 days in advance. Content of this information corresponds to Article 2 (3) of the Council Directive 98/59/EC. The employer's duty to consult the trade union or the works council or individual employees does not differ from the Council Directive 98/59/EC.

The competent public authority to be reported is the labour office. The employer is obliged to provide two reports in writing. The first one is served at the moment of information and

consultation with the trade union organisation or the work council and includes: reasons for collective redundancies, a total number of employees, and a number of those employees to be affected and their job titles, the period within which collective dismissals will take place, the criteria proposed for the selection of employees to be made redundant, and further of the start of consultation with the trade union organisation or the works council. One copy of this written report shall be served by the employer on the trade union organisation or the works council.

The second report is more important because it may have an effect on the moment of termination of employment relationships of individual employees. This report on employer's decision concerning collective dismissals and on the results of consultation the trade union organisation or the works council must be provingly delivered by an employer to the competent labour office. It must contain a total number of employees a number of those employees to be affected by collective dismissals and their job titles. One copy of this written report shall be delivered to the trade union organisation or the works council. The trade union organisation or the works council have the right to give its independent opinion on the employer's written report and serve it to the competent labour office. However, there is an exception in the cases where an insolvency order has been declared on the employer's property. In this case an employer shall deliver the written report to the competent labour office only at its request. The Czech legislature made use of the possibility provided for in Article 3 (1) of the Council Directive 98/59/EC.

Nor the Labour Code neither the Employment Act (act no. 435/2004 Coll. as amended) states which labour office is competent to be served on this written report. The local competence may be determined by the place where the work is performed, or by the employer's registered seat. In the opinion of the Czech Supreme Court the competent labour office is every labour office.⁸

Section 62 subsection 7 of the Labour Code imposes on the employer the duty to inform his employee of the day when his written report was delivered to the labour office. This day is very important because according section 63 of the Labour Code the employment relationship of an employee who is affected by collective dismissals shall terminate by notice earliest on expiry of 30 consecutive days of the day when the employer's report was delivered to the competent labour office, except when the employee states that he does not insist on observance of this time-limit. This rule shall not apply if an insolvency order has been declared against the employer.

Conclusion:

Collective redundancies have been regulated in the EC law for more than 30 years. The EC law harmonises the laws of the Member States concerning this issue because differences between the provisions in force in the Member States can have a direct effect on the functioning of the internal market. The original Directive 129/75 was consolidated by the later Directive 98/59. In the Czech Republic the EC regulation relating to collective redundancies is implemented in section 62, 63 and 64 of the Labour Code (act no. 262/2006 Coll. as amended). The conditions for collective redundancies are fulfilled when an employer

⁸ Judgment of the Supreme Court of the Czech Republic Sp. Zn. 2985/2005.

terminates employment relationships by notice of termination with certain number of employees for so called organisational reasons. On the conditions laid down employment relationships terminated by agreement are included in total number of employees made redundant.

Literature:

- Treaty Establishing the European Community, as amended by Subsequent Treaties;
- Community Charter of Fundamental Social Rights of Workers;
- Council Directive 75/129/EEC of 17 February 1975 on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies;
- Council Directive 98/59/EC of 20 July 1998 on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies;
- Judgment of the European Court of Justice of 8 June 1994 in Case C- 383/92 Commission of the European Communities v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland;
- Judgment of the European Court of Justice of 27 January 2005 in Case C-188/03 Irmtraud Junk v. Wolfgang Kühnel;
- Judgment of the European Court of Justice of 12 October 2004 in Case C-55/02 Commission of the European Communities v. Portuguese Republic;
- Judgment of the Supreme Court of the Czech Republic Sp. Zn. 2985/2005;
- Act no. 262/2006 Coll. Labour Code, as amended;
- Bělina, M. a kol: *Zákoník práce; komentář*, Praha, C-H-BECK, 2008, 1063, 978-807-179-607-7;
- Blanpain, R. et Engels, Ch.: *European Labour Law*, The Hague, Kluwer Law International, 1998, 506, 904-110-587-5;
- Jakubka, J.: *Zákoník práce; prováděcí nařízení vlády a další související předpisy s komentářem*, Olomouc, ANAG, 2007,

Reviewer:

Zdeňka Gregorová

Contact – email:

Jana.Komendova@law.muni.cz

K ROZLIŠOVÁNÍ MEZI SMLOUVOU O PRODEJI PODNIKU A KUPNÍ SMLOUVOU

JAROMÍR KOŽIAK

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Tento příspěvek se zabývá diferenciací mezi smlouvou o prodeji podniku a dalšími právními nástroji použitelnými pro převod podnikatelských aktiv, především kupní smlouvou a inominátními kontrakty. V úvodní části jsou rozebrány právní následky a důvody klasifikace smluvních typů, v další části práce jsou popsána jednotlivá rozlišovací kritéria a zmíněna relevantní judikatura Nejvyššího soudu.

Key words in original language:

Prodej podniku, kupní smlouva, podnik, obchodní právo, obchodní zákoník.

Abstract:

This contribution is focused on differentiation between the agreement on sale of enterprise and other legal forms suitable for transfer of business assets, especially sales contract and innominate contracts. The reasons for and consequences of distinction between the contractual types are described in the forepart of this paper while the individual differentiating criteria and relevant decisions of the Supreme court are mentioned later on.

Key words:

Sale of enterprise, Sales contract, Enterprise, Commercial law, Commercial Code.

Úvodem

S trochou benevolence lze mezi nástroje restrukturalizace podniku zařadit také smlouvu o prodeji podniku, ačkoliv se jedná spíše o prostředek dispozice s podnikem jako celkem, než opatření směřující k harmonizaci podnikatelské struktury.

V tomto příspěvku se chci podívat na smlouvu o prodeji podniku z hlediska ostatních blízkých obligačních institutů, především pak kupní smlouvy, definovat jejich společná místa, upozornit na odlišnosti a zmínit postupy pomocí kterých mohou být vzájemně diferencovány.

Smlouva o prodeji podniku je dvoustranný úkon, který je upraven v § 476 a násl. obchodního zákoníku (ObchZ). Jedná se tedy o pojmenovanou smlouvu, která je upravena výhradně v obchodním zákoníku a má tedy charakter typového (absolutního) obchodu. Účelem smlouvy je umožnit převod majitelství komplexu majetkových hodnot a závazků, které dohromady tvoří podnikatelskou jednotku. Obdobného účelu je ovšem možné dosáhnout i jinými nástroji. Zmínit lze např. smlouvu o nájmu podniku, která má shodný předmět – podnik – ale odlišuje se tím, že jde pouze o dočasný vztah, jehož podstatou je zřízení užívacích práv. Významná je v tomto směru kupní smlouva, která rovněž směřuje ke změně vlastnického práva, liší se však svým předmětem, podstatnými částmi a kogentními ustanoveními. Asi nejpodobnějšího účinku ve vztahu k prodeji podniku lze dosáhnout inominátním kontraktem nebo prostřednictvím komplexu pojmenovaných smluv a nástrojů

změn závazkových vztahů (např. kupní smlouva, licenční smlouva, postoupení pohledávek, převzetí závazku).

Význam rozlišení

Hledání rozlišovacích kritérií mezi prodejem podniku a dalšími smluvními typy lze ospravedlnit jak z hlediska obsahových tak i formálních důsledků, které tato diferenciací má pro danou smlouvu. Z obsahového hlediska je velmi významné, že úprava smlouvy o prodeji podniku s sebou nese kogentní úpravu některých významných povinností smluvních stran, především podle § 480 ObchZ přecházejí na nabyvatele podniku veškerá práva a povinnosti z pracovněprávních vztahů se zaměstnanci podniku, byť by to ve smlouvě výslovně uvedeno nebylo. Obdobně přechází na nabyvatele také práva duševního vlastnictví. Rovněž je třeba pamatovat, že na nabyvatele přechází závazky spojené s podnikem a že zcizovatel ze zákona ručí za splnění těchto závazků.

Pokud jde o formální důsledky, platí, že tyto pramení ze skutečnosti, že pro smlouvu o prodeji podniku je mandatorně stanovena písemná forma (§ 476 odst. 2 ObchZ) zatímco smlouvu kupní lze uzavřít i ústně nebo jiným neformálním způsobem. Pochopitelně je třeba mít stále na mysli výjimky z tohoto pravidla (zejm. převody nemovitostí). Větší praktický dopad (pokusy uzavřít smlouvu o prodeji podniku ústně jsou totiž pochopitelně naprosté rarity) bude mít požadavek na to, aby smlouvu o prodeji podniku v obchodních společnostech schválili všichni společníci nebo valná hromada, přičemž nesplnění tohoto požadavku bude mít za následek obdobně jako v jiných podobných případech¹ to, že smlouva nenabude účinnosti, dokud tento souhlas není udělen².

Předmět smlouvy

Kritérií, podle kterých lze jednotlivé smluvní typy odlišovat je více, nejvýznamnější je ovšem předmět smlouvy ve smyslu komplexu právních vztahů se kterými je disponováno. U kupní smlouvy lze předmět vymezit vcelku snadnou jako věci (přičemž v režimu obchodní kupní smlouvy musí jít navíc o věci movité, nemovitosti lze převádět pouze občanskoprávní kupní smlouvou).

U smlouvy o převodu podniku už je situace složitější. Jejím předmětem je totiž podnik, což je pojem, jehož právní obsah není všeobecně známý a je proto třeba se u něj podrobněji zastavit. Co rozumíme podnikem je definováno v § 5 ObchZ, přičemž zjednodušeně lze říci, že jde o věci, práva a jiné majetkové hodnoty, které náleží podnikateli a slouží jeho podnikání. Určujícími znaky jsou tak jednota majitelství těchto majetkových hodnot a jednota jejich užívání – podnikatelský účel. Musí tedy jít o jakýsi ucelený funkční celek věcí a jiných majetkových hodnot v majetku podnikatele, který je způsobilý sloužit k podnikání.

§ 5 odst. 2 dále uvádí, že podnik je věc hromadná, přičemž textace naznačuje, že se jedná o definici, ovšem vzhledem k tomu, že součástí podniku je mnoho jiných majetkových hodnot, je třeba toto ustanovení považovat za fikci s cílem umožnit snazší dispozice s podnikem jako celkem.

¹ Rozhodnutí Nejvyššího soudu České republiky ze dne 27. 4. 2004, sp. zn. 29 Odo 414/2003

² Obdobně Dvořák T., Dispozice s podnikem, Právní rozhledy 3/2003, str. 119-130.

Základní rozdíl oproti kupní smlouvě je tak v přípustnosti převodu práv a jiných majetkových hodnot. Kupní smlouvou je možné s těmito kategoriemi hodnot disponovat pouze pokud to právní úprava výslovně umožňuje, typicky jde o případy, kdy práva následují osud věci (např. věcná práva k věci cizí).

Principiálně jsou tedy předměty obou smluvních typů velmi podobné (srovnej podnik jako věc hromadná zahrnující i práva a jiné majetkové hodnoty), v praxi se však liší. Práva a jiné majetkové hodnoty jsou součástí podniku na základě jednoty určení – tvoří s ním podnikatelský celek, zatímco práva následující osud věci převáděné kupní smlouvy tak činí z důvodu, že se jedná o zvláštní kategorii práv. Počet takovýchto práv je v porovnání s imateriálními složkami podniku naprosto zanedbatelný.

Kromě převodu podniku jako celku lze smlouvou o převodu podniku ale převádět také jeho části. Tuto možnost obchodní zákoník výslovně připouští v § 487 ObchZ, zároveň ovšem stanoví, že nemůže jít o jakoukoli část podniku, ale pouze o jakousi kvalifikovanou oddělenou a ucelenou část, kterou definuje tím, že požaduje, aby tvořila samostatnou organizační složku.

Je nepochybné, že za organizační složku ve smyslu § 487 ObchZ lze považovat především odštěpný závod (§ 7 odst. 1 ObchZ) nebo organizační složku zahraniční osoby (§ 21 ObchZ), neboť zákon oba tyto instituty výslovně za organizační složku považuje.

V dalším se uplatní závěry vyvozené judikaturou, především rozhodnutím Nejvyššího soudu sp. zn. 33 Cdo 1199/98. Podle tohoto rozhodnutí³ je částí podniku i organizační složka, která se nezapisuje do obchodního rejstříku za předpokladu, že je u ní „vedeno samostatně (odděleně) účetnictví, týkající se této organizační složky, z něhož především vyplývá, které věci, jiná práva, popř. jiné majetkové hodnoty slouží k provozování této části podniku“. Není při tom rozhodné, jak je tato organizační složka nazvána, nebo pojmenována (závod, provoz apod.), zásadní je právě vedení účetnictví ze kterého lze zjistit, který majetek se k této organizační složce váže.

Provozovna (§ 7 odst. 3 ObchZ) organizační složkou v tomto smyslu a tedy zároveň kvalifikovanou částí podniku být zákonitě nemusí, v tomto případě bude záležet zda provozovna naplní shora uvedená kritéria.

Část podniku také nelze vymezit druhem majetkových hodnot, které ji tvoří a nelze tak z podniku např. vyjmout jeho věcnou složku a prodat ji jako část podniku – takováto transakce by musela být kupní smlouvou, opět s výjimkou případů, kdy daná organizační složka podniku by byla účetně tvořena pouze movitými a nemovitými věcmi, zatímco ostatní majetkové hodnoty by byly navázány například na centrálu podniku⁴.

Přechod závazků

³ Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 7.9.1999, sp. zn. 33 Cdo 1199/98.

⁴ Blíže viz Dobeš P., Několik poznámek k převodu (části) podniku, Právní rozhledy 19/2007, str. 707-713.

Velmi významným kritériem pro odlišování těchto smluvních typů je přechod závazků, což reflektuje i aktuální judikatura⁵.

Přechod závazků souvisejících s podnikem je totiž podle § 476 ObchZ podstatnou částí smlouvy o převodu podniku⁶, z čehož vyvozují, že je třeba, aby smlouva obsahovala formulaci o tom, že kupující přebírá všechny závazky související s podnikem⁷ nebo ustanovení, které říká, že podnik žádné závazky v době převodu nemá. Druhá zmíněná situace se může zdát jako velmi nepravděpodobná, nicméně dochází k ní čas od času v případech, kdy podnikatel vykonává činnost v oborech sezónních prací nebo v případě prodeje podniku, který byl před prodejem nějaký čas zastaven a podnikatel při tom dokázal splatit jeho závazky.

Přechod závazků je třeba striktně odlišovat od přechodu práv a povinností vyplývajících z pracovně-právních vztahů a od přechodu práv duševního vlastnictví, neboť pouze převzetí závazků kupujícím je podstatnou částí smlouvy a tedy musí být pojato do jejího textu a je tedy způsobilé posloužit jako rozlišovací znak, přechod dalších kategorií práv nastává ex lege.

Zjednodušeně řečeno smlouva o prodeji podniku musí obsahovat ustanovení o přechodu závazků souvisejících s podnikem, pokud tomu tak není, nemůže se jednat o prodej podniku a smlouva by byla neplatná, leda by se podařilo prokázat, že se mělo jednat o jinou (pravděpodobně inomínátní) smlouvu, zde však již záleží značně na úmyslu stran.

Výklad projevu vůle

Předně je třeba mít vždy na paměti ustálenou rozhodovací praxi⁸, podle které je třeba právní úkon posuzovat dle jeho obsahu a nikoli názvu, označení smlouvy v žádném případě jako rozlišovací znak samo o sobě neobstojí, může však mít v některých důkazní význam – zejména při hledání úmyslu smluvních stran.

Obchodní zákoník stanoví základní výkladová pravidla v § 266. Z našeho pohledu je významné především ustanovení odst. 1 podle kterého má být projev vůle vykládán podle úmyslu jednajících, byl-li nebo musel-li být znám druhé straně. Podstatné při tom pro nás není ani tak to, podle jakých kritérií má být projev vůle interpretován, v tom pouze odkazují na specializovaná pojednání, ale spíše samotná skutečnost, že výše uvedená objektivní kritéria diference je nutné doplnit o subjektivně pojatý výklad projevu vůle.

Zmiňovaný úmysl stran může z pohledu zkoumané problematiky vliv především na otázku, zda se jedná o smlouvu o prodeji podniku, jinou typovou smlouvu nebo inomínátní kontrakt v případech, kdy z obsahu smlouvy nelze rozdílem dovést podle shora uvedených objektivních kritérií nebo na platnost smlouvy v situaci, kdy nesplňuje náležitosti smluvního typu, mohlo by však jít o platně uzavřenou nepojmenovanou smlouvu.

⁵ Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 14.10.2004 sp. zn. 21 Cdo 857/2004.

⁶ Lochmanová L, Smlouva o prodeji podniku, Právní rádce 6/2005, příloha.

⁷ Marek K., Smlouva o prodeji podniku, Právní fórum 2/2008, str. 26-36.

⁸ Z poslední doby např. rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 18. 5. 2005, sp. zn. 25 Cdo 1274/2004, který se relativizuje význam nadpisu pro rozlišování mezi pojmenovanými a inomínátními obchodními smlouvami.

Složené obchodní operace

V této souvislosti vznikají otázky, jakým způsobem chápat složené obchodní operace, které jako komplex vztahů dosahují velmi podobného účinku jako smlouva o převodu podniku – např. soubor kupních a licenčních smluv, pracovně-právních nástrojů, kterými přejdou na nabyvatele zaměstnanci podniku, cesse pohledávek a přistoupení nebo převzetí závazků. Takovéto operace se v praxi vyskytují relativně často a jako jejich zásadní výhoda vůči smlouvě o převodu podniku je spatřována v selektivnosti obsahu – možnosti zvolit který konkrétní majetek nebo závazky přejde na nového nabyvatele a tím kontrakt lépe uzpůsobit skutečné vůli smluvních stran. Kogentní ustanovení smlouvy o prodeji podniku jsou totiž v praxi někdy vnímána jako značně omezující.

Domnívám se, že tato smluvní řešení nelze považovat za zastřený právní úkon a nelze na ně vztahovat úpravu prodeje podniku ani v případě, že by snad jejich předmět a obsah požadavkům § 476 vyhovoval. Smluvní svoboda stran dle mého zahrnuje i právo volby, zda smluvní strany prováděnou transakci zastřeší jedinou smlouvou nebo ji rozdělí do většího množství dílčích obchodů.

Daný případ nepovažuji ani za obcházení zákona, neboť jde o legitimní případ využití nabídnutých smluvních nástrojů k cíli, který neodporuje účelu zákona. Pokud by docházelo k jeho zneužití k nezákonným účelům – např. poškození věřitelů nebo společníků, nabízí právo řadu jiných nástrojů, kterými v těchto případech lze chránit oprávněné zájmy.

Závěrem

Tento příspěvek vzhledem ke svému rozsahu nemůže přirozeně poskytnout odpověď na všechny otázky, které souvisí s rozlišováním mezi smlouvou o prodeji podniku a dalšími smluvními nástroji, akcentuje především jednotlivé rozlišovací znaky, mezi kterými má na základě současné judikatury dominantní postavení vymezení předmětem smlouvy (podnik) a pomocí podstatných částí smlouvy (zejména převzetí závazků). Ani na základě těchto kritérií však nelze vždy spolehlivě diferenciovat, značnou váhu mají též subjektivní okolnosti jako úmysl stran, což do problematiky přináší špatně předvídatelný a obtížně prokazatelný prvek. Snad i z tohoto důvodu je v praxi při tvorbě korporátních řešení otázka volby smluvního nástroje pro převod obchodního majetku podnikatele tak často akcentována

Literature:

- Dobeš P., Několik poznámek k převodu (části) podniku, *Právní rozhledy* 19/2007, str. 707-713.
- Dvořák T., Dispozice s podnikem, *Právní rozhledy* 3/2003, str. 119-130.
- Lochmanová L, Smlouva o prodeji podniku, *Právní rádce* 6/2005, příloha
- Marek K., Smlouva o prodeji podniku, *Právní fórum* 2/2008, str. 59-68.

Reviewer:

Jarmila Pokorná

Contact – email:

jkoziak@seznam.cz

CREATION OF HOLDING STRUCTURES AT MERGE: THE PERMISSION OF „IMPASSES“

KSENIYA PALGOVA

Saint Petersburg State University of Aerospace Instrumentation, Russia

Abstract:

Legal designing of corporate structure of any merge is extremely volume and multiplane work at which realization it is necessary to take into consideration a huge layer commercial, legal, tax and money matters. To cover all these questions or even their big part within the limits of one article it is simply impossible, and consequently the author would like to concentrate on some problem aspects of the permission of impasses at creation of holdings.

Key words:

Holding structure; impasses; merge designing; escrow agent.

Merge designing

First of all it is necessary to consider approaches used in modern business practice to creation of corporate structure of merge which in most cases are based on three basic concepts:

1. Creation of a holding company on the basis of one of the merge companies-participants

The given concept can be realised two ways:

Reorganization by joining to one of the companies of other companies – participants of association. As a result of such reorganization there is a headquarters plant, and the attached companies become its branches. In turn, shareholders of the attached companies become shareholders of headquarters plant;

The conversion of shares, manufactured by one of the companies – participants of merge, on the share of other companies – participants of merge in which result the issuing company of these additional shares becomes a holding company, and other companies become its branches. Shareholders of these companies become shareholders of a holding company.

2. Reorganization of the companies-participants by their merge (in sense of item 57 of the civil code of the Russian Federation)

As a result of such reorganization there are the new company shareholders of the companies – participants of this process become which shareholders.

3. Holding company Creation

The holding company forms, as a rule, by entering into its authorized capital stock of shares of the companies – participants of merge therefore shareholders of these companies become shareholders of a holding company, and the companies – participants of merge – by its branches.

It is almost impossible to characterise any of the above-named variants of creation of holding structure as most or the least comprehensible to the purposes of realisation of friendly merge in Russia.

Each of these variants has the defects, no less than dignities.

For example, by reorganization of the companies by their merge and creation on their basis of one company (the Variant 2), obviously, there are following questions: (i) absence of independent responsibility before creditors of each enterprise which are the constituent of one company (unlike the Variant 16 and the Variant 3 when branches bear independent responsibility under the obligations); (ii) necessity of the decision of uneasy questions where to register a merged company, in what volumes to pay taxes in the location of head office and in what volumes to pay taxes in places of realisation of activity by its industrial branches; (iii) necessity of renewal of all licenses and certificates on the property right to the real estate etc.

However, on the other hand, we see that the similar structure gives the chance not to muse more of methods of formation of the centre of profit with the help of dividend stream which is interfaced to payment 9 %-s' taxes, it is not necessary "to puzzle" more, will the problem arise or not, from item 40 of the Tax code as a result of transfer pricing application, accordingly does not arise also a problem of the "intragroup" VAT.

Thus, for decision-making concerning legal architecture of merge it is necessary to conduct a careful and comprehensive estimation of branch and other risks and negative sides of each of variants with allowance for specificity of concrete industrial production or other commercial activity, in view of all aspects of activity of the companies – participants of merge, including and creation of a new control system by incorporated business.

So, in telecommunication branch the tendency of creation of the uniform companies which are carrying out the local activity through regional branches, i.e., in essence, a Variant use 1a is observed. It is possible to assume that shareholders and managers of such companies had been carried out the detailed analysis and an estimation of risks, and also economic and others business-benefits which they expect to receive from such structurization of their companies. Apparently, these reasons prevailed over loss risks of separate responsibility since for this branch the risk of recovery of claims from outside users a telecommunication service is not critical.

Whether it is possible to start with the same reasons if it is a question of merge structurization in oil and gas sector or in metallurgical branch? In this case at least it is necessary to take into consideration ecological and industrial hazards (failures), administrative risks (fulfillment of conditions of licenses), number taken on the enterprises (labor disputes, compensation of a damage to health as a result of industrial failures) etc. Also it is not excluded that results of the analysis of all aspects of activity of the concrete enterprises working in given branch with allowance for of its specificity, will lead to a conclusion that a question independent (or limited for shareholders) responsibility of a production company will prevail over economic reasons.

In some cases, when there is a merge of two groups which enterprises are taken in various areas of commercial activity, the combined approaches to creation of a legal design of association are applied, i.e. some enterprises merge and-or join, but concerning top of this

design, i.e. in a point where legal interests are fixed and advanced, the rights and obligations of holders – participants of association, creation of a new holding company is applied.

Nevertheless, despite impossibility to give absolutely correct recommendations concerning legal architecture of merge, the author would like to notice that, by present experience, the design based on creation of a holding company in the top point of corporate structure to which possesses shares industrial or commercial enterprises, is more universal and statistically more often applied by businessmen.

The author believes that it is connected first of all by that in the order a holding company much easier to adjust such questions of mutual relations of proprietors as a share of sharing of each partner in the capital of group and its profits, questions of a business management and the decision-making regulations, and also to establish "divorce" conditions if that takes place.

That fact is important also that at use of the concept of an independent holding company slightly easier from the legal standpoint to structure bargains of sale of a part of assets and acquisition of new assets.

Besides, for lawyers this concept is the most attractive also because it does not infringe upon one of "golden rules" of our trade: securities (first of all shares), the real estate and intellectual property should not be subject to any commercial risks. Unique external function of a holding company is to keep, operate and dispose of shares of affiliated companies. She should not conclude any commercial contracts not to infringe upon the given rule.

From each deadlock there are only four exits.

Besides mentioned above external function, the holding company executes as well internal function which, as a rule, is realised in the agreement of shareholders and in company founding documents. In these documents the developed regulation of relations of holders of incorporated business contains. Thereupon, I believe, it is necessary to stay on one of most complicated questions arising in a legal practice of creation of such regulation, – the permission so-called« Impasses ». This problem arises when holders of the merging enterprises as one their main rules of the further activity advance a principle of unanimous decision-making on all vital issues of management of incorporated business or when shareholders participate in the holding company capital on an equal footing and each of them votes 50 % of shares of this company. Accordingly, if one of shareholders votes for any decision, and other – against, the decision is not accepted, and in many cases it can lead to stay of work of the enterprise and drawing of a serious damage to business. As consequence, it frequently leads to the long and destructive conflict between shareholders in which result, as a rule, does not happen won since both parties sustain heavy material losses.

To avoid similar negative consequences of occurrence of an impasse, it is necessary already at the very beginning of work on the agreement of shareholders and other corporate documents of a holding company to create detailed regulation concerning rules of the permission of impasses which as it is represented, should consist of following mainframes.

First of all, the detailed, pragmatically verified and real regulations should be registered in these documents for performance so-called« Treatments of impasses », i.e. should be provided the mechanisms allowing the parties in reasonable term to agree, without leading up a disagreement to a situation of the real and insuperable conflict. These procedures should be

obligatory for the parties, and infringement of one of the parties of such rules should be advanced as default to it of the obligations with corresponding consequences in the form of sanctions. So, in particular, such regulations can provide realisation of several meetings of the partners devoted to consideration of a matter in dispute, during the certain period of time which results should be protocoled; attraction for an estimation of arguments of the parties of external neutral advisers; entering into the agreement of partners of positions about additional responsibility of one of them for consequences of acceptance of its offer against which other partner etc. acts.

In the mentioned documents the positions interfering artificial creation of impasses when one of the parties for those or other reasons at a given time considers it for itself favorable should contain also, but the damage causes similar actions to the partner and business.

In corporate documents of a holding company positions or regulations of a crisis business management according to which management of incorporated structure could act on the authority should contain necessarily, but is strict within the limits of corresponding instructions of regulations during time necessary for shareholders for the permission of an impasse. These instructions should contain the detailed description of the competence of management concerning an operative daily management of activity of incorporated structure (it is not excluded that it can be slightly wider, than in regular courses of business) and responsibility for their inadequate performance. The similar regulations are actual for those structures in which co-owners participate not only in acceptance of strategic decisions, but also in approval of certain operative questions and when disagreements have arisen concerning strategic questions. The main purpose of regulations of crisis management – to ensure normal functioning of the company in the impasse permission.

Further, holding company documents should contain rules which will be applied in that case when attempts to find the mutually acceptable decision have not given positive results. In this situation partners really have only two scenarios of the further succession of events:

- 1) An exchange of offers on the repayment/sale of shares in which result one of partners leaves the company, having received for the shares real market (or even above) cost. It a most often maintained method of the permission of an impasse;
- 2) Division of business and return to each of partners of originally made installment in the form of shares of the companies – participants of association. Such method is used extremely seldom.

The first method, in essence, is reduced to an exchange of offers on buying shares/sale, and, as a rule, for performance by the parties that offer which has the greatest term of money is obligatory. Such method of the permission of impasses on a professional legal slang is called «the Texas shooting» and is applied there and then, where and when one of partners is voted for by decision-making and other partner categorically against such decision. In it its main difference from so-called on the same legal slang of "Russian roulette» which, as a rule, is contractual position of the agreement of shareholders/participants according to which one of partners can direct at any time to other partner (a) the offer on the repayment/sale of shares. To transfer all possible variants of regulation which exist in world legal practice, it is simply impossible (some of them can take to 15 pages of the text). The main task which faces to lawyers by preparation of these rules, – to exclude possibility of occurrence of the obligation to purchase or sell the share for nothing or on an overcharge. It is reached as follows:

- i. Introduction of the bottom restriction for an ask price. Thus is better to do it not in absolute figures, and in the form of the formula, for example: the price formula is based on indicator EBITDA or other criteria. This recommendation is based that it is impossible to assume at the moment of signing of documents of a holding company that will be with currencies and their rates in the future;
- ii. The rule according to which the party which is proposing marriage with instructions of the price, can receive the counter offer with the same price is provided and will be obliged it to accept. Usually such regulation discourages to underestimate or overestimate the price of the first offer. The combination of these two rules is possible also.

As it was already marked, the second method of the permission of impasses meets in business practice very seldom. As a rule, partners in association muse of application of this method in the event that financial possibilities of one of them are non-comparable more than at another. The partner with smaller financial possibilities understands that at application of the first method of its share will be redeemed by other partner. However its priority is preservation in the property of originally introduced asset and consequently he insists on business division as a method of the permission of an impasse. The problem consists as well that for application of this method the availability at least following conditions is necessary:

- Consolidated assets should save the isolation as independent legal bodies, and their shares should belong to a holding company which does not attend to any other activity and has no other assets, except these shares and money resources;
- Daily commercial activity of these enterprises after association should not change towards dependence from each other;
- In case during association reorientation of the enterprises to the various markets, possibility of their return exit is planned for the markets on which they worked before association.

If these conditions are realistic, the engineering of the realisation of return of initially introduced assets is rather simple: the holding company is liquidated and distributes the property in the form of shares of the enterprises belonging to it between shareholders – the former partners in association or pays them dividends in the natural form, i.e. shares of these enterprises.

Having advanced with method of the permission of impasses, the lawyers preparing documents on merge, should deal with the following question: in what legal environment this or that method will work most effectively? Before analyzing this question, it is necessary to make one introduction remark. Impasse occurrence is in most cases result of the conflict between partners to which the usual scale of feelings and actions, and, first of all, the increased level of mistrust accompanies. With allowance for it one of the major problems of lawyers is creation of the mechanisms allowing in the greatest possible automatic mode at the minimum dependence on acts or omissions of partners to carry out procedure of the permission of an impasse.

Let's consider possibilities of the Russian right at application of the first method of the permission of an impasse. As it is represented, the unique legal tool which could be used for this purpose, the contract of purchase of shares under a condition where as a condition of the introduction of the agreement in force the fact of occurrence of an impasse serves is.

I believe that thereupon it is necessary to notice first of all that in Russia there is no judiciary practice of consideration of the disputes following from similar contracts of purchase of shares which are used for the repayment of shares as a method of the permission of an impasse. Besides, it is difficult to imagine consideration in our court of the similar agreement in which the status of the seller and the buyer, and also a price of transaction should be advanced according to the procedures established by the agreement of shareholders.

But the most important thing consists that the contract of purchase of shares under a condition does not create the mechanism of automatic performance by the parties of the obligations on it without dependence from their acts or omissions. Differently, after realisation of procedure of an exchange by offers and definition of the buyer, the seller and the price of the sold block of shares the buyer acquires a right requests of delivery to it of shares, and it has an obligation to pay this acquisition, in turn, the seller is obliged to transfer stock to the buyer and to accept money in their payment, i.e. each of the parties should make certain actions in pursuance the contractual obligations. It is obvious that in the conditions of the potential conflict between shareholders such design is not stably guaranteeing observance of their interests.

The analysis of possibilities of application of the second method of the permission of impasses by liquidation of a holding company and property distribution between shareholders or dividend payouts also leads to a conclusion that a main purpose of this regulation – to carry out procedure of division of business without material effect on it of conflicting parties – is not reached, as both in case of liquidation, and in case of dividend payout from shareholders acceptance of corresponding corporate decisions is required. Besides, liquidation is connected, as a rule, with enough long procedure of complex tax check, and dividend payout – with necessity of payment of corresponding taxes.

Escrow agent

Result of the stated analysis is the conclusion that for automatism achievement at realization of the actions directed on the permission of an impasse, it is necessary for shareholders to have contract relations with a certain third person whom, operating from their name and according to regulations in advance adjusted by shareholders, will have authorities to dispose of corresponding blocks of shares, to receive money resources for sale of one of packages and accordingly to lend stock to the buyer, and money – to the seller, thereby creating both parties of a performance bond of mutual obligations.

Unfortunately, the Russian legislation does not allow neither to nominee holders, nor confidential managing directors, attorneys to act in such role and to the full to ensure necessary automatism in realisation stated above procedures of the permission of impasses.

It, apparently, the steady tendency of the Russian business practice on creation of holding companies in the countries of the Anglo-Saxon legal system where the institute escrow agent has a stable legislative basis and long-term practice of application for the permission of similar situations also speaks. If to carry out the comparative analysis of legislations of such countries as Great Britain, the British Virgin Islands, Cyprus, Panama and the Bahamas, that,

in the author's opinion, Cyprus is the most preferable jurisdiction for creation of holding companies. Such conclusion is based first of all on the following:

1. Cyprus is a member of the European community, and the legislation of this

The countries it is completely adapted for requests of community and corresponds most to high standards;

2. Recent changes of the legislation of this country have created the best (in features from the point of view of the taxation) a mode for holding companies;

3. Cyprus practically has in full apprehended substantive provisions

Legislations of England, and English court cases are applied in to judiciary practice of this country;

4. Cyprus has old and stable relationships with Russia. The Cyprian banks, attorneys and auditors have a wide experience of work with the Russian business community and well understand our realities, and also the problems facing to the Russian business.

The legislation of Cyprus allows attorneys, the various structures rendering trust services, and to financial institutions to act in a role escrow agent which as the nominee holder of shares of a holding company can receive authorities from beneficiary holders of these shares to apply corresponding positions of corporate documents and the agreement of shareholders concerning the permission of impasses, namely – to transfer stock to the buyer under condition of receipt on it (escrow agent) the account of corresponding payment which will be readdressed to the seller of shares.

As a rule, escrow agent fixes the moment of occurrence of an impasse and begins realisation of the procedures of their permission ordered by corporate documents. For these purposes escrow agent it is nominated also as the director (or the secretary) a holding company, responsible for convocation of shareholder meeting and conducting corresponding protocols in which various items of the parties are fixed at voting by this or that question. It also is the person who is carrying out transfer to shareholders of offers directed by them one another concerning the repayment or stock trading. For guarantee of fulfillment by the buyer of the obligations on paying up of shares shareholders of a holding company transfer the stock as a deposit escrow agent. In case in law days payment for shares does not arrive to account escrow agent, it has the right to pay provided by corporate documents and the agreement of shareholders collection on the share of the buyer. The now in force legislation (including the Law on an exchange control and currency exchange regulation) does not contain any essential obstacles in Russia that the Russian residents, holding shares the Russian enterprises, have carried out an exchange of these shares for the shares manufactured newly founded for conducted them of merge of the Cyprian holding company.

I believe that in absence in Russia the developed special legislation regulating activity of holding companies, use of advantages of the Cyprian legislation presumes to decide to participants of merge not only those questions which were considered in the given article, but also many other questions of their mutual relations and management of incorporated business.

*Dávid R., Neckář J., Sehnálek D., (Editors). COFOLA 2009: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4821-8*

Reviewer:
Viktor M. Boer

Contact – email:
Kseniya.palgova@mail.ru

PROTECTION OF PARTICIPANTS' AND CREDITORS' RIGHTS IN THE REORGANIZING COMPANIES

JULIA PESHKOVA

Saint Petersburg State University of Aerospace Instrumentation, Russia

Abstract:

This contribution shows us quite an emphasis recently on protection of participants' and creditors' rights during the reorganization. The aspiration to the most optimal economic and legal business management structure make modern companies to resort to the reorganization proceedings. So, reorganization is one of the methods of creating widespread holding structure in the modern economy that allows to protect safely against hostile take-overs and has other advantages. However the author demonstrates in practice how the reorganization institute is not always used in good faith and frequently makes a significant material damage both to company's creditors and its minority participants. This article describes effective ways of creating the regulation and control mechanism that helps to reduce risk of reorganization with infringement of rights and interests of creditors and participants.

Key words:

Reorganization proceedings, Special legal regulation, Legal personality of company, Property complex, Succession, Predecessor, Successor, Rights of participant, Minority shareholder, Conversion, Rights of creditor.

Cases are widely known, when company division was conducted with that unique purpose to concentrate all debts of the reorganizing company in one of the new companies who then became the bankrupt therefore requests of creditors were repaid. Other company which has created by the division, got clear of debts and started to prosper. Such example visually shows requirement for special legal regulation for the purpose fastenings of warranties of the creditors' and participants' rights in the companies under reorganization.

1. LEGAL CONCEPT OF REORGANIZATION

From the legal point of view, company reorganization represents a procedure which makes changes to a legal personality of the company. The main events by which the legal destiny of a legal personality of the company is noted, are its occurrence (i.e. company creation), transformation (change of the organisation-legal form) and the termination. Therefore reorganization is directed on creation, termination and transformation of the companies. Forms which reorganization can pass are rather diverse: merge, division, joining, allocation, transformation. However a consolidating sign of all forms of reorganization is the availability of assignment which results in passing all the rights and responsibilities of the reorganizing company to the other company. The availability of assignment distinguishes a company reorganization from methods of its creation and termination, such as primary establishing (creation) and liquidation (including bankruptcy).

For descriptive reasons we will give an example and compare consequences which appear after liquidation and reorganisation (for example attract, division). Liquidation should be considered as absolute winding-up: the legal subject terminates the existence, its debts are liquidated (they either come back, or are reset in bankruptcy procedure), and the remained

property is distributed between participants of the company according to liquidating balance⁶⁰⁹. There is another situation during the reorganization: the company ceases to exist as a legal subject, but its property complex is saving and continues to function as the economic subject of market relations. The company's rights and responsibilities do not cease, but pass in assignment order to other legal persons.

The availability of assignment causes sharing in procedure of reorganization not less than two subjects: predecessor and assignee. Assignment relations between them are regulated by the special act: transfer act (at merge, joining and transformation) or dividing balance (at division and allocation). Those acts allow to establish assignees of the reorganizing company under each obligation where it is a participant. Positions of these certificates are obligatory for creditors (debtors) of the predecessor which become creditors (debtors) of the assignee after termination of the reorganization. So, as the result of assignment is party change in the obligation which occurs in the form of transition of the rights or conversion of debt. However if transition of the rights does not require the consent of the other party of legal relation (i.e. debtor) the conversion of debt, under the general rule, is supposed to be only with the consent of the creditor⁶¹⁰. The person of the debtor is not indifferent for the creditor: at conclusion of the transaction it considers at least a property status and business reputation of the debtor. During the period of changing the debtor, the creditor risks to deal with the insolvent person. Despite the general rule, the norm of Article 391 of Civil Code of the Russian Federation does not extend on reorganisation procedure that means there is an universal character of assignment during the reorganization. To restore fair balance of interests, the legislator establishes a number of the legal guarantees which capable to ensure a safeguarding interests of creditors and participants of the company within the limits of procedure of the company-debtor reorganization.

2. PROTECTION OF THE PARTICIPANTS' RIGHTS OF THE COMPANY

Participants of the company (shareholders, participants of a restricted liability society) are in debt relationships with it. So, according to the Article 67 of Civil Code of the Russian Federations, in particular, the participants have the rights on a part of profit and the rights on a part of property of the company in case of its liquidation. This rights have property character, and prospects of their realization directly depend on a company economic situation.

Therefore shareholders (participants) are allocated also with the right to share in management of the company, in essence – the right of non-property character which allows them to supervise acceptance and realisation of the decisions advancing destiny of the company. The decision about reorganization concerns their too.

Procedure of reorganization of the companies is regulated by the Article 57 Civil Code of the Russian Federations, and mainly – special laws: Federal Law On joint-stock companies (Articles 15-20) and Federal Law On limited societies (Articles 51-56). The basic warranty of the participants's rights of the company consists that decision-making on realisation of reorganization is within the exclusive competence of general meeting of participants of the

⁶⁰⁹ Civil Code of the Russian Federation, Article 63

⁶¹⁰ Civil Code of the Russian Federation, Article 391

company⁶¹¹. In case when some companies participate in reorganization (at merge and joining, etc.), general meetings of participants of each of the companies should give the consent to reorganization.

In limited societies the decision on reorganization is accepted by unanimously all participants of the company⁶¹² and removes a protection problem of its participants interests in procedure of reorganization. In joint-stock companies such unanimity is almost impossible, in this connection great value rules about an order of realisation of general meeting of shareholders and acceptances on it acquire decisions about reorganization (procedural warranties).

According to the Article 49 of Federal Law On joint-stock companies, the decision on reorganization is accepted by general meeting:

- First, only under the offer of directors' board (if there is nothing else in the company's charter);

- Secondly, the competent majority in three quarters of voices of shareholders – holders of the voting shares participating in general meeting of shareholders.

This approach, at which the counting of votes is carried out concerning present on a shareholder's meeting, opens ample opportunities for abusings: for realisation of meeting and decision-making about reorganization there is sufficient a sharing of half of all shareholders – holders of voting shares (quorum in 50 % + 1 voice)⁶¹³. During the realisation of repeated meeting the quorum and at all constitutes 30 % of voices⁶¹⁴. To protect interests of minor-shareholders, the law establishes requests to an informing order of shareholders about realisation of general meeting⁶¹⁵. The message about the realisation of the meeting, which contains a questions about company reorganization, should be made not less than 30 days prior to its realisation. In the same period, i.e. 30 days prior to realisation of the meeting, access (on the location of an executive office of the company) to all materials and documents which become a consideration and assertion subject the future meeting should be ensured to the shareholders.

During the reorganization on the shareholders meeting there are variety of questions which depends on a concrete kind of reorganization. So, besides the question about the reorganization the shareholders are suggested to approve the whole package of documents: dividing balance or the transfer act, the agreement for joining or for merge, the charter of company created as a result of merge.

One of the main and the most painful questions is about order of converting company-predecessor's shares to the company-assignee's shares. Conditions of converting at merge and

⁶¹¹ Federal Law On joint-stock companies, Article 48; Federal Law On limited societies, Article 32

⁶¹² Federal Law On limited societies, Article 37

⁶¹³ Federal Law On joint-stock companies, Article 58

⁶¹⁴ Federal Law On joint-stock companies, Article 58, paragraph 3

⁶¹⁵ Federal Law On joint-stock companies, Article 52

joining (including the exchange rate) are fixed in the corresponding contract which should be approved by shareholders. Conditions of converting in other cases are advanced in the decision of general meeting about the order and conditions of reorganization. Special rules fix that during the reorganization in the form of division and allocation each shareholder, who was voting against reorganization or not participating in voting, should receive shares of both companies which have resulted division (both companies which have remained after allocation), and it is proportional to number of shares of the reorganized company. Visible defect of the current legislation in regulation of these relations is shareholders sometimes inconveniently independently to evaluate economic validity of the shares converting rate, offered to them. Realisation in such cases of an appraisal by a company account is no always means provided by its charter. Therefore it is expedient, that realisation of such examination became compulsory condition, without which observance the resolution of the general meeting about reorganization would be nullified. States of European union have a positive experience of similar regulation⁶¹⁶.

According to part 7 Article 49 of Federal Law On joint-stock companies, the shareholder have the right to require judicially a recognition of the decision of general meeting of shareholders void at availability in aggregate following conditions: 1) the decision is accepted with infringement of Federal Law On joint-stock companies or the company charter (the delayed notice or unnotice shareholders about forthcoming meeting; the possibility unaccordance to familiarise with the necessary information, decision-making by smaller quantity of voices, than it is required the law, infringements at a counting of votes); 2) the claimant (shareholder) did not participate in the given meeting or voted against the made decision; 3) the indicated decision infringes his rights and legitimate interests. The resolution of the general shareholders meeting can be appealed within six months since the moment when the shareholder has learnt or should learn about the accepted decision. However use of the given remedy not always leads to desirable result: the court with allowance for all circumstances has the right to keep this decision in force if sharing of the shareholder in voting could not affect on its outcome, the admitted infringements are insignificant and shareholder has not suffered any losses. The evidential burden of proof of the indicated circumstances lies on the respondent – joint-stock company.

At last, the important warranty of the participants' rights of the reorganizing company, voted against decisions of reorganization or did not participate in voting about reorganization, is their right to require the repayment of their shares, by the company, at the market price which should be advanced the independent appraiser disregarding its change in result of decision-making about reorganization⁶¹⁷. This right, however, in concrete circumstances can have the limited character. According to the Article 76, the sum of the means directed by company on the repayment of own shares, cannot exceed 10 % from cost of a net wealth of company at the decision-making date, which have formed the basis for requests about redemption of shares. Otherwise, shares will be redeemed at shareholders not in full, but only proportionally declared requests.

⁶¹⁶ Council Directive 78/855/EEU about merge of joint-stock companies, Article 10; Council Directive 82/891/EEU about division of joint-stock companies, Article 8

⁶¹⁷ Federal Law On joint-stock companies, Article 75

3. PROTECTION OF THE CREDITORS' RIGHTS

Along with the protection of the participants' rights in the reorganizing company there is also protection of the rights and interests of its creditors as one of the main directions of legal regulation of the companies' reorganization. It is impossible to use the Article 391 of Civil Code of the Russian Federation (conversion of debt only with the consent of the creditor) application, to change of the person on the party of the debtor, forces the legislator to search more flexible methods of creditors' rights and interests protection. It is possible to state conditionally all warranties of the creditors' rights through their division into some groups of legal regulations.

Firstly, the Article 60 of Civil Code of the Russian Federation establishes that reorganizing company is obliged to notify the creditors about the accepted decision in writing. Special laws about the companies⁶¹⁸ establish a specific period for the advice: 30 days since the day when the decision about reorganization was accepted. Besides that, the message about the accepted decision should be published in the printing edition named «Bulletin of the state registration» (the Order of the Ministry of Taxes and Tax Collection of the Russian Federation from September, 29th, 2004 № CAЭ-3-09/508). According to paragraph 6 of Article 15 Federal Law On joint-stock companies and paragraph 5 of Article 51 Federal Law On limited societies, the state registration of the companies, which have resulted reorganisation, and also entering record into the register about discontinuation of activities of the reorganised companies are carried out in the presence of notification to the creditors' proofs.

Obvious defect of the current legislation's norms about the notification to the creditors is absence of the fixed list of data which the company is obliged to grant the creditors. The matter is that for acceptance of the decision concerning possibility of continuation of economic relations with reorganising company, it is important to creditor to know not only the fact of decision-making on reorganisation. For it data on can have essential significance what companies participate in reorganisation (for example, in merge), what their economic situation, what conditions and a reorganisation order. Hence, it is expedient to ensure access of creditors to the documentation concerning reorganisation (the agreement for merge or joining, the transfer certificate and dividing balance, the decision of a shareholder's meeting on an order and reorganisation conditions), and it is possible – to the accounting documentation.

Secondly, creditors of the reorganizing company have the right to require in writing prior execution or the termination of corresponding obligations of company and repairing a loss⁶¹⁹ during 30 days from the date of a direction the advice to them about accepted decision (or from the date of the corresponding information publication). This norm is deviation from the general principle according to which unilateral failure of discharge of an obligation or unilateral change of conditions of the obligation are not supposed⁶²⁰.

⁶¹⁸ Federal Law On joint-stock companies, Article 15; Federal Law On limited societies, Article 51

⁶¹⁹ Civil Code of the Russian Federation, Article 60; Federal Law On joint-stock companies, Article 15; Federal Law On limited societies, Article 51

⁶²⁰ Civil Code of the Russian Federation, Article 310

Thirdly, independent norms are devoted a situation when there are difficulties with definition of the valid assignee of the reorganised company. As already it was marked above, assignment relations are regulated by special certificates: the transfer certificate (if there is one assignee) or dividing balance (if there is several assignees). Under the general rule, the transfer certificate and dividing balance should contain positions about assignment under all obligations of thereorganising company, concerning all its creditors and debtors, including obligations which are challenged by the parties⁶²¹.

Incompleteness (uncertainty) of the transfer certificate or dividing balance is the infringement caused by negligence of the reorganizing company management, that is why it should not affect the rights in any way and interests of the creditor. Naturally, difficulties arise, in a situation of plurality of assignees: frequently happens it is impossible to advance, who from assignees bears responsibility under the concrete obligation of the reorganised company. In that case all assignees are jointly and severally liable before creditors of the predecessor⁶²².

Fourthly. In practice often there are situations when it is clearly visible in the dividing balance who the assignee is, but partition of property of the reorganized company is spent unfairly: to one all assets, and to another – debts which economically weak company cannot reset are transferred almost. The current legislation directly does not provide methods of a legal protection from similar abusings. In the legal doctrine discussion about possibility of a recognition of dividing balance void under the claim of the creditor was led. Now this problem has found the decision by duly and quite well-founded interference of Plenum of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation⁶²³. In the paragraph 22 of the indicated Order it is explained that assignees of the reorganized company should (as in case of uncertainty of dividing balance) to bear a joint liability before creditors of the reorganised company if from dividing balance it is visible that at its assertion the principle of fair distribution of assets and obligations between assignees has been infringed. In an explanation sending to part 1 Article 6 of Civil Code of the Russian Federation (civic right application by analogy) and part 3 Article 60 of Civil Code of the Russian Federation has made, i.e. the legal analogy is applied. In addition to it, it is possible to refer to Article 10 of Civil Code of the Russian Federation which forbids misuse of right and requires from participants of civil matters - reasonable and diligent actions.

Fifthly, the current legislation does not exclude possibility of claim submission about a recognition of a void company reorganization in that case when infringement of an order of its realisation fixed in norms of Civil Code of the Russian Federation both special acts had admitted. The rights and interests of creditors are restrained by such gross violations of the legislation norms, as the non-notification about the accepted reorganisation decision or the advice with infringement of the provided terms more often. As an occasion to reorganization actions for nullity the joint Order of Plenum of the Supreme court of judicature of the Russian Federation and Plenum of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation on some questions connected with enactment of a first part of the Russian Federation Civil Code from

⁶²¹ Civil Code of the Russian Federation, Article 59

⁶²² Civil Code of the Russian Federation, Article 59

⁶²³ Order on some questions of application of the Federal Law On joint-stock companies from November, 18th, 2003 № 19

February, 28th, 1995 № 2/1 has served. Paragraph 6 of the indicated Order, indicated that reorganization of the company can be carried out only according to Articles 57-65 of Civil Code of the Russian Federation, otherwise the decision on reorganization, and also the certificate on registration of the company created as a result of reorganization of other company, admit void.

The subsequent judiciary practice has introduced corrective amendments in the given explanation. So, in most cases courts refuse satisfaction of creditors' claims about a recognition void decisions of the reorganization, accepted by a shareholder's meeting: the right of appeal of these decisions admits only for shareholders (for example, Order FAC of the Moscow district from December, 2nd, 2001 № КГ-А40/7275-03). Therefore creditors need to require only a recognition void certificates of registering body which register liquidation of the company-predecessor and-or register company-assignee creation. The given request has the basis of Article 13 of Civil Code of the Russian Federation: illegal a state structure, not corresponding to the law both infringing the civil rights and interests of the legal person protected by the law, can be nullified by court. Judiciary practice under the given claims is ambiguous also at times has inconsistent character.

So, frequently courts indicate that for satisfaction of the claim about a recognition of reorganization void it is necessary for claimant to prove that his rights to reception of discharge of an obligation are infringed because of reorganization (for example that the insolvent person became its creditor). For this purpose, in particular, it is necessary to bring up a question on justice of dividing balance (if it is a question about division or allocation). Thus, in this part crossing of the given protection frame with what has been considered above (paragraph 4) is obvious. Thus the claim about the discharge of an obligation, presented to joint debtors (at injustice of dividing balance), looks more preferable, rather than the separate production directed on a recognition of results of reorganization by the void.

4. CONCLUSION

In conclusion it is necessary to notice that active regulation of the way of the companies' reorganization has sometimes too liberal character. In many foreign states the control over reorganization process is stricter. Actual approach is represented as justified by following reasons. Accumulation of the preventive, legislative, control and organizational measures directed on the prevention of infringements and abusings during reorganization, allows to avoid the numerous litigations initiated by restrained participants and creditors of the company for the purpose of a recognition void results of reorganization.

It is quite obvious that the recognition of the conducted reorganization void should be only an extreme measure in case of ineradicable of the admitted infringements. It means that the similar measure negatively affects stability of a trade turnover, attracts infringement of rights and interests of the company's creditors which have resulted reorganization. For this reason claims about recognition of reorganization void can't execute function of an effective remedy of protection of the creditors' and participants' rights in the company. Creation of such regulation mechanism and the control at which the risk of realisation of reorganization with infringement of creditors' and participants' rights and interests considerably decreases is in the present state of affairs more rational. Experience of foreign countries offers variety of useful measures, some of which were considered above: for example, introduction of obligatory expert appraisal of economic validity of the offered rate of converting of shares, and also justice of dividing balance; Maintenance to creditors of access to the information on

a financial position reorganising the companies; investment of creditors with the right to require pledging of collateral of discharge of the obligation by the debtor; the notarial certification of legitimacy of a shareholder's meeting and its protocols; accurate regulation of control functions of registering bodies. Some of the indicated measures quite can appear useful in the Russian reality.

Literature:

- Constitution of the Russian Federation, Moscow: Exsmo, 2009
- Civil Code of the Russian Federation, Moscow: Infra, 2003
- Federal Law On joint-stock companies №208-FL, 26/12/1995
- Federal Law On limited societies №14-FL, 08/02/19985
- Council Directive 78/855/EEU about merge of joint-stock companies
- Council Directive 82/891/EEU about division of joint-stock companies
- Order on some questions of application of the Federal Law On joint-stock companies from November, 18th, 2003 № 19

Reviewer:

Viktor M. Boer

Contact – email:

jules84@mail.ru

REENGINEERING OF HUMAN RESOURCES

DOMINIK ŽENATÝ

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Příspěvek popisuje všechny nezbytné restrukturalizační kroky, které musí být udělány ve společnostech, kde je jedinou známkou řízení lidských zdrojů (HR) jsou pracovní smlouvy, aby mohly být naplněny základní oblasti HR, jakými jsou například odměňování, řízení kariéry a pod. Zároveň řeší právní a ekonomické otázky spjaté s procesem restrukturalizace podniku a jeho HR.

Key words in original language:

Reengineering, lidské zdroje, HR, restrukturalizace, pracovní právo.

Abstract:

This thesis is describing all the necessary restructuring steps that have to be done in a company where the only sign of Human Resources (HR) is an employment contract to fulfill all the HR essential areas such as benefits, career options, etc. It also considers all the legal and economical aspect of the changes throughout the process of reconstruction of a company and its HR.

Key words:

BPR, HR, labor law.

1. ÚVOD

Problémy, které dříve byly ve společnostech skryty, nyní, při silném tlaku aktuální finanční krize vyplouvají na povrch a stávají se aktuálními. Postupná změna od převisu poptávky nad nabídkou se postupně mění na převis nabídky nad poptávkou. Zatím co dříve vyráběli společnosti produkty bez inovací a bez problémů s odbytem po mnoho desetiletí, nyní je tlak okolí nutí k neustálým změnám a také k tlaku na ceny. Reengineering je způsob jak „mít dostatečně pružnou organizaci, aby byla schopna se rychle přizpůsobovat měnícím se tržním podmínkám, dostatečně plochou, aby byla schopna obstát i v té nejostřejší cenové konkurenci, dostatečně inovační, aby její výrobky a služby byly neustále technicky na výši, a dostatečně oddanou posláním poskytovat svým zákazníkům maximum kvality a služeb.“⁶²⁴

Vezmeme-li v úvahu základní zdroje, tak jak je chápe ekonomická teorie, tedy půdu, kapitál a práci, pak můžeme lokalizovat i základní problémy, které přináší ekonomická krize současnosti. Půda, která postupem času ztratila na své důležitosti, protože již není nutné budovat obří strojírenské podniky a i zemědělství dosahuje mnohem vyšších výnosů a nepotřebuje tedy tolik půdy jako dříve, se stává dostupnou komoditou a pouze cena odlišuje jednotlivé lokality (samozřejmě pomineme-li například investiční pobídky regionů apod.). Kapitál se také postupem času stává dostupnějším a získávání prostředků na podnikání je tak otevřenější širšímu poli subjektů. Avšak přesný opak je možno vysledovat u práce. Neustále

⁶²⁴ Hammer, M., Champy, J. et al: Reengineering – radikální proměna firmy, str. 15

se skloňují pojmy nezaměstnanost, propouštění a mnohé další, ale podíváme-li se na situaci ze strany druhé, ze strany zaměstnavatele, tak zjistíme, že zajistit pro podnikatelské plány práci je nejtěžší úkol ze všech tří jmenovaných.

Nalezení kvalifikované, ochotné, věrné a cenově dostupné pracovní síly se stává čím dál tím složitější. Relativně vysoká podpora v nezaměstnanosti, zaměstnávání „na černo“ a mnohé další faktory komplikují možnost najímání pracovní síly z pohledu ekonomického. Ještě horší situace je ale z pohledu právního. Složité procesy propouštění zaměstnanců, široká práva zaměstnanců a další skutečnosti silně ovlivňují ochotu subjektů k najímání pracovní síly.

Je dobře, že existují instituty ochrany zaměstnance vůči zaměstnavateli. Koneckonců je to jeden ze znaků demokratického rozvinutého státu, který si takové instituty může dovolit. Otázkou jen zůstává míra jejich uplatňování a limitní hranice, kterou systému dokáže unést.

2. CO JE TO REENGINEERING?

Reengineering je v nejjednodušším pojetí změna. Změna v uvažování společnosti, ve struktuře společnosti, v chápání pojmu výroba a výrobní postup a v mnohém dalším. Reengineering je představa, jak bych co dělal, kdybych mohl začít znovu od nuly. Je to metoda, která staví na novém principu chápání výroby (výrobou v tomto případě rozumíme veškeré výkony vedoucí k uspokojení zákazníka, tedy nejen výrobky, ale také služby). Na rozdíl od dřívějších postulátů (reprezentovaných nejvíce autorem myšlenky Adamem Smithem), které vidí výrobu jako souhrn jednotlivých činností, chápe reengineering výrobu jako proces. Každá činnost tak není individuálním, ohraničeným a definovaným úsekem, ale je součástí celého procesu. „Pojmem proces prostě míníme soubor činností, jež – vzaty vcelku – vytvářejí výslednou hodnotu pro zákazníka“.⁶²⁵

Základem reengineeringu, zcela logicky, je rozklíčování procesů nutných k uspokojení potřeb zákazníka a jejich zasazení do celku. Proto je nejen nutné si klást otázky typu Proč vykonáváme tuto činnost? K čemu je výsledek práce tohoto člověka?, ale také sledovat ukazatele nejen v měřítku divizí a oddělení, ale i v měřítku celé společnosti. A v neposlední řadě je nutné objevit zákazníka každého procesu (u výroby automobilu je zákazníkem kupující, ale nutné je určit i nižší procesy a jejich zákazníky; například kdo je zákazníkem procesu úklidu kanceláře).

Pro ilustraci chápání společnosti jako jednotného procesu postačí následující příklad: „Letadlo jedné velké mezinárodní letecké společnosti bylo jedno odpoledne přistaveno k opravě na letišti A, ale nejbližší mechanik, který byl pro jeho opravu dostatečně kvalifikován, pracoval na letišti B. Manažer na letišti B odmítl mechanika odpoledne poslat na letiště A, protože po provedení opravy by mechanik musel přespat v hotelu a hotelový účet by musel být hrazen z rozpočtu letiště B. A tak mechanik byl na letiště A vyslán až druhý den ráno, aby stihl letadlo opravit a přitom se ještě týž den mohl vrátit domů. Letadlo v hodnotě mnoha milionů dolarů by nečinně odstaveno, letecká společnost ztratila na tržbách statisíce dolarů, ale rozpočet manažera letiště B nebyl zatížen sto dolary za hotelový účet. Manažer letiště B nebyl

⁶²⁵ Hammer, M., Champy, J. et al: Reengineering – radikální proměna firmy, str. 11

blázen, ani lajdák. Dělal přesně to, co se od něj očekávalo: sledoval a minimalizoval své náklady.⁶²⁶

3. CO JE TO PERSONALISTIKA (NEBOLI HUMAN RESOURCES)?

Personalistika je teoretická a věda a zároveň praktická oblast v rámci společností, zabývající se lidskými zdroji a jejich řízením. Pod touto definicí tedy najdeme nejen nejčastěji zmiňovaný nábor zaměstnanců, ale také jejich motivaci, hodnocení, právní pozadí (ať už ve formě pracovních smluv nebo například vnitřních předpisů společnosti), ale také propouštění či převádění apod.

V praxi českých firem je právě oblast lidských zdrojů, či personalistiky, dlouhodobě podceňovanou oblastí. Vzhledem k historicky dobré dostupnosti kvalifikované a často i levné a na nekvalitní pracovní prostředí zvyklé pracovní síly se vyvinula nechuť investovat do této oblasti finanční či časové prostředky. Častým jevem je tedy personalistika na úrovni výběru kandidátů a podepisování pracovních smluv (a velmi často se jedná o smlouvy „nátlakové“ či obsahující ustanovení na hranici zákona nebo i za ní, s tím, že zaměstnavatel doufám, že zaměstnanec si „nic nedovolí“, protože o práci stojí a vůli zaměstnavatele se podvolí). Současná finanční krize tuto situaci zlepšila, pro kvalifikované pracovníky, ale zachovala nadále velkou převahu zaměstnavatele nad nekvalifikovaným dělníkem (což je situace, kterou i přes veškerou snahu zákonodárců, lze jen těžko vyrovnávat).

Vztah pracovního práva a personalistiky je velmi úzký. Pracovněprávní předpisy nám definují rámec, ve kterém se personalistika může pohybovat. Změna, kterou přinesl nový zákoník práce ve smyslu zásady co není zakázáno je dovoleno, tento prostor rozšířila oproti původnímu zákoníku práce. Avšak i nadále zůstává pracovní právo nepřekročitelným rámcem vymezujícím prostor personalistiky.

4. AKTUÁLNÍ PROBLÉMY SPOJENÉ S KRIZÍ

Většina společností, ne-li dokonce všechny, společně s krizí vyslovují ve stejné větě slovní spojení „snižování nákladů“. A které náklady jsou ve společnostech tradičně nejvyšší? Jednoznačně nákladní mzdové a s nimi spojené ostatní náklady na zaměstnance. Nejjednodušší cestou ke snížení nákladů je snížení počtu zaměstnanců. Po nějaký čas se opravdu projeví snížení nákladů bez snížení výkonů (odběratelé budou i nadále, po nějaký čas, objednávat zboží i bez návštěvy obchodníka; zpožděné reklamace z důvodu nižšího počtu reklamačních techniků se, opět jen po nějaký čas, neprojeví v poklesech tržeb). Proto je tato cesta velmi často volena; navíc odůvodnění propouštění pomocí hospodářské krize je velmi vhodné a je možno jej „doplnit“ krácením benefitů pro ostatní zaměstnance či snižováním jejich prémie nebo dokonce i platů.

Z dlouhodobého hlediska je však propouštění zaměstnanců neefektivním způsobem krácení nákladů společnosti. Samozřejmě tato situace platí pouze za předpokladu, že výpadek v odběru je dočasný a není možné tuto hypotézu aplikovat na situace, kdy nedojde k obnovení odběru a společnost je rozhodnuta ukončit svoji činnost (v takovéto situaci se již není možno

⁶²⁶ Hammer, M., Champy, J. et al: Reengineering – radikální proměna firmy, str. 17

uvažovat efektivnost či neefektivnost propouštění, protože se jedná o jedinou možnost, jakou lze postupovat).

Investice, a nemusí být jen finanční, ale například investice času, kterou vložíme do lidského kapitálu, je navracena s vysokým „úrokem“. Kvalitní a věrní zaměstnanci pochopí, že v období krize budou dostávat za stejnou práci menší prémie, za předpokladu, že jim situaci někdo vysvětlí a že jim bude nabídnuto něco jiného na místo nižšího výdělku (samozřejmě je nutné najít takové hodnoty, které společnost budou stát méně peněz než výdělek zaměstnance a zároveň přinesou zaměstnanci užitek podobné hodnoty jako výdělek – někde se může jednat o neplacené volno jinde o výrobky společnosti směřované se zaměstnancem za nákladovou cenu vůči jeho „chybějícímu“ výdělku).

5. RESTRUKTURALIZACE PODNIKU POHLEDEM REENGINEERINGU LIDSKÝCH ZDROJŮ

Další možností je využití krize jako příležitosti. Zde potom oproti zrušení společnosti nebo propouštění zaměstnanců stojí možnost restrukturalizace či „přebudování“ společnosti. Právě ekonomické krize vždy vedou k restrukturalizacím společností a eliminaci společností, které nedokáží včas a řádně provést změny, a které tak nejsou schopné obstát v konkurenčním prostředí firem restrukturalizovaných.

Podíváme-li se na reengineering pohledem lidských zdrojů, tak jsme postaveni před několik možností, jak lze celou věc řešit. Můžeme rozpustit zaměstnance a do „nové“ společnosti přijmout zaměstnance nové. Můžeme původní zaměstnance převést na jinou práci (a daný proces spojit například s rekvalifikací, rozšířením odbornosti, apod.). Předchozí dva postupy můžeme společně kombinovat. Zároveň můžeme snížit počet zaměstnanců, část jejich mzdy dát zůstávajícím zaměstnancům, kteří nyní budou muset pracovat více, a část uspořit.

Budeme-li uvažovat o nejefektivnější možnosti, pak vzhledem k nákladům, které stojí přijetí a zaškolení nového zaměstnance, zjistíme, že nejlepší volbou je pouze převádění stávajících zaměstnanců v rámci společnosti. Nejen, že znají prostředí dané společnosti, její postupy a procesy, ale také znají dodavatele, odběratele a podnikatelské prostředí kolem společnosti; tyto všechny zkušenosti jim již nemusíme předávat a tím dochází k úspoře nákladů. Úskalím převodu zaměstnanců je přesně to samé, co je výše zmíněnou výhodou. Nechuť ke změně a neustálá touha po navrácení se „do starých kolejí“ vede ke zpomalování reengineeringu. Avšak při dostatečně dobře zvládnuté komunikaci (v tomto případě nejen komunikaci změny, ale celkové komunikaci celého reengineeringu, včetně souvislostí, příčin a důvodů) je možné omezovat tyto negativní vlivy a to za cenu menší, než-li zaškolování nových pracovníků (jediným nákladem je čas nadřízených, který je věnován vysvětlování a zdůvodňování reengineeringu jeho podřízeným).

Legální rámec daný zákoníkem práce tyto změny umožňuje. „Obsah pracovního poměru je možné změnit jen tehdy, dohodnou-li se zaměstnavatel a zaměstnanec na jeho změně. Změnu pracovní smlouvy je nutné provést písemně. Za změnu pracovního poměru se považuje také jmenování na vedoucí pracovní místo podle § 33 odst. 3, k němuž dojde po vzniku pracovního poměru.“⁶²⁷ Změny, které nastanou v rámci reengineeringu, a které vedou ke změně náplně

⁶²⁷ §40 odst. 1 zákona č. 262/2006 Sb., zákoník práce

práce zaměstnance, by měly být právně ošetřeny dodatkem pracovní smlouvy (například formou nového popisu práce) a nebo je dostačující změna druhu práce (v mnoha společnostech je právě z těchto důvodů používáno obecných označení druhů práce, například „projektový manažer“, avšak toto zobecňování není možno doporučit s ohledem na možné zneužívání zaměstnavatelem; je možné jej mít ve smlouvě, ale pokud tomu tak je nutno doporučit přílohu smlouvy ve formě popisu pracovní pozice, který specifikuje danou práci).

Druhou efektivní možností je krácení veškerých „nemzdových“ nákladů spojených se zaměstnanci, jakými jsou například stravenky, služební telefony a jiné benefity. S tím, že zaměstnanci zůstanou i tak pracovat pro společnost, protože vidí „kritickou“ situaci na trhu práce. Tato možnost však může fungovat pouze jako dočasné opatření. Dlouhodobě narušuje stabilitu vztahu zaměstnanec – zaměstnavatel, a proto je neefektivní. Ideální je stabilizované prostředí, ve kterém má zaměstnanec pocit jistoty, pocit nadstandardního zacházení (stravenky a další benefity) a zároveň je hodnocen i dle výkonu.

V neposlední řadě je také možné restrukturalizovat celou zaměstnaneckou oblast do formu outsourcingu (najímání jiných společností na výkony typicky vnitřní – například úklid, účtárna, ale i obchodní či marketingové činnosti) či agenturního zaměstnávání⁶²⁸, tak jak jej známe z praxe nadnárodních společností v ČR (zde je dána vyšší možnost „manipulace“ se zaměstnancem, ale oproti tomu se staví vyšší nejistota zaměstnance s jeho zaměstnáním, což bude akceptovat buď z důvodu, že o práci stojí a na podmínkách mu záleží méně a nebo z důvodu neznalosti povahy agenturního zaměstnání).

6. ZÁVĚR

Je tedy zřejmé, že aktuální finanční krize otevřela široké možnosti pro změny ve společnostech. Je tedy nutné tohoto „změnového“ období, kdy všichni změny očekávají a jejich prosazení je tedy jednodušší než v „nekrizové“ době, využít a provést reengineering i na poli lidských zdrojů.

Je čas pro celkové změny, nikoliv jen drobné úpravy pracovních smluv. Je třeba se zamyslet na celkovou koncepcí řízení lidských zdrojů v každé společnosti. Je potřeba jasně stanovit cíle reengineeringu, tak aby byl měřitelná a ukončitelný a aby se z něj nestala jen dlouhodobá změna, která bude střídána další změnou a celkově situace povede jen k destabilizaci společnosti. V případě menších společností, jichž se reengineering lidských zdrojů bude týkat nejvíce, je rozumné se spojit s konzultanty či agenturami, které mají zkušenosti z velkých společností a pomohou celý proces realizovat.

Nový zákoník práce vnáší velký díl smluvní svobody do pracovněprávních vztahů a je škoda dané situace nevyužít. Mimo pracovních smluv se stávají stále více používanými například kariérní dohody nebo smluvně dané odměny za dlouhodobé projekty. Podobné aktivity je zcela jistě potřebné ve společnostech rozšiřovat, protože napomáhají vyrovnanému vztahu mezi zaměstnancem a zaměstnavatelem a to ku prospěchu obou subjektů.

Dobrý personalista, který je často součástí vyššího vedení společnosti, je neopomenutelnou osobou (či oddělením) v reengineeringovaném systému lidských zdrojů. Právě on je pojítkem

⁶²⁸ §308 a násl. zákona č. 262/2006 Sb., zákoník práce

mezi jednotlivými fázemi procesu a je kontaktní osobou se zákazníkem procesu řízení lidských zdrojů, tj. zaměstnancem. Uchopíme-li reengineering jako způsob provedení změny od jednotlivosti k procesu, pak nám osoba personalisty, které je nejlépe ustanoven na začátku reengineeringu, tvoří hlavní osu, kolem které je změna vedena. Tato osoba, v ideálním případě empatická a s právním a (či) humanitním vzděláním, je hlavním zdrojem dobrých a dlouhodobých vztahů mezi zaměstnanci a zaměstnavateli. Právě personalista představuje (a čtenář mi snad odpustí malou nadsázku) novodobé odbory; je zkrátka odpovědný za maximalizaci „dobrých účinků“ v rámci pracovních vztahů.

Literature:

- Hammer, M., Champy, J. et al: Reengineering – radikální proměna firmy, Praha, 1996, 210 str., ISBN 80-85943-30-1
- Bělina M. et al: Pracovní právo, Praha, 2007, ISBN 978-80-7179-672
- Galvas, M. et al: Pracovní právo – 300 otázek a odpovědí, Brno, 2007, ISBN 978-80-251-1872-6
- Chládková, A., Bukovjan, P. et al: Personalistika – dvanáctero správného vedení personální agendy, Praha, 2009, 433 str., ISBN 978-80-7357-404-8
- Kahle, B. et al: Praktická personalistika, Praha, 2008, 242 str., ISBN 978-80-7310-035-5
- Martin, D. et al: Personalistika od A do Z, Brno, 2007, 419 str., ISBN 978-80-251-1496-4
- zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce

Reviewer:

Kateřina Červená

Contact – email:

zenaty@centrum.cz

SEKCE NABÝVÁNÍ MAJETKU STÁTEM



ACQUISITION OF ASSETS BY THE STATES

STATE PROPERTIES CONCERNING ELECTRICITY PRODUCTION IN HUNGARY

JUDIT BÖHM

University of Miskolc, Faculty of Law, Hungary

Abstract in original language:

Az energiaellátás fontos része életünknek. Olaj, szén és földgáz határozzák meg a világ energiaellátását, így kiemelkedő a szerepük az energiafelhasználás egyik legjelentősebb területén, a villamosenergia-termelésben is. Ezen energiahordozók azonban kimerülő jellegűek és a nem arányosan oszlanak meg a világ országai között. Az államoknak, így Magyarországnak is, dönteniük kell, hogy az energiahordozókat, energiaellátáshoz kapcsolódó tevékenységeket milyen mértékben vonják felügyeletük alá, esetleg állami tulajdoni körbe.

Key words in original language:

Bányászat, Villamosenergia-ellátás, Állami tulajdon, Engedélyezés.

Abstract:

Energy supply is important part of our every day life. Energy supply of the world is based upon oil, coal and natural gas. These energy sources have a large role in electricity generation, which is one of the major energy consumptions. However, they are to be used up and are not divided proportional between the countries. State, and therefore Hungary, shall make a decision concerning controlling activities or regulating state ownership in mining and energy sector.

Key words:

Mining, Electricity supply, State ownership, Authorisation.

1. INTRODUCTION

Energy is very important in everyday life; our society is highly dependent on proper energy supply, while economic growth demands for more and more. For generating energy natural resources or energy sources are needed, but traditional natural resources are limited. According to the present scientific knowledge the amount of the reserves – for which we exactly know their geographical extent and which can be economically exploited – can not satisfy the quarter of the needs of the XXI. century. Of course future scientific development will be able to increase this amount, but meanwhile the experiences show that energy needs are also increasing. Natural resources represent the connection between nature and mankind's economical activity, namely those natural elements, which can be used in energy production, feeding and as a raw material in industrial processes. Energy sources are natural resources which are – due to its structure – suitable for energy extraction. Therefore, as a first step of energy production we need natural resources. These are so called primer energy sources, such as: (1) mineral fuels, like coal, natural gas and petroleum, (2) mineral substances, for example uranium, used as fissile material, (3) renewable energy sources (sun, wind, and water). These primer energy sources are processed to secondary energy sources, such as electricity and petrol.

Hungary's energy supply is based on coal, oil, natural gas and atomic energy. These energy sources cover 95-97% of energy demands.¹ The main problem is that Hungary consumes more energy than it can generate, therefore a part of the demand has to be satisfied with imported energy sources. One of the main energy uses is electricity generation. In 2008 37% of atomic energy, 18% of coal, 39% of hydrocarbon and 6% of renewable energy sources covered the total amount of electricity generation in Hungary.² We can establish that fossil energy sources and atomic energy are still determinant parts of the Hungarian energy production. Furthermore, electricity supply is a public service, since safety and continuousness of its supply is very important for the whole or for the biggest part of society. The great task of states is to guarantee continuousness and safety of energy supply for everyone, even if the suppliers are reluctant to satisfy consumers' demand. Therefore, all state has to pass the essential decision concerning proprietary rights to mining of natural resources (energy sources) and to produce, transport and distribute energy. Generally free competition is not carried out in mining law and in the law of energy supply, while states seriously restrict these sectors. This presence of the state can reach state ownership of the main assets and activities. In this Article I'm going to introduce legislation concerning state property in mining and in electricity production, transport and distribution in Hungary.

2. HUNGARIAN STATE IN MINING LAW

To generate electricity we need certain energy sources. Mining's main purposes are to prospect, to exploit and to explore these energy sources. According to the motivation of the effective Act XLVIII of 1993 on mining two legislative methods can be differentiated. The legislator can determine natural resources as the property of the owner of the land where the natural resources can be found; therefore the owner has the right to mine these natural resources. Otherwise the State owns all natural resources and has exclusive right to mine independently of the owner of the land. The Hungarian Constitution was adopted in 1949 and it regulated treasures of the earth and mines as properties of the people, and therefore they were under state ownership. In the 1960's the former Mining Act determined mining raw materials as exclusive properties of the state and that mining activities could be exercised only by state owned companies.³ (Although the owner of the land could exploit mineral resources in a little quantity used for private purposes.) The Act XLVIII of 1993 (hereafter: Mining Act) has changed this legislative concept. The questions arising are the followings: who has the right to own mineral resources and who has the right to exercise mining activities.

Answering the first question is quiet easy, because the Act IV of 1959 on the Civil Code of the Hungarian Republic (hereafter: Civil Code) states that the treasures of the earth are under exclusive state ownership. Therefore, in the Hungarian mining law property rights of mineral resources are still independent from the owner of the land where the mineral resources can be found, although, it is not the state who disposes over mineral resources in economy. There shall be provisions in mining law, which determines the conditions of the acquisition of the property right of mineral resources by others. The framework for this is regulated under the Mining Act. This Act also states as a main rule, that in their "site" mineral raw materials and

¹ See also: László Tihanyi: *Energy supply* (lecture notes) 2006.

²http://www.haea.gov.hu/web/v2/portal.nsf/hasznositas_hu/77E9291CEDC2EC7EC12571090060BE5A?OpenDocument

³ Act III of 1960 on mining

geothermic energy are under state ownership, but the mining entrepreneur can become the owner of the exploited mining raw material through exploitation and of the geothermic energy, exploited for the purposes of energy production, through utilization. (According to the concepts of the Act „Site” shall mean the place of the natural occurrence of mineral raw materials). Although the state doesn't deliver its property freely, it expects a share of the exploited mineral raw material and geothermic energy. This is the so called mining royalty, which is a pecuniary fulfilled obligation (or in exceptional cases obligation in kind), which is determined on the basis of the amount of the exploited mineral. The mining entrepreneur and the person exploiting geothermic energy shall pay mining royalty. (According to the concepts of the Mining Act mining entrepreneur means legal entity or natural person or association having no legal personality entitled to carry out mining activity.) The sum of the mining royalty is determined in the Mining Act or in the contract of concession. While mineral raw materials are very important part of the economy of a country, persons - who are entitled to acquire the ownership of mining raw materials and geothermic energy – shall manage mineral resources well. Therefore the Mining Act introduces the principle of mineral resources management. All activities under the effect of the Act shall be pursued in line with this principle. Mineral resources management means activities, measures, production programs, systems and methods of exploration, exploration and exploitation, which serve the economical exploitation of mineral raw materials in a manner, which does not damage and preserves the non-mined parts of the site, in order to secure the later exploitability; and allows at the same time the reduction of losses and the possibly fullest exploitation of mineral resources, as allowed by technology and justified by the market conditions. Application of this principle ensures the protection of the state property, and that the state owned mineral resources are managed well and in an economical manner.

The Mining Act regulates several activities, such as mining of mineral raw materials, utilization and exploration of geothermic energy, conveyance through pipelines of hydrocarbons, and operating any other connecting matters and facilities. It has been presented above that minerals are in state ownership, so the regulation of activities managing minerals should be examined. The main Acts relating to the right to exercise mining activities are the followings: (1) the Act XVI of 1991 on concession (hereafter: Concession Act); (2) the Act XLVIII of 1993 on Mining (and Government Decree No. 203/1998. which is issued for execution of the Mining Act). The Concession Act brings under regulation those cases in which the exercise of activities under exclusive competence of the state is by way of a contract of concession. Concession is one way to utilize state property. According to the Concession Act, activities qualified as exclusive state activity can be pursued principally by an economic organisation in which the state has a majority ownership interest or voting right. As another solution the state can assign the right to pursue the activity on a temporary basis by a contract of concession. The Concession Act determines these activities exactly, among others, it states that concerning mining research and exploitation, and related secondary mining activities, transport and storage of products by pipeline can be subject of a contract of concession. Special acts - like the Mining Act – shall determine special conditions of pursuing these activities within the framework of the Concession Act. In the other hand the Concession Act gives opportunity for the special acts to exempt certain types of activities from the provisions of contract of concession. These activities are liberalized activities. The Mining Act determines conveyance through pipelines of mineral oil, mineral oil products, and hydrocarbon gases (with the exception of natural gas) as an exclusive state activity. As it has been discussed above the result of this qualification is that only those economic organisations can exercise the right to pursue these activities, which are in state ownership or in which the

state has a voting right, or in special cases to which the state has assigned this right by a contract of concession.

The regulation of conveyance and storage of natural gas is very interesting at this point of my Article. Originally conveyance and underground storage of all hydrocarbons were qualified as exclusive state activities, which could be the subject of a contract of concession. Act XLII of 2003 on natural gas supply amended the relevant regulation of the Mining Act. From 1 January 2004 conveyance and underground storage of natural gas are liberalized activities, which can be carried out on the basis of an official licence of the Mining Authority. The purpose of the amendment can be connected to one of the major challenges of the European energy policy. The concept of liberalization of electricity and gas market come to the front in the 1980's. The Directive 98/30 of the European Parliament and the Council was the first step to a liberalized gas market, which was repealed by Directive 2003/55/EC. The aim of this Directive is "to speed up liberalisation in these sectors with a view to achieving a fully operational internal market".⁴ To implement Directive 2003/55/EC conveyance and underground storage of natural gas should be exempted from exclusive state activity category.⁵

Concerning other activities the Mining Act introduces the differentiation of closed areas and open areas. Prospecting, exploration and exploitation of mineral raw materials only raises the question of concession in closed areas, because the Act determines closed areas as areas designated for concession tender and delimited for the purpose of the exploration, exploration and exploitation of certain mineral raw materials. (Closed area has another case, when someone had acquired a right of mining a mineral raw material before the Mining Act entered into force.) All other areas not qualified as closed areas are open area. The conditions of the tender and the content of the contract of concession are determined in the Concession Act, in the Mining Act and in the Government Decree issued for the execution of the Mining Act. Liberalized activities are – among others – (1) exploration of mineral raw materials in an open area, (2) exploration and exploitation of mineral raw materials, (3) activities and facilities used in exploitation, preparation and primary processing of hydrocarbons, (4) pipelines conveying hydrocarbons, underground gas storage, (5) prospecting, exploitation and utilization of geothermic energy. These are authorized by the mining supervision. Furthermore, preliminary surface exploration can be carried out on the basis of reporting. When someone had acquired a right of mining of a mineral raw material before the Mining Act entered into force, the company/natural person can continue its activity in accordance with the particular conditions of exercising this right and only in relation to that given mineral raw material.

3. CONTROL OF THE STATE OVER ELECTRICITY SECTOR

Electricity power has advantages and disadvantages. Electricity is mostly produced in the country, it is not depends on import and it can be generated using different technologies and raw material. But electricity can't be stored, so supply has to follow consumers' demand. Electricity supply consists of different activities. These are generation, transmission, distribution, trade and consumption. Generation is the production of electricity. Transmission

⁴ Preamble of Directive 2003/55/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 98/30/EC

⁵ Motivation of Act XLII of 2003 on natural gas supply

is transportation of electricity principally to the distributors and through the transmission network. Distribution means transportation of electricity too, but to consumers and through a distribution network. Trade means regular and businesslike purchase and sale of electricity for economic purposes. Consumption is an activity, when a private individual or a company receives electricity for his/its own use. In the very beginning electricity generation was essential for operating plants and factories (for example mines). These plants generated surpluses which were used – after building out the necessary grids – to supply the demand of the nearby towns. It was the beginning of a process which ended with a national power grid and energy supply. While the first electricity suppliers were private companies generating energy primarily for themselves, two types of energy supply, electricity generated for private or public purposes, appeared in the relevant acts. In 1949 public electrical installations and power grids – fulfilling some conditions according to their efficiency and purpose of use – were taken into public ownership.⁶ Act IV of 1962 on electricity generation, transmission and distribution qualified electrical installation (power plants, distribution and transmission networks and connection equipments) and the generated energy as subjects under social ownership without any condition. It restricted this rule further with qualifying public electrical installations as subjects which could be only under state ownership and that exclusively public electrical installations were authorized to supply energy for consumers. In 1991 the Civil Code regulated, with an amendment, public electrical installations and national power line of energy supply and transmission as subjects of exclusive state ownership. Due to the state ownership only state-owned companies were entitled to participate in electricity transmission, distribution and supply for consumers, although from 1991 when the Act on Concession was adopted the possibility arose to pursue these activities and operate these installations under a contract of concession. The appearance of state monopolies was unavoidable; therefore competition in this sector was restraint. This restraint was further enhanced by a special type of contract concerning to the relationship of the consumer and the supplier. Public service contract is a kind of contract in which the freedom of the parties of the contract is highly restricted. The supplier shall contract; if the consumer registers his/her claim to an electricity supply. The consumer can not choose a supplier freely, because in a geographical region the authorized supplier has exclusive right to supply electricity. Generally the content of the contract is also determined by the law, which mainly appears in the legal regulation of the public prices. The consumer contracts only with the public service supplier, who is obliged to contract with other participants of the sector. In the 1990's the Civil Code qualified electricity, gas and water supply as typical examples of this contract.

Paragraph of the Civil Code concerning state ownership in electricity sector was in force only for some years, because an act annulled it in 1995.⁷ A new act on electricity⁸ was adopted and some amendments and annulments – for example the relevant paragraph of the Concession Act - became necessary to achieve a new situation in this sector. Operating a public electricity installation has become a liberalised activity, which can be exercised with appropriate licence of the Hungarian Energy Office. In 1995 privatisation of the companies of electricity sector has started and realized in several stages. Nowadays almost all power plants, companies

⁶Act XIII of 1946 on nationalization of coal industry and Act XX of 1946 on state ownership of batteries and transmission lines of particular electricity installations

⁷ Act XLVIII of 1994 on the Production, Transmission and Supply of Electric Energy

⁸ Act XLVIII of 1994 on the Production, Transmission and Supply of Electric Energy

concerning supply and operation of the grid are in private ownership.⁹ These changes were necessary to fulfil obligations regard to the European Community.

As it has been mentioned above, the EC would like to open-up and liberalise electricity (and gas) markets to create a common market in these economic fields. The main element of liberalization is the right of consumers to choose their services free. Since 1 July 2007 all consumers have this right. Nowadays the consumer is an active player of the electricity market, so the consumer can and shall contract with generators, transmission network, distributor licensees and electricity traders. The content of these contracts are regulated partly by Electricity Act and partly by the Civil Code. But electricity supply is still a public service therefore the Directive has acknowledged that Member States can impose public service obligations on undertakings to ensure supply of particular consumers. One task of Member States to regulate that all household customers and small enterprises enjoy universal service. Universal service means a right of these consumers to be supplied with electricity of a specified quality within their territory at reasonable, easily and clearly comparable and transparent prices.¹⁰ In Hungary the legal structure of universal service is similar to the public service contract, because in a geographical region there is only one universal supplier, who has exclusive right to satisfy consumers' demand in that region and they can be entrusted by customers to contract with other players of the market.

Generation, transmission, distribution and trade are activities which shall be authorized by the Hungarian Energy Office. Operating a power plant with 0,5 MW or more capacity shall be licensed by Hungarian Energy Office. According to the data of the Hungarian Energy Office 13 generators have acquired the necessary license. Concerning transportation of electricity the companies which operate the networks are very important. Concerning the Directive Member States should designate one or more Transmission System Operator. In Hungary there is one transmission system operator, since MAVIR Hungarian Transmission System Operator Company Ltd is authorized to operate the Hungarian Power System. In distribution 6 companies are entitled to operate distribution networks. While universal service can be the last opportunity for the most vulnerable consumers, Member States shall designate a company for all geographical regions, which means 6 universal service suppliers in Hungary. Exclusive rights still exist in the new structure of the market, while transmission system operator, distributor licensees and universal service suppliers can exercise their activity exclusively. The biggest enthusiasm can be observed in trade, because Hungarian Energy Office authorized several companies as electricity traders. In spite of liberalization some companies of the energy sector are still in state property. According to the Appendix of the Act CVI of 2007 on state property Hungarian Power Companies Ltd., one of the major company of the Hungarian energy sector, is under state ownership permanently. The rate of this property right can not be lower than 75% and one vote. Hungarian Power Companies Ltd. owns and operates several other electricity undertakings operating in all section of electricity supply. The most important is MAVIR Hungarian Transmission System Operator Ltd., while this company is responsible for the Hungarian power grid. The Directive requires that undertakings separate their activities concerning generation, transmission, distribution and

⁹ <http://www.eh.gov.hu/home/html/index.asp?msid=1&sid=0&HKL=103&lng=1>

¹⁰ Directive 2003/54/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in electricity

trade. Therefore, MAVIR Ltd. operates independently from MVM Ltd., but the ownership of the MVM Ltd. exists. The state is still presented in energy sector.

4. CONCLUSION

It can be established that mining, energy generation, transport and supply are very important for operating a country. Therefore, mining and activities concerning energy supply are strictly regulated by the Hungarian State. Previously not only mineral resources and activities concerning mining and electricity supply, but the generated energy were reserved for the state. However, this could be owed partly to the political regime. Since the 1990's regulation of these sectors have been changed. Role of these sectors has not changed; therefore, the new regulation should find a balance between control and liberalization. Amendments were not an easy thing for the very reason that many times the new regulations were obligations concerning accession to the European Union. The strictest regulation appears especially in mining law. Natural resources are state owned in Hungary, although it is not the State who generally explores and exploits mining raw materials, but it doesn't mean that anyone can exercise these activities voluntarily. The companies have to face well-defined conditions and control. Authorization and control are also effective means in electricity supply, although in this sector a competitive market approach gains more and more ground. While ensuring safety and continuousness of energy (electricity and gas) supply is great problem nowadays, European countries shall find a balance between internal market and safety. Making this decision is not an easy one, and tight control and authorization are required. Competition in electricity sector is still restricted but in a common legal frame. Some undertakings still have exclusive, special rights and compensations, but these measures are necessary to ensure not only competition, but also safety of supply in this market. The process has not ended with directive 2003/55/EC the European Commission urges stricter common measures in the field of legal unbundling, consumers' protection and tasks of national authorities.

Literature:

- P. D. Cameron, M. et al: Competition in energy markets – Law and regulation in the European Union London: Oxford University Press 2007. 22-24.p. ISBN 13-978-0-19-928297-5
- Directive 2003/54/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in electricity
- Directive 2003/55/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 98/30/EC
- Act XIII of 1946 on nationalization of coal industry
- Act XX of 1946 on state ownership of batteries and transmission lines of particular electricity installations
- Act IV of 1959 on the Civil Code of the Hungarian Republic
- Act III of 1960 on mining

- Act XLVIII of 1994 on the Production, Transmission and Supply of Electric Energy
- Act LXXI of 1995 on the amendment of Act XLVIII of 1994 on the Production, Transmission and Supply of Electric Energy and certain associated legal provisions
- Act CX of 2001 on electricity
- Act XLII of 2003 on natural gas supply
- Act LXXXVI of 2007 on electricity
- Act XL of 2008 on natural gas supply
- Motivation of Act XLII of 2003 on natural gas supply
- <http://www.eh.gov.hu/home/html/index.asp?msid=1&sid=0&HKL=103&lng=1>
- http://www.haea.gov.hu/web/v2/portal.nsf/hasznositas_hu/77E9291CEDC2EC7EC12571090060BE5A?OpenDocument

Reviewer:
Csilla Csák

Contact – email:
juci3@yahoo.com

EXPROPRIATION AS A FORM OF INTERFERENCE WITH OWNERSHIP RIGHT IN ORDER TO ATTAIN GOALS OF SPATIAL LEGISLATION OF THE REPUBLIC OF SLOVENIA (RS)

TJAŠA IVANC - MAJA EKART

University of Maribor, Faculty of law, Slovenia

Abstract:

Expropriation is nowadays considered as an admissible interference with ownership right if the main legal requirements have been satisfied. There is no doubt that expropriation is an interference with the ownership right of the worst kind. In the daily use it is seen as an action that can be aimed at the citizen of the country which imposes expropriation, or at foreigners or foreign investors.

This contribution presents on the basis of legislation dilemmas regarding the right use of the institute of expropriation.

Key words:

Expropriation; Ownership right.

1. INTRODUCTION

Due to fast economic growth and the growth of population, space is becoming a more and more restricted factor in meeting private and public needs. The arranging of space is linked to the phenomenon of planning. Purposeful and systematic use of space should therefore be carefully planned. Spatial plans represent a key element and direction in the future use of space. In the legal system of RS they represent the source for forming ownership relations with important legal consequences. Ownership relations are legal relations with the demand for complete legal system, although they are not regulated only by general laws, as *Stvarnopravni zakonik – Law of Property Code (SPZ; Official Gazette of RS, No. 87/2002, 18/2007)* but also by special legislation which restricts the ownership rights. Therefore it can be said that ownership right is formed outside the ownership's interest.

Owner's position within the new Slovene organisation of the state is still subjected to the social binding of ownership right, however, only if it has its grounds in the realisation of public interest. Restriction of ownership right is regulated by different laws within all ownership law areas- law of contracts, substantive law, and law of succession- nevertheless; this does not mean that the constitutional right of the uniformity of ownership right is violated. When analysing the restrictions of the ownership rights, we soon come to the conclusion that the subject of the restriction is mainly the ownership right to immovable property, where the wise use of the immovable property represents the primary objective of the spatial policy and the development in a certain area. Spatial planning is thus, as seen from the owner's point of view, the severest type of interference with the ownership's legal status.

As property is a constitutional category, the basic admissibility frames for interference with it have been set according to the principle of the rule of law. *Ustava RS – Constitution of the Republic of Slovenia* – already rightly sets the limits in Article 67 which defines the restriction on the ownership right in order to achieve its ecological, economic and social

function. Based on that, the legislator can accept restrictions with laws which determine restriction beforehand to an unspecified number of owners. Such restrictions can refer to all owners or only to owners of specially defined objects. This means mainly for examples of constructions built in public interest, where the nature of building demands certain carrying out on an apportioned parcel.

To validate the interference with the ownership right when ensuring one of the previously named functions of it, the existence of public interest and the principle of public interest should be taken into consideration.

Zakon o urejanju prostora – Spatial Planning Act (ZUreP-1; Official Gazette of RS, No. 110/2002 (8/2003 revised.)) classifies the interferences with ownership right into three types:

- Expropriation as the most powerful interference, meaning the seizure of the ownership right
- Encumbrance on immovable property with temporary or permanent easement
- Restriction with forming a right to temporary use of the immovable property

Expropriation is nowadays considered as an admissible interference with ownership right if the main legal requirements have been satisfied. There is no doubt that expropriation is an interference with the ownership right of the worst kind. In the daily use it is seen as an action that can be aimed at the citizen of the country which imposes expropriation, or at foreigners or foreign investors. The first subject area is covered by the national public law, and the second by the international economic or the international investment law¹. Besides the cases where the nature of public interest and interference with immovable property demands the seizure of the ownership right, there are also cases where constructing of a building in public interest can be carried out without expropriation; legal relation between the owner of the immovable property and the constructor can thus be regulated on other legal basis. In this case we speak of restriction or encumbrance upon ownership right as the so called incomplete expropriation. Two possibilities are open: the right to temporary use and the encumbrance with temporary or permanent easement. Expropriation as well as restrictions on ownership right are admissible under the same conditions.

This contribution will try to present on the basis of legislation dilemmas regarding the right use of the institute of expropriation. We will stress on one hand questions on the effective legal protection of rights of the expropriated party and whether the expropriated party is entitled to a proper compensation based on legal regulation, as well as questions if the realisation of public benefit is enabled to expropriation beneficiaries and, based on that, the acquisition of the ownership right in ‘the shortest period of time’.

2. PUBLIC LAW RESTRICTIONS OF OWNERSHIP RIGHT

Theory and use deviate from the classical absolute ownership right as they emphasize the restrictive element of the ownership right. Restrictions are seen in regarding the subjects of

¹ Tratnik M.: Razlastitev; Podjetje in delo, 7/2003, p. 1589.

the ownership right or the objects². Ownership restrictions are defined by numerous provisions of public law, however, for the purpose of this contribution we will focus on restrictions for attainment of spatial goals. If the civil law restrictions are characterized through the duty of the owner to abandon or to stand certain behaviour, then the public law restrictions can be seen in the duty of certain behaviour.³ Public law restrictions can be classified according to the content of the interference⁴:

1. Intended use: the owner can use his immovable property only for the purpose which is in accordance with the spatial regulations.
2. Duty of certain behaviour: this is mainly seen in the agricultural land, forests, and in immovable properties with the status of natural or cultural heritage. According to *Zakon o varstvu kulturne dediščine - Cultural Heritage Protection Act* – the owner has to maintain the cultural monument at his own costs in agreement with its intended use.
3. Duty of abandoning certain actions: the owner is forbidden to any other action which could be in accordance with its primary intention. Such restrictions can be found in *Zakon o vodah (Water Act)*, *Zakon o gozdovih (Act on Forests)*, *Zakon o ohranjanju narave (Nature Conservation Act)*, whereas the latter one defines the abandoning in the sense of changing the vegetation or of executing certain types of work.
4. Duty to stand the actions of others: typical example of this is the right to pass over a property.
5. Expropriation: Expropriation is a forced seizure or restriction of the ownership or any other property right in the benefit of the state, local community, or of any other subject of public law.

According to the ZUreP-1, expropriation is the utmost provision which can be used only if the execution of spatial arrangements lies in the public benefit, which is separately regulated by law. In accordance with the Article 92 of ZUreP-1, expropriation or restriction of property right is admissible only in the public interest and under the proviso that it is strictly necessary for public benefit and that the public benefit of expropriation is in proportion to the interference with private property.

Expropriation is the . Due to all stated, national legal orders and international law permit expropriation as the utmost provision and under conditions set in advance. In our legal order expropriation must be based on law, public benefit must be clearly stated, and the expropriated person must receive a fair compensation in kind or monetary compensation. This legal institute enables the state and local communities to perform construction master plans, if they define such actions on the property which are subjected to public benefit⁵. Expropriation

2 Ude L.: *Lastninska pravica v ustavi RS; Dnevi javnega prava*, Portorož, 2003.

3 Juhart M.: *Omejitev lastninske pravice na nepremičninah zaradi doseganja prostorskih ciljev*, Podjetje in delo, 6-7/2003, p. 1536 and titl.

4 Ude L.: *ibidem*, p. 127 and titl.

5 Rijavec V., Keresteš T., Vrenčur R., Knez R.: *Pravna ureditev nepremičnin*, GV Založba, Ljubljana 2006, p. 44-45.

is not permitted if the state or municipality has any other appropriate immovable property to attain the same purpose.

3. REGULATIONS GOVERNING EXPROPRIATION

The Constitution of RS guarantees in the Article 32 the right to private property and inheritance. Article 15 defines the execution of human rights and fundamental freedoms directly on the basis of the Constitution. The manner in which human rights and fundamental freedoms are exercised may be regulated by law whenever the Constitution provides so or where this is necessary due to the particular nature of an individual right or freedom. Human rights and fundamental freedoms are be limited only by the rights of others and in such cases as are provided by the Constitution. Article 67 defines the manner in which property is acquired and enjoyed as to ensure its economic, social and environmental function. With reference to that, the Constitution determines on the basis of the Article 69 that the ownership rights to real estate may be revoked or limited in the public interest with the provision of compensation in kind or monetary compensation under conditions established by law.

Regulations that govern the economic function of property in detail are *Zakon o prostorskem načrtovanju – Spatial Planning Act-* (Official Gazette of RS, No. 33/2007 – ZPNačrt), which mainly invalidated the use of ZUreP-1, except some individual provision of ZUreP-1, and also *Zakon o graditvi objektov – Building Act* ((Official Gazette RS, No. 110/2002, 102/2004-UPB1 (14/2005 revised), 126/2007 – ZGO-1). Therefore the provisions of ZUreP-1 concerning expropriation are still in use. Quoted regulations bring into force the classic Roman maxim *superficies solo cedit*, as *Stvarnopravni zakonik – Law of Property Code* as *lex generalis* regulates that everything permanently joined with immovable property or being permanently on the property, above it or under it, forms a part of the immovable property.

The general regulation that governs expropriation is thus ZUreP-1 and comprises also the common provisions regarding the procedure of expropriation. It is generally used also for expropriations based on other special laws, if these special regulations do not govern individual procedure institutes (e.g. determination of compensation). It should be stressed here that ZUreP-1 does not give whole or uniform regulation for all types or procedures of expropriation, as Slovenian legislation at this time has a large number of acts (*Zakon o ohranjanju narave - Nature Conservation Act, Zakon o vodah - Water Act, Zakon o varstvu okolja - Environmental Protection Act, Zakon o varstvu kulturne dediščine - Cultural Heritage Protection Act, Zakon o rudarstvu - Mining Act, Zakon o javnih cestah - Public Roads Act, Zakon o elektronskih komunikacijah - Electronic Communications Act, etc.*) which comprise specific procedure provisions regarding expropriation.

ZUreP-1 places the institute of expropriation into administrative jurisdiction. At first level the administrative units decide on expropriation, at second level the ministry for environment and spatial planning. If the compensation is not set in the administrative procedure, this stage is then being transformed into solving in a non-litigious civil procedure and falls into jurisdiction of the court.

ZUreP-1 gives the explanation on the basic terms of expropriation beneficiary, expropriated person and sets out the situation of other persons in the process of expropriation. Expropriation beneficiaries can therefore be the state or municipality, while the expropriated person can be either natural or legal person owning land subjected to expropriation. Expropriated person can also be a public body, except the state.

4. DETERMINING PUBLIC BENEFIT

Ownership right is on one hand a fundamental human right which calls for absolute protection, but on the other hand it is also one of the property rights which regulate economic and social relations and therefore enjoys protection restricted by its economic, social and environmental function. Generally speaking, the restrictions because of the stated functions are called restrictions in public interest or restrictions for public benefit. Finding the balance between the interest of each individual owner and the public interest is one of the most important tasks of the politics and law, while at the same time this also means that the contents of the ownership right⁶ must be re-determined.

The notion of public interest changes in time and place, but as a rule it mainly denotes the interest of the society⁷.

The existence of public benefit is also a supposition of the constitutional admissibility of the expropriation according to the Article 69 of the Constitution. The notion of public benefit has therefore an autonomous constitutional meaning, which is embodied through defining the purposes of expropriation by the legislator. The legislator is thus obliged to regulate in detail the public benefit, especially the purposes of expropriation, in the individual areas. This defining is logically restricted by the Constitution⁸. Public benefit as the supposition of the admissibility of the expropriation comprises three elements:

- There must exist a real public need, which can be determined;
- Expropriation is inadmissible if the public need can be realised in any other way. Expropriation must be a suitable and at the same time inevitable means to attain the purpose.
- Public benefit must be proportional to the gravity of interference with ownership right due to expropriation⁹. If tenement house or agricultural land is expropriated, the gravity of interference is larger than in the seizure of woods or uncultivated land, which the owner did not use.

Test of proportionality has two stages; the first stage refers to abstract purposes of expropriation, the second to concrete cases. The abstract purposes of expropriation taken into consideration are: construction or take-over of a built public benefit or immovable property in common use; construction of infrastructure facilities for the needs of carrying out economic public services; construction or attaining buildings for the needs of non-economic public services (science, schools, culture, health care), of state authorities, municipalities; preservation of cultural heritage, natural sites of special interest; building of non-profit

6 Krisper Kramberger M.: Omejitve lastninske pravice v javnem interesu, *Pravnik* , No. 4-5, 1997, p. 147.

7 Ibidem.

8 Virant G. In *Comment on the Constitution*, p. 667.

9Ibidem , p. 668.

apartments or social housing, natural disaster protection; promotion of employment and economic growth, etc.¹⁰

Claim for public benefit in concreto is satisfied only if the purpose of expropriation authority meets the abstract legal purpose, if the existence of public need has been shown, and if the concrete project has been presented and determined.

The submitter or the expropriation beneficiary must provide reasons for planning of project on the specified land or prove that it does not own other suitable land. Before the expropriation takes place, the expropriation beneficiary must try to buy the land from its owner at market price.

5. ADEQUACY OF EXPROPRIATION PROCEDURE ACCORDING TO ZUREP-1

As expropriation is admissible only if the seizure of the ownership right over immovable property has been shown as public benefit, it is understandable that the expropriation beneficiaries can be either state or municipality.

Which one it will be in an individual case depends on performing activities in public benefit on the local level (local affairs) or performing activities in public benefit which fall under state jurisdiction.

Expropriation procedure begins by handing in the request for expropriation by the expropriation beneficiary. Expropriation beneficiary can submit a proposal for expropriation if it failed to obtain the immovable property upon agreement with its owner within 30 day after handing in the offer to buy the property.

Procedure of deciding on the request for expropriation consists of two stages, whereas the first stage begins with handing in the request and ends with the decision of allowing the expropriation procedure; but if expropriation has been refused the procedure ends at this stage. The second stage is completed with a decision to expropriate. The act limits the time of expropriation to take effect, as the expropriation beneficiary must fill in the request for expropriation in 4 years after the implementation of the spatial plan.

In the process from initiation of expropriation to the finality of decision on compensation following decisions are foreseen:

- decision on the beginning of the expropriation procedure, which is used by the administrative authority to determine whether the public benefit has been proved and to decide on the introduction of the expropriation procedure;
- decision of second instance authorities (Ministry for environment and spatial planning) on a complaint against the decision on the beginning of the procedure;
- verdict in the administrative dispute against the decision on the beginning of the expropriation procedure;
- decision on expropriation;

¹⁰ Ibidem, p. 670.

- decision of the appropriate ministry on the complaint against the decision on expropriation;
- verdict in the administrative dispute against the decision on expropriation; Two extraordinary legal remedies that can be used against the finality of the verdict in the administrative procedure are appeal on points of law and revision of the procedure.
- decision on determining the compensation, which is provided in the non-litigious civil procedure.

ZUreP-1 has extended the procedure regarding the one-stage procedure typical of former regulation¹¹ from the beginning of the expropriation procedure to the moment the expropriated person actually receives compensation. If we look closer at the procedure of expropriation, we can see that it could be rationalised. An ordinary legal remedy is already foreseen against the decision on the introduction of the expropriation procedure which states whether the public benefit has been proved and decides on the introduction of the procedure of expropriation. The jurisprudence of the constitutional court holds the position that the first instance authority has to carry out a special preliminary procedure¹² according to the provisions of Articles 145 and 146 of *Zakon o splošnem upravnem postopku* (General Administrative Procedure Act) and in accordance to which it has to give the expropriated person the possibility to make a statement on the facts and circumstances, to take part in the production of evidence and to be made familiar with the success of evidence production (principle of interlocutors hearing) . This kind of regulation can result in a procedure that can last for many years¹³.

After the decision on the beginning of the expropriation procedure enters into force, it is sent ex officio by the administrative authority to the court of competent jurisdiction (land register) to mark the beginning of the procedure in the land register. Until the procedure of expropriation has not been finally completed, the trade with immovable property is not allowed. In this stage the administrative authority can allow different types of preparation work, like the execution of the procedure for setting the boundaries of the land, land allotment, measurement, ground surveys, and other types of work.

11 In the former regulation of expropriation procedure in *Zakon o stavbnih zemljiščih* (Construction Land Act), which was abolished in 2003, the court decided on the expropriation in a non-litigious civil procedure. It delivered a decision against which no complaint was possible. The begin of the procedure was marked ex officio in the land register.

12 Special preliminary procedure is carried out in cases when certain actions in the procedure need to take place (examining the parties or witnesses, making an inspection, using the principle of interlocutors hearing, etc.) The procedure is applied whenever it cannot be decided upon in the abridged preliminary procedure. B. Grafenauer, J. Breznik: *Upravno pravo. procesni del : upravni postopek in upravni spor*, Ljubljana : GV založba, 2009, p. 441-443.

13 Administrative unit introduced the expropriation procedure with a part decision in November 2005. The expropriated person lodged a complaint against the decision, but it was dismissed by the Ministry for environment and spatial planning in the beginning of 2006. The expropriated person then initiated legal proceedings in the administrative dispute. Administrative Court decided to consent to the complaint and return the case and repeat it by the administrative authority, which has to carry out special preliminary procedure. If we consider the fact that the expropriated person will again have a chance to lodge the complaint in the special preliminary procedure, it is obvious that the regulation, which allows a complaint after the introduction of the procedure, is unreasonable.

In the second stage the expropriation is determined by a decision after the preliminary procedure. Contents of the decision are in detail regulated by the act which sets an accurate entry of immovable property as the basic component of the decision. According to Article 102 of ZUreP-1, decision on expropriation can comprise a provision in accordance with which the expropriated person is obliged to hand over the immovable property in a set period of time, if this is discussed by both parties. The deadline for handing over the immovable property, according to ZUreP-1 regulation, is not an obligatory component of the decision on expropriation, while determining the date of the work begin by the expropriation beneficiary is. It should be added here that if the determining of the date of the work begin is obligatory and is nevertheless affected by handing over the immovable property, the deadline for handing over the immovable property should also be included in the decision. I hold the opinion that the compensation of expropriated property should be regulated by the decision on expropriation. A complaint with a suspensive effect against the decision is permitted, whereas the appeal body has to decide on the complaint with priority¹⁴.

The act enables the administrative authority to decide, in addition to the 'common' expropriation procedure, on the request for expropriation with priority in an urgent procedure. In this case, the complaint against the decision does not stand the transfer of ownership right and the acquisition of the property, except if any other act states otherwise. The procedure is executed if a 'quick' acquisition of property is needed, according to all cases determined in Article 93 paragraph 1 and 2 of ZUreP-1¹⁵. Suggestion for an urgent procedure must be comprised in the request for expropriation; the beneficiary must state why he decided for it, what the use is and determine circumstances that demand quick acquisition of the property. Legislator did not set in the article regulating the urgent procedure the criteria or measures in detail, on the basis of which the urgent procedure can be carried out and the suspensive effect of the complaint excluded. Therefore a more suitable and detailed regulation of the act would be necessary, in consideration of the fact that the expropriated person cannot hinder the immediate transport of ownership right by handing in the complaint in the procedure of introducing the expropriation procedure¹⁶. The act states that the compensation in urgent procedure is set as per agreement or in a non-litigious civil procedure, whereas in the case of dispute the compensation is discussed in the legal procedure.

14 Deviation from the general principle of suspensivity is determined by the possibility to exclude the suspensive effect in the urgent expropriation procedures. Nevertheless, the basic rule of *Zakon o splošnem upravnem postopku* (General Administrative Procedure Act) is still valid, namely that administrative authority must decide on the complaint in 2 months after the complete complaint was lodged

15 Immovable property can be expropriated due to following reasons: construction of buildings for economic public infrastructure; construction of buildings for state defence needs, for the needs of storing state reserves, protection of citizens and their property from natural and other disasters; construction of building for the needs of non-economic public services as health care, education, culture, science and research; construction of non-profit apartments or social housing; reconstruction and demolishing of the stated buildings.

16 On the appropriateness of urgent procedure see: Teršek A.: *Argumenti o protustavnosti v Zakonu o urejanju prostora (ZUreP-1)*, *Pravna praksa* No. 37/2008, p. II-VII; Sodja V.: *Še o ZureP-1 in razlastitvi*, *Pravna praksa*, No. 45/2008, p. 8-12.

6. ACQUIRING THE OWNERSHIP RIGHT

Expropriation beneficiary acquires the ownership right over the expropriated property with finality of the decision on expropriation or with the decision or an agreement on the compensation (Article 103 of ZUreP-1). Statutory text determines two methods of acquirement that are regulated alternatively. According to the first method, the beneficiary acquires the ownership right the day the decision on expropriation has become final. The execution of the decision on expropriation and consequently also the transport of the ownership right over the expropriated property are bound by the finality of the decision valid on the day the deadline for the complaint to be filed in has expired if the complaint has not been lodged. If the complaint has been filed in but was not successful, the decision becomes final with the termination of the deadline for introducing proceedings which initiate the administrative dispute if the proceedings were not initiated. If the proceedings have been initiated, the finality of the decision is reached with a completed administrative dispute. According to the second method, the beneficiary acquires the ownership right over expropriated immovable property with the finality of decision or with the agreement on the compensation as seen in Article 106 of ZUreP-1, which suggests from its content that the final decision is obviously the decision which includes the content of the agreement on a compensation between the expropriated person and the beneficiary. The agreement on compensation can also represent the basis instead of the decision. Article 106 of ZUreP-1 states that administrative authority must summon the expropriation beneficiary and the expropriated person within 15 days upon the final decision on expropriation. In the case when the agreement has been concluded, the decision on expropriation can be final, meaning that the beneficiary has already acquired the ownership right. Regulation, based on which the beneficiary could acquire the ownership right with a conclusion of an agreement again with the agreement, is therefore inappropriate. It is also not stated that the expropriated person is obliged to hand over the immovable property.

Beneficiary can acquire the property on the expropriated immovable property only when he pays compensation or ensures the expropriated person property on the substitute immovable property, or after the date set in the decision on expropriation if the decision defines one.

7. COMPENSATION

Article 69 of the Constitution establishes a right to compensation in kind or monetary compensation. Compensation in kind is therefore of primary importance, and if the substitute immovable property is of the same value as the expropriated property, the expropriated person may not have the right to choose. A similar regulation, although not completely the same, for tenement buildings or their parts and for immovable property in use for professional and agricultural activities is seen in Article 107 of ZUreP-1.

For European Court of Human Rights the legitimacy of interference with the property is connected with the right to compensation¹⁷. The Constitution of Slovenia provides a full compensation which covers the whole loss and offers the expropriated person to re-establish his former property situation. Expropriation is an interference which shatters the balance

17 Krisper Kramberger M.: Omejitve lastninske pravice v javnem interesu, *Pravnik*, No. 4-5, 1997, p. 33.

between public and private interest. Each expropriation results in a special victim¹⁸ which the compensation should cover or should replace the loss. The function of the compensation is in enabling the expropriated person to acquire on the market object or right of the same kind and value which was taken from him. Compensation must consist of two parts; of compensation for the taken right and of compensation for 'collateral damage'¹⁹. The primary form of settlement should be monetary compensation, although in some cases the expropriated person should be given the right to demand compensation in kind²⁰. Expropriated person has the right to choose if his social security is being endangered. Compensation in kind is appropriate when expropriated building or its part is used for an apartment by the expropriated person. In this case, the expropriated person has the right to have the compensation primary ensured.

Compensation comprises the value of the immovable property together and other costs connected to the expropriation, as for example costs that arise when the expropriated person has to move out of his home, or when he has loss of profit during the moving out, and costs of the possible reduced value of the remaining immovable property.

Handing over the property is conditioned by the paid compensation or the ensured compensation in kind. Administrative authority which delivered the decision on expropriation must summon the expropriated person and expropriation beneficiary to conclude an agreement on compensation in kind or monetary compensation. Agreement can be handed in orally to the minutes of the administrative authority or be concluded in the form of a certified document.

If the agreement is not concluded in two months after the administrative authority has summoned the expropriated person and the expropriation beneficiary, either party can hand in a proposal to determine the compensation in kind or monetary compensation in a non-litigious civil procedure. However, there exists a problem in separating the stage of deciding on expropriation or the seizure of the ownership right from the stage of determining the compensation. The current regulation does not assure parallelism between the payment of compensation and the seizure of ownership right.

8. CONCLUSION

Through this contribution we wanted to draw attention to certain peculiarities and deficiencies in the regulation of the expropriation procedure in the Republic of Slovenia, although only a few institutes could be present due to space limitation. Legal regulation of the expropriation as the most powerful interference with the ownership right must, on one hand, assure the expropriated person just compensation in the shortest period of time, and on the other hand, it should assure the expropriation beneficiary to be able to acquire the ownership right in the shortest period of time.

Literature:

- Tratnik M: Razlastitev, Podjetje in delo, 7/2003, p. 1589.

18 Virant, ibidem, p. 681.

19 Ibidem, p. 683.

20 Comment on the Constitution, p. 681.

- Ude L.: Lastninska pravica v ustavi RS; Dnevi javnega prava, Portorož, 2003.
- Juhart M.: Omejitve lastninske pravice na nepremičninah zaradi doseganja prostorskih ciljev, Podjetje in delo, 6-7/2003, p. 1536 and titl.
- Rijavec V., Keresteš T., Vrenčur R., Knez R.: Pravna ureditev nepremičnin, GV Založba, Ljubljana 2006, p. 44-45.
- Krisper Kramberger M.: Omejitve lastninske pravice v javnem interesu, Pravniki, No. 4-5, 1997, p. 33, 147.
- Virant G. In Comment on the Constitution, Ljubljana, FPDEŠ, p. 667-668, 670, 681-683
- B. Grafenauer, J. Breznik: Upravno pravo. procesni del : upravni postopek in upravni spor, Ljubljana : GV založba, 2009, p. 441-443.
- Teršek A.: Argumenti o protiustavnosti v Zakonu o urejanju prostora (ZUreP-1), Pravna praksa No. 37/2008, p. II-VII.
- Sodja V.: Še o ZureP-1 in razlastitvi, Pravna praksa, No. 45/2008, p. 8-12.

Reviewer:
Božo Grafenauer

Contact – email:
tjasa.ivanc@uni-mb.si - maja.ekart@uni-mb.si

VZNIK POZEMKOVÉHO VLASTNICTVÍ CIVITAS ROMANA - ORIGINS OF ESTATE PROPERTY CIVITAS ROMANA

MIROSLAV FRÝDEK

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Příspěvek pojednává o vzniku pozemkového vlastnictví města Říma. Na jeho počátku stojí legenda o založení Říma, která je konfrontována s vědeckými poznatky o osídlování "území sedmi pahorků". Státní pozemkové vlastnictví Říma je spojeno se sulcus primogenius - první brázdou, která naznačila budoucí hranice města, a je označována jako pomerium. V příspěvku je rozebrána etymologie pomeria a jeho nábožensko - právní problematika, kdy se z náboženského vymezení stal právní základ státní suverenity (státní území) a ochrany římských občanů.

Key words in original language:

Pomerium; sulcus primogenius; římské právo; vlastnictví.

Abstract:

This paper deals with origins of estate property of town Rome. At the beginning there is a legend about foundation of Rome and it is confronted with the scientific researches about the settlement of "seven hills of Rome". The state estate property of Rome is connected with sulcus primogenius - first furrow that marked future limits of the town and that is called pomerium. The article analyses the etymology of pomerium and its religious and legal aspects and the moment when the religious delimitation became the origin of state sovereignty (state territory) and the protection of Roman citizens.

Key words:

Pomerium; sulcus primogenius; Roman law; proprietorship

Úvod

Téma tohoto příspěvku doufám ctí zadání pořadatelů konference COFOLA 2009, neboť jsem si z témat jednacích sekcí, ze kterých si bylo možno vybrat, vybral jednací sekci s vypsaným tématem "Nabývání majetku státem". Předpokládám, že v této jednací sekci bude převaha příspěvků z právního odvětví správního popř. občanského, ale z oboru právních dějin, resp. římského práva příspěvků moc nebude, a přesto bych nechtěl, aby byl starověký Řím a jeho právo opomenuto, neboť jeho myšlenkové bohatství je i do dnešních dnů studnicí inspirace a nedostižným vzorem moci zákonodárné.

Jak napovídá název příspěvku, "Vznik pozemkového vlastnictví civitas Romana", je jeho meritem první nabytí pozemkového vlastnictví civitas Romana - tedy to, co bylo uvnitř tzv. sulcus primogenius - první brázdy, kterou dle legendy vyoral Romulus s pomocí pluhu taženého bílou krávou a bílým volem, čímž naznačil hranice města, jenž bylo po něm pojmenováno. Příspěvek se zaměřil na první nabytí území - pozemku, na kterém se rozkládal Řím.

Založení či zakládání Věčného města?

Tradiční datum založení Říma je rok 753 př.n.l. Na to, jak byl Řím založen existuje dostatek jak pramenného materiálu, např. Dějiny Tita Livia a Tacitovy Letopisy, ale také archeologický materiál - vykopávky, které nás spravují o prvních počátcích Říma. Při psaní tohoto příspěvku mám neustále na paměti slova Liviova: "Taková shovívavost se dává starobylým časům, aby mísily lidské počátky měst s božskými a činily je tak vznešenějšími"¹. Legendu o založení Říma chci konfrontovat s vědeckými poznatky o vzniku Říma, ale po konfrontaci legendy a vědecké hypotézy stejně dojdeme k závěru, že rámec vytvořený legendou se stal podkladem pro právní úpravu.

Vznik Říma je v římské tradici brán jako jednorázové založení a zprávu o tomto založení nám např. podává Titus Livius, Marcus Terentius Varo (Varovo dílo Římské starožitnosti se nedochovalo, ale je velice často citováno, Varo je i autorem roku 753, jako roku, kdy byl založen Řím). Z řecky píšících autorů, kteří podávají zprávu o jednorázovém založení Říma je to Dionysios z Halikarnassu a Diodoros Sicilský. Základem založení Říma bylo tzv. pomerium - jeho etymologii nám velice podrobně podává Livius ve svých Dějinách I. 44, dále je o něm v Liviových Dějinách zmínka v I. 26, II. 52. V Tacitových Letopisech je to pak v XII. 23 a 24. Dále se o pomeriu resp. o právní platnosti pomeria dovídáme od Cicerona v jeho Předtuchách a výstrahách (De divinatione) II. 35. Dále je zmínka o pomeriu ve Varrově Lingua Latina V. 33, a také Dinysyos z Halikarnassu se zmiňuje o pomeriu ve fragmentu IV.13. Co se týká pomeria, tak jsou o něm publikovány např. studie profesora Rolanda G. Kenta z Pensylvánské univerzity - The etymological meaning of pomerium², nebo také studie Samuela Balla Platnera (kompletace a revize Thomas Ashby)³ a také studie Williama Smithe⁴.

Legenda o založení Říma je tedy taková, že dvojčata Romulus a Remus po té co vyvrátili moc Amulia v městě Alba Longa a předali moc Numitorovi, tak je přepadla touha založit město na místě, kde byli pohozeni a vychováni a s sebou odvedli nadbytek lidu albanského a latinského⁵. Tam také, po známé rozepři mezi bratry, založil Romulus nové město a obřadně jeho nové hranice naznačil první brázdou - sulcus primogenius - tedy pomeriem. Tedy legenda je taková, že Romulus došel do liduprázdného údolí mezi sedmero pahorky, kde protékal Tiber a tam se se svým průvodem usadili a byl založen Řím.

Proces vzniku Říma jak dokazují archeologické vykopávky a archeologické nálezy tak jednorázový, jak jej líčí legenda, nebyl. Co se týká vzniku Říma, tak je jeho vznik označován termínem synoikismus. Synoikismus pochází z řeckého výrazu synoikismos (-mu), podle athénské tradice spojení autonomních státeků v Attice ve státní jednotu kolem hradu Kekropie (Akropolis), na jejímž úbočí vyrostlo město Athény⁶. Různí archeologové a vědci předkládají několik hypotéz datace vzniku osídlení v místech, kde je starověký Řím, např. H. Müller - Karpe klade počátek osídlení do počátku 10. století př. n.l., M. Pallotino do poslední

¹ Livius. Dějiny I.: Nakladatelství Svoboda, 1971, přeložil Pavel Kucharský a Čestmír Vránek, str. 40

² dostupné na adrese:

http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/journals/TAPA/44/Pomerium*.html

³ dostupné na adrese

http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Gazetteer/Places/Europe/Italy/Lazio/Roma/Rome/Texts/PLATOP*/Pomerium.html

⁴ dostupná na adrese:

http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA*/Pomoerium.html

⁵ Livius. Dějiny I.: Nakladatelství Svoboda, 1971, přeložil Pavel Kucharský a Čestmír Vránek, str. 47

⁶ kolektiv autorů: Slovník antické kultury, Nakladatelství Svoboda, 1974, str. 59,1 heslo synoikismos

čtvrtiny 9. stol. a E. Gierstad do první poloviny 8. století. Synoikismus Říma měl pět základních fází: 1) nejdříve byl osídlen pahorek Palatinus - kde je nejstarší římská svatyně. Toto osídlení vzniklo sloučením osad pastevců, avšak pohřebiště bylo mimo území. Na Palatinu byla uctívána bohyně pastevců Pales a 21. dubna (což je i datum, kdy byl podle legendy založen Řím) se konaly slavnosti na její počest. Tyto slavnosti se nazývaly parilia. 2) druhou fází bylo tzv. Septimontium - neboli spojení sedmi osad na čtyřech pahorcích (jiných a menších než je pozdějších sedm pahorků římských⁷). Zde byly slaveny slavnosti Lupercalia⁸, 3) ve třetí fázi došlo ke spojení pahorků montes a bažin cloes, které byly vysušeny. V této fázi se již dá hovořit o vzniku Říma na sedmi pahorcích. 4) urbanizace, ač se jednalo o vcelku rozlehlé území, které bylo osídleno osadami Etrusků, Sabinů a jiných kmenů, tak teprve usilím a hegemonií v oblasti, kterou získali Etruskové se z této osídlené oblasti stalo město, kterému vládli králové (Etruskové). Začaly se stavět dlážděné ulice, dřevěné domy byly nahrazeny domy s kamenými podezdívkami, vzniká forum Boarium, forum Romanum. vznikají první kamenné chrámy, stavěné podle etruských vzorů, především chrám Iova Kapitolského, okrouhlý chrám bohyně Vesty, kde hořel státní oheň, a chrám bohyně Fortuny. 5) poslední fáze je označována jako civitas - nebo-li vznik městského státu. Z výše uvedeného stručného exkursu vývoje osídlení je zřejmé, jak Řím vznikl, lépe řečeno vznikal. V následujícím textu již budou rozebrány především neprávní prameny a z nich plynoucí právní úprava vzniku pozemkové vlastnictví městského státu Řím. Jak jsem výše citoval Liviova slova a mísení ryze lidských počátků měst s božskými, tak musím poznamenat, že tato oblast římského práva je snad nejvíce protkána božským právem a jeho normami, tedy částí římského práva označovanou jako fas.

Vznik státního pozemkového vlastnictví

Založením či vznikáním Říma, nám vyvstává otázka "státní suverenity", podle Jellinkovy tzv. tříprvkové teorie je stát tvořen třemi prvky 1) státním územím, 2) obyvatelstvem a 3) státní mocí. Samozřejmě, že tuto novověkou teorii nemůžeme absolutně aplikovat na období vzdáleného starověku, ale přece jen jsme schopni ji aplikovat na vznik Říma; 1) státní území římské vzniklo vyoraním první brázdy - sulcus primogenius, tím se nový městský stát - civitas vydělil oproti ostatním městským státům (Lavinium, Alba Longa aj.) a tím vzniklo "římské státní území" a tím tedy vzniklo i první pozemkové vlastnictví státu, 2) obyvatelstvo - to je dle legendy o založení složeno z Albanů a Latinů, kteří odešli z Lavinia a Alby Longy a přidali se k dvojčatům Romulovi a Removi a stali se tak prvními občany Říma - tedy Římany, a konečně 3) státní moc byla vykonávána prvním králem - Romulem, který jak praví Livius ve svých Dějinách I.8 dal obci ústavu, neboť jen zákony mohl lid srůst v tělo jednoho národa a proto jim dal právní řád⁹.

Tato brázda, kterou Romulus vyoral a tím vyznačil polohu města se nazývá pomerium. Pomerium je posvátná hranice starověkých sídlišť, která oddělovala "svět", který je pod

⁷ Grant.M.: Dějiny antického Říma, Nakladatelství BB Art, 1999, str. 28 - 29

⁸ Lupercalia (-ií), slavnost konaná 15. února na počest boha Fauna jako ochránce stád před vlky. Jeho kněží, zvaní Luperkové, očisťovali pastýře a stáda. Očistu konali symbolicky u dvou mladíků, kterým na čele dotykem obětího nože udělali krvavé znamení, očistili skvrnu vlnou a očisťování se zasmáli. Obřad měl očistit pastýře a stáda a přinést plodnost a úrodnost. Luperkové pak rozřezali kůže obětovaných zvířat na řeménky, oděli se jen kozlími kůžemi a běhali po svahu Palatina, kde byla jeskyně (luperkál), zasvěcená Faunovi. Každého na potkání mrskali „pro štěstí“. Zejména ženy vyhledávaly setkání s kněžími, neboť věřily, že tím získají štěstí a plodnost v manželství; zdroj Kolektiv autorů: Slovník antické kultury, Praha, Svoboda 1974, heslo „lupercalia“ (ií).

⁹ Livius. Dějiny I., Nakladatelství Svoboda, 1971, přeložil Pavel Kucharský a Čestmír Vránek, str. 50

ochranou bohů a svět, kde jsou obyvatelé bez božské ochrany. Později se toto pomerium stalo nejenom nábožensko-ochranou hranicí, ale také hranicí právní (např. za pomeriem nebylo možno aplikovat provokační právo a také zde tribunové lidu nemohli použít své právo intercesse). Tato posvátná hranice Říma znázorňovala prakticky i celou římskou říši, neboť bylo možné v případě velkého rozšíření území posunout i pomerium, na znamení rozšíření říše, to učinil např. Lucius Cornellius Sulla a Gaius Iulius Caesar, Augustus, Nero, Trajan, Aurelian¹⁰. O tomto rozšíření města a tím i posunutí pomeria se dovídáme díky Tacitovým Letopisům XXII. 23: "Bylo usneseno, aby věštění obecného blaha, pětasedmdesát let opomíjené, bylo obnoveno a konáno nadále. Císař (pozn. Claudius) též rozšířil obvod města podle dávného zvyku, který dovoluje těm, kdo zvětšili říši, dále posunout také hranice města. Ale římskí vojevůdcové, ačkoli podrobili velké národy, neuplatnili toto právo vyjma Lucia Sullu a zbožněného Augusta."¹¹

Jak je již uvedeno výše, tak etymologii pojmu pomerium nám podává Livius ve svých Dějinách I. 44 a to následovně: "Název pomerium vykládají ti, kdo přihlíží jenom k významu tohoto slova, jako postmoerium, to je záhradbí. Je to však spíše ohradbí, to je místo, které při zakládání měst kdysi Etruskové zasvěcovali pozorování věštných ptáků s určitými mezníky dokola tam, kudy chtěli vést hradbu; měli úmysl, aby se ve vnitřní části nestavěly budovy těsně u hradeb - nyní je obvykle k sobě spojují - a aby také zevně se prostírala nějaká půda nedotčená lidským obděláváním. Tento prostor, který nebylo povoleno obývat, ani orat, nazvali Římané pomerium čili záhradbí, ale ne proto, že byl za hradbou - spíše že hradba byla za ním. Při vzrůstání města vždycky o kolik měly hradby postoupit vpřed, o tolik byly posouvány vpřed tyto posvátné mezníky"¹². Pomerium je tedy dle Liviova popisu vytyčené území města, které bylo přejato od Etrusků, kteří toto území zasvěcovali pozorováním auspicií. Když později nebylo pomerium totožné s hradbami města bylo vytyčeno posvátnými mezníky a při rozšiřování města se vždy posouvaly vpřed i tyto mezníky. O pomerium nám zprávu podává i Tacitus ve svých Letopisech XII. 24: "... poznat počátek založení i obvod města, jak jej ustanvil Romulus. Od Dobyčtího trhu (forum Boarium), kde spatřujeme kovovou sochu býka, poněvadž se tento druh zvířat zapřahá do pluhu, byla vedena brázda k označení města (sulcus designandi oppidi coeptus) tak, že zahrnovala veliký oltář Herkulův. Odtud byly v určitých vzdálenostech od sebe zasazeny mezníky na úpatí Palatinského pahorku; u Cosova oltáře, dále u starých kurií, pak u svatyněky Larů; Římské náměstí (forum Romanum) však a Capitolium nepřipojil k městu, jak se věřilo, Romulus, nýbrž Titus Tatius. Později byl obvod města podle poměrů rozšiřován. které hranice mu tehdy stanovil Claudius, dá se snadno poznat a je to zapsáno ve veřejných knihách"¹³. O funkci pomerium nebo jak je pomerium překládáno - "uvnitř hradeb" se dovídáme z řeči Marca Furia Camilla vedené proti přesídlení Římanů do Vejí (Livius: Dějiny V. 51 a násl.): " Cožpak i ty druhé posvátné úkony, které vykonáváme pro zkoumání vůle bohů skoro všechny uvnitř hradeb? Na ty máme zapomenout nebo jich nedbat? A kde můžeme konat sněm svolávaný podle skupin rodů - kurií, který obstarává vojenské záležitosti, kde má zasedat sněm setninový, na němž volíme konsuly a tribuny vojenské - leda tam, kde se tak děje odedávna podle zvyku, a to po vyzkoumání vůle bohů! I ty přeneseme do Vejí? Anebo se

¹⁰ viz. poznámka 3, studie S. B. Platnera, dostupná na:

http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Gazetteer/Places/Europe/Italy/Lazio/Roma/Rome/Texts/PLATOP*/Pomerium.html

¹¹ Tacitus: Letopisy, Nakladatelství Svoboda, 1975, přeložil Ant. Minařík a Ant. Hartmann, str. 302

¹² Livius. Dějiny I., Nakladatelství Svoboda, 1971, přeložil Pavel Kucharský a Čestmír Vránek, str. 101

¹³ Tacitus: Letopisy, Nakladatelství Svoboda, 1975, přeložil Ant. Minařík a Ant. Hartmann, str. 303

bude národ scházet ke konání sněmů za takových překážek sem, do tohoto města opuštěného od bohů i lidí?"¹⁴

Pomerium mělo svůj vlastní právní režim, které spadalo do augurského práva - *ius augurum*, M.T. Cicero jej ve spise *De divinatione* II. 35 nazývá jako "právní platnost pomeria"¹⁵, neboť jak píše M.T. Cicero v *De divinatione* na stejném místě: "...augurské právo bylo později přece zachovááno a udržováno z důvodů státních, ač se zprvu zakládalo jen na víře v boží řízení"¹⁶

Pomerium jako místní příslušnost magistrátů

Pomerium je náboženská hraniční čára místa, které je předurčeno pro založení města. Římané ji převzali od Etrusků u kterých bylo pomerium vyznačené místo, kde se konala *auspicia*, nebo-li věštění z letu ptáků. Podle legendy i o prvním králi Říma rozhodla *auspicia*. Řím tedy dle legendy, která přešla do právního zakotvení "statutu" Říma bylo místo, kde byla provedena Romulem a Remem *auspicia* a později se stala územím městského státu Řím. Jak píše Smith¹⁷, tak zvyk pomeria byl společný Latinům a Etruskům, jednalo se o zvyk z nejstarších časů, v místech, kde mělo být založeno město. Jakmile jsme se tedy dostaly k založení města, tak vyvstává otázka úřední moci, resp. místní příslušnosti úředníků národa římského neboť, kde je místní příslušnost a působnost, tam je i území, které je pod svrchovanou mocí. Úředník národa římského působil buď ve městě *domi* nebo mimo město *militiae, belli*; hranicí bylo pomerium. Toto rozlišování vyplynulo z původního rázu římské říše jako městského státu. Úřední úkony konané ve městě uvnitř pomeria a v okruhu Říma až do jedné míle, pokládaly se za úkony *civilní - domi*, ostatní pak byly úkony vojenské - *militiae*, i když nešlo jen o válku, nýbrž třeba o akty správní nebo soudní. Označení *militiae* nebo *belli* byly pozůstatkem staré doby, kdy zpravidla působnost římských úředníků mimo město byla rázu vojenského. Toto rozlišování bylo důležité zejména proto, že tribunská *intercesse* a právo *provokační* platilo jen *domi*¹⁸.

Pomerium versus murus

Jak je vyloženo výše, tak pomerium a hradby města Říma nebyly totožné, ale oběma pojmům, pomerium a murus, -i, (m) - hradby, se dostalo stejné právní ochrany. Pomerium byla zjednodušeně řečeno "rýha v zemi" a hradby byly opevněním. Hradby jako hmotná věc dostaly svou právní ochranu a byly v systému římského práva zařazeny do *res sanctae*. Gaius II, 8 : Také *res sanctae*, například hradby a brány, jsou svým způsobem věci božského práva. 9. To však, co je božského práva, není majetkem žádného (člověka)¹⁹. O posvátnosti hradeb se dovídáme i z *Digest* a to z fragmentu *Dig. 1.8.11. Pomponius 2 ex var. lect: Si quis violaverit muros, capite punitur, sicuti si quis transcendet scalis admotis vel alia qualibet ratione. Nam cives romanos alia quam aper portas egredi non licet, cum illud hostile et abominandum sit: nam et Romuli frater Remus occisus traditur ob id, quod murum*

¹⁴ Livius. Dějiny I., Nakladatelství Svoboda, 1971, přeložil Pavel Kucharský a Čestmír Vránek, str. 108

¹⁵ Cicero, M.,T.: Předtuchy a výstrahy, Olomouc, VOTOBIA, 1996, 161-162, přeložil Josef Hruša

¹⁶ tamtéž

¹⁷ viz. poznámka č.4, text dostupný na:

http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA*/Pomoerium.html

¹⁸ Groh, V.: Život v antickém Římě, Praha, Státní pedagogické nakladatelství, 1967, str. 31 - 32

¹⁹ Gaius: Učebnice práva ve čtyřech knihách, Masarykova univerzita, 1981, přeložil Jaromír Kincl, str. 78

transcendere voluerit²⁰, tedy: Každý, kdo násilně poruší hradby, bude potrestán smrtí, stejně tak (bude potrestán) pokud někdo překročí hradby pomocí žebříku či jakýmkoli jiným způsobem. Římským občanům není povoleno odejít z města jinak než branami: jiný způsob opuštění města je považován za nepřátelský a prokletý, neboť se traduje, že Romulův bratr Remus byl zabit neb úmyslně překročil hradby (v místě, kde nebyla brána). Toto překročení bylo vlastně narušení suverenity nového městského státu a trest za toto jednání byla smrt. Je tedy zřejmé, že do právní úpravy i do legendy se dostalo to, že Remus překročil hradby, které tam však nebyly a nemohly být, protože Romulus "teprve" vyoral sulcus primogenius, a oba termíny se postupně smísily, jen pomerium zůstalo místem pro konání auspicií - tedy šlo o specifický výraz, který označoval vyhraničené místo určené ke konání náboženských úkonů a hradby jako to, co bránilo město, byly označeny za res sanctae a tím též spadaly do ius divinum, stejně jako pomerium. K záměně termínů pomerium a murus došlo patrně z důvodu jejich těsného sousedství a stejného účelu - vyhraničení určitého území.

Závěr

Ve výše uvedeném konferenčním příspěvku, v němž bylo pojednáno o pomeriu a místní příslušnosti magistrátů ve starověkém Římě, bylo rozebráno první nabytí územního vlastnictví státem - Římem s paradigmatem jednacích sekce - nabývání majetku státem. Jelikož meritem příspěvku je starověký Řím a jeho právní úprava tzv. první brázdy - sulcus primogenius, jsou zde jiná měřítka na pojem státu a státního území než je v moderní právní vědě. Snažil jsme se skloubit archeologické poznatky o vzniku Říma a ty porovnat s legendou o založení Říma, tak jak je podávána ve starověkých pramenech. Nakonec se ukázalo, že legenda a legendární počátky civitas Romana se promítly i do právní úpravy. Pomerium se v podmínkách římských přeměnilo z etruského prostoru pro konání auspicií do místa ohraničujícího městský stát a tím vnějšímu světu ukazující jeho vydělení oproti ostatním civitas. Městský stát nebyl jen městem a státem v jednom, ale také byl útočištěm pro své obyvatele, které chránily nejenom hradby, ale také bohové, kteří uvnitř města poskytovali ochranu. Jak i v jiných oblastech života tak i zde došlo k posvěštění náboženského orákula a z posvátné hranice pomeria se stala hranice jurisdikce a místní příslušnosti úředníků národa římského.

Literature:

- Groh, V.: Život v antickém Římě. Praha, Státní pedagogické nakladatelství, 1967
- Cicero, M.T.: Předtuchy a výstrahy. Olomouc, VOTOBIA, 1996, ISBN 80-7198-056-0
- Tacitus: Letopisy. Praha, Nakladatelství Svoboda, 1975, přeložili Ant. Minařík a Ant. Hartmann
- Livius. Dějiny. Praha, Nakladatelství Svoboda, 1971, přeložili Pavel Kucharský a Čestmír Vránek
- Gaius: Učebnice práva ve čtyřech knihách, Masarykova univerzita, 1981, přeložil Jaromír Kincl, ISBN 80-210-2196-9

²⁰ latinské znění převzato z <http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest1.shtml>

- kolektiv autorů: Slovník antické kultury. Praha, Nakladatelství Svoboda, 1974
- Pescarinová, S.: Řím, Archeologický průvodce po antickém Římě. Dobřejovice, REBO PRODUCTIONS CZ, s.r.o., 2000, ISBN 80-7234-153-7
- Grant, M.: Dějiny antického Říma. Praha. Nakladatelství BB art, 1999, ISBN 80-7257-009-9
- kolektiv autorů: Antický Řím. Bratislava, Tatran, 1967
- kolektiv autorů: Poklady starobylých civilizací. Praha, Euromedia Group, k.s., 2006, ISBN 80-242-1728-7
- Skřejpek, M.: Ius et religio. 999, Pelhřimov, 1999, ISBN 80-901064-8-X
- Pečírka, J. a kol. Dějiny pravěku a novověku, Praha, 1979
- Pečírka, J., a kol. Dějiny pravěku a starověku, Praha 1979
- Groh, V.: Starý Řím. Praha, Státní pedagogické nakladatelství, 1931
- Groh, V.: Řím, studie o jeho počátcích, Praha, Státní pedagogické nakladatelství, 1923
- Pražák, Novotný, Sedláček: Latinsko - český slovník, Praha 1933
- Hattenhauer, H.: Evropské dějiny práva. C.H. Beck, 1998, 2. vydání, ISBN 80-7179-056-7
- Dobiáš a kol.: Dějiny lidstva od pravěku k dnešku. Římské impérium, jeho vznik a rozklad, Praha. 1936
- www.thelatinlibrary.com
- http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Gazetteer/Places/Europe/Italy/Lazio/Roma/Rome/_Texts/PLATOP*/Pomerium.html
- http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA*/Pomoerium.html
- http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Dionysius_of_Halicarnassus/home.html
- <http://www.archive.org/stream/dionysiouhalikar00dion>
- <http://www.fordham.edu/halsall/ancient/asbook.html>

*Dávid R., Neckář J., Sehnálek D., (Editors). COFOLA 2009: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4821-8*

Reviewer:
Pavel Salák jr.

Contact – email:
frydekjr@volny.cz

HROMADA KAMENÍ

PAVEL SALÁK

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

V roce 2005 uložil městský úřad v Benešově státnímu podniku Lesy České republiky, aby zabezpečil zříceninu hradu Stará Dubá. Jelikož našem právním řádu však neplatí zásada „superficies solo cedit“, může být vlastník stavby a vlastní pozemku osobou odlišnou. Je otázka, jestli zřícenina hradu je samostatnou stavbou či je součástí pozemku.

Key words in original language:

Hrad; stavba; památka; superficies solo cedit; příslušenství; vlastnictví.

Abstract:

In the year 2005, the Municipal Office in Benešov placed a duty on the Forests of the Czech Republic to care for the monument Stará Dubá under the State Monument Preservation Act. There is no principle „superficies solo cedit“ in czech legal order and therfor is possible, that the owner of a building and the owner of a land are different. The question is – is really the ruin of a castle building, or a part of land.

Key words:

Castle; historical monument; superficies solo cedit; building; pertinence; ownership.

Naprostá většina vlastnických sporů, která je vedena, spočívá v tom, že obě strany tvrdí, že právě oni jsou vlastníky. Čas od času se však vyskytne i situace opačná, tedy kdy naopak obě strany tvrdí, že vlastníkem je právě ta druhá. Tak je tomu velmi často v situacích, kdy jde o otázku vlastnického vztahu ke kulturním památkám. Tyto stavby totiž zpravidla pro vlastníka znamenají v zásadě jen zvýšené výdaje. Takovýmto případem je i spor o vlastnictví hradu Stará Dubá, který byl na počátku roku 2009 rozhodován u Nejvyššího správního soudu ČR.

Hrad Stará Dubá / původně Dubá¹ leží v údolí řeky Sázavy mezi obcemi Hvězdonice a Zlenice. Tento hrad vznikl v druhé polovině 13. stol., kdy jej založil někdo z členu panského rodu Benešoviců a dal tak za vznik rodu pánů z Dubé. Prvním doloženým majitelem hradu s tímto přídomkem byl r. 1283 Ondřej. Toto jméno bylo v rodě pánů z Dubé časté, jeden z jeho stejnojmenných potomků² za vlády Karla a Václava IV zastával úřad nejvyššího sudího a je autorem jedné z našich nejvýznamnějších právních knih zemského práva: Výkladu na

¹ Viz např. Durdík, T., *Ilustrovaná encyklopedie českých hradů*. 1. vydání, Praha: Libri 1999, s. 511-512. Durdík, T., *Ilustrovaná encyklopedie českých hradů. Dodatky*. 1. vydání, Praha: Libri 2002, s. 90; Durdík, T., *Ilustrovaná encyklopedie českých hradů. Dodatky 2*. 1. vydání, Praha: Libri 2005, s. 104 a literaturu tam citovanou.

² Tento Ondřej z Dubé však nesídlil na hradě Dubá, nýbrž na nedalekých Zlenicích. K proměnlivosti predikátů a jejich vztahu ke skutečným sídlům a majetkům viz Knoll, V., *Predikát*. In: Durdík, T. *Ilustrovaná encyklopedie českých hradů. Dodatky 2*. 1. vydání, Praha: Libri 2005, s. 85–87.

práva zemská česká.³ V neklidných letech na přelomu 14. a 15. stol. se hradu zmocnil loupeživý rytíř Zúl z Ostředka a hrad musel být v r. 1404 obležen zemskou hotovostí a dobyt. Hrad byl ještě obnoven, ale definitivní zánik přinesly války panské jednoty a Jiřího z Poděbrad, který r. 1467 hrad oblehl, dobyl a pobořil. Další zprávy z let 1525 a 1554 hovoří o hradě jako o pustém a k r. 1648 se hrad připomíná jako zřícenina poprvé pod názvem Stará Dubá.⁴ Jakkoliv hrad někdy na počátku 16. stol. definitivně zanikl, panství Dubá existovalo nadále, střídalo majitele až do 20-tých let 20. stol., kdy v rámci pozemkové reformy přešlo na stát.

Z hlediska hradní architektury patří hrad Stará Dubá k velmi výjimečným stavbám.⁵ V době, kdy vznikl, patřil mezi nejvýznamnější a rozlohou celého areálu i největší hrady u nás. Vedle královských lokalit snese srovnání například s Příběnicemi jihočeských Vítkovců. Dále si je třeba uvědomit, že zmiňovaný komplex Staré Dubé nezahrnuje pouze hrad, ale k němu přiléhající zázemí, tedy v údolí pod hradem ležící zbytky městečka Odranec a k tomu ještě na dvou místech zachovalá oblévací opevnění z r. 1467. Celou skutečnost významu doplňuje i fakt, že hrad Stará Dubá je tzv. zavřeným hradem, což z něj činí i potenciální velmi významnou archeologickou lokalitu.⁶

Celý spor o vlastnictví hradu byl odstartován v r. 2005, kdy dne 16. srpna rozhodl městský úřad v Benešově /č.j. 11717/05 / dle § 10 odst. 1 zákona č. 20/1987 Sb., o státní památkové péči, ve znění pozdějších novel, o povinnostech vlastníků pozemků a osob oprávněných k hospodaření s majetkem státu ve vztahu k areálu podhradního městečka Odranec a hradu Stará Dubá /katastrální území Přesnavlky u Čerčan a Lštění/. Tímto rozhodnutím byla Lesům české republiky /dále též jako Lesy ČR/ uložena povinnost obnovit opevnění areálu zříceniny hradu Stará Dubá. Ze strany Lesů ČR bylo proti tomuto rozhodnutí podáno odvolání, které však mělo za následek pouze to, že odvolací orgán - Krajský úřad Středočeského kraje – provedl svým rozhodnutím opravu nesprávných údajů a zpřesnění ukládaných opatření, nicméně s názorem městského úřadu v Benešově se ztotožnil. Povinnosti uložené státnímu podniku Lesy ČR byly stanoveny především na odstraňování náletových dřevin a na povinnost zadat zpracování průzkumu a památkové koncepce oprav areálu.

Proti tomuto rozhodnutí byla státním podnikem Lesy České republiky podána žaloba u Městského soudu v Praze, který se však rovněž neztotožnil s jeho námitkou, že hrad je samostatnou stavbou a nikoliv příslušenstvím daného pozemku. Proti tomuto rozhodnutí z 28. května 2008 byla podána státním podnikem Lesy České republiky kasační stížnost k nejvyššímu správnímu soudu pro nesprávné posouzení právní otázky a pro vady správního řízení, které spočívaly v tom, že popsána skutková podstata, z níž správní orgán vycházel,

³ Blíže k této právní knize a osobě jejího autora viz Čáda, F./ed./ Nejvyššího sudího království českého Ondřeje z Dubé práva zemská česká. Praha: Česká akademie věd a umění, 1930.

⁴ Durdík, T., Ilustrovaná encyklopedie českých hradů. 1. vydání, Praha: Libri 1999, s. 511.

⁵ Durdík, T., Ilustrovaná encyklopedie českých hradů. 1. vydání, Praha: Libri 1999, s.512

⁶ Zavřený hrad je termín používaný pro jeden ze způsobů zničení hradu. Postup byl zpravidla takový, že došlo ke stržení velké hradní věže, jejíž trosky pak následně zavalily zbytek hradu a vytvořily nad ním jakýsi kopec. Díky tomu leckdy došlo k tomu, že pod tímto závalem zůstal hrad zachován někdy i do výše druhého patra. Viz Durdík, T., Ilustrovaná encyklopedie českých hradů. 1. vydání, Praha: Libri 1999, s. 620-621.

neměla oporu ve zjištěných skutečnostech. /§ 103 odst. 1 písm. a), b) s.ř.s./.⁷ Dne 22. ledna 2009 v neveřejném zasedání Nejvyšší správní soud ČR tuto stížnost v plném rozsahu zamítl.

Je otázkou, proč státní podnik tak zarputile bojuje, aby nebyl určen jako osoba odpovědná o péči hradu. Zaráží to o to víc, že na svých vlastních stránkách hrdě prezentuje, jak se podílel na rekonstrukci vápenky u cesty z Javorníku do Travné⁸ – i s ohledem na tuto skutečnost všechny argumenty uváděné Lesy ČR postrádají opodstatnění. Lze jen stěží považovat za součást pozemku téměř osmimetrovou stavbu šachtovité vápenky na straně jedné a na straně druhé tvrdit, že sporé zbytky zdí hradu jsou samostatnou stavbou.

Důvod je poměrně logický – peníze. Ačkoliv úkoly vytýčené příslušnými orgány státní správy směřují pouze ke konzervaci stávajícího stavu, dle vyjádření prof. Tomáše Durdíka, našeho předního kasteologa: „...u takového mastodonta, jakým je Stará Dubá, jsou i toto ohromné částky...“⁹ Druhým faktorem je i skutečnost, že na pozemcích Lesů ČR stojí velké množství podobných zřícenin a tímto judikátem tak obce získaly velmi silnou zbraň, jak zajistit tyto památky a přitom neinvestovat vlastní sílu a zdroje. Jakkoliv Lesy ČR mají speciální zdroj, tzv. Program 2000,¹⁰ z něhož jsou podobné investice hrazeny, případné náklady na opravu všech památek zdaleka přesahují finanční rámec tohoto fondu.¹¹ Tato obava ostatně zazněla i ve zpravodajském pořadu Události dne 8. 2. 2009 od bývalého ředitele státního podniku Jiřího Nováka.¹²

Jádrem celého sporu je otázka, zda zříceniny hradu Stará Dubá jsou či nejsou samostatnou stavbou.

Základem tohoto problému je fakt, že v r. 1950 byla tzv. Středním občanským zákoníkem porušena zásada „*Superficies solo cedit*“ a od účinnosti tohoto zákoníku je tedy možné, aby vlastník pozemku a stavby na pozemku, byly osoby rozdílné /§2 zákona 141/1950 Sb./. Zmiňovaná zásada je jedním z významných axiomů, který římské právo odkázalo právním řádům kontinentální Evropy. Skutečnost, že osoba, která je vlastníkem pozemku je zároveň vlastníkem všeho, co je pevně spojeno s tímto pozemkem usnadňovala fungování právních vztahů a přispívala rovněž k větší právní jistotě. Jakkoliv i římské právo poskytovalo určitou výjimku z tohoto pravidla – institut *superficies*, tedy právo stavby na cizím pozemku.

⁷ Podle odůvodnění rozsudku však byla splněna pouze podmínka pro písm. a).

⁸ Lesy ČR opravily unikátní vápenku v Javorníku, Hradec Králové, 28. 10. 2008, dostupné z: http://www.lesy-cr.cz/cs/tiskove-centrum/aktualni-tiskove-zpravy.ep/719_1980-lesy-cr-opravily-unikatni-vapenku-v-javorniku/3/, 20. 4. 2009, 20hod.

⁹ Rozhovor autora s prof. PhDr. T. Durdíkem, DrSc. po jeho přednášce v Senohrabech dne 5. 4. 2009.

¹⁰ Program slouží k financování obnovy a údržby turistických cest a stezek, naučných stezek, odpočinkových míst, studánek, kulturních památek a mnoha dalších aktivit v lesích. Lesy ČR opravily unikátní vápenku v Javorníku, Hradec Králové, 28. 10. 2008, dostupné z: http://www.lesy-cr.cz/cs/tiskove-centrum/aktualni-tiskove-zpravy.ep/719_1980-lesy-cr-opravily-unikatni-vapenku-v-javorniku/3/, 20. 4. 2009, 20hod.

¹¹ V roce 2008 bylo v rámci tohoto projektu v krajích investováno asi 60 milionů korun, jen v případě zmiňované vápenky činily náklady na rekonstrukci cca 800 tisíc korun, viz tamtéž.

¹² Pořad Události dne 8. 2. 2009 dostupné z: <http://www.ct24.cz/vysilani/2009/02/08/1097181328-209411000100208-19:00-udalosti/5/>, 22. 5. 2009, 19hod.

Nicméně jak bylo řečeno, je to institut výjimečný. Vznik tohoto institutu byl vyvolán nedostatkem volné půdy a proto nejprve stát, posléze i soukromé osoby začaly umožňovat právo stavby na svém pozemku cizím osobám, které pak měly k této stavbě vlastnické právo.¹³ Z této výjimky však socialistické právo učinilo pravidlo. V době vzniku Středního občanského zákoníku byla tato úprava vyvolána potřebami socialistického hospodářství a souvisela především s procesem budování jednotných zemědělských družstev.¹⁴ Na tomto přístupu k danému problému setrval i občanský zákoník z r. 1964. Tento zákon to přitom neříkal přímo, nicméně se tato skutečnost dovozovala z gramatického výkladu pojmu „nemovitost“ dle §119 odst. 2. zákona č. 40/1964 Sb.. Od tohoto stanoviska neupustil ani po změně politických poměrů po r. 1989, přičemž r. 1992 to bylo navíc v občanském zákoníku zakotveno výslovně, a to v § 120 odst. 2.

Podle státního podniku Lesy ČR je zřízení hradu samostatnou stavbou, a proto k ní nemá právo k hospodaření. O tom, že hrad Stará Dubá i pozemek, na kterém stojí, jsou ve vlastnictví státu zde není sporu. Lesy České republiky však argumentují tím, že povinnost hospodaření mají pouze k pozemku, nikoliv však k stavbám na tomto pozemku. Druhá strana naopak tvrdí, že zřízení hradu nelze považovat za samostatnou stavbu a tudíž že jsou součástí pozemku jako jeho příslušenství a tedy mají Lesy České republiky povinnost hospodaření nejen k pozemku, nýbrž i k troskám hradu na pozemku.

Jestliže je možné, aby vlastník pozemku a vlastník stavby na pozemku byly osoby rozdílné, pak zásadní otázkou je, jakou věc je možné považovat za stavbu a jakou nikoliv. Tato situace je ještě navíc ztížena skutečností, že stavba ve smyslu občanského zákoníku a stavba ve smyslu stavebních předpisů není zcela totožný pojem. Zatímco totiž ve smyslu stavebních předpisů je stavba chápána především jako činnost, nebo soubor činností, v občanském právu je takto chápán výsledek.¹⁵ Navíc pojem stavba v obecném chápání a pojem stavba v právním smyslu jsou rovněž ne vždy totožné. Z toho vychází ve svém tvrzení státní podnik, který uvádí, že hrad je samostatnou stavbou a na argument, že z důvodu zániku /zboření/ není zanesen do katastru a není jej možné považovat za stavbu ve smyslu katastrálního zákona argumentuje tím, že ne všechny stavby jsou v katastru zaneseny, krom toho dle zákona č. 50/1976 sb., o územním plánování ve znění pozdějších novel, se za stavbu považuje i její část /§ 139 písm. a)/.

Dlužno říci, že spor o to, zda stavba je ještě chápána jako součást pozemku a naopak kdy je již stavba samostatnou věcí není záležitost, která by byla našimi soudy řešena poprvé. Tato otázka se objevila na počátku 90. let. minulého století, což bylo jednak spojeno se změnou společenských poměrů a obnovení institutu vlastnického práva a především pak ve vztahu k probíhajícím restitučním. V této době vznikla řada judikátů, často až velmi kuriózních, neboť se rozhodovalo o tom, zda stavbou je např. bazén, parkoviště či tenisový kurt.¹⁶ S trochou

¹³ Bartošek, M. Encyklopedie římského práva. Praha: Panorama, 1981 s. 304.

¹⁴ Novohradský, V. Opustienie zásady „Superficies solo cedit“ a jeho dosledky. Právny obzor 1951, č. 4, s. 346an.

¹⁵ Spáčil, J., Stavba a obdobné objekty v judikatuře Nejvyššího soudu. Soudní rozhledy č. 8, r. 2008, s. 281.

¹⁶ Vlček, V., Vlastnictví pozemní komunikace vs. vlastnictví pozemku. Příspěvek na konferenci Real Estate Market – Autumn 2005. Dostupné z: <http://www.stavebni-forum.cz/detail.php?id=5655>, 28. 11. 2007, 18hod.

nadsázky můžeme říci, že se spory vedly o kdejakou zídku. Z hlediska našeho tématu však není tolik důležité co vše lze považovat za stavbu, nýbrž spíše od jakého okamžiku lze stavbu považovat za samostatnou, resp. od jakého okamžiku ji naopak již za samostatnou považovat nelze.

Na základě rozhodnutí Nejvyššího soudu z 30. listopadu 1992 /sp. zn. 3Cdo 111/92/ a Vrchního soudu v Praze z 31. května 1995 /sp. zn. 3Cz 57/95/ se judikatura přiklonila k názoru, že za okamžik vzniku samostatné stavby je považována situace, kdy stavba dosáhla takového stupně, že je z ní patrné dispozičně první nadzemní podlaží. Podobný postup byl následně zvolen i při argumentaci v otázce, od jakého okamžiku již není možné stavbu považovat za samostatnou, tedy v jakém okamžiku dochází k jejímu zániku: „*Nadzemní stavba zaniká a přestává být věcí v právním smyslu tehdy, není-li již patrné dispoziční řešení prvního nadzemního podlaží původní stavby, tj. zpravidla destrukcí obvodového zdiva pod úroveň stropu nad prvním podlažím, obvykle při současném odstranění zdiva příček.*“ rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 20 Cdo 931/99 z 21. 2. 2001.

Státní podnik Lesy ČR v této souvislosti poznamenává, že hrad na rozdíl od současných staveb je stavbou atypickou. Tím reaguje na rozhodnutí městského soudu, které říká: „*Soud má za to, že i v případě zachování některých obvodových zdí při destrukci stropní konstrukce zaniká stavba jako věc, neboť nelze dovést dispozičně řešení prvního podlaží, zejména u stavby povahy hradu, jehož konstrukční řešení je odlišné od současných staveb, proto téhož nelze dovést ani z umístění oken či jiných zachovalých stavebních prvků.*“¹⁷ Pravdou je, že až na malé výjimky, prostory prvního nadzemního podlaží bývaly u těchto staveb zpravidla nečleněné a velmi často bez otvorů ať již oken /střílen/ nebo dveří, které z obranných důvodů byly většinou umístěny ve vyšších patrech. Patrně i z tohoto důvodu se městský soud přiklonil ještě ke zpříšňujícímu pohledu, kdy argumentuje absencí stropu. tento výrok je dosti ošidný s ohledem k jiným zříceninám – řada z nich je často v obvodových zdech zachována výše než do prvního nadzemního podlaží, nicméně stropy jsou právě velmi často tou první částí stavby, která se zřítí. Lze tedy zřícení stropu při zachování obvodových zdí považovat za zánik stavby v právním slova smyslu? A co když se strop zřítí pouze částečně? Pokud bychom vyšly z judikátu nejvyššího soudu, pak zřícenina, pokud je zachována alespoň v takovém stavu, že je patrná její dispozice prvního podlaží, pak se jedná o stavbu.

Je ale možné považovat hrad za stavbu jako celek? Nejprve je třeba si uvědomit, že hrad nebývá jednou stavbou, ale celým komplexem staveb. Bezesporu hrad jako takový je od dnešních staveb i s ohledem na funkce, které dříve plnil, poněkud odlišný, na druhou stranu můžeme s určitou mírou zobecnění nalézt u hradu podobnost se současnými stavbami – palác či hospodářské budovy jsou obdobou budov, podobně tak i některé fortifikační prvky /věže/, hradby zas obdobou plotů, či přesněji zídek, zdí. Pokud vezmeme hypotetický příklad rodinného domu, pak dům sám o sobě je stavbou, samostatně stojící garáž též, pokud jde o zídku, již to je sporné, podobně i u studny.¹⁸ Podle tohoto klíče bychom i hrad neměli posuzovat jako celek, ale měli bychom přistupovat k jeho jednotlivým stavbám samostatně.

¹⁷ Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 28. 5. 2009 sp. zn. 7 Ca 8/2006-74 s. 2.

¹⁸ Spáčil, J., Stavba a obdobné objekty v judikatuře Nejvyššího soudu. Soudní rozhledy č. 8, r. 2008, s. 282-283.

Pokud jde o stavby, kritérium bylo jasně dáno – existence dispozice prvního podlaží. Otázkou by byla případná studna, neboť ta, jakkoliv je stavbou z hlediska stavebního zákona, z hlediska práva občanského je považována za součást pozemku, ačkoliv také ne bezvýjimečně.¹⁹ Podobně i případné dláždění na nádvoří, na druhou stranu takovéto dláždění je možno předpokládat jen v samotném jádru na velmi omezené ploše a rozhodně ne na celé ploše opevněného areálu, kde ani většina komunikací nebývala dlážděná.²⁰ Otázkou by byly i další stavby, resp. jejich pozůstatky, neboť řada hospodářských budov mohla mít charakter staveb smíšených či pouze dřevěných a v terénu tak bývají zachovány především jen v podobě terénních náznaků. S ohledem na to, že zub času se na zdech hradu podepisuje různě a rozpad pak nastává nesouměrně, což zapřičiňuje onu umělce tolik inspirující rozeklanost zřícenin, byl soudem pojem „*nadzemní podlaží*“ v tomto případě vykládán ne tak, jak bývá v současné době chápán, tedy jako vodorovná plocha, která bývá výškově jednotná v celém prostoru stavby mezi obvodovými zdmi, ale mnohem volněji.

Charakter trosk hradu Stará Dubá však dává jasně najevo, že jde spíše o sporé náznaky jednotlivých staveb a úseky zdí, z nichž nejsou patrné ani obvodové obrysy, natož pak vnitřní členění.²¹ Tyto zbytky hradu jsou navíc natolik pokryty lesem, že skutečně můžeme říci, že s povrchem splynuly v jeden celek. Jak správně poznamenává nejvyšší správní soud, pokud bychom připustili, že by jakékoliv, byť sebe nepatrnější zbytky zdiva rozptýlené v terénu byly nadále považovány za stavbu, tak by ani stavba jako taková zaniknout nemohla.²² Dlužno říci, že argumenty předložené Lesy České republiky jsou kombinací obecně platných pravidel, která však nejsou nikým zpochybňována a konkrétních tvrzení, která z těchto pravidel však nevyplývají. Jimi předložená tvrzení nejsou dostatečně podložena. Proti jejich argumentaci navíc svědčí nejen charakter stavu zříceniny Stará Dubá: „*Její stavební části a zbytky rozrušeného zdiva totiž během staletí natolik splynuly s pozemkem, jeho půdním krytem a vegetací, že je již velmi obtížné mezi nimi rozlišit...*“²³, ale také skutečnost, že celý komplex je v Ústředním seznamu kulturních památek zapsán jako: „*Hrad Stará Dubá – zřícenina a archeologické stopy*“²⁴, což ještě více svědčí o těsném propojení pozůstatku hradu s pozemkem.

Musím uznat, že se jedná o rozhodnutí nejen dostatečně fakticky i právně podložené, ale rovněž o rozhodnutí rozumné. Nepředpokládám, že by hrad byl za stavbu považován en bloc, tedy vše uvnitř jeho obvodových hradeb. Představa, že zatímco nádvoří a jiné plochy uvnitř areálu patří Lesům ČR a naopak všechny trosky zdí někomu jinému dle mého názoru by ještě

¹⁹ Dostálík, P., Několik poznámek o úloze příslušenství věci v soukromém právu. in: Naděje právní vědy: Býkov 2007: sborník z mezinárodního setkání mladých vědeckých pracovníků konaného ve dnech 12.-14. 9. 2007 na Zámeckém statku Býkov. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2008, s. 38-46.

²⁰ K tomu srovnej např. pozůstatky dlažby na již zmiňované zřícenině Příběnice /Menclová, D., České Hrady I., 1. vydání. Praha: Odeon, 1972, s. 180-181, vyobrazení půdorysu hradu na str. 180/, též heslo komunikační schéma / Durdík, T., Ilustrovaná encyklopedie českých hradů. 1. vydání, Praha: Libri 1999, s. 270/

²¹ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ČR sp. zn. 1 As 93/2008-95, s. 3.

²² Rozsudek Nejvyššího správního soudu ČR sp. zn. 1 As 93/2008-95, s. 4.

²³ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ČR sp. zn. 1 As 93/2008-95, s. 4.

²⁴ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ČR sp. zn. 1 As 93/2008-95, s. 4.

více zkomplikovalo péči o tuto památku, což by mohlo být ještě více na škodu. Mám na mysli především problémy s dopravou popř. uskladněním případného materiálu používaného na opravy, podobně i pobyt osob, které tyto opravy budou provádět atp. Na druhou stranu, problémem by byl i různý režim jednotlivých staveb – zatímco hradby by byly stavbou – byly by za stavbu považovány i zbytky příkopů a valů? Jak by to bylo se základy dřevěných staveb, nebo jak by to bylo se studnou? Již bylo avizováno výše, že zatímco z hlediska stavebního práva studna stavbou je, z hlediska občanského práva je příslušenstvím pozemku – nicméně ne vždy to platí dokonale. Takže např. studna tvořená betonovými skružemi již je stavbou i z hlediska občanského zákoníku.²⁵ Byla-li by tedy studna s ostěním stavbou, pak naopak studna bez ostění – jako třeba na Mikšově dvorci v Trocnově – by byla součástí pozemku. Pokud jde o nádvoří, mohlo by dojít k tomu, že by nádvoří nezpevněné kameny bylo považováno za pozemek, ale prostory, kde by byla objevena dlažba by byla za stavbu chápána?²⁶ Nemluvě o tom, že každé podobné práci předchází terénní úpravy - tak tomu konec konců bylo i u výše zmiňované vápenky²⁷ a nyní je otázka, kdo by tyto práce prováděl? Jak je patrné, jiné rozhodnutí by i mohlo dosti narušit otázky právní jistoty.

Je otázkou, jaký by byl výrok soudu v situaci, kdy by ruiny hradu nedosáhly takového stupně poškození, jako u Staré Dubé. A jak by se potom tato stavba hodnotila – jako celek, nebo její jednotlivé stavební prvky zvlášť? Stačilo by, aby hradba porušená ve své délce byt jen na jediném místě do základů se stala příslušenstvím pozemku? To jsou otázky, které možná v budoucnu vyvstanou, jestliže po vzoru městského úřadu v Benešově se na Lesy ČR obrátí i jiné úřady.

A není zde i určitá možnost, že by hradní zřícenina Stará Dubá získala opět charakter stavby? Pokud uvážíme úkoly, které byly Lesům České republiky uloženy, tak ty do určité míry směřují k alespoň částečnému odstranění onoho propojení s terénem.²⁸ Jakkoliv nelze očekávat v nejbližší budoucnosti žádné archeologické práce v této oblasti, jedna hypotetická možnost, že by se hrad opět změnil ve stavbu, tu je.

Je třeba mít na mysli, že Stará Dubá patří mezi tzv. zavřené hrady. Takovýto hrad byl zničen destrukcí nejvyšší budovy, zpravidla věže, jejíž trosky pak zasypaly ostatní stavby. Ruiny takovéhoto hradu skutečně dokáží splynout s terénem natolik, že po něm zmizí jakékoliv

²⁵ Viz rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. C 1070 Sou NS, též Spáčil, J., Stavby a obdobné objekty v judikatuře Nejvyššího soudu, Soudní rozhledy 8/2005, str. 281-284.

²⁶ Toto je, přiznávám se, do určité míry řečnická otázka, neboť s největší pravděpodobností by zde bylo možné uplatnit rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 26.10.1999, sp. zn. 2 Cdon 1414/97: „parkoviště, představované pozemkem, jehož povrch byl zpracován zpevněním povrchu za účelem parkování automobilů, není z hlediska občanskoprávního stavbou.“ Ačkoliv můžeme říci, že ani aplikace tohoto judikátu v dané situaci není jistá.

²⁷ „ Záměru opravit javornickou vápenku předcházela nutná úprava okolního terénu. Nejprve byly odstraněny náletové dřeviny a to včetně dvou vzrostlých stromů rostoucích přímo ze stěny vápenky, které svými kořeny prorůstaly celou stavbou. Následovalo čištění pecní dutiny šachetní pece, která byla zasypána zeminou, sutí a částečně i odpadky.“ Lesy ČR opravily unikátní vápenku v Javorníku, Hradec Králové, 28. 10. 2008, dostupné z: http://www.lesy-cr.cz/cs/tiskove-centrum/aktualni-tiskove-zpravy.ep/719_1980-lesy-cr-opravily-unikatni-vapenku-v-javorniku/3/, 20. 4. 2009, 20hod.

²⁸ Jelikož autor nebyl účastníkem řízení, ani Lesy ČR, ani městský úřad v Benešově mu k tomuto tématu neposkytly bližší informace. Podle vyjádření prof. PhDr. T. Durdíka, DrSc. však cílem je konzervace stávajícího stavu, odstranění náletu atp.

stopy. O to větší překvapení však může přinést následný archeologický výzkum, o čemž konec konců svědčí jeden z nejzajímavějších a zároveň nejsmutnějších hradních objevů 20. stol. – hrad Vízmburk.²⁹ Před zahájením archeologických prací se na daném místě nacházel pouze pahorek porostlý lesem. Archeologický výzkum se předpokládal na maximálně jednu sezónu. Po odkrytí trosek hlavní věže na Vízmburku se však ukázalo, že destrukcí byla poškozena jen vyšší patra, zatímco silnější zdi nižších pater masu materiálu ustály a hrad tak zůstal zachován téměř neporušen do výše prvního patra. Výzkum trval od r. 1972 do r. 1984, následně však hrad nebyl dostatečně zakonzervován a s ohledem na materiál /pískovec/ se začal rozpadat.³⁰ V současné době je nepřístupný a existují různé snahy na jeho záchranu,³¹ avšak ta se zdá dosti nereálnou, neboť náklady na jeho zajištění se odhadují na padesát milionů korun.³²

Z hlediska výše citovaného judikátu o zániku stavby, by tedy Vízmburk rozhodně nebylo možné považovat za stavbu zaniklou. Jestliže však víme, že hrad Stará Dubá je hradem zavřeným, je možné považovat za správné aplikaci zmiňovaného judikátu o zániku stavby? Osobně se domnívám že ano, jakkoliv stavba zakrytého hradu je s největší pravděpodobností dochována výše než je první nadzemní podlaží, tak její aktuální stav – tedy skutečnost, že jde stále o hrad zakrytý, pro nás znamená, že ji můžeme považovat za neexistující. Konec konců nejvyšší správní soud má pravdu, když uvádí, že trosky hradu již natolik splynuly s terénem, že stavba zanikla – ne proto, že by neexistovaly její zdi, nýbrž proto, že tyto zdi jsou nejen skryty před naším zrakem, ale navíc i nepřístupné, aniž by došlo k poškození aktuální úrovně terénu.

²⁹ Bohužel, provedené vykopávky po nichž nenásledovala nutná konzervace měly na zříceniny hradu postaveného z pískovce fatální následky, které se dodnes nepodařilo vyřešit, takže vzdor všem snahám hrad Vízmburk je veřejnosti nepřístupný a nadále značně chátrá. Blíže k tomu viz Durdík, T., *Ilustrovaná encyklopedie českých hradů*. 1. vydání, Praha: Libri 1999, s. 599; Durdík, T., *Ilustrovaná encyklopedie českých hradů. Dodatky*. 1. vydání, Praha: Libri 2002, s. 108; Durdík, T., *Ilustrovaná encyklopedie českých hradů. Dodatky 2*. 1. vydání, Praha: Libri 2005, s. 117; Durdík, T., *Ilustrovaná encyklopedie českých hradů. Dodatky 3*. 1. vydání, Praha: Libri 2008, s. 136 a literaturu tam citovanou. Informace o aktuálním stavu věcí je možné nalézt na internetových stránkách občanského sdružení Vízmburk www.vizmburk.cz

³⁰ Hrad Vízmburk ukazuje i jiné slabiny naší archeologie – vykopávky jsou zpravidla vedeny jednou osobností, a s odchodem této osobnosti o ně zájem upadá, proto také smrtí prof. Hejny r. 1986, který vedl vykopávky na Vízmburku a který se snažil prosadit jeho konzervaci nejen že upadl zájem o hrad samotný, ale i o nálezy na něm vykopané, které byly uloženy leckdy v nevyhovujících podmínkách a navíc, nebyly dodnes zcela odpovídajícím způsobem zpracovány. Jakkoliv náš právní řád stanoví povinnost výsledky archeologických výzkumů publikovat, při současném zatížení na záchranné výzkumy a s ohledem na finance je toto plněno jen velmi zřídka, takže jednotlivé nálezy existují pouze v poznámkách archeologů, takže často nejsou známa nejen širší veřejnosti, ale i kolegům, někdy dokonce na tomtéž pracovišti.

³¹ Srovnej např. Kotlík, P, K problému záchrany hradu Vízmburk. *Archeologické rozhledy*, č.2, roč. 55 /2003/, s. 401-406.

³² "Konečná suma, která by zahrnovala prostředky na rekonstrukci i dosud chybějící zastřešení, činí zhruba 50 milionů korun, nastínil Miroslav Novák ze Sdružení pro Vízmburk“ dostupné z: <http://www.ct24.cz/kultura/25365-oprava-chatrajiciho-hradu-vizmburk-je-stale-v-nedohlednu/> , 20. 5. 2009, 20hod.

ZÁVĚREM

Porušení zásady „superficies solo cedit“ vede v současné době v oblasti státní památkové péče k řadě problematických situací především ve vztahu ke stavbám, které nejsou v katastru zaneseny a je tedy u nich velmi obtížné zjistit vlastníka.³³

Nejpalčivějším problémem péče o památky jsou však samozřejmě peníze. Není proto divu, že o vlastnictví k památkám /zejména většího charakteru/ se málo kdo hlásí a jednotlivé subjekty si jej přehazují jako horký brambor. Není divu, že státní podnik Lesy České republiky se pokusil v tomto soudním jednání zrušit výše zmiňované rozhodnutí městského /později krajského/ úřadu. Jakkoliv na hradě mají být provedeny pouze zabezpečovací a konzervující práce, náklady na ně při rozměrech Staré Dubé jsou značné. Dále je otázkou, zda judikát, týkající se otázky zda zříceninu hradu je či není možné považovat za samostatnou stavbu nezvedne vlnu dalších požadavků směrem ke státnímu podniku Lesy české republiky ohledně péče o desítky jiných zřícenin – kulturních památek, které se na pozemcích nachází. Jakkoliv Lesy ČR mají na takovéto náklady speciální fond, jeho finanční možnosti případné náklady na úpravu všech památek na území lesů ČR zdaleka přesahují. Možná se tedy dočkáme i dalších judikátů, zda stupeň té které zříceniny již dosáhl charakteru zániku stavby a tedy splnutí s pozemkem, či naopak ještě je možné hrad považovat za stavbu samostatnou. Sporů, které ať již dopadnou jakkoliv, svými průtahy budou nejspíše těmto památkám na škodu.

Tento spor je bohužel smutnou ukázkou toho, jak stát pečuje o svůj majetek, resp. o své kulturní dědictví. Místo spolupráce jen přehazování horkého bramboru. Můžeme však říci, že není vše tak špatné, svědčí o tom nejen např. zmiňovaná rekonstrukce vápenky, provedená Lesy České republiky, ale také řada soukromých či občanských iniciativ, které směřují k záchraně našich historických či technických památek. Tak je tomu např. u hradu Vízmburka, Zlenice či u sdružení Hradu na Malši.³⁴

Na závěr si neodpustím jednu kacířkou myšlenku – historik by neměl používat slovo „kdyby“..., nicméně kdyby komunistické právo neporušilo zásadu „superficies solo cedit“ nemuseli jsme dnes diskutovat nad tímto judikátem.

Slovo kdyby však do historie, tím spíše té právní, nepatří. Lze tedy jen doufat, že se zásada „superficies solo cedit“ velmi brzy opět vrátí do našeho právního řádu a hlavně, že si začneme více vážit svého kulturního dědictví.

Literature:

- Dostalík, P., Několik poznámek o úloze příslušenství věci v soukromém právu. in: Naděje právní vědy: Býkov 2007: sborník z mezinárodního setkání mladých vědeckých pracovníků konaného ve dnech 12.-14. 9. 2007 na Zámeckém statku Býkov. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2008, s. 38-46.
- Durdík, T., Ilustrovaná encyklopedie českých hradů. 1. vydání, Praha: Libri 1999.

³³ Takovýmito stavbami jsou např. kapličky či boží muka v polích.

³⁴ Bližší informace k těmto sdružením na: www.vizmburk.cz, www.zlenice.cz, www.hradynamalsi.cz

- Menclová, D., České Hrady I., 1. vydání. Praha: Odeon, 1972.
- Novohradský, V. Opustenie zásady „Superficies solo cedit“ a jeho dosledky. Právny obzor 1951, č. 4, s. 346-349.
- Spáčil, J., Stavby a obdobné objekty v judikatuře Nejvyššího soudu, Soudní rozhledy 8/2005, str. 281-284.

Reviewer:
Ladislav Vojáček

Contact – email:
pavel.salak@email.cz

AKTUALITY V OBLASTI VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK

ANDREA SCHELLEOVÁ

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Článek se zabývá problematikou veřejných zakázek vzhledem k aktuálním otázkám týkajícím se především nadcházející novely zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění, a to zejména z pohledu dohledového orgánu – Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. V článku jsou zachycena nejvíce diskutovaná téma spojená s nadcházející novelou shora zmíněného zákona. Součástí příspěvku je i shrnutí priorit v oblasti veřejných zakázek v rámci předsednictví České republiky v Radě Evropské unie.

Key words in original language:

Veřejná zakázka, Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, předsednictví, zákon, novelizace, zadávací řízení, zadavatel, dohled, přezkumné řízení, směrnice.

Abstract:

The article deals with current issues concerning the field of public procurement, especially the topics connected with the out-coming novelization of the Act no. 137/2006 Coll., on public procurement (the topics are introduced especially from the view of the supervision body which is the Office for the Protection of the Competition). The article contains the most discussed the issues concerning the mention novelization. Part of the contribution is dedicated to the priorities in the field of public procurement during the Czech Presidency of the Council of the European Union.

Key words:

Public procurement, Office for the Protection of the Competition, Presidency, act, novelization, awarding procedure, supplier, supervision, proceeding on the review, direction.

1. ÚVOD

Téma veřejných zakázek je v současné době čím dál více medializováno a to zejména ve spojitosti s velkým množstvím výdajů státních prostředků. Tento článek bude zaměřen zejména na aktuální novinky, které oblast veřejných zakázek v současné době přináší. Nemalý podíl na zviditelnění problematiky veřejných zakázek má i postavení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jakožto dohledového orgánu, který se v současné době dostává čím dál více do popředí mediálního zájmu. Díky tomuto zvýšenému mediálnímu zájmu se veřejné zakázky dostávají do podvědomí širokého okruhu lidí a zájem o tuto oblast v současné době stále roste. V souvislosti s činností Úřadu je třeba uvést, že v současné době právě díky jeho činnosti a samozřejmě i činnosti soudů existuje řada průlomových judikátů a stanovisek, která jsou nezbytná pro řešení zejména výkladových otázek zákona. Já osobně se problematikou veřejných zakázek zabývám již několik let a v současné době pracuji na Úřadu jako tajemnice rozkladové komise, proto část mého příspěvku zaměřením i na dohledové pravomoci Úřadu v rámci této oblasti. Vzhledem k tomu, že v současnost působím zároveň i jako tajemnice pro oblast veřejných zakázek v rámci předsednictví České republiky v Radě Evropské Unie (dále jen „předsednictví ČR v Radě EU“ nebo „předsednictví“), bude se část mého příspěvku zabývat i otázkami dosažených priorit v rámci předsednictví.

2. PRÁVNÍ ÚPRAVA VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK

Problematika veřejných zakázek je upravena jednak na základě evropských směrnic¹ a návazně na základě zákonů jednotlivých členských států. Zadávání veřejných zakázek bylo upravováno zákonnými normami již na začátku 20. století². Po listopadu 1989 bylo nutné institut veřejných zakázek obnovit, což se podařilo až na základě vypracovaného zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „zákon č. 199/1994 Sb.“), který byl účinný od 1. 1. 1995. Tento zákon stanovil zásadu, že veřejné zakázky jsou zadávány v obchodní veřejné soutěži podle obchodního zákoníku a zákona o zadávání veřejných zakázek. Zákon č. 199/1994 Sb. byl s účinností od 1. 5. 2004 nahrazen zákonem č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „zákon č. 40/2004 Sb.“), který transponoval sérii směrnic ES z počátku 90. let. Z důvodu slučitelnosti tohoto zákona se směrnicemi ES, musel být upuštěn princip zadávání veřejných zakázek na základě veřejné obchodní soutěže. Tímto zákonem byly poprvé zavedeny čtyři druhy zadávacích řízení a současně došlo k rozdělení veřejných zakázek na podlimitní a nadlimitní. V roce 2004 došlo k rekodifikaci tehdy platných evropských směrnic a proto musel být i tento zákon novelizován.

V současné době je u nás zadávání veřejných zakázek upraveno zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „zákon č. 137/2006 Sb.“), který navazuje na předchozí právní úpravu zákona č. 40/2004 Sb. Zákon č. 137/2006 Sb. byl do současné doby čtyřikrát novelizován a oproti předcházející právní úpravě zohledňuje aplikační praxi vyplývající z evropských zadávacích směrnic, které transponoval. Zákon č. 137/2006 Sb. je možné považovat za formulačně nepropracovanější zákon do současné doby, který zaručuje vysoký stupeň transparentnosti zadávacího řízení. Je pochopitelné, že zejména zástupci z řad zadavatelů by s tímto tvrzením nesouhlasili, neboť i tento zákon má svá úskalí (jakožto každá právní úprava), ale není pochyb o tom, že právě tento zákon z hlediska formálnosti vyřešil řadu výkladových nejasností a napomohl ke zvýšení transparentnosti zadávacích řízení, jakož i dohledové činnosti Úřadu.

Právní úprava veřejných zakázek je pro českou ekonomiku a její fungování velice nezbytná, neboť upravuje veškerá pravidla a procesy při zadávání zakázek státních institucí, krajů, obcí a řady dalších subjektů. Obecně lze říci, že zákon o veřejných zakázkách přichází na řadu všude tam, kde se vydávají prostředky veřejných rozpočtů, což v české ekonomice představuje nezanedbatelnou hodnotu. Podle odhadů Ministerstva pro místní rozvoj se veřejné zakázky na tvorbě HDP podílejí 17 – 18 %, což představuje každým rokem částku kolem 600 miliard korun českých.

2.1 NADCHÁZEJÍCÍ NOVELIZACE ZÁKONA Č. 137/2006 SB.

Přestože zákon č. 137/2006 Sb. patří v současné době k nejpropracovanějším právním úpravám, bude nutné i tento zákon novelizovat. Důvodů pro novelizaci z hlediska

¹ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby a Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb.

² Např. nařízením č. 61/1909 Ř. z., o zadávání státních dodávek a prací nebo nařízením vlády Republiky československé č. 667/1920 Sb., o zadávání státních dodávek a prací

vypracovaných návrhů je několik, avšak zásadním je povinnost transpozice směrnice 2007/66/ES ze dne 11. prosince 2007, kterou se mění směrnice Rady 89/665/EHS a 92/13/EHS. Transpozice směrnice musí být ukončena do prosince 2009 a přinést by měla především:

- zvýšení účinnosti přezkumného řízení
- stanovení povinných odkladných lhůt
- stanovení pravidel pro „neúčinnost smluv“
- posílení záruky transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace
- oznámení o dobrovolné průhlednosti ex-ante

Z hlediska důvodů novelizace na národní úrovni je třeba uvést, zejména nutnost posílení transparentnosti dle požadavku usnesení vlády 1199/2006 a 935/2007 a vyjasnění právní úpravy koncesí a nadlimitních veřejných zakázek dle § 156 zákona č. 137/2006 Sb. (tzv. kvazikoncesí). Nadcházející novela zákona č. 137/2006 Sb., by měla současně podpořit rozvoj zadávání veřejných zakázek elektronickou formou (která je v současné době využívány ze strany zadavatelů velice zřídka), zjednodušit zadávací procesy, posílit pravomoci³ dohledového orgánu, odstranit výkladové nejasnosti a odstranit věcné chyby zákona.

Novela zákona je dodavatelskou sférou netrpělivě očekávána, přičemž zpracovávána byla na základě široké odborné diskuze a ve spolupráci Úřadu a Ministerstva pro místní rozvoj. V současné době vypracovaný a již schválený návrh novely zcela reflektuje nutnost dílčích změn zákona, avšak nemění radikálním způsobem hmotněprávní ani procesní stránku zákona.

Jednou z nejvýznamnějších změn, které by měla novela přinést je zavedení tzv. černé listiny neboli „Black listu“, což by měl být jakýsi registr těch, kteří budou mít zakázáno zúčastnit se soutěží o veřejné zakázky z důvodu porušení zákona. Tento registr povede Ministerstvo pro místní rozvoj na základě pravomocných rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (příp. soudu). Kromě černé listiny by měla novela dále přinést např. zavedení kritéria „ekonomické výhodnosti“, což by mělo v praxi znamenat, že na rozdíl od minulosti nebude jediným hlediskem výběru cena, ale trochu hlubší úvaha o celkovém poměru hodnoty a ceny, v jejímž rámci by se měla kalkulovat např. i náklady životního cyklu staveb apod.

Pokud jde o zvýšení účinnosti přezkumného řízení, bylo na základě odborných konzultací zjištěno, že jedním z nedostatků je chybějící lhůta mezi rozhodnutím o zadání veřejné zakázky a uzavřením příslušné smlouvy, která by umožnila její účinné přezkoumání. Směrnice 2007/66/ES staví minimální odkladnou lhůtu, během níž je uzavření příslušné smlouvy pozastaveno a která by měla dotčeným uchazečům poskytnout dostatek času k prostudování rozhodnutí o zadání veřejné zakázky a k posouzení, zda je vhodné zahájit přezkumné řízení⁴.

³ <http://www.stavebni-forum.cz>

⁴ návrh důvodové zprávy k novele zákona č. 137/2006 Sb.

Jedním ze zásadních problémů současné právní úpravy je úprava koncesí. Nejen z diskuzí z řad zadavatelů, ale i z hlediska správních řízení vedených před Úřadem vyplynulo, že úpravy koncesí, tak jak je obsažena v zákoně č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (dále jen „zákon č. 139/2006 Sb.“ nebo „koncesní zákon“) není dostatečně jasná a transparentní. Vzhledem k tomu, že problematika koncesí je velice náročná a její nedostatky nebude možné odstranit naráz, bude novela spíše usilovat o věcnou definici koncese a její vymezení prostřednictvím koncesní smlouvy, resp. transakčními náležitostmi.

2.2 DŮSLEDKY NOVELIZACE

Důslednou aplikací novely zákona o veřejných zakázkách lze dosáhnout posílení hospodářské soutěže a zajištění konkurenčního prostředí mezi dodavateli, což v konečném důsledku povede k realizaci plnění předmětu veřejné zakázky za lepších finančních podmínek. Očekávané celkové úspory finančních prostředků veřejných rozpočtů se mohou pohybovat přibližně kolem 3 % z velikosti trhu veřejných zakázek, což představuje cca 18 mld. Kč. Rovněž lze očekávat snížení transakčních nákladů spojených se zadávacím řízením. Novelou zákona bude přímo dotčeno asi 25 -30 tisíc osob jak z veřejnoprávní, tak ze soukromé sféry – zadavatelé, dodavatelé a orgány dohledu⁵.

3. PRIORITY V RÁMCI VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK V PRŮBĚHU PŘEDSEDNICTVÍ ČESKÉ REPUBLIKY V RADĚ EVROPSKÉ UNIE

Jednou z dalších významných událostí týkající se oblasti veřejných zakázek je právě probíhající předsednictví České republiky v Radě Evropské unie. Přestože dle názoru některých politiků není toto období považováno za důležité, Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ani já osobně tento názor nesdílím. Dle mého názoru je povinností nejen všech ústředních orgánů státní správy, ale i ostatních institucí, aby Česká republika v tomto tzv. „testu dospělosti mezi evropskými národy obstála co nejlépe. Priority českého předsednictví navazovaly nejen v oblasti veřejných zakázek na uplynulé předsednictví Francie. Pro oblast veřejných zakázek bylo stanoveno několik základních cílů. Jedním z hlavních cílů, jež byl stanoven pro počátek našeho předsednictví, bylo přijetí návrhu směrnice pro veřejné zakázky v sektoru obrany – tzv. obranné směrnice. V rámci pracovní skupiny Rady EU byla tato problematika diskutována, již v rámci předcházejícího předsednictví Francie. Vzhledem k tomu, že Česká republika považovala otázku přijetí obranné směrnice za prioritní, podařilo se ihned na počátku předsednictví přijmout návrh, který byl posléze předložen Radě Evropské unie. Dne 13. 1. 2009 dospěl Evropský parlament a Rada Evropské unie k dohodě ohledně předloženého návrhu směrnice. Přijatá směrnice společně se směrnicí o transferech obranného vybavení mezi členskými státy, jež byla přijata na prosincovém plenárním zasedání, tvoří v současné době tzv. „obranný balíček“. Z hospodářského hlediska by měly mít z této reformy prospěch především evropské podniky, a to včetně malých a středních podniků, národní rozpočty a pracovní trhy. Nová směrnice by totiž měla přispět k posílení spolupráce mezi průmyslovými podniky, omezení fragmentace trhu a k širšímu uplatňování pravidel vnitřního trhu s cílem zlevnit a zlepšit kvalitu produktů a posílit jejich konkurenceschopnost. Legislativa by současně neměla nijak omezovat suverenitu jednotlivých členských států a zohledňuje autonomii EU a její soudržnost. Na žádost Evropského parlamentu byla do směrnice zařazena nová kapitola týkající se revize

⁵ návrh důvodové zprávy k novele zákona č. 137/2006 Sb.

smluv, která má zaručit, že veřejné zakázky budou podléhat právní ochraně, zajistí transparentnost a nediskriminaci při zadávání veřejných zakázek a přispěje k vytvoření skutečného vnitřního trhu.

Dikce přijaté směrnice by měla přihlížet k pochybnostem členských států, zda stávající směrnice 2004/18/ES dostatečně zohledňuje zvláštní povahu vojenských veřejných zakázek. Cílem tohoto návrhu směrnice je vytvořit jednotný evropský právní rámec, který umožní všem členským státům aplikovat právní předpisy Společenství, aniž by ohrozily své bezpečnostní zájmy. Tím by se měla snížit potřeba členských států používat článek 296 Smlouvy o ES.⁶

Další podstatnou součástí obsahu předmětné směrnice je zavedení přezkumného řízení, které má za cíl zajistit uchazečům účinnou právní ochranu. Toto řízení zvýší transparentnost, zabráni diskriminaci při zadávání veřejných zakázek a přispěje tak ke skutečné liberalizaci těchto zakázek.

V současné době se naše předsednictví pomalu blíží ke konci, ale již v současné době je možné konstatovat, že se alespoň v oblasti veřejných zakázek podařilo naplnit většinu stanovených cílů.

4. ZÁVĚR

Na základě shora uvedeného je zřejmé, že oblast veřejných zakázek se neustále vyvíjí a přináší nové poznatky a skutečnosti. Vzhledem k tomu, že jde o oblast, která se neustále vyvíjí, je třeba věnovat pozornost všem novým aspektům, které tuto oblast obohacují. Doufejme, že zejména novelizace platného zákona přinese řadu pozitivních změn, které budou mít dopad na transparentnější zadávání veřejných zakázek a povedou k redukci výdajů státních prostředků.

Literature:

- Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění
- Jurčík, R.: Zákon o veřejných zakázkách – Komentář, Praha: C.H.Beck, 2006, 80-7179479-1
- Krč, R., Marek, K., Petr, M.: Zákon o veřejných zakázkách a koncesní zákon – Komentář, Praha: Linde, 2008, 97-8807201711-9
- Šebesta, M., Olík, M., Machurek, T., Podešva, V.: Zákon o veřejných zakázkách s komentářem, Praha ASPI, 2006, 80-7357-213-3
- www.europarl.europa.eu

⁶ www.europarl.europa.eu

*Dávid R., Neckář J., Sehnálek D., (Editors). COFOLA 2009: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4821-8*

Reviewer:
Petr Průcha

Contact – email:
andrea.schelleova@seznam.cz

VYDRŽENÍ MAJETKU STÁTEM –INSTITUT VYDRŽENÍ V ŘÍMSKÉM PRÁVU A JEHO ÚPRAVA DE LEGE

IVANA STARÁ

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstrakt:

Příspěvek se věnuje otázce nabývání majetku státem je zaměřen a institut vydržení.Cílem příspěvku je přiblížit vznik a vývoj institutu vydržení v římském právu.V příspěvku jsou i uvedeny podmínky nutné pro nabytí držby v Římě.V protikladu k institutu vydržení stojí úprava de lege ferenda,která si dává za cíl ukázat čtenáři směry,kterými by se měl institut vydržení ubírat v nové právní úpravě.

Klíčová slova:

Vydržení; držba; majetek státu; občanský zákoník; římské právo.

Abstract:

The contribution deals with the issue of property acquisition by the state and focuses on the institute of prescription.The goal of the contribution is to describe the origin and development of the institute of prescription in Roman law.The contribution also lists the requisites necessary of prescription acquisition in Rome.In contrast to the institute of prescription in Roman law,there is the de lege ferenda regulation trying to show the reader directions that the institute of prescription should in the new legislation.

Key words:

Prescription; possession; state property; Civil Code; Roman law.

Stát k zajištění svých funkcí,veřejně prospěšných činností a nebo jen pro účely podnikání potřebuje majetek.Stát musí svůj majetek neustále obnovovat,neboť o něj také neustále přichází v důsledku fyzického opotřebení,technického zastarání a spotřebováváním surovin.

Většinu majetku získávají organizační složky státu jako nové věci od právnických nebo fyzických osob,ale existují i případy,kdy stát získá věci,které již byly předchozími majiteli používány.Jedná se tedy o případy ,kdy dochází ke změně vlastnického práva ve prospěch státu.Nabývání majetku může mít z právního hlediska dvojí povahu.Může jít o nabytí jednou organizační složkou a nebo státní organizací od jiné organizační složky nebo státní organizace.V takovém případě se nejedná o nabytí majetku státem ve vlastním slova smyslu.Jde o přesun majetku , který již je majetkem státu , mezi organizačními složkami nebo státními organizacemi.Stát majetek nenabývá.O nabytí majetku jde jen ve vztahu ke konkrétní organizační složce nebo státní organizaci.V podstatě dochází ke změně organizační složky nebo státní organizace , která je příslušná s majetkem státu hospodařit.¹ Podle dostupné literatury zaměřené na státní majetek , je stát povinen klást důraz na hospodárnost a efektivnost při vyhledávání možností vedoucích k získání majetku ve prospěch státu.

¹ Plíva,S.:Hospodaření s majetkem státu.1.vydání.Praha:C.H.BECK,2001,str.69

Stát může majetek získávat na základě několika skutečností. Nejčastěji stát nabývá majetek smlouvou, která zakládá závazkový vztah v rámci občanského nebo obchodního zákoníku. Organizační složky státu ovšem mohou získat i na základě zákona. v zákoně jsou často upraveny podmínky a situace, kdy stát může majetek nabyt.

Institut vydržení je upraven § 134 občanského zákoníku. podmínky pro nabytí majetku jsou shodné, jak pro stát, tak pro jiné osoby. Stát je však „zvýhodněn“ takříkajíc z druhé strany. Nemůže totiž pozbyt vydržením jiné osoby svůj výlučný (obligatorní) majetek (viz. § 134 odst. 2. Obč. zák. ve spojení s § 125 Obč. zák.). stát nabude vydržením majetek resp. vlastnické právo k věci tehdy, jestliže u konkrétní organizační složky nebo státní organizace jsou splněny následující podmínky: má cizí věc v držbě (nakládá s ní jako se svou čili jako s majetkem státu), jde o držbu oprávněnou (daná složka nebo organizace se zřetelem ke všem okolnostem v dobré víře, ví, že patří státu) a držba trvá nepřetržitě stanovenou dobu (u movité věci činí tato doba tři roky a u věci nemovité deset let; do této doby se započítává i doba, po kterou měl věc v oprávněné držbě právní předchůdce, jímž je třeba rozumět státní organizaci, dnes už též organizační složku státu, ale popř. také jinou právnickou či fyzickou osobu). Pro tzv. originární způsob nabytí vlastnictví vydržením je charakteristické, že k němu dochází již uplynutím vydržecí doby, a není proto třeba činit žádný právní úkon. Důsledkem toho je i skutečnost, že rozhodnutí soudu v případném určovacím sporu má nutně deklaratorní povahu.² Výše jsem zmínila současnou právní úpravu, ta však nebude předmětem mého příspěvku, protože se chci zaměřit na institut vydržení v římském právu a ukázat směr institutu vydržení, který mu předepisuje návrh nového občanského zákoníku.

Jestliže chceme lépe pochopit pojem vydržení, musíme se vrátit časem až do dob římského práva, kde institut vydržení má své kořeny. První zmínky nalézáme již v zákoně 12 desek, kde pro vydržení bylo nutno splnit dvě náležitosti – držbu (*possessio*) a vydržecí dobu (*tempus*). *Tempus* nebyl jednotný, vydržení pozemků bylo uskutečněno za dva roky držby, u ostatních věcí byla vydržecí doba o rok kratší. Podle zákona 12 desek bylo možno vydržet pouze věci *res habilis*. Nebylo tedy možno vydržet věci kradené a věci peregriků.³ Tyto krátké vydržecí lhůty byly výhodné zejména pro patricie.⁴ Římské právo stejně jako právo dnešní hledělo na vydržení (*usucapio*) jako na originární způsob nabytí vlastnického práva a vycházelo z představy, že určitou dobu trvající faktický stav je třeba posuzovat jako stav právní.

S vývojem společnosti dochází k rozšiřování náležitostí nutných k vydržení a tak civilní právo položilo pět základních kamenů důležitých pro vydržení: *res habilis, titulus, fides, possessio et tempus*. *Res habilis* zahrnovalo věci způsobilé být předmětem vlastnického práva. Právo vylučovalo věci extrakomercionální, věci státní pokladny a věci kradené. Věci kradené byly vyloučeny z toho důvodu, že zloděj nemohl nikdy vydržet kradenou věc, neboť nesplňoval podmínku držení v dobré víře. *Titulus* označoval skutečnost, proč držitel danou věc drží. Důvod držby musel být řádný a spravedlivý. *Titulus* byl tedy právním jednáním, které vedlo k nabytí

² Havlan, P.: Majetek státu v platné právní úpravě. 1. vydání. Praha: LINDE Praha a.s., 2003, str. 134

³ Jako peregini bývali označováni cizinci. Byli to svobodní lidé žijící na území Říma, kteří neměli římské občanství ani nepodléhali latinskému právu. Právní problémy spojené s jejich pobytem na římském území nebo jejich konflikt s Římanem řešil úředník zvaný praetor peregrinus.

⁴ Plnoprávní občané Říma, kteří byli potomky původních obyvatel a v Římě tvořili urozenou vrstvu.

vlastnického práva. Přesvědčení držitele, že držením věci nepůsobí nikomu újmu nazývalo římské právo *bona fides*. *Bona fides* byla subjektivním stavem držitele. Dobrá víra byla římskými právníky považována za jeden z důležitých znaků vydržení, a proto často byla řešena otázka, v jakém poměru je *bona fides* k ostatním podmínkám vydržení. Často tedy byla pokládána otázka, zda dobrá víra může nahradit titul. Tato otázka rozdělila římské právníky na dvě skupiny, nakonec byla vyřešena požadavkem, aby skutečně existoval vydržecí titul.⁵ *Possessio* neboli držba byla základní a nejdůležitější podmínkou vedoucí k vydržení a byla požadována držba bezvadná. Držba byla chápána jako všeobecné panství nad věcí (*corporalis possessio*) a úmysl mít věc pro sebe (*animus possidendi*). Římané za základ vydržení nepovažovali detenci⁶, neboť jí chybí jeden z podstatných znaků. Římané rozlišovali držbu kvalifikovanou⁷ a držbu civilní. Držba civilní nebyla pouze skutečností, ale i oprávněním. Římští právníci dělili držbu jako na institut vedoucí k vydržení (*possessio ad usucapionem*) a držbu ostatní nazývanou *possessio ad reliquas causas*. Při ztrátě držby docházelo k přerušení držby, a proto bylo nutno držbu opět nabýt. Nové nabytí držby znamenalo pro držícího novou držbu a běh nové vydržecí doby. S vývojem společnosti dospívají právníci k názoru, že na dědické řízení nelze hledět jako na ztrátu držby, a proto vydržení volně přechází na dědice. Vydržecí doba nesměla být přerušena a byla stanovena u movitostí na jeden rok, u nemovitostí dva roky. Výjimku tvořila pozůstalost obsahující i nemovitost, protože zde vydržecí doba činila pouze rok. Konec vydržecí doby byl stanoven na počátek posledního vydržecího dne. Všechny výše uvedené znaky platily pro civilní držbu, která zakládala kviritskému vlastnictví.

Jak jsem již zmínila institut vydržení je upraven občanským zákoníkem, ne vždy tomu však tak bylo. Občanský zákoník z 26.2.1964, číslo 40/1964 Sb. neupravoval institut držby a z toho důvodu neznal ani pojem vydržení, které je založeno právě na oprávněné držbě. Takový stav vydržel v našem právním řádu až do roku 1982, kdy byl institut vydržení opět navrácen do občanského zákoníku. Současný občanský zákoník upravuje institut vydržení v § 134, ale jeho úprava je značně zesíhlena, a proto se návrh nového občanského zákoníku snaží o jeho rozšíření.

Nový občanský zákoník značně rozšiřuje katalog věcných práv a upravuje jejich systematiku. Nová právní úprava reaguje často na postřehy, které během let přinesla právní praxe. Nový občanský zákoník je založen na poctivé držbě, která vede k vydržení. Pro první jmenovaný způsob zůstanou zachovány zákonné lhůty, které spočívají v dodržení tříleté lhůty pro věci movité a pro věci nemovité činí lhůta deset let. Na újmu oprávněné držby nebude případný omluvitelný skutkový omyl držitele.

Podle nového občanského zákoníku lze vydržet i vlastnické právo k věcem zapsaným do veřejného seznamu, navrhuje se vydržeteli založit právo, které mu umožní domoci se úpravy zápisů v příslušných veřejných seznamech. Tyto seznamy mají odpovídat stavu, který vznikl před vydržením. Nový zákoník uvádí i skutečnosti, na základě kterých je vydržení absolutně vyloučeno. Tyto skutečnosti se váží jednak k osobám. Vyloučeno je vydržení vlastnického

⁵ Více: Vážný, J.: *Vlastnictví a práva věcná: soustava práva římského*. Díl II. Brno: Československý akademický spolek Právnický, 1937

⁶ Detenci se označovala faktická moc nad věcí, ale bez úmyslu mít věc pouze pro sebe (chybí znak *animus possidendi*)

⁷ Držba opřena o právní důvod

práva mezi manželi , nebo osobami žijícími ve společné domácnosti.⁸ Druhou skupinu tvoří případy vztahující se k předmětu vydržení.

Do nové právní úpravy se vloudil i institut mimořádného vydržení, protože v praxi jsou časté případy , kdy konkrétní osoba má věc u sebe , ale není schopna říci od koho věc nabyla a nebo může nastat situace , kdy osoba získá do své moci věc s úmyslem nabýt vlastnické právo , ale převodcem byl neoprávněný držitel. Z toho důvodu je tedy nutno navrátit výše jmenovaný institut , který poskytne ochranu faktickým stavům , jejichž základ je sporný nebo pochybný , ale tvrzené nebo domnělé vlastnictví trvá již dlouhou dobu. Institut mimořádného vydržení nesmí dát šanci zjevné lži a podvodu , a proto je vyloučeno v případech , kdy ten , kdo je popírá , dokáže osobě, která se dovolává mimořádného vydržení , její nepoctivý úmysl.

Návrh nového občanského zákoníku doznal značných změn i v institutu držby. Tuto problematiku zmíním také , protože s vydržením úzce souvisí.

Jak jsem již naznačila držba je upravena občanským zákoníkem, ale ne vždy tomu tak bylo. Od roku 1811 byla držba součástí rakouského zákoníku. V Československu platila rakouská úprava až do roku 1950. současný občanský zákoník ve své původní úpravě tento institut neupravoval vůbec. světlo světa spatřila až zákonem číslo 131/1982 Sb. Později institut přebrala i novela zákona číslo 509/1991 Sb., kde je držba upravena dodnes.

Nový občanský zákoník má snahu držbu opět navrátit do popředí zájmu. V návrhu je patrná snaha o rozlišování držby oprávněné a neoprávněné a počítá se i s rozlišením držby na poctivou a nepoctivou. Dochází zde k posunu , protože v současném občanském zákoníku je kritériem oprávněné držby dobrá víra držitele , ale návrh spojuje toto kritérium s poctivou držbou. Poctivým držitelem se může stát i ten , kdo vydrží bez platného právního důvodu. Oprávněným držitelem je pouze ten , který drží na základě právního důvodu a nebo ten , kdo se ujme držby mocí , ale neruší tím cizí držbu a ani jiné právo. Po vzoru zahraničních úprav je řešena i otázka okamžiku ztráty držby. Podobně jsou upravovány i otázky ochrany držby , jejího uchování a zániku.

Závěrem lze říci, že návrh nového občanského zákoníku reaguje na postřehy , které přinesla právní praxe a do popředí zájmu staví člověka , ale zůstává zde otázka , jestli odborná i laická veřejnost bude ochotna přijmout změny uvedené v návrhu nového zákona. Tuto otázku nejspíš objasní až rok 2012 , kdy se navrhuje účinnost nového občanského zákoníku.

Troufám si říci , že římské právo ovlivnilo právní řády Evropy a výjimku nebude tvořit ani Česká republika , protože právě římské právo se stalo inspirací pro návrh nového občanského zákoníku.

⁸ Více: § 981 návrhu nového občanského zákoníku

⁸ Více: § 980 návrhu nového občanského zákoníku

Literatura:

- Bartošek, M.: Encyklopedie římského práva, Praha: Panorama, 1981, 507 stran, ISBN 80-200-0242-X
- Bartošek, M.: Dějiny římského práva, Praha: Academia, 1995, 280 stran, ISBN 80-200-0545-5
- Bohuslav, P.: Vydržení v českém právu, Praha: C: H: BECK, 215 stran, ISBN 80-7179-386-8
- Borovský, J., Holub, M.: Občanský zákoník, Praha: LINDE a.s., 612 stran
- Eliáš, K., Zuklínová, M.: Principy a východiska nového kodexu soukromého práva, Praha: LINDE a.s., 302 stran, ISBN 80-7201-303-0
- Havlan, P.: Vlastnictví státu, Brno: Masarykova univerzita, 230 stran, ISBN 80-210-2351-1
- Havlan, P.: Majetek státu, Praha: LINDE .a.s., 442 stran, ISBN 80-7201-386-6
- Kincl, J., Urfus, V., Skřejpek, M.: Římské právo, Praha: C: H: BECK, 1995
- Plíva, S.: Hospodaření s majetkem státu, Praha: C: H: BECK, 286 stran, ISBN 80-7179-556-9
- Vážný, J.: Vlastnictví a práva věcná: soustava práva římského, Brno: Československý akademický spolek právníků, 1937, 140 stran

Elektronický zdroj:

- Eliáš, K., Zuklínová, M.: Návrh nového občanského zákoníku [citováno 15.5.2009]. dostupný z www.juristic.cz

Použité právní předpisy

- Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník ve znění pozdějších

Review:

Renata Veselá

Contact – email:

ivanastara@post.cz

ÚŘAD PRO ZASTUPOVÁNÍ STÁTU VE VĚCÍCH MAJETKOVÝCH A JEHO HOSPODAŘENÍ SE STÁTNÍM MAJETKEM

DAGMAR STREJČKOVÁ

Masaryk University, Faculty of Education, the Czech Republic

Abstract in original language:

Článek se zabývá Úřadem pro zastupování státu ve věcech majetkových jako orgánem ochrany veřejného zájmu a zaměřuje se zejména na jeho hospodaření se státním majetkem. Zabývá se činností tohoto úřadu z pohledu platné právní úpravy s cílem postihnout její specifika. Snahou autorky bylo srovnání tohoto úřadu s Nejvyšším kontrolním úřadem, zkoumání možností jejich vzájemné spolupráce a návrhy případného prohloubení této spolupráce do budoucna.

Key words in original language:

Veřejný zájem; orgány ochrany veřejného zájmu; majetek státu; hospodaření s majetkem státu; veřejná správa; Úřad pro zastupování státu ve věcech majetkových; kontrola; Nejvyšší kontrolní úřad.

Abstract:

The aim of this article is to stake the authority protecting public interest. Main interest was intended on the Office of the Government Representation in Property Affairs and the Management of the State Property. The author was engaged in the activity of this office at large from the valid legal form, with the stress for his specifics. The intention of the author was to survey this office with the Supreme Audit Office and to envisage their intercommunication and cooperation with the possibility of cavity of this cooperation to the future.

Key words:

Public interest; authorities protecting public interest; state property; treat with the state property; public administration; the Office of the Government Representation in Property Affairs; control; the Supreme Audit Office.

Úřad pro zastupování státu ve věcech majetkových (dále i „ÚZSVM“) je poměrně mladou institucí, která byla do našeho právního řádu konstituována zákonem ze dne 2. května roku 2002, a to zák. č. 201/2002 Sb., o Úřadu pro zastupování státu ve věcech majetkových (dále i „zákon o ÚZSVM“). Od nabytí účinnosti zákona dne 1. července 2002 je tento Úřad příslušný hospodařit s veškerým majetkem, s nímž ke dni nabytí účinnosti tohoto zákona byly příslušné hospodařit okresní úřady nebo Ministerstvo financí podle ustanovení zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, a se kterým do dne nabytí účinnosti tohoto zákona nenaložily.¹ U zákona o ÚZSVM lze vysledovat jeho dva hlavní cíle. Prvním je snaha přispět ke zkvalitnění hospodaření s majetkem státu, přičemž se jedná o procesní jednání, jakož i právní pomoc ÚZSVM. Druhým, neméně důležitým cílem, je rovněž

¹ Ustanovení § 29 odst. 1 zákona č. 201/2002 Sb., o Úřadu pro zastupování státu ve věcech majetkových, ve znění pozdějších změn a doplňků.

vytvoření právního rámce pro některé majetkoprávní důsledky vznikuvší s realizací druhé etapy reformy veřejné správy a s ní související zrušení okresních úřadů.²

ÚZSVM je v zákoně charakterizován jako orgán České republiky, který má postavení organizační složky státu a je výslovně označen za účetní jednotku. Sídlem ÚZSVM je Praha. Úřad pro zastupování státu ve věcech majetkových lze zařadit mezi orgány ochrany veřejného zájmu, a to proto, že na něj lze nahlížet jako na instituci, která hájí veřejný zájem na kvalitní právní ochraně majetku státu a na kvalitním hospodaření a nakládání s tímto majetkem.³

Právním předpisem, který upravuje způsoby a podmínky hospodaření s majetkem České republiky, je zákon č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích (dále i „ZMS“). Jedná se o obecnou úpravu hospodaření se státním majetkem, která se uplatní všude tam, kde danou oblast odlišně neupravuje zvláštní zákon.⁴ ÚZSVM je specializovanou státní institucí a orgánem České republiky tzv. nevrchnostenského typu. Patří tedy do sféry, kterou výstižně vyjádřil Jiří Hoetzel: „Stát ne vždycky rozkazuje a zakazuje, nevystupuje vždy v purpuru, nýbrž spokojuje se také s prostředky, jaké mají po ruce soukromníci: nevyvlastňuje pouze, nýbrž kupuje, najímá.“⁵ Česká republika tak prostřednictvím ÚZSVM vystupuje v postavení rovného partnera jiným subjektům ve věcech, které se týkají majetku státu. Rovněž hranice mezi postavením státu jako mocenského útvaru a jako právnické osoby není „ostrá“. Petr Havlan označuje ÚZSVM za určitého garanta veřejného zájmu na kvalitní právní ochraně majetku státu s funkcí tzv. „státní advokatury“, a rovněž na kvalitním hospodaření a nakládání s tímto majetkem.⁶

Na rozdíl od prvorepublikových finančních prokuratur, dnešní ÚZSVM zahrnuje okruh jejich činností jen částečně, což je dáno nutností vycházet ze stavu současného právního řádu i současných změněných okolností a potřeb v oblasti nakládání s majetkem státu. Činnost ÚZSVM je tak primárně směřována na právní služby ve věcech týkajících se majetkových záležitostí státu. Vedle toho má ÚZSVM za úkol zpracovávat a vydávat právní stanoviska ke složitým nebo významným otázkám a případům souvisejícím s majetkem státu. Lze shrnout, že ÚZSVM je specializovaným státním orgánem s působností v oblasti hospodaření

2 HAVLAN, Petr. Český stát si zřídil Úřad pro zastupování státu ve věcech majetkových. Právní zpravodaj, s. 8 – 9.

3 HAVLAN, Petr. Majetek státu v platné právní úpravě. 2. aktualizované a doplněné vydání. Praha: Linde Praha, a.s. Právnické a ekonomické nakladatelství, 2006, s. 44. ISBN 80-7201-578-8.

4 Povahu zákona o majetku státu jako *lex generalis* dokládá zejména ustanovení § 2 cit. zákona, dle kterého se hospodaření s majetkem státu řídí tímto zákonem a působnost tohoto zákona nelze omezit nebo vyloučit dohodou stran, pokud zvláštní předpis, vyhlášená mezinárodní smlouva, kterou je Česká republika vázána, nebo všeobecně uznávaná pravidla mezinárodního práva nestanoví jinak. Přitom zákon odkazuje například na zákon č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, zákon 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů aj.

5 HOETZEL, Jiří. Československé správní právo. Část všeobecná. 2. vyd. Praha: Melantrich, 1937, s. 33.

6 HAVLAN, Petr. Orgán typu finanční prokuratury v tržních vztazích. In Ingerencia orgánov verejnej moci do podnikania. Zborník z vedeckej konferencie konanej 28. – 29. 9. 2006 v Košiciach. Košice, 2006, s. 57 - 60. ISBN 80-7097-665-9.

s majetkem státu, v rámci které zajišťuje činnost charakteru nejen odborné právní služby, ale i vlastního hospodaření s majetkem státu.

HOSPODAŘENÍ ÚŘADU PRO ZASTUPOVÁNÍ STÁTU VE VĚCÍCH MAJETKOVÝCH

Hospodařením s majetkem státu se rozumí činnosti, jež zahrnují právo držet, užívat a využívat věci a jiné majetkové hodnoty, jakož i povinnosti pečovat o zachování majetku a jeho údržbu, případně o jeho zlepšení či rozmnožení. Další povinností je ochrana tohoto majetku před poškozením, ztrátou, zneužitím či odcizením. K nakládání s majetkem státu, jako jsou převody, zastavení, zřízení věcného břemene apod., jsou příslušné organizační složky, jež hospodaří s majetkem státu pouze způsobem a za podmínek stanovených ZMS. Jako organizační složka státu a účetní jednotka ve smyslu ZMS, je ÚZSVM jako takový tedy oprávněn, ale i povinen, hospodařit s majetkem, který mu byl přidělen a který potřebuje k plnění svých úkolů. V tomto případě je ÚZSVM příslušný hospodařit s majetkem státu ve smyslu ustanovení § 9 ZMS a půjde zejména o majetek, jež je využíván k plnění jeho vlastních úkolů dle části první zákona o ÚZSVM, tj. jednání Úřadu pro zastupování státu ve věcech majetkových a právní stanoviska. ÚZSVM se však stal rovněž příslušným hospodařit s vybraným majetkem, který do svého zrušení spravovaly okresní úřady z titulu své speciální příslušnosti jako tzv. prozatímní správa dle zákona o majetku státu a se kterým nebylo po nabytí účinnosti zákona o ÚZSVM naloženo jinak. Zákonné opatření týkající se přechodu práva hospodařit s majetkem mělo souvislost s přípravou zániku okresních úřadů a převzetím některých jejich úkolů v oblasti hospodaření s majetkem státu Úřadem pro zastupování státu ve věcech majetkových. Majetek měl být předán nejpozději do 30. září roku 2002. Vlastní majetek okresních úřadů, se kterým hospodařily jako příslušné organizační složky státu, přešel ke dni zániku okresních úřadů rovněž na ÚZSVM, respektive ode dne 1. ledna 2003 přešlo právo a povinnost hospodařit s tímto majetkem.⁷ ÚZSVM se rovněž stal povinným plnit úkoly dle ustanovení § 38 ZMS u všech závazků, jež souvisejí s majetkem státu, s nímž se stal Úřad pro zastupování státu ve věcech majetkových příslušným hospodařit. Pokud by došlo k pochybnostem o příslušnosti ÚZSVM hospodařit s majetkem státu, oprávnění k jejich odstranění má Ministerstvo financí svým opatřením podle ustanovení § 9 odst. 2, ustanovení § 11 odst. 3 a § 20 ZMS. Činit tak může jednak na žádost ÚZSVM nebo jiné organizační složky státu, jednak i z vlastního podnětu. Toto zmíněné rozhodování o příslušnosti hospodařit s majetkem státu je výslovně vyloučeno z pravomoci soudů a nevztahují se na ně předpisy o správním řízení.⁸

7 K administrativním budovám po okresních úřadech blíže EYEROVÁ, Kateřina. Vypořádání majetkových poměrů u administrativních budov po bývalých okresních úřadech. Veřejná správa, 2005, č. 47 [citováno dne 9. května 2009] Dostupný z <http://www.mvcr.cz>.

8 Ustanovení § 9 ZMS.

Viz PLÍVA, Stanislav. Hospodaření s majetkem státu. 2., přepracované a doplněné vyd. Praha: C. H. Beck, 2004, s. 212 – 213. ISBN 80-7179-811-8.

K otázkám reformy veřejné správy srov. PRŮCHA, Petr. K zaměření a obsahu reformy veřejné správy. In Aktuální otázky reformy veřejné správy. 1. vyd. Brno: MU v Brně, 2000, s. 7 – 29. ISBN 80-210-2295-7.

Dále srov. PRŮCHA, Petr. K současnosti a perspektivám veřejné správy. In Veřejná správa na prahu 21. století. Brno: MU v Brně, 2001, s. 6 – 20. ISBN 80-210-2739-8.

Petr Havlan rozlišuje v rámci hospodaření ÚZSVM dvě roviny. V některých případech je toto hospodaření chápáno jako tzv. „výkonná“ oblast, a to i přes tu skutečnost, že v instituci typu finanční prokuratury má funkci spíše „doplňkovou“.⁹ Jedná se jednak o hospodaření s majetkem v účetní evidenci, tj. o „běžné hospodaření“ s majetkem státu, a jednak o hospodaření s majetkem v tzv. operativní evidenci, tj. o „prozatímní hospodaření“ s majetkem státu. Běžné hospodaření je upraveno zejména v ustanovení § 18 a § 19 odst. 1 a 4 zákona o ÚZSVM ve spojení s ustanovením § 9 ZMS. Do tohoto běžného hospodaření je v současné době zahrnuto hospodaření s majetkem, který je pro ÚZSVM potřebný k zajištění vlastních odborných činností. V této souvislosti je označován jako tzv. provozní majetek. Dále je sem rovněž zahrnuto hospodaření s majetkem, jež lze podřadit pod pojem „plnění úkolů v rámci působnosti Úřadu v tzv. širším smyslu“. V tomto případě půjde o majetek, který byl na ÚZSVM přenesen z jiných úřadů a institucí, zejména v souvislosti s reformou veřejné správy. Tento majetek je pro ÚZSVM ve většině případů nepotřebným a bude s ním zapotřebí dále naložit dle platných právních předpisů.¹⁰ Důvodová zpráva k vládnímu návrhu zákona o Finanční prokuratuře k ustanovením § 18 a 19 ve vztahu k hospodaření ÚZSVM (v návrhu Finanční prokuratury) s majetkem, který potřebuje ke svému výkonu, jakož i ve vztahu k plnění úkolů organizační složky státu příslušné hospodařit s majetkem uvedeným v ustanovení § 10 ZMS namísto dosavadních okresních úřadů, uvádí: „Uvedené sjednocení této speciální agendy, která je typickou doménou státu a státních institucí, by mělo přispět i ke zkvalitnění jejího výkonu (mimo jiné též v důsledku využití odborného potenciálu zaměstnanců, kteří jinak budou primárně zajišťovat právní pomoc pro ostatní organizační složky státu a státních organizací, popř. Pozemkový fond ČR).“

Prozatímním hospodařením Úřadu pro zastupování státu ve věcech majetkových je chápáno hospodaření s majetkem, u něhož není při jeho nabytí patrné, která organizační složka státu je příslušná s tímto majetkem hospodařit, případně se jedná o majetek, o němž bude zjištěno, že s ním žádná organizační složka státu ani státní organizace jako s tzv. bezprizorným majetkem nehospodaří. S tímto výše vymezeným majetkem je třeba patřičně naložit. Petr Havlan v této činnosti spatřuje pro ÚZSVM perspektivní agendu, která by měla být vykonávána i v budoucnu, a to i s ohledem na skutečnost, že k „prozatímnímu hospodaření“ může být příslušná rovněž jiná, zákonem určená, organizační složka státu.¹¹

Podle ustanovení § 19 odst. 2 zákona o ÚZSVM je příslušné hospodařit s majetkem to územní pracoviště, v jehož územním obvodu se tento majetek nachází nebo územní pracoviště, nelze-li ho takto určit, v jehož obvodu měl předchozí majitel poslední trvalý pobyt či sídlo. V případě, zjistí-li územní pracoviště, že se majetek nebo část nachází v územním obvodu jiného územního pracoviště, neprodleně o tom toto územní pracoviště vyrozumí a na základě vyrozumění započne toto územní pracoviště hospodařit s příslušným majetkem, tj. plnit úkoly dle zákona.

9 HAVLAN, Petr. Úřad pro zastupování státu ve věcech majetkových – „institucionalizovaný advokát“ českého státu. *Justičná revue*, 2003, č. 12, s. 1191.

10 HAVLAN, Petr. Úřad pro zastupování státu ve věcech majetkových – tři roky poté. *Právní fórum*, 2005, č. 12, s. 476.

11 HAVLAN, Petr. Úřad pro zastupování státu ve věcech majetkových – tři roky poté. *Právní fórum*, 2005, č. 12, s. 476.

Majetek, s nímž je oprávněn ÚZSVM hospodařit, lze rozdělit do několika skupin. Jednu skupinu tvoří majetek z odúmrťi a majetek propadlý státu. V tomto případě se jedná o tzv. majetek v operativní evidenci, který na ÚZSVM přešel ke dni 1. července 2002 z okresních úřadů a z Ministerstva financí (viz výše). Nabývacím titulem v tomto případě může být rozhodnutí soudu. Jednak půjde o rozhodnutí v trestním řízení o propadnutí věci, nebo rozhodnutí o zabránění věci, jednak o tzv. odúmrť, tj. nabytí majetku státem dle ustanovení § 462 občanského zákoníku.¹² Dále sem lze zařadit přímá dědictví ve prospěch státu, opuštěný či nalezený majetek, jakož i majetek státu, u něhož je zjištěno, že s ním nehospodaří jiná organizační složka státu. Charakteristikou této agendy je množství položek především movitého majetku s převážně zanedbatelnou cenou. Nejčastější skupinou nabývaného majetku ÚZSVM tvoří věci, jež byly použity ke spáchání trestného činu, a to na základě rozhodnutí příslušných orgánů činných v trestním řízení dle trestněprávních předpisů. V těchto případech často soudy předávají ÚZSVM k realizaci majetek nepatrné ceny.¹³

Do oblasti trestního práva vstoupil ÚZSVM dnem 1. ledna 2004, kdy nabytí účinnosti zákon č. 279/2003 Sb., o výkonu zajištění majetku a věcí v trestním řízení. Zajištění se týká majetku vymezeného trestním řádem, a to zejména pro účel budoucí náhrady škody, nebo v případě předpokládaného vyslovení trestu propadnutí majetku. ÚZSVM stojí v tomto případě v roli určitého „technického“ správce, přičemž veškeré úkony, jež se týkají práv a povinností obviněného, činí soud nebo státní zástupce. Souhlas soudce či státního zástupce si je rovněž ÚZSVM povinen při provádění úkonů se zajištěným majetkem vyžádat. Je nutné rovněž upozornit na rozdíl zajištěného majetku od majetku zabraného nebo propadlého. Zajištěný majetek po celou dobu trestního řízení zůstává ve vlastnictví obviněného až do doby, kdy pravomocný rozsudek určí něco jiného, jelikož do jeho vynesení je obviněný považován za nevinného.¹⁴

Petr Machula upozornil na stále se zvětšující skupinu nemovitého majetku, u kterého je nutné zjišťovat a následně hledat řešení pro vznikající či vzniklé ekologické zátěže. Tyto ekologické zátěže začal ÚZSVM řešit v souvislosti s postupným přebíráním a pozdější realizací nemovitého majetku, které by v budoucnu mohly negativně ovlivnit zdraví obyvatel i životní prostředí. Nejprve každá z nemovitostí, s nimiž má ÚZSVM právo hospodařit, projde fyzickou prohlídkou, na základě které budou nemovitosti zařazeny do jedné z pěti skupin.

12 Blíže k nabytí majetku státem způsobem tzv. odúmrťi KREMLÍK, Vladimír. Majetek. Co se rozumí pojmem odúmrť? Veřejná správa, 2005, č. 31 [citováno dne 9. května 2009] Dostupný z <http://www.mvcr.cz>.

13 Výroční zpráva uvádí příkladný výčet těchto věcí, jako jsou šroubovák, nože, kleště apod. Dále se jedná o věci movitého charakteru, u nichž byla porušena autorská práva nebo byly použity při páchaní trestné činnosti, které ÚZSVM rovněž přebírá. Zde se jedná zejména o padělky textilního zboží, CD nosiče, obuv apod. Většinu těchto věcí má ÚZSVM povinnost likvidovat. Přibývá rovněž připadnutí věcí dle ustanovení § 342 odst. 3 OSŘ, jež se nepodařilo prodat v dražbě. Nejčastěji jde v tomto případě o nábytek a vybavení domácností z exekučně vystěhovaných bytů.

V podrobnostech viz Výroční zpráva za rok 2006, s. 8 [citováno 9. května 2009] Dostupný z <http://www.uzsvm.cz>.

14 Blíže viz Úřad spravuje zajištěný majetek za 250 milionů korun. Veřejná správa, 2005, č. 43 [citováno dne 9. května 2009] Dostupný z <http://www.mvcr.cz>.

Zjištění ekologické zátěže jsou pak postupně odstraňovány v několika na sebe navazujících etapách.¹⁵

Další skupinu tvoří „majetek bez vlastníka“, tj. majetek státu, s nímž nikdo nehospodaří. Tím je nemovitý majetek, u něhož je na listu vlastnictví dosud v katastru nemovitostí vedeno právo hospodaření okresních úřadů, nebo dokonce národních výborů, případně se jedná o nemovitosti po státních podnicích a organizacích, které už zanikly a s uvedeným majetkem nebylo právně relevantně naloženo. V tomto případě jde o dlouhodobou agendu, protože je nutné zjistit, zda tento majetek opravdu zůstal ve vlastnictví státu, nebo zda se na základě zákona č. 172/1991 Sb., o majetku obcí, nestal vlastnictvím obcí, přičemž je zapotřebí zejména příslušné listiny shromáždit, což předpokládá rovněž spolupráci s dalšími úřady či archivy.¹⁶

Dalším majetkem, se kterým je ÚZSVM oprávněn hospodařit, je zejména majetek po okresních úřadech, jakož i majetek nabytý dle Usnesení vlády ČR č. 56/2003, na jehož základě ÚZSVM převzal majetek na silničních hraničních přechodech od Generálního ředitelství cel. V souvislosti se vstupem České republiky do Evropské unie ke dni 1. května 2005 převzal ÚZSVM v období od 1. května 2004 do 31. prosince 2004 celkem 63 hraničních přechodů na všech úsecích státních hranic se sousedními státy. Souhrnná hodnota tohoto majetku činila 3,5 miliardy Kč, přičemž se jednalo o dosud největší přebírání majetku od zániku okresních úřadů.¹⁷ Zákonem č. 485/2004 Sb. rovněž přešla na ÚZSVM dnem 1. ledna 2005 příslušnost hospodařit s pozemky, jejichž celková rozloha činila přibližně 3 500 hektarů, jež jsou součástí zvláště chráněných území a nacházejí se v zastavěných územích obcí. Jedná se o pozemky, se kterými byla ke dni 31. prosince 2004 příslušná hospodařit Agentura ochrany přírody a krajiny ČR.¹⁸ Co se týče majetku, jež přešel z okresních úřadů, jednalo se o nemovitý majetek v účetní hodnotě asi 15 miliard Kč, movitý majetek byl evidován v hodnotě asi 2 miliardy Kč, nehmotný majetek přesahoval částku 300 milionů Kč. Jednalo se však o účetní evidenční hodnoty, skutečná cena je zjišťována teprve při realizaci tohoto majetku. Dle

15 Ekologickými závadami se rozumí:

- existence nepovolených skládek škodlivých odpadů,
- znečištění staveb nebo jejich částí,
- znečištění horninového prostředí,
- znečištění podzemních vod.

Blíže viz MACHULA, Petr. Ekologické zátěže na majetku státu v příslušnosti hospodaření ÚZSVM. Veřejná správa, 2005, č. 51 – 52 [citováno dne 9. května 2009] Dostupný z <http://www.mvcr.cz>.

16 Výroční zpráva za rok 2006, s. 8 [citováno dne 9. května 2009] Dostupný z <http://www.uzsvm.cz>.

17 FILOVÁ, Izabela. ÚZSVM je garantem řádného nakládání s hraničními přechody. Veřejná správa, 2005, č. 49 [citováno dne 9. května 2009] Dostupný z <http://www.mvcr.cz>.

18 HAVLAN, Petr. Úřad pro zastupování státu ve věcech majetkových – tři roky poté. Právní fórum, 2005, č. 12, s. 477

kvalifikovaného odhadu činí reálná hodnota minimálně trojnásobek účetních hodnot, i přes to, že velké množství těchto majetkových položek není prakticky realizovatelné.¹⁹

S majetkem státu ÚZSVM nakládá v souladu se ZMS a jeho prováděcí vyhláškou č. 62/2001 Sb., o hospodaření organizačních složek státu a státních organizací s majetkem státu. Tímto nakládáním se jednak rozumí běžné hospodaření a údržba, jednak tzv. realizace, tj. převody ve prospěch jiných organizačních složek státu, kupní smlouvy a smlouvy o bezúplatném převodu ve prospěch fyzických nebo právnických osob, případně i dočasné nájmy nebo výpůjčky. Vlastní identifikace pozemků je dlouhodobým procesem s vazbami na kapacitní možnosti ÚZSVM samotného. Problematickým se jeví nakládání s nepotřebným majetkem, jelikož strategii tohoto nakládání lze ve většině případů určit teprve po jeho identifikaci. Mnoho pozemků se právě v této fázi ukáže jako komerčně nevyužitelné a zůstává tedy i nadále majetkem státu se všemi důsledky, jakými jsou například náklady na jeho správu a udržování.²⁰

MOŽNÁ SPOLUPRÁCE ÚZSVM A NEJVYŠŠÍHO KONTROLNÍHO ÚŘADU A ÚVAHY PRÁVNÍ ÚPRAVY DE LEGE FERENDA

Úřad pro zastupování státu ve věcech majetkových je orgánem státu, jehož jménem jedná tato instituce v řízeních před soudy, správními úřady i jinými orgány, zpracovává právní stanoviska a plní další úkoly stanovené zákonem. Svou specializovanou odborností rovněž přispívá k ochraně majetku státu a v tomto smyslu tedy i veřejného zájmu. Úřad není pověřen k vykonávání kontroly hospodaření, čímž se liší od Nejvyššího kontrolního úřadu (dále i „NKÚ“). Nejvyšší kontrolní úřad je na rozdíl od Úřadu pro zastupování státu ve věcech majetkových nezávislým orgánem, jež je ke kontrole hospodaření se státním majetkem pověřen Ústavou České republiky. Vykonává však i kontrolu státního závěrečného účtu České republiky, plnění státního rozpočtu, hospodaření s prostředky poskytnutými České republice ze zahraničí a s prostředky, za něž převzal stát záruky. Dále vykonává kontrolu vydávání a umořování státních cenných papírů a zadávání státních zakázek.

Tento typ kontrolních úřadů, které svoji činnost vykonávají nezávisle na moci výkonné, se postupně etablovaly a působí prakticky ve všech zemích s demokratickými poměry.

Nejvyšší kontrolní úřad působí jako nezávislý orgán, který mimo jiné vykonává kontrolu hospodaření se státním majetkem,²¹ Úřad pro zastupování státu ve věcech majetkových má jako hlavní náplň své činnosti jednání v řízení před soudci, rozhodci nebo stálými rozhodčími soudy, správními úřady a jinými orgány ve věcech, které se týkají majetku státu, a to namísto organizačních složek státu, které jsou příslušné s tímto majetkem hospodařit na základě zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích.

Před vymezením možností spolupráce těchto úřadů je nutné uvést, že tato spolupráce prozatím není příliš rozvinuta. NKÚ k ÚZSVM přistupuje jako ke každému jinému kontrolovanému

19 Výroční zpráva za rok 2006, s. 9 [citováno dne 9. května 2009] Dostupný z <http://www.uzsvm.cz>.

20 Výroční zpráva za rok 2006, s. 11 [citováno dne 9. května 2009] Dostupný z <http://www.uzsvm.cz>.

21 Ustanovení čl. 97 odst. 1 ústavního zákona č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky (dále jen „Ústava České republiky“).

subjektu. K této kontrole došlo v minulosti již dvakrát, a to v roce 2003 a v roce 2005.²² Jistou odlišností lze spatřovat pouze v charakteru kontrolovaných subjektů. ÚZSVM má zajisté jiné postavení než kupříkladu ministerstva. ÚZSVM nemá samostatnou kapitolu státního rozpočtu, jeho práce je zaměřena spíše na spravování majetku státu a v tomto směru lze uvažovat o jeho rozdílném postavení od jiných kontrolovaných subjektů. NKÚ tedy může v rámci jím vykonané kontroly poskytnout metodickou radu, jak předmětný majetek spravovat.

Vzájemná spolupráce je prakticky omezena zejména odlišným postavením a pravomocemi obou institucí. Zatímco NKÚ je ústavním orgánem bez výkonné pravomoci, jehož postavení, působnost a činnost jsou upraveny Ústavou České republiky a zejména zákonem č. 166/1993 Sb., o Nejvyšším kontrolním úřadu, v platném znění, ve znění pozdějších předpisů, ÚZSVM je orgánem státní moci, i když se specifickým postavením a pravomocemi, které jsou vymezeny zákonem č. 201/2002 Sb., o Úřadu pro zastupování státu ve věcech majetkových, v platném znění.

Posláním NKÚ je kontrolovat stát a další subjekty, které hospodaří se státními finančními prostředky a státním majetkem. ÚZSVM především zastupuje stát v majetkoprávních řízeních a zpracovává právní stanoviska. Společné pro oba úřady je jednání na základě podnětů. NKÚ podněty zpracovává do podoby ročního plánu kontrolní činnosti a na základě tohoto plánu potom provádí vlastní kontrolní činnost. Tyto podněty přijímá od komor Parlamentu ČR nebo jejich orgánů, formou usnesení od vlády, jakož i z vlastní kontrolní činnosti. ÚZSVM zastupuje stát na základě podnětů v řízeních před soudy. Tyto podněty získává na základě ustanovení § 4 zákona o ÚZSVM od NKÚ a od Ministerstva financí, může však předmětnou žalobu podat i z vlastního podnětu. Do budoucna tedy případnou spolupráci spatřuji zejména v oblasti podávání podnětů. Problematickou skutečnost spatřuji v absenci příslušného ustanovení v zákoně o NKÚ, které by umožňovalo podávat podněty jiným subjektům. Jedná se tak o hlavní překážku v podávání podnětů ÚZSVM. Situaci, ve které by tedy došlo k pochybnostem o platnosti smluv, řeší NKÚ podáváním trestních oznámení. Domnívám se, že podávání podnětů ÚZSVM by bylo zřejmě efektivnější, než podávání trestních oznámení, a to zejména v případech určení neplatnosti smluv o převodu věci z vlastnictví státu. Legislativa *de lege ferenda* by tedy měla směřovat spíše k zákonu o NKÚ. Mělo by jít zejména o změnu v rozšíření jeho pravomocí o podávání podnětů ÚZSVM, případně přímo o povinnost oznamovat ÚZSVM všechna závažná majetková zjištění. Taková oznámení by ÚZSVM shromažďoval a vyhodnocoval pro další použití v nich uvedených informací.

K zefektivnění veřejného zájmu by mohlo podle mého názoru dojít i vzájemnou informovaností obou institucí. *De lege ferenda* by tedy bylo vhodné pravomoc nejen NKÚ, ale i ÚZSVM, rozšířit o možnost vzájemného vyžádání si informací, a současně i vyžádané informace vzájemně poskytovat.

Jako další směr činnosti ÚZSVM by bylo vhodné zájem směřovat více na aktivity související s realizací majetku doposud v tzv. „prozatímním hospodaření“. S tímto majetkem, který ÚZSVM nepotřebuje ke své činnosti, by mělo být konečným způsobem naloženo.

Jistou inspirací by obecně pro další vývoj ÚZSVM mohla být Finanční prokuratura Rakouské republiky, která vůči ÚZSVM v rámci zahraničních souvislostí vykazuje nejvyšší míru

22 Jednalo se o kontrolní akce 03/03 a 05/01.

podobnosti, i přes samozřejmé dílčí odlišnosti a specifika. Tato Finanční prokuratura však na rozdíl od ÚZSVM neprovádí hospodaření a nakládání s majetkem státu, což nečinily ani finanční prokuratury, jež působily na území Československa v období první republiky. Souhlasím s názorem Petra Havlana, dle kterého pro právní úpravu i fungování těchto institucí vždy nakonec zůstane určující majetkoprávní realita konkrétního státu, čímž je i inspirace zahraničními modely limitována.²³

Závěrem lze shrnout, že styčným bodem těchto úřadů je veřejný zájem i veřejný majetek. Nejvyšší kontrolní úřad svou kontrolní činností chrání veřejný zájem, přestože nemá pravomoc kontrolovaným subjektům udělovat sankce. V tomto směru by de lege ferenda bylo možné rozšířit pravomoci NKÚ, čímž by došlo k zefektivnění kontroly, jakož i k růstu autority samotného Nejvyššího kontrolního úřadu.

Literature:

- Filová, I. ÚZSVM je garantem řádného nakládání s hraničními přechody. Veřejná správa, 2005, č. 49 [citováno dne 9. května 2009] Dostupný z <http://www.mvcr.cz>.
- Havlan, P. Vlastnictví státu. Brno: Masarykova univerzita, 2000, 230 s. ISBN 80-210-2351-1.
- Havlan, P. Český stát si zřídil Úřad pro zastupování státu ve věcech majetkových. Právní zpravodaj, 2002, č. 8.
- Havlan, P. Úřad pro zastupování státu ve věcech majetkových – „institucionalizovaný advokát“ českého státu. Justičná revue, 2003, č. 12.
- Havlan, P. Úřad pro zastupování státu ve věcech majetkových v prvním roce své existence. Právo a podnikání, 2003, č. 9.
- Havlan, P. Úřad pro zastupování státu ve věcech majetkových – tři roky poté. Právní fórum, 2005, č. 12.
- Havlan, P. Majetek státu v platné právní úpravě. Praha: Linde, a. s., 2006, 463 s. ISBN 80-7201-578-8.

23 HAVLAN, Petr. Orgán typu finanční prokuratury v tržních vztazích. In Ingerencia orgánov verejnej moci do podnikania. Zborník z vedeckej konferencie konanej 28. – 29. 9. 2006 v Košiciach. Košice, 2006, s. 57. ISBN 80-7097-665-9.

K zahraničním souvislostem blíže viz HAVLAN, Petr. Úřad pro zastupování státu v prvním roce své existence. Právo a podnikání, 2003, č. 9, s. 2 – 3.

- Havlan, P. Orgán typu finanční prokuratury v tržních vztazích. In Ingerencia orgánov verejnej moci do podnikania. Zborník z vedeckej konferencie konanej 28. – 29. 9. 2006 v Košiciach. Košice, 2006, s. 57 - 60. ISBN 80-7097-665-9.
- Hoetzel, J. Československé správní právo. Část všeobecná. Praha: Melantrich, a. s., 1937, 507s.
- Kremlík, V. Majetek. Co se rozumí pojmem odúmrtí? Veřejná správa, 2005, č. 31 [citováno dne 9. května 2009] Dostupný z <http://www.mvcr.cz>.
- Machula, P. Ekologické zátěže na majetku státu v příslušnosti hospodaření ÚZSVM. Veřejná správa, 2005, č. 51 – 52 [citováno dne 9. května 2009] Dostupný z <http://www.mvcr.cz>.
- Plíva, S. Hospodaření s majetkem státu. Praha: C. H. Beck, 2004, 366 s. ISBN 80-7179-811-8.
- Průcha, P. K zaměření a obsahu reformy veřejné správy. In Aktuální otázky reformy veřejné správy. 1. vyd. Brno: MU v Brně, 2000, s. 7 – 29. ISBN 80-210-2295-7.
- Průcha, P. K současnosti a perspektivám veřejné správy. In Veřejná správa na prahu 21. století. Brno: MU v Brně, 2001, s. 6 – 20. ISBN 80-210-2739-8.

Reviewer:

Petr Havlan

Contact – email:

d.strejckova@gmail.com

STÁT JAKO OPRAVNĚNÝ Z NÁROKU NA VYDÁNÍ BEZDŮVODNÉHO OBOHACENÍ

JAN SÝKORA

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Článek se zabývá zvláštním a v praxi opomíjeným nárokem státu na vydání předmětu bezdůvodného obohacení podle § 456 Občanského zákoníku, pokud není znám ochuzený. Rozpoznáním a zkoumáním jednotlivých funkcí tohoto ustanovení v systému českého soukromého práva i systému českého práva jako celku z pohledu metody soukromoprávní regulace pak dochází k závěrům zejména o vhodnosti tohoto ustanovení v systému odpovědnosti v připravovaném novém Občanském zákoníku, představujícím programovou diskontinuitu k původní filosofii, formě i systematické platného Občanského zákoníku.

Key words in original language:

Stát, bezdůvodné obohacení, § 456, rekodifikace, diskontinuita.

Abstract:

This article concerns a specific and frequently neglected situation of an active legitimacy to a claim of restitution for Unjustified Enrichment pursuant to the par. 456 of the Civil Code in case the State is entitled because the actually deprived one is unknown. By means of a disquisition of the particular functions of this provision by the perspective of method of regulation in the system of Czech private law, it focuses primarily on considering its appropriateness in the system of liability in the new Civil Code that is being currently prepared and constitutes a laggard discontinuance in the Czech private law.

Key words:

Unjust enrichment, unjustified enrichment, government, state, discontinuance, recodification.

1. PROLOG

Motto: Nelze-li zjistit toho, na jehož úkor byl předmět bezdůvodného obohacení získán, musí se vydat státu (§ 456 Obč. zákoníku).

Předmětem tohoto příspěvku je zvláštní a často přehlížený případ aktivní legitimace podle druhé věty § 456 Občanského zákoníku (o. z.) k uplatňování práva na vydání předmětu bezdůvodného obohacení, kdy je tímto subjektem stát, není-li znám ochuzený. Toto ustanovení zakládá výjimku z pravidla, obsaženého ve větě první, a sice že oprávněným příjemcem předmětu bezdůvodného obohacení je ochuzený. Asi nejpregnantnější charakteristikou k probíranému tématu je konstatování, že tímto ustanovením je důsledně provedena zásada § 451 o. z., neboť zde téměř vždy existuje subjekt, který se může vydání bezdůvodného obohacení z jednotlivých skutkových podstat domáhat.¹ V tomto příspěvku se pokusím o obecnou reflexi a zhodnocení varianty případného zachování předmětného ustanovení v českém právu, s ohledem na jeho připravovanou rekodifikaci. K uchopení tohoto

¹ Bičovský, J., Holub, M. *Občanský zákoník: pozn. vyd. s judikaturou*. 2. vyd. Praha: Linde, 1994, s. 285.

institutu se však nelze vyhnout širšímu uvážení historického vývoje a fungování bezdůvodného obohacení v systematice českého soukromého práva.

2. POVAHA A HISTORICKÝ VÝVOJ

Institut bezdůvodného obohacení tvoří historicky v kontinentálních systémech soukromého práva zvláštní kategorii právních vztahů. Má charakter závazků mimosmluvních a zároveň tzv. kvazideliktů², neboť k jejich vzniku není nezbytně třeba porušení právní povinnosti a dokonce ani zavinění, tak jako tomu je v případě závazků k náhradě škody. Přestože jde o závazky mimosmluvní, jsou se závazkovým právem často úzce spjaty, neboť v systému soukromého práva pokrývají typově a funkčně navazující právní vztahy, vedoucí k obnovení původního „pokojného“ rozdělení majetkových hodnot mezi osobami.

Vývoj institutu bezdůvodného obohacení osciloval na našem území mezi pozicí přirozenoprávní po vzoru justiniánské právovědy a na druhé straně kazuistickou, pozitivně právní pozicí, vtělenou do ustanovení § 360 středního občanského zákoníku č. 141/1950 Sb. Zatímco tedy pandektní věda zastávala pozici o univerzální povaze bezdůvodného obohacení, které teprve kompilátoři³ přehledně kategorizovali pro jednotlivé typy – skutkové podstaty, střední občanský zákoník z roku 1950, dílo tzv. *právníké dvouletky*, přistoupil k řešení z opačné strany.

Tato dichotomie má však význam nejen historický, ale je aktuální i pro uchopení současně platné úpravy. Současný o. z. v původním znění stanovil v § 415 obecnou povinnost předcházení jak škodám, tak neoprávněnému majetkovému prospěchu na úkor společnosti. Zákaz obohacování se na úkor společnosti deklaroval i v čl. VII. svých zásad. Ačkoliv jednotlivé skutkové podstaty takového neoprávněného prospěchu upraveny byly a soudní praxe se přiklání k výkladu, že jde o výčet taxativní⁴, jednoznačnost výkladu této úpravy vzbuzovala s ohledem na politické cíle zákoníku pochybnosti.

S touto optikou a vědomím programové diskontinuity porevolučního práva je pak třeba pohlížet i na výklad současných skutkových podstat bezdůvodného obohacení, které se v rozporu s trendem zahraničních právních úprav pojmají jako taxativně vyčtené⁵. Ačkoliv se objevují názory⁶, že první odst. § 451 o. z. obsahuje samostatnou skutkovou podstatu obecné podoby bezdůvodného obohacení oproti dále upraveným případům zvláštním, lze zde

² Srov. Schrage, E., Nicholas, B. Unjust Enrichment and the Law of Restitution: A Comparison. In *Unjust Enrichment (The Comparative Legal History of the Law of Restitution)*. Ed. by Schrage, E. 2nd edition. Berlin: Duncker und Humblot, 1999, s. 19 an.

³ Heyrovský, L. *Dějiny a systém práva římského*. Praha: J. Otto, 1910, s. 532.

⁴ Zejm. stanovisko Nejvyššího soudu ČSR k žalobám o vydání neoprávněného majetkového prospěchu, sp. zn. Cpj 34/74, publikováno pod R 26/1975. Dále Vaněk, J. *Neoprávněný majetkový prospěch*. Praha: Panorama, 1987, s. 40 an.

⁵ *Důvodová zpráva k Občanskému zákoníku* Ministerstva spravedlnosti z 8. 1. 2009, s. 508 an. URL: <www.justice.cz> [citováno 26. 4. 2009].

⁶ Fiala, J. a kol. *Občanské právo hmotné*. 3. vyd. Brno: Doplněk, 2002, s. 383.

s odkazem na systematický výklad úpravy souhlasit s převažujícím názorem, zastávaným i soudy, že obecná podoba bezdůvodného obohacení musí současně nabýt podoby některé ze zvláště upravených forem, ostatně pokrývajících velmi široké pole možných právních situací.

3. HISTORICKÝ KONTEXT

Podle ustanovení § 456 o. z., které předchází zákoníky neznaly, se musí předmět bezdůvodného obohacení vydat tomu, na jehož úkor byl získán a nelze-li toho, na jehož úkor byl získán, zjistit, musí se vydat státu. Subjektivní promlčecí doba v případě práv z neoprávněného majetkového prospěchu činila až do roku 1983 pouhý rok. Charakter tohoto ustanovení může přesto s ohledem na historickou zátěž současného občanského zákoníku vyvolávat četné rozpaky. V našem případě odkazem na své původní určení funkcionalisticky přímočarou právní regulací, často na úkor základních principů klasických právních institutů, s cílem podřídit soukromoprávní vztahy výlučné společenské ideologii s hypertrofovanou úlohou státu. Socialistické občanské právo mělo ambici ve všech společensky kontrolovatelných situacích saturovat předpokládané potřeby občanů a nepředpokládané majetkové přesuny, vzniklé zejména nežádoucí ekonomickou tvořivostí, odčerpat zpět ve prospěch státu, tedy opět zespolečnit, byť těžiště přerozdělování v direktivní ekonomice leželo mimo právo občanské. V oblasti vnitrostátního závazkového práva se soukromoprávní a veřejnoprávní metody regulace značně proluly.

Právě v tomto ustanovení se pak mohla výrazněji promítnout ideologická zatíženost českého předrevolučního občanského zákoníku⁷. Přesto zůstal tento institut využíván jen střídavě, zejména v návaznosti na trestní řízení pro trestné činy spekulace, nedovoleného podnikání nebo zneužívání socialistického podnikání. Mnohem častěji však docházelo k postupu dle § 457 odst. 2 a 3 tehdy platného občanského zákoníku, kterým státní prokurátor podával návrh na propadnutí plnění z neplatné smlouvy státu. Mnohdy však bylo podle těchto ustanovení postupováno po nesprávné právní kvalifikaci⁸ a zaměňování tohoto institutu za bezdůvodné obohacení mohlo k § 456 o. z. jistě i mezi právnickou veřejností zanechat zbytky čistě emocionálního odporu až do současnosti.

Tyto dva instituty je ale třeba rozlišit ještě detailněji, zejména z pohledu funkce. V případě obou těchto institutů je zřejmé, že absentuje funkce restituční či kompenzační. V případě uplatnění nároku státu na plnění z neplatné smlouvy, kterou účastníci uzavřeli s úmyslem porušit zákon, jde o zjevně trestající ustanovení⁹, mající charakter sankce veřejnoprávní, zasahující do majetkové sféry původce protiprávního jednání. Míra takové sankce přitom podle judikatury závisela na zvážení soudu na základě individuálních kritérií, např.

⁷ „Účelom tohto ustanovenia teda nie je napraviť ujmu, ktorá vznikla u postihnutého, ale len odčerpať neoprávnene získaný majetkový prospech, lebo jeho ponechanie povinnému by bolo v rozpore s článkom VII zásad občianskoprávných vzťahov, zakotvených v Občianskom zákonníku.“ In stanovisko Nejvyššího soudu SR ze dne 22. 11. 1985 sp. zn. Cpj 48/85, publikováno ve *Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek NS* pod Rc 25/86.

⁸ Dle stanoviska Nejvyššího soudu SSR ze dne 21. 12. 1978 sp. zn. Cpj 37/78 ve *Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek NS*, 1979, č. 1, s. 61 an. bylo využívání tohoto institutu doslova nedostatečné.

⁹ Švestka, J. Základní teoretické otázky občanskoprávní odpovědnosti a neoprávněně získaný majetkový prospěch. In *Acta Universitatis Carolinae – Iuridica*, 1979, č. 3 – 4, s. 158.

majetkových poměrů či vyživovacích povinností¹⁰. V případě uplatnění nároku na vydání neoprávněného majetkového prospěchu pak přechází na stát právo k vydání tohoto prospěchu za ochuzené, kteří jej nemohou vykonat. Je zřejmé, že v tomto druhém případě bude směřovat vydání jen na hodnotu samotného prospěchu a nikoliv do majetkové sféry toho, kdo prospěch nabyt, nad takovou hodnotu. Z povahy tohoto ustanovení by tak nebylo žádoucí, aby na neoprávněný majetkový prospěch nebylo např. započteno to, o co se z povahy transakce obohacený ochudil, popř. ochuzený obohatil. Podstatný rozdíl je třeba vidět rovněž v tom, že v případě neoprávněného majetkového prospěchu neoperuje skutková podstata se subjektivním prvkem úmyslu na straně původců jednání, jako je tomu v předchozím případě.

Bez zajímavosti s ohledem na historickou systematiku o. z. není ani ustanovení § 453a, účinné od 1. 4. 1983, o propadnutí věci ve prospěch státu, zbavil-li se někdo svým protiprávním jednáním možnosti ji trvale obvyklým způsobem užívat. Toto ustanovení zjevně směřovalo k trestnému činu opuštění republiky a mělo výrazně sankční povahu, když práva třetích osob při nabytí v dobré víře chráněna zůstala.

V reakci na změnu politického režimu došlo i k podstatné novelizaci o. z., jehož cílem se oproti redukované úpravě osobní spotřeby a preferenci socialistického vlastnictví, nově stalo široce pojaté *zakotvení civilního statusu vzájemně si rovných subjektů skrze vzájemná osobní a majetková práva a povinnosti, jakož i právní prostředky jejich vzniku, zajištění, změny a zániku a stanovující sankce za porušení subjektivních práv a povinností, odvozené z metody rovnosti subjektů*.¹¹ Zatímco z pohledu rehabilitované metody soukromoprávní regulace je zřejmé, proč nemají instituty dle § 457 odst. 2 a 3 tehdejšího o. z. ani pozdější § 453a, trestající nad rámec rovného postavení soukromoprávních subjektů, místo v současném znění o. z., otázku hodnocení vhodnosti konstrukce § 456 zatím ještě ponechejme nezodpovězenou.

Stojí za povšimnutí, že konstrukce tohoto ustanovení byla do současnosti uchována i přesto, že v případě ztracených věcí přešlo nedávnou novelou zákonem č. 359/2005 Sb. po splnění určitých podmínek vlastnické právo na příslušné obce. Vysvětlení rozdílu je však zřejmě ryze praktické – zatímco v případě ztracených věcí vykonávaly tuto finančně náročnou a překvapivě rozsáhlou agendu obce, které nelibě nesly svou povinnost posléze majetek odevzdat státu. V případě vydání bezdůvodného obohacení je stát nabyvatelem bezprostředně, resp. v zastoupení Úřadem pro zastupování státu ve věcech majetkových¹², zmocněným k podání návrhu na zahájení řízení podle § 35a občanského soudního řádu.

Na zachování tohoto práva pro stát je možno současně pohlížet jako na pragmatickou pojistku toho, že institutu nebude nadužíváno, když motivace obce navýšit svůj majetek by mohla vést k přílišnému žalobnímu aktivismu na základě vlastních smluvních vztahů a informací ze samotnou obcí vedených agend v samostatné i přenesené působnosti. Rovněž geografický

¹⁰ K tomu viz blíže Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 29. 9. 1987 sp. zn. Cpj 41/87 (publikovaného ve *Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek NS* pod č. Rc 4/1988).

¹¹ Srov. Fiala, J. a kol. op. cit. sub 6, s. 12 an.; Knappová, M., Švestka, J., Dvořák, J. a kol. *Občanské právo hmotné* 1. 4. vyd. Praha: ASPI, 2005.

¹² Příslušnost stanoví zákon č. 219/2000 Sb. *o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích*.

okruh ochuzených bývá podle doposud známé kazuistiky obvykle širší, než tvořený hranicemi příslušné obce, a proto by zde přinejmenším vznikl problém ve spravedlivém a jednoznačném stanovení aktivní legitimity konkrétní obce.

4. POVAHA A FUNKCE

V těchto případech stát přirozeně vystupuje z pozice subjektu soukromého práva, který uplatňuje svůj originární majetkový nárok¹³, neboť jeho nárok není odvozen¹⁴ od nároku ochuzeného, a trvá i zaniká současně s ním za předpokladu, že je splněna zákonná podmínka nezjištění ochuzeného.

Komentářová literatura se poněkud rozchází v názoru¹⁵ na situaci, zda je tato podmínka splněna v případě, kdy je ochuzený sice znám, ale je neznámý. Vhodným řešením takového sporu by dle mého názoru bylo, aby v takovém případě k posuzování přistupovalo ještě kritérium předpokládané trvalosti takového stavu a dále zodpovězení otázek, zda se ochuzený o svém nároku dozvěděl a zda se jeho uplatňování právně relevantním způsobem nevzdal.

Zajímavou je rovněž situace, kdy je totožnost ochuzeného známa obohacenému, ale ten ji z určitých důvodů, které mohou být leckdy velmi pragmatické a trestním řízením respektované, nemíní prozradit. V tomto případě je podmínka nezjistitelnosti ochuzeného ve smyslu tohoto ustanovení rovněž neoddiskutovatelně splněna¹⁶, jinak by obohacený celým institutem libovolně disponoval. Zásadní důsledek to podle názoru J. Vaňka¹⁷ má v tom, že nárok na vydání předmětu bezdůvodného obohacení mezi ochuzeným a obohaceným vydáním státu nezaniká. Argumentuje tím, že jde o obdobnou situaci, kdy obohacený hodnotami svévolně disponuje a tím neplní svou povinnost vydat předmět bezdůvodného obohacení tomu, na jehož úkor byl získán. V takovém případě pak současně autor dovozuje, že odpadl právní důvod plnění obohaceného vůči státu, nebylo-li ovšem plněno na základě rozhodnutí soudu, ale dobrovolně, jinak právní důvod plnění na základě nezrušeného pravomocného rozhodnutí stále trvá. Je ovšem otázkou, jak by takový nárok s ohledem na předchozí zatajování totožnosti ochuzeného před soudem obstál.

¹³ Švestka, J. a kol. *Občanský zákoník: komentář*. 10. vyd. Praha: C. H. Beck, 2006, s. 818.

¹⁴ Autorka V. Korecká in *Neoprávněný majetkový prospěch v obč. právu*. Brno: UJEP, 1981, s. 93 an. zdůvodňuje neodvozený původ nároku státu z odlišných cílů nároku ochuzeného, majícího primárně reparační charakter, a nároku státu, majícího charakter prevenční a restituční - z pohledu socialistické ekonomiky jako celku.

¹⁵ Negativní stanovisko viz sub 13, opačný pohled in Holub, M. a kol. *Občanský zákoník: komentář*. 1. svazek, § 1 – 487. Praha: Linde, 2002, s. 542.

¹⁶ Neuplatní-li např. soud ediční povinnost dle § 129 odst. 2 o. s. ř. vůči účastníkovi řízení.

¹⁷ Op. cit. sub 4, s. 39.

Správná je dále podle mého názoru úvaha, že navzdory vzniku nároku na vydání ve prospěch státu, který ochuzen nebyl, přichází eventuálně v úvahu funkce **reparační**.¹⁸ Pokud totiž uplatní přihlášivší se ochuzený právo na vydání předmětu bezdůvodného obohacení vůči státu, který je předtím úspěšně vymohl na obohaceném, nic nebrání tomu, aby je na státu vymohl z titulu vydání bezdůvodného obohacení z právního důvodu, který jeho přihlášením se odpadl¹⁹. Přestože zřejmě nepůjde o časté situace, začlenění státu může sehrát zásadní roli v otázce iniciace dodatečného zjištění ochuzeného nebo uchování nároku ochuzenému započítáním běhu nové promlčecí doby k uplatnění nároku na vydání předmětu bezdůvodného obohacení.

Tyto relativně složité konstrukce, kdy v jednom případě nárok na vydání předmětu bezdůvodného obohacení mezi ochuzeným a původně obohaceným i přes plnění vůči státu trvá a v druhém případě plněním státu zaniká, jsou daní za zvláštní a v systému závazkových vztahů nesystematickou povahu tohoto nároku státu. Pro aplikaci tohoto institutu by proto bylo vhodné, aby zákonodárce výslovně zakotvil povahu konkurence nároku ochuzeného a státu v obecné podobě, nebo alespoň pro výše navržené případy.

Přesto, že tento nárok je svou povahou soukromoprávního charakteru²⁰, je zde současně zřejmý veřejnoprávní moment. Ten však již nemůže být chápán výhradně způsobem, s jakým operoval o. z. v původním znění, který v praxi pojímal tento institut jako korekci ekonomických přesunů mimo velmi úzce vymezený prostor typových ekonomických vztahů socialistického hospodářství²¹.

Institut dále samozřejmě vždy naplňuje funkci **preventivní**, neboť předchází vzniku situace, v níž by obohacený těžil, ať už vlastním přičiněním či náhodným dějem, z absence ochuzeného – potenciálního žalobce. Tím představuje realizaci jedné ze stěžejních zásad soukromého práva – *zásady prevence*²². Z tohoto pohledu je nárok státu ospravedlněn jako pouhý nejspíše realizovatelný prostředek k účelu, který je kodexu soukromého práva vlastní.

Uzavření výčtu stěžejních funkcí institutu § 456 o. z. lze uvést konstatováním, že ze strany státu jím fakticky dochází k odčerpání majetkových hodnot, získaných právem neaprobovaným způsobem na úkor nezjištěné osoby. Je otázkou, zda tuto zvláštní **restorativní** funkci²³, reprezentující spíše širší společenský zájem, pojímat jako individuální

¹⁸ Švestka, J. op. cit. sub 9, s. 152.; Vaněk, J. op. cit. sub 4, s. 37.; Štursová, L. *Význam § 456 věty druhé občanského zákoníku*. URL: <www.juristic.cz> [citováno 20. 5. 2009]. Eliáš, K. a kol. *Občanský zákoník: Velký akademický komentář. 1. svazek, § 1-487*. Praha: Linde, 2008, s. 1085.

¹⁹ Vaněk, J. op. cit. sub 4, s. 38.

²⁰ *Ze Zhodnocení občanskoprávního kolegia Nejvyššího soudu ČSR ze dne 29. 9. 1987 sp. zn. Cpj 41/87*, publikováno ve *Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek NS* pod R 4/1988.

²¹ S odkazem na čl. VII *Zásad občanskoprávních vztahů* o. z. v původním znění.

²² Blíže k této zásadě in Hurdík, J. *Zásady soukromého práva*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 1998, s. 133 an.

²³ Pozn. aut.: Jedná se pouze o pracovní název v této stati, v úvahu jistě připadají i přívlastky jiné.

postih obohaceného, hájení širších společensko-ekonomických zájmů nebo systémové integrity celého právního řádu. Zatímco v původním o. z. byla úprava s jeho výše zmiňovanými cíli ústrojně svázána, v současné podobě o. z. tvoří tento institut z pohledu cílů a rozpoznávaných zásad spíše výjimku.

Po formální stránce užití metody soukromoprávní regulace, kdy je nárok konstruován jako originární nabývací právo státu – právnické osoby (§ 21 o. z.), uplatnitelné v civilním sporném řízení, zůstává soukromoprávní charakter nesporný. Otázkou je pouze legitimizace takového nároku ve prospěch státu. Oprávněním státu je zřejmě sledován veřejný zájem a to takový, aby nerealizováním práva nezjištěného ochuzeného nedošlo k nabytí majetku obohaceným. Jednoznačnost příslušnosti k typickým soukromoprávním institutům se tak s ohledem na nadindividuální cíle funkce tohoto institutu vytrácí a s pouhým kritériem metody právní regulace nevystačíme. Pojmeme-li tento institut jako svébytné vyjádření jiné zásady soukromého práva, *zásady ekvity*²⁴, posuzování se zde i tehdy přenáší z roviny individuálních závazkových vztahů do roviny širší, celospolečenské.

5. REKODIFIKAČNÍ PERSPEKTIVY

Z posledních redakcí návrhu nového občanského zákoníku a jeho důvodové zprávy můžeme úvahy, jimiž se zákonodárci ohledně rekodifikace institutu bezdůvodného obohacení řídili, vyčíst, i když dlouhou dobu zůstával mimo ohnisko jejich zájmu a v prakticky identickém znění k současně účinné podobě. Cíle navrhované úpravy pojímá § 3 tak, že „*soukromé právo chrání osobnost a svobodu člověka i jeho přirozené právo brát se o vlastní štěstí a štěstí jeho rodiny nebo lidí jemu blízkých takovým způsobem, jenž nepůsobí bezdůvodně újmu druhým*“. Dále pak, že „*soukromé právo vyvěrá také z dalších obecně uznaných zásad spravedlnosti a práva*“. Jiným navrhovaným pravidlem je, že „*nikdo nemůže těžit z vlastní nezákonnosti nebo nepoctivosti*“. Již z těchto ustanovení je zřejmé, že návrh důsledně respektuje dualismus právních odvětví, programově opouští kolektivistická rezidua současné úpravy a má ambici nastolit právní úpravu, stojící na principu individuality. Tuto zásadu lze demonstrovat např. na ustanoveních o *Povaze vlastnického práva a jeho rozsahu*, která zakotvují omezení vlastnického práva jeho sociální funkcí pouze nepřímou, ve vztahu k bezprostředně dotčeným individuálním subjektům. To se pak výrazně projevuje nejen v oblasti práv osobních, ale i věcných.

Charakter navrhované kodifikace bezdůvodného obohacení podléhá nově reglementované zásadě, že se užije subsidiárně, nelze-li uplatnit k jeho předmětu jiné právo na jeho vydání. Zejména v případě „suplování“ institutu náhrady škody tak zákonodárce odpovídá na praktický požadavek současné praxe. S takto subsidiární povahou bezdůvodného obohacení pak zákonodárce opouští současný enumerativní charakter jeho skutkových podstat a přistupuje k jeho definici obecné a k pouze demonstrativnímu výčtu jeho skutkových podstat. Na základě výše řečeného je zřejmé, že tím by se rozšířil i aplikační rozsah institutu podle současného § 456 o. z. Dopadalo by nově i na skutkové podstaty bezdůvodného obohacení, které budou teprve zformulovány aplikací práva v reálných socioekonomických

²⁴ Hurdík, J. op. cit. sub 22, s. 72 an.

vztazích. Zákonodárce tedy nesdílí obavy předválečné rekodifikační komise, že by „všeobecná žaloba z bezdůvodného obohacení mohla být nebezpečná“²⁵.

V průběhu rekodifikačního úsilí k vytvoření návrhu nového občanského zákoníku bylo ustanovení § 456 o. z. sice delší dobu formulačně přejímáno bez dalšího, v posledních návrzích se však již bez náhrady nevyskytuje. Je tedy nejvyšší čas položit si otázku: *Jaké má funkce tento institut a jak by měl fungovat v rekodifikovaném systému soukromého práva s ohledem na tam deklarované cíle?*

Bylo již zmíněno, že jeho realizací se mohou naplňovat funkce **prevence** a teoreticky i **reparace**. Oba takové cíle jsou s ohledem na metodu soukromoprávní regulace samy o sobě legitimní a žádoucí. Problematickou zůstává naznačená funkce poslední, **restorativní**, neboť ji lze chápat v různých polohách. Bez nároku na úplnost a vyčerpávající rozpracování této perspektivy se níže pokusím o její zhodnocení. Komparativní metoda je v tomto případě bohužel neupotřebitelná, neboť existence analogického ustanovení v blízkém kontinentálním právním řádu mi známa není²⁶.

5.1 SANKCE

Nemůžeme zcela ponechat stranou *sankční charakter* takové funkce, chápané v jakési analogii k propadnutí věci a cílené do sféry obohaceného. Takový pohled se sice vymyká metodě soukromoprávní regulace včetně četných výjimek z ní²⁷ a zřejmě již představuje nežádoucí míru publicizace soukromého práva. Nehledě ke skutečnosti, že bezdůvodné obohacení nevzniká vždy nutně ze soukromoprávního deliktu nebo zaviněním a potřeba sankcionovat by tedy nebyla nezbytným skutkovým znakem jednotlivých kauz. Historicky úlohu sankční v předrevolučním o. z. zastávaly třeba právě výše zmiňované instituty dle § 457 odst. 2 a 3 a § 453a.

Z opačného pohledu lze ale konstatovat, že majetkový prospěch, získaný trestnou činností, je bezdůvodným obohacením vždy²⁸. Přitom s ohledem na modelový průběh „praní špinavých peněz“, sestávající z fází *tvorby*, *realizace* a v případě přebytků po jejich legalizaci *využití výnosů z trestné činnosti*²⁹, je právě velmi častou výše zmiňovaná situace, kdy je totožnost ochuzeného známa pouze na restituci nespolupracujícímu obohacenému.

²⁵ Citováno podle *Důvodové zprávy k Občanskému zákoníku* Ministerstva spravedlnosti z 8. 1. 2009 URL: <www.justice.cz> [citováno 26. 4. 2009].

²⁶ Srov. Letowska, E. *Unjust Enrichment in Eastern European Countries*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1995, s. 67.

²⁷ Nepovažuje-li právní věda za exces z metody soukromoprávní regulace přemíru kogentních ustanovení, pak je třeba připomenout, že závazkové vztahy jsou modifikovány četnými omezeními převážně v normách veřejnoprávních. K tomu blíže např. Patěk, D. *K veřejnoprávním omezením smluvní autonomie v obchodních vztazích*. Právní fórum, 2009, č. 3, s. 101 an.

²⁸ Musil, J. *Finanční šetření – nástroj odhalování praní peněz*. Kriminallistika, 2008, č. 4.

²⁹ Baťka, M. *Současná právní úprava problematiky praní špinavých peněz v ČR*. Olomouc: PrF UPOL, 2005, s. 17.

Přesto se můžeme zmínit, že myšlenka sankce, vykračující ze zásady rovnosti subjektů, byla diskutována³⁰ k otázce úpravy rozsahu náhrady škody v připravovaném občanském zákoníku, kde byla svazována s úmyslným jednáním škůdce, po vzoru angloamerického práva, byť samozřejmě v mnohem mírnější podobě případného dvojnásobku plnění. Takto přisouzené nároky jsou ovšem v kontinentálních právních řádech obvykle nevymahatelné pro rozpor s veřejným pořádkem.

Než však tuto sankční polohu restorativní funkce opustíme, měli bychom vzít v úvahu ještě jednu systémovou změnu v českém právním řádu, která by měla nastat s účinností nového trestního zákoníku č. 40/2009 Sb k 1. 1. 2010. Ten v § 12 odst. 2 opouští dosavadní koncepci posuzování materiální stránky trestného činu a zavádí formalizované pojetí v podobě subsidiárního charakteru trestní represe v tom smyslu, že trestněprávní následky jednání přicházejí v úvahu až vposled, zejména nelze-li dosáhnout nápravy užitím netrestních institutů a charakter jednání má závažné protispoločenské důsledky³¹. V takto nově nastavené návaznosti trestního práva lze na probíraný institut pohlížet kupříkladu jako na nástroj, kterým soukromé právo rozšiřuje svou působnost na úkor práva trestního. Takový cíl není možno odvrhnout čistě z pozice odlišnosti metod právní regulace v soukromém a veřejném právu, ale je nutno vážit, nakolik je slučitelný s funkcemi moderního soukromoprávního kodexu. Uvedenou změnu v koncepci trestní odpovědnosti však není možno bez dalšího přeceňovat, rozhodnutími Ústavního soudu ČR byla zásada pojetí trestního práva jako *ultima ratio* nastolena již dříve³².

5.2 OCHRANA SPOLEČENSKO-EKONOMICKÝCH ZÁJMŮ

Druhou nabízející se perspektivou chápání této funkce je *ochrana společensko-ekonomických zájmů*. Soukromé právo, zejména v kodifikované podobě, má kromě jiných funkcí nepochybně funkci regulativní. S respektem k ústavně zakotveným individuálním právům a svobodám však komplexní ochrana biosociální existence jednotlivce v socioekonomickém prostředí současné společnosti vyžaduje od soukromého práva i ochranu dalších entit, reálně existujících přinejmenším svými důsledky. Za takové entity můžeme považovat nejružnější sociální systémy s otevřeným a dynamickým charakterem, v nichž je hlavní hodnotou *sociální kapitál*. Někteří autoři považují *sociální kapitál* za významný veřejný statek (R. D. Putnam), zatímco jiní na něj pohlížejí jako podmínku realizace sociální existence individua (P.

³⁰ Kühn, Z. *Má mít náhrada škody v soukromém právu sankční funkci?* URL: <<http://jinepravo.blogspot.com>> [citováno 25. 5. 2009]. Jedná se o tzv. punitive (exemplary) damages. Žalobci je přiznáno odškodnění, které je navýšeno, mnohdy mnohonásobně, o částku, jejíž charakter se považuje za odměnu žalobci za ochotu podstoupit nejistý spor ve věci flagrantního porušení předpisů s širším dopadem (v úvahu nepřipadají žaloby z individuálních smluv), a současně jako odstrašující a mnohdy v daném právním řádu již dostatečný trest pro žalovaného.

³¹ Z vlastní zkušenosti mohu konstatovat, že stíhání a odstíhání některých banálních jednání, podřazovaných pod trestné činy úvěrového podvodu a poškozování věřitele a které typicky a dostatečně postihují už soukromoprávní odpovědnostní vztahy, nabývá někdy tragikomických podob a zavdává pochybnosti o správnosti a účelnosti takové trestní politiky.

³² K tomu viz *Důvodová zpráva k návrhu nového trestního zákoníku (zák. č. 40/2009 Sb.) - Část první. Obecná část, hlava II, k § 12*. Zdroj: právní informační systém ASPI [právní stav ke dni 10. 5. 2009].

Bourdieu, J. Coleman). Pro svou rozmanitost a obtížnou normativní uchopitelnost se tyto entity však dají jen obtížně institucionalizovat a chránit z pozic veřejného práva. Proto je otázkou spíše pro soukromoprávní kodex, zda jim poskytne alespoň minimální ochranu, nebo je ponechá zcela mimo sféru své právní regulace, kterou můžeme pro hrubou představu vymezit prostorem za hranicí osobnostních práv, do jejichž chápání se již z hlediska nejrůznějších druhů újem tyto nadindividuální momenty promítají.

Pro jemnější uchopení tohoto problému v soukromém právu můžeme vyjít z konceptu *institucionálních pilířů práva*³³, za které můžeme považovat triádu *vlastnictví, smlouvy a odpovědnosti*. Současný dynamický globální vývoj ekonomiky, založené spíše než hmotných statcích na informacích, přináší pro všechny tyto pilíře soukromého práva výzvy, které pak právo s ohledem na svou setrvačnost absorbuje jen pozvolna.

V oblasti *smluvní* zmiňme spolu s A. Giddensem vzrůstající význam abstraktních systémů ekonomického směřování hodnot, které pod tlakem rozšiřování ekonomiky přešly od důvěry mezi jednotlivci k důvěře v tyto celé jednotlivé abstraktní systémy³⁴. Pouhý odkaz na fenomén internetu by zde přitom nebyl ničím, než obecnou a prázdnou kategorií, neboť jeho prostřednictvím již vzniklo a funguje takových systémů bezpočet. V právní praxi se tato dynamika manifestuje samozřejmě zejména výrazným zaostáváním smluvních typů za reálně vznikajícími smíšenými a komplexními závazky.

V oblasti *vlastnictví* se zase projevuje odklon od výlučného vlastnictví a akumulaci kapitálu k participativním formám jeho užívání a přesunem hodnot do oblasti statků nehmotných. Vzrůstající nároky na diferenciaci v oblasti *odpovědnosti* v právu pak samozřejmě korelují se vzrůstající svobodou subjektů na stále ještě se dynamicky globalizujícím trhu.

Právo na tento vývoj reaguje a kromě ochrany normami z oblasti spíše veřejného práva³⁵ poskytuje stále specializovanější ochranu i prostředky soukromého práva, zejména vztahům se spotřebitelským prvkem či vztahům z účasti v hospodářské soutěži. A to jak v rovině hmotněprávní, tak procesní. Právě v těchto souvislostech můžeme pohlížet i na institut § 456 o. z., který se může rehabilitovat pro soudobý i rekonstruovaný právní řád jako soukromoprávní záruka ochrany komplexních vztahů abstraktního směřování nejrůznějších hodnot, v nichž díky výběrovému a těžko předvídatelnému zájmu médií může mít i výsledek individuálního sporu v dané oblasti vztahů široký dopad na *právní vědomí* osob, zejména ve smyslu *mínění o právu*.

5.3 INTEGRITA PRÁVNÍHO ŘÁDU

Poslední perspektivou pohlížení na restorativní funkci může být její pojetí coby integrálního *systémového prvku ochrany* nejrůznějších zájmů napříč celým právním řádem. Šíře záběru

³³ Blíže k tomu viz Hurdík, J. *Institucionální pilíře soukromého práva v dynamice vývoje společnosti*. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 30 an.

³⁴ Zpracováno podle op. cit. sub 33.

³⁵ Např. v oblasti elektronických komunikací, energetiky, infrastrukturních služeb nebo jiných významných veřejných služeb.

skutkových podstat bezdůvodného obohacení, v současnosti taxativně omezených, v zamýšlené rekonstrukci soukromého práva ale již demonstrativních, tento institut předurčuje k dopadu na situace regulované nejrůznějšími právními odvětvími. Počínaje právem trestním a přestupkovým, přes nejrůznější větve práva správního, až v neposlední řadě po právo finanční, ať už fiskální, či nefiskální. Například v otázce způsobu realizace soutěžního práva patří Česká republika a státy EU mezi systémy, které dávají přednost spíše veřejnoprávnímu způsobu vymáhání, zatímco tzv. *private enforcement* je běžný např. ve Spojených státech amerických.

Přesto je dle mého názoru řešení i takových situací dle současného § 456 o. z. formou nevhodnější, neboť stát je takto nucen nést a unést důkazní břemeno ohledně skutkových náležitostí nároku před nezávislými soudy, což zajišťuje velkou bariéru proti zneužití či nadužívání. Tím by byla zachována existence uměřeného způsobu, jak obnovit ekonomickou a soutěžní spravedlnost v situacích, kdy se jiné právní instituty neuplatní pro nenaplnění všech potřebných formálních předpokladů, avšak výsledný stav odpovídá rčení *summum ius summa iniuria*.

Příkladem může být analýza obtížné vymahatelnosti právních institutů, realizovaných s cílem naplnit jednu ze strategií boje s organizovanou kriminalitou – odčerpávání zisků, když za příčiny považuje J. Musil³⁶ obtížnost při dokazování spáchání skutku a jeho spojitosti s nelegálními zdroji. Právě takovou situaci přitom může § 456 o. z. elegantně překlénout, neboť podmínkou vyhovění státem uplatněnému nároku není současné uznání obohaceného vinným v důkazně náročnějším trestním řízení a stejně tak je oslabena nutnost dovodit spojitost konkrétního činu s konkrétním předmětem obohacení, když znalost totožnosti ochuzeného není podmínkou.

6. ZÁVĚREČNÁ POZNÁMKA

Závěrem této stati považuji za nejdůležitější položit otázku pomyslnému zákonodárci, zda je skutečně jeho úmyslem bez náhrady vypustit toto ustanovení z připravovaného kodexu soukromého práva. Pakliže toto ustanovení přečkalo bouři porevoluční novelizace o. z. až doposud, není již legitimním důvodem jej vypustit bez hlubší reflexe s pouhým odkazem na nastolovanou právní diskontinuitu nebo ještě hůře – zcela bez vysvětlení. Podle výše naznačených úvah je možné dojít k závěru, že toto ustanovení svůj pozitivní význam v českém právním řádu teprve stvrdí. Zákonodárce by neměl podceňovat dynamiku vývoje postindustriální společnosti, zvláště pokud se inspiroval kodexem spíše historickým, a měl by naopak počítat s tím, že v otázce ekonomické tvořivosti individuů, ať už ve smyslu žádoucím nebo perverzním, nelze společnost normativně zakonzervovat. V současnosti jde v praxi o zatím jen velmi zřídka využívaný institut, což si vysvětlují nutností ze strany pověřeného úřadu iniciovat civilní sporné řízení s ne vždy odhadnutelným výsledkem a současně malým povědomím o tomto institutu napříč veřejnou správou. Z toho pak vyplývá bezradné přehlížení podobných situací. Lze však očekávat, že v ekonomickém životě budou stále vznikat nové a nové druhy transakcí, co do plnění stále subtilnější a co do okruhu osob stále hromadnější povahy, kde bude obtížné okruh ochuzených určit, zejména bez ochoty obohaceného k součinnosti. Obtížná předvídatelnost možných aplikací tohoto ustanovení by neměla bez dalšího v zákonodárcích vzbuzovat obavy, považují-li výše naznačené funkce

³⁶ Op. cit. sub. 28.

za legitimní a žádoucí a české soudy současně za kompetentní a dostatečnou pojistku přiměřené aplikace.

Literature:

- BAŤKA, M. Současná právní úprava problematiky praní špinavých peněz v ČR. Olomouc: UPOL, 2005, 104 s. Diplomová práce na Právnické f. Vedoucí práce Lubomír Grůň.
- BIČOVSKÝ, J., HOLUB, M. Občanský zákoník: nové znění občanského zákoníku: pozn. vyd. s judikaturou. 2. vyd. Praha: Linde, 1994, 669 s. ISBN 8085647303
- ELIÁŠ, K. a kol. Občanský zákoník: Velký akademický komentář. 1. svazek, § 1-487. Praha: Linde, 2008, 1391 s. ISBN 9788072016877
- FIALA, J. a kol. Občanské právo hmotné. 3. vyd. Brno: Doplněk, 2002, 433 s. ISBN 8072391119
- HEYROVSKÝ, L. Dějiny a systém práva římského. Praha: J. Otto, 1910, 1243 s.
- HOLUB, M. a kol. Občanský zákoník: komentář. 1. svazek, § 1 – 487. Praha: Linde, 2002, 734 s. ISBN 8072013289
- HURDÍK, J. Institucionální pilíře soukromého práva v dynamice vývoje společnosti. Praha: C. H. Beck, 2007, 119 s. ISBN 9788071793793
- HURDÍK, J. Zásady soukromého práva. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 1998, 168 s. ISBN 8021020016
- KNAPPOVÁ, M., ŠVESTKA, J., DVOŘÁK, J. a kol. Občanské právo hmotné. 1. 4. vyd. Praha: ASPI, 2005. 523 s. ISBN 8073571277
- KORECKÁ, V. Neoprávněný majetkový prospěch v obč. právu. Brno: UJEP, 1981, 137 s.
- KÜHN, Z. Má mít náhrada škody v soukromém právu sankční funkci? Dostupné z URL: <<http://jinepravo.blogspot.com>> [citováno 25. 5. 2009].
- LETOWSKA, E. Unjust Enrichment in Eastern European Countries. In International Encyclopedia of Comparative Law – Vol. X: Restitution – Unjust Enrichment and Negotiorum Gestio – Chapter 4. Ed. Schlechtriem, P. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1995, 92 s.
- MUSIL, J. Finanční šetření – nástroj odhalování praní peněz. Kriminalistika, 2008, č. 4. Dostupné z URL: <<http://aplikace.mvcr.cz/archiv2008/casopisy/kriminalistika/1999/9904/finset.html>> [citováno 22. 5. 2009].

- PATĚK, D. K veřejnoprávním omezením smluvní autonomie v obchodních vztazích. Právní fórum, 2009, č. 3, s. 101 an.
- SCHRAGE, E., NICHOLAS, B. Unjust Enrichment and the Law of Restitution: A Comparison. In Unjust Enrichment (The Comparative Legal History of the Law of Restitution). Ed. Schrage, E. 2nd edition. Berlin: Duncker und Humblot, 1999, 333 s. ISBN 3428079825
- ŠTURSOVÁ, L. Význam § 456 věty druhé občanského zákoníku. Dostupné z URL: <<http://obcanske.juristic.cz/615725/clanek/obcan5>> [citováno 20. 5. 2009].
- ŠVESTKA, J. Základní teoretické otázky občanskoprávní odpovědnosti a neoprávněně získaný majetkový prospěch. In Acta Universitatis Carolinae – Iuridica, 1979, č. 3 – 4.
- ŠVESTKA, J. a kol. Občanský zákoník: komentář. 10. vyd. Praha: C. H. Beck, 2006, 1465 s. ISBN 8071794864
- VANĚK, J. Neoprávněný majetkový prospěch. Praha: Panorama, 1987, 234 s.

Reviewer:
Josef Fiala

Contact – email:
77092@mail.muni.cz

STATE PROPERTY MANAGEMENT IN HUNGARY, IN VIEW OF THE DEVELOPMENT OF PUBLIC PROCUREMENT RULES IN HUNGARY

ÁGOTA TÖRÖK

Law Faculty, Széchenyi István University Győr, Hungary

Abstract in original language:

A cikk bemutatja és értékeli a magyarországi állami vagyon elmúlt 20 évének történeti vonatkozásait, a privatizációs folyamatok fontosabb önálló, valamint közbeszerzési kapcsolódási pontjait, valamint ezek gazdaságpolitikára tett egyes hatásait, kiemelve az állami vagyon szerkezetét, felosztását, gazdasági jelentőségét, az állami vagyonnal összefüggő tranzakciók lényeges folyamatait. A vagyonkezelés célja: a már meglévő, illetve a közbeszerzési eljárások során szerzett és kezelt vagyon tulajdonosának érdekében és elvárásai szerint úgy kezelni a vagyonkezelőre bízott vagyont, hogy az egyrészt szolgálja az átruházó elvárásait, másrészt a vagyon minimálisan se veszítsen értékéből, és optimálisan gyarapodjon. A vagyonkezelés jogi vonatkozásai elválaszthatatlanok a gazdaságiaktól. Vagyonkezeléskor a közvagyon kezelője a jó gazda gondosságával köteles eljárni, felelnie kell azért, hogy a vagyon értékarányosan alakuljon át. E folyamatban résztvevők a közvagyonért való általános felelősség szerint osztoznak a felelősségen.

Key words in original language:

Privatizáció; közbeszerzés.

Abstract:

The article discusses and evaluates the historic aspects of Hungarian state property with regard to the past twenty years, the key points of privatization processes, their relation with public procurements and some of their impacts on the economic policy with emphasis on the structure, division and economic importance of state property, as well as the major processes relating to transactions that involve state property. The purpose of property management is the management, in line with the owner's interests and expectations of property, either already existing or obtained via public procurement procedures and transferred to a trustee, in a manner that serves the transferor's requirements on the one hand and ensures, as a minimum goal, that the given property at least retains its value but rather, as an optimum goal, increases in value. The legal aspects of property management are in organic relation with the economic aspects. With regard to property management, the manager of public property shall exercise due care in all its actions and shall be responsible for ensuring value-proportionate transformation of property. Those participating in this process shall be held liable in accordance with general liability for public property.

Key words:

Privatization; procurement.

AZ ÁLLAMI VAGYONKEZELÉS MAGYARORSZÁGON KAPCSOLÓDVA A KÖZBESZERZÉSI SZABÁLYOK KIALAKULÁSÁHOZ

A vagyonkezelés - akár polgárjogi, akár államháztartási oldalról nézzük - kitüntetett szerepet kell kapjon úgy az állami, mint az önkormányzati vagyon tekintetében. A Magyarországon 2007-ben elfogadott Vagyontörvény¹. hatályba lépése előtti állapotról, a vagyonkezelési veszélyhelyzetekről tesztek áttekintő feltárást úgy hogy összefoglalót adok a kapcsolódó közbeszerzési szabályokról is, ami itt jelentőségét tekintve elsősorban az ingó vagyon folyamatos növekedésének az átláthatóságot szolgáló eljárási szabálya. Munkám során összehasonlító, leíró jellegű módszert alkalmazok az adott témakörben elismert szakértők véleménye és tanulmányai alapján.

A VAGYONKEZELÉS TÖRTÉNETI ÁTTEKINTÉSE

A **vagyonkezelés** kialakulásával és történelmi fejlődésével kapcsolatban sokféle és sokirányú megközelítés létezik, annyira régi fogalom a vagyonkezelés, mint maga a vagyon. A római jogra visszavezetve: a tulajdonos korlátlan hatalommal rendelkezik vagyona felett. A jogfejlődés során – akár az angolszász, akár a germán jogot vesszük – a vagyon kezelése bizalomra épült és ebből alakult ki a mai értelemben vett vagyonkezelés, amely felek közötti magánszerződést jelent. A vagyonkezelő (Trustee) esetében szétválik a tulajdon és annak hasznosítója, ami a tulajdonos számára előnyöket és védelmet jelent. A vagyonkezelői szerződések alapelve, hogy ne sérüljenek az érdekei és jogai egyik félnek sem, valamint garanciát vállaljanak egymás érdekeinek védelmére. Az **állami vagyon kezelése** eredményét tekintve azt a viszontagságos kapcsolatot mutatja az elmúlt időszakban, mint a „mostoha” és a „mostohagyerek”, mely fejlődése alatt lassan-lassan formálódott, de sajnos közben kicsit viseltes is lett és kis híján el is fogyott.

A MAGÁNOSÍTÁS KÖRÜLMÉNYEIT BEFOLYÁSOLÓ TÉNYEZŐK

Magyarországon a rendszerváltás előtti és utáni korszaknak is megvoltak a hullámzó gazdasági viszonyai. Megszenvedtük a hiánygazdaság kellemetlenségeit, természetes volt a kapun belüli munkanélküliség, a teljesítmény-visszatartás, a pazarlás, az állami támogatásokkal fenntartott rentabilitás látszata és szembesülés a **nemzeti vagyon** „széthordásával”. Gazdasági berendezkedésünket nem túl kedvező terepen kellett gyökeresen újragondolni. A magángazdaság terjedése rendkívül kedvezőtlen nemzetgazdasági és nemzetközi gazdasági körülmények között startolt, a vállalkozások megjelentek a mezőgazdaságban és a kisiparban is, egyre inkább a piacosodás, kapitalizálódás felé vettük az irányt. Már a szocializmus időszakában megkezdődtek a **társadalmi tulajdon** kezelésének alapjai, kidolgozása kezdődött egy új gazdasági mechanizmusnak, mely a piacgazdaság bevezetését szorgalmazta. Ez jó hatással volt a magántulajdonosi viszonyok felemás gazdasági környezetének elterjedésére, az állami és a magánszektor közti fejlődés dominanciája egyértelműen az utóbbi felé tolta a mérleget.

A szocialista rendszer összeomlása után – miután a hazai bankrendszer szerves részévé vált az összeurópai pénzügyi hálózatnak – a figyelem szinte kizárólag a vagyon magánkézbe adására irányult. Szűkebb értelemben a **privatizálás** a korábban állami tulajdonban lévő vagyonnak

1 Az állami vagyonról szóló 2007. évi CVI. törvény (Vtv.)

magánkézbe való átadását jelentette. Eszerint a gazdaság privatizálásának folyamatán azt kell érteni, hogy addig növekszik a magánszektor részaránya, míg a gazdaság domináns szektorává válik. A közgazdasági célját tekintve az átalakulás eredményeként jött létre a piacgazdaság. A privatizáció **jogi és intézményi kereteinek megteremtésében döntően az államnak volt szerepe**. A privatizáció célját, módját, gyorsítását illetően egymástól teljesen eltérő elképzelések működtek a kelet-európai privatizációk során. A különböző privatizációs módszerek közül Magyarország a készpénzes privatizáció elsőbbségére épített. Az egyes privatizációs folyamatokban azóta vitatott az **államapparátus részvételének mértéke, ésszerűsége és szükségessége**. Itt jegyzem meg, hogy a jogi keretek kialakításának, működésének értékelésekor nem szabad megfeledkezni arról, hogy rendszerváltásunk csendesen, jogszabályok cseréjével történt. A rendszerváltó jogszabályok végrehajtása az a kulcsterület, ahol a szakszerűtlen vagy egyes érdekeket háttérbe, másokat előtérbe toló apparátus okozhatott olyan súlyos helyzetet, ahol a veszélyhelyzetek növekedtek². A privatizáció folyamatát érintő problémás ügyek azóta részben feldolgozásra kerültek, szakirodalmuk bármely érdeklődő számára elérhető³.

Mekkora volt az állami vagyon? Valószínűsíthető volt, de sokszor csak találgatással lehetett meghatározni az értékét, nem kis fejtörést okozva a vagyonért felelős gazdasági szakembereknek. A privatizáció célja az, volt hogy maximalizálja az állami bevételt, a magánosítandó vagyon nettó jelenértékét, miközben figyelembe vesz bizonyos méltányossági szempontokat és tranzakciós költségeket. A szabályozásból következő hatékonysági elvárás azt jelentette, hogy a folyamatot teljes informáltságnak és a vagyonért folyó nyílt versenynek kellett jellemeznie. Ma már tényként ismerjük el, hogy **a privatizáció elősegítette a hatékony vállalatműködést és általában a hatékony piacgazdaság kialakulását**. Mind a fejlett tőkés országok példája, mind a volt szocialista gazdaságok működéséről felhalmozott ismeretek, mind pedig a logikai érvelés arra a következtetésre vezet, hogy a magyar és a kelet-európai gazdaságok számára nem volt más lehetőség a jól működő piacgazdaság kialakítására, mint a vállalatok magántulajdonba adásán alapuló fejlesztés. A privatizáció hatékonysága a magánkézbe került vállalat jövőbeli esélyeit jelentette, ami nem független attól, hogy milyen módon privatizálták a vállalatot. Ez az állítás leginkább a kedvezményes és ingyenes privatizáció negatív hatásaival illusztrálható. A kuponos privatizációt alkalmazó Csehországban a Vagyonalapok által birtokolt vállalatokban az első privatizációs hullámban nem történt szerkezet-átalakítás, a külföldi tőkét gyakorlatilag kizárták a privatizációból⁴. Ezek a cseh vállalatok, Magyarországon a vállalatvezetők, dolgozók által kedvezményesen megvásárolt cégek, Lengyelországban a felszámolással privatizált vállalatok – ahol ugyancsak belföldi vevők lettek a tulajdonosok – többsége tőkeszegény, korszerűsítésre képtelen helyzetbe kerültek. A vállalatok csődje visszaállamosítást jelent, hiszen az elzálogosított részvények, ingatlanok a hitelező bankokra vagy közvetlenül a garanciát nyújtó államra száll vissza. Az állam kezében jórészt már csak olyan vagyonelemek maradtak, amelyek a profit-

2 NiKEX Külkereskedelmi Vállalat, RÁBA Rt., AUTÓKER, Gerbeaud-ház (stb.) értékesítésével kapcsolatos problémák. Czuczai Jenő: A magyar privatizáció alulnézetből, Agrocent, Budapest, 1994. 130-148. o.

3 Ld: 3. jegyzet

4 Magyarországon is van a külföldi tőkét elriasztó példa: például a HungarHotels privatizációjának leállítására (1994-1995) óvatosságra intette a külföldi befektetőket. A privatizáció elhúzódásának oka a harmadik generációs privatizációs törvény elfogadásának elhúzódása volt. A privatizáció jogi és stratégiai tisztázatlansága elrettenti a külföldi tőkét. Ld. 3. jegyzet.

szempontokon túli egyéb ellátási, társadalmi és nemzetgazdasági érdekeket szolgálnak. Az eltelt időszak folyamán a magyar gazdaság legtöbb szektorában a magántulajdon lett a meghatározó tulajdonforma. Az állam **vállalkozói vagyónak** többsége mára magántulajdonba került, a gazdaság tulajdoni átalakulása gyakorlatilag befejeződött.

KÖZVAGYON

A **közvagy**on vagyon és vagyoni értékű jogok és kötelezettségek egysége. A közvagyon két meghatározó szegmense ma az **állami vagyon** és az **önkormányzati vagyon**. Mindkét kormányzási szint vagyónak közgazdaságilag azonos szerkezete van, amelyet a hatályos jog különböző fogalmakkal ír le. A közvagyonnak van egy eleve kizárólag állami tulajdonú és forgalomképtelen része, amelyet a Polgári törvénykönyv közjavaknak (172. §) nevez, az önkormányzati törvény forgalomképtelen törzsvagyonnak. A feladatellátást szolgáló vagyon állami szinten a kincstári vagyon, önkormányzati szinten a törzsvagyon, ezek egy része lehet forgalomképes. Az állami vagyonnak az az eleme, amely a gazdaság befolyásolását szolgálja, az a befolyásoló vagyon⁵.

A közvagyon megjelenési formája szerint lehet ingó és ingatlan vagyon, pénzvagy, különböző pénzügyi instrumentum (értékpapír, betét, hitel), immateriális jószág (vagyone értékű jog), követelés, kötelezettség. A „magyar modell” sajátossága az, hogy a gyakorlat és hazai irodalom egy része is a vagyongazdálkodás fogalmát egy ideig meglehetősen szűken értelmezte. A legszűkebb értelmezés szerint a vagyongazdálkodás a nem alapfeladat ellátást szolgáló vagyonelemekkel kapcsolatos bevételszerző tevékenység, vagyis kirekeszti éppen a legfontosabb területet. A leszűkítő értelmezés szerint vagyongazdálkodási tevékenység a pénzvagy és a pénzügyi eszközök hasznosítása, a különböző bérleti viszonyokban és más formában történő hasznosítás, extrém esetben a vagyon (eszköz) értékesítése. A vagyongazdálkodási modellek közül alkalmazott módszer a vagyon bérbeadása is, mellyel ugyan folyamatosan bevétel realizálható, illetve működtetés költségei csökkenthetők, de ez egyfajta – a bérleti költségek által kiváltott – árszintemelkedéssel járhat. A közvagy jellemzői minden jogállamban azonosak: a közvagy – jellegénél fogva – az állami közfeladatok ellátását és kiszolgálását szolgálja.

VAGYONKEZELÉS

Magyarországon a közszféra ingatlanvagyonát 1968-ban értékelték utoljára. Az államháztartásnál többet jelent a közszféra, hiszen ebbe beletartoztak a közpénzt használó alapítványok, egyéb közhasznú szervezetek, szorosan kapcsolódtak az állami tulajdonban, résztulajdonban levő társaságok (állami vállalatok) is. Voltak olyan központi költségvetési szervek, amelyek saját tulajdonúnak vélték meghatározott vagyontárgyakat – ingatlanokat –, melyekre vonatkozóan nem érezték magukat adatszolgáltatásra kötelezettnek. Ez a hozzáállás az állami vagyoni kör szabályozásának érdekellentéteire utal. A privatizációval foglalkozó szakterületek gyengültek, a vagyonkezelő részlegek megerősödtek, mindinkább a vagyonkezelés került előtérbe, és a szervezeti és döntési struktúra ennek megfelelően alakult. Emellett természetesen a vagyon működtetése, eredményességének fokozása, üzleti alapokra helyezése továbbra is cél volt, így a kontrolling tevékenység a gazdálkodáshoz

5 Sárközy Tamás: Államszervezetünk potenciazavarai: A betegség okai, a beteg állapota, a gyógyulás útjai: [Javaslat egy hatékony és modern kormányzati szervezet kialakítására]. Budapest, HVG-ORAC, 2006. 397. o.

nélkülözhetetlenné vált. Az állami vagyon kezelésében az ún. **tulajdonosi ellenőrzés** fontos tartalommal bír, amely a pénzügyi folyamatok mellett a reálfolyamatokat is felöleli. Egy mondattal összefoglalva: a vagyonkezelői jog lényege az, hogy a vagyonkezelőt terhelik mindazon kötelezettségek és megilletik mindazon jogok, amelyek a tulajdonost is, azzal a különbséggel, hogy a vagyontárgy megterhelésére és elidegenítésére nincs felhatalmazása.

A vagyonkezelők a vagyonkezelési szerződés felhatalmazása alapján: az ingatlanokat hasznosíthatják (bérbe adhatták), teljes jogkörben eljárhattak a beruházások és felújítások előkészítése, lefolytatása, valamint ellenőrzése kapcsán, továbbá a peres (pl. panorámavesztés miatti értékcsökkenés) és hatósági (építési engedélyezési) eljárásokban, előkészítették és lefolytatták - külön megbízási szerződés alapján - az ingatlan értékesítési eljárásokat. Vagyonkezelési szerződés alapján a vagyonkezelő jogosult állami tulajdonban álló dolog birtoklására, használatára, hasznai szedésére, ellenben köteles értékét megőrizni, állagának megóvásáról, jókarbantartásáról, működtetéséről gondoskodni, díjat fizetni, illetve a szerződésben előírt egyéb kötelezettséget teljesíteni. Ha a vagyonkezelő a kezelt vagyont más használatába adja, annak magatartásáért, mint sajátjáért felel, a vagyonkezelői jog harmadik személyre csak a vagyonkezelő holding hozzájárulásával ruházható át. A közteherviselés, karbantartás, javítás kötelezettsége, ellenérték megfizetése és más módon teljesítése szintén engedélyhez kötött. E tevékenység célja a korábbi állami monopóliumok más módon való működtetése, valamint annak a rendszernek a kialakítása, amelynek keretében a vállalkozói tőke jogilag rendezett körülmények között tud részt venni korábbi állami monopóliumok működtetésében. A koncessziós törvény a koncesszió-köteles tevékenységek folytatására vonatkozó alapvető, valamennyi ágazatra irányadó közös, kötelező szabályokat tartalmazza.

Az eltelt két évtized alatt az állami tulajdon átalakítása történt meg, az intézményes és tömeges privatizáció lezárult, megteremtődtek a feltételei annak, hogy koncepció váltásra kerüljön sor a tartós állami vagyonnal való gazdálkodásban, kialakításra kerüljön az állami vagyongazdálkodás egységes szervezeti és működési rendszere, a hosszú távon állami tulajdonban maradó vagyon kezelésére, hasznosítására, intézményrendszerére korszerű szabályozás szülessen. Ennek jegyében alakult meg a **Magyar Nemzeti Vagyonkezelő Zrt.** (MNV Zrt.). A MNV Zrt. létrehozása megfelelő lépés a vagyongazdálkodással kapcsolatos legnagyobb gazdasági kihívások teljesítésére, hiszen az elkövetkező időszakban a fő hangsúly a vagyonkezelésre helyeződik át. Állami vagyon hasznosítására az MNV Zrt. vagyonkezelési szerződést köthet. Az állami vagyont az MNV Zrt. maga kezeli vagy szerződés útján hasznosításra átengedi. Csak olyan szerződést köthet, amely a Magyar Állam számára a lehető legkedvezőbb (vagyon megőrzése, gyarapítása, bevétel, más előny elérése) és csak versenyeztetés útján köthető szerződés. A Vtv. által kitűzött cél, hogy az állami vagyonnal való gazdálkodás hatékonyabb, költségtakarékosabb és átláthatóbb legyen. Ennek érdekében a törvény elvi jelentőséggel kimondja, hogy az állam vagyona egységes, az állam központi költségvetési szervei – meghatározott kivételektől eltekintve – önálló tulajdonjoggal nem rendelkezik és az állam tulajdonosi jogait egyetlen szervezet gyakorolja.

A törvény meghatározza a tulajdonosi joggyakorlás, a vagyonkezelés feladatát, célját és rögzíti, hogy állami vagyont bérbe, használatba, vagyonkezelésbe adni alapvetően ellenérték fejében lehet. Leszögezi, hogy a központi költségvetési szervek működéséhez szükséges állami vagyont az MNV Zrt. bocsátja az intézmény rendelkezésére - új szabályként rögzíti -, hogy az állam üzleti alapon hasznosítható, értékesíthető vagyonába tartozó ingatlant, csak az általános piaci feltételek szerint, ellenérték fejében (használati, bérleti díj) adhatja még a költségvetési szervnek is. A Vtv. 9. §-a szerint a vagyonkezelőt megilleti a birtoklás, használat és hasznosítás joga. A bérlet azonban csak a birtoklás és használat joga illeti meg. A

Vtv. megteremtette az állami vagyonnal való gazdálkodás hosszú távra szóló alapjait, az állami vagyongazdálkodás egységes szervezeti és működési rendszerének feltételeit. A Társaság szervezetének működéséhez szükséges forrást a központi költségvetés biztosítja. Ebből adódóan elszámolási és beszámolási kötelezettség terheli az Állami Számvevőszék és az Országgyűlés felé. Mára azt is tudjuk, hogy mekkora vagyonnal kell elszámolni: a Magyar Állam vagyona valamivel több mint negyvenkétezer milliárd forint.

A Vagyontörvény a köztulajdonnak csak egy részét vonja szabályozási körébe, csak a szűkebb értelemben vett állami tulajdonnal foglalkozik. A nemzet számára tartós értéként megőrzendő vagyon tekintetében az adott vagyoni kör védelmét, értékmegőrzését szolgáló - valamennyi tulajdonosra egységesen érvényesülő - külön törvények előírásait (pl. birtokvédelem, birtokpolitika, műemlékvédelem, természetvédelem) a vagyontörvény nem írja felül, azokat az államot képviselő tulajdonosi joggyakorló szervezetnek is be kell tartania éppen úgy, mint bármely más tulajdonosnak. Az állami vagyon terjedelme a törvény indokolása szerint jelenleg még mindig nem áll arányban a közfeladatokkal, ezért a törvény arra az elvre épül, hogy a túlméretezett állami vagyon csökkenjen, hosszabb távon tartósan azok a vagyonelemek maradjanak az állam tulajdonában, amelyek tekintetében a vagyon értékének a megőrzése vagy a vagyon természete, vagy nyomós gazdaságpolitikai érdek az állami tulajdonban tartást indokolja. Alapelvként rögzíti a törvény, hogy **állami vagyont bérbe, használatba, vagyonkezelésbe adni alapvetően ellenérték fejében lehet**, és csak szűk körben teszi lehetővé állami tulajdonú vagyon ingyenesen, térítési kötelezettség nélkül más tulajdonába adását azzal, hogy az ingyenes vagyonjuttatásra ellenőrzött és a költségvetési törvényben meghatározott keretek között, az Országgyűlés felé való beszámolási kötelezettség mellett kerülhet sor. Így fordulhat majd elő az is, hogy az állami intézmények székházukat hamarosan bérelni lesznek kénytelenek az állami vagyonkezelő szervezettől.

A köztulajdonba tartozó vagyontárgyak a közhasználatára szánt, a közcélok megvalósítását szolgáló vagyon - kincstári vagyon - rendeltetésének függvénye alapján, és rendeltetése céljának megtartása érdekében védendőek, azaz köztulajdoni jellegük megszüntetésére - magántulajdonná alakítására, értékesítésére - kizárólag a közcél jelleg megszűnése esetén nyílhat lehetőség.

AZ ÁLLAMI VAGYON MEGOSZTÁSA

Az Alkotmány⁶ 9. § (1) bekezdésének az a tétele hogy a "köztulajdon és a magántulajdon egyenjogú és egyenlő védelemben részesül" az mindkét fajta tulajdonnak a saját jogi eszközeivel való védelmét szolgálja. A 17/1992. (III. 30.) AB határozatban kimondásra került, hogy **a vagyonkezelői jog használati jogosultságainak védelme** - a használat joga mint a tulajdonjog vagy a kezelői jog részjogosítványa - megmaradt, és az Alkotmány 13. § (1) bekezdés nemcsak a tulajdonjog, hanem minden azzal összefüggő **kapcsolódó (dologi jellegű) vagyoni jog biztosítására is vonatkozik**. A köztulajdon vonatkozásában a köz használatára szánt vagyon és a közcélok megvalósítását, ellátását célzó vagyon csak erre a célra használható és annak érdekében védelmet élvez. Az államháztartás reformja keretében a kormány újraszabályozza az állami vagyonnal kapcsolatos gazdálkodást annak érdekében,

6 Alkotmány: „9. § (1) Magyarország gazdasága olyan piacgazdaság, amelyben a köztulajdon és a magántulajdon egyenjogú és egyenlő védelemben részesül. (2) A Magyar Köztársaság elismeri és támogatja a vállalkozás jogát és a gazdasági versenyt szabadságát.”

hogy javuljon az állam vagyonnal való gazdálkodása az átláthatósága és a hatékonysága. E körben történt meg a közbeszerzési törvény legutóbbi módosítása is.

Sikerült a vagyongazdálkodást **piaci körülmények** alapján megvalósítani. Kialakult kezelési minták és másolható módszerek híján – mint utólag igazolódott – hol gördülékenyen, hol akadozva jutottunk el a mai állapotba. A különböző vagyongazdálkodók más-más elveket alkalmaztak, de ez az állami **vagyongazdálkodás egységes** megvalósulásával megszűnt. Sikerült egy jelentős problémát kiiktatni, hogy mindeközben a vagyongazdálkodás számos esetben ingyenesen zajlott, most viszont **bérleti díjak felszámítása** várható. A vagyongazdálkodót az ingyenes kezelés nem ösztönzi az állami vagyon értékének, állagának megőrzésére, vagy esetleg az érték növelésére, nem érdekelt abban, hogy felelősségteljesen gazdálkodjon a rábízott vagyonnal.

A KÖZBESZERZÉS ÉS A KÖZBESZERZÉSI ELJÁRÁS VAGYONGAZDÁLKODÁSI SZEMPONTBÓL VALÓ MEGKÖZELÍTÉSE

Hogyan válik a közvagyon részévé bármely vagyonelem? A közbeszerzés, mint fogalom az államháztartási beszerzéseket foglalja magába. A szakirodalom több szinonim kifejezést is használ, mint például a közösségi beszerzés, a közszállítás, vagy a kormányzati beszerzés. Területe egy koncentrált piaci forma, ahol a nagy kereslethez magas érték párosul. A közbeszerzések köre tartalmazza mindazon áru-, termék-, szolgáltatás-beszerzéseket, építési beruházásokat, amelyeket részben- vagy egészben az intézmények feladataik ellátása céljából államháztartási forrásból finanszíroznak. A közbeszerzési eljárás ezen beszerzéseknek a lebonyolítása, a legkedvezőbb feltételek és körülmények között, egy speciális „versenytervezés” formájában, visszatérő szerződések megkötése céljából. Különlegessége a normál tenderhez képest az elemek különlegességéből - forrása az adófizetők pénze, meghatározott értékhatár fölött kötelező, meghatározott szereplői vannak stb. - adódik. A közbeszerzési eljárás specifikációjából jön, hogy a folyamat minden elemét és folyamatának minden mozzanatát jogszabályok szabályozzák a résztvevőktől, az eljárási módokon keresztül a különböző hirdetmények, dokumentumok formai és tartalmi követelményéig. A szigorú keret adta lehetőségeknek köszönhetően a közbeszerzés a kereskedelem - és a közpénzekből való gazdálkodás - egyik fontos szabályozó eszköze. Mára a szabályozás célja, hogy biztosítsa a verseny tisztaságát, ellenőrizhető és átlátható legyen a közpénzek felhasználása, ésszerűsítse az államháztartás kiadásait, valamint visszaszorítsa a visszaéléseket és a korrupciót, továbbá fontos, hogy biztosítsa és elősegíti a belső piac zökkenőmentes működését.

A KÖZBESZERZÉS RÖVID TÖRTÉNETI ÁTTEKINTÉSE

Az állami tranzakciók jelentős területe - a vagyon keletkezése, átalakulása - a közbeszerzési szabályokhoz kapcsolódik. Magának a közbeszerzési jogterület kialakulásának vizsgálata során a szájak egészen messzire visszavezethetők volnának, most azonban a cikk kereteire tekintettel az elmúlt 20 évre legyünk csak figyelemmel. Az időszak elején a közpénzek felhasználása esetén a versenyeztetési eljárás lefolytatása kötelező volt, a versenytervezés elsősorban a vállalkozási szerződéseket és ezen belül legjelentősebben az építőipart érintette. A szabályozás fokát nagymértékben befolyásolta az adott kor gazdaságának fejlettségi foka. Magyarországon a **rendszerátállással a közbeszerzés szabályozása nem kezdődött el**. Kis túlzással ebben az időszokban a közbeszerzések szabályozásának első lépésnek mondható az államháztartási törvény. néhány szakasza, mely már a piacgazdasági viszonyok között

született. Már megjelennek értékhatárok, melyek felett kötelező a nyilvános versenytárgyalás megtartása, de nem történt meg a közbeszerzések részletes szabályozása.

Az első, valóban csak a közbeszerzési rendszer szabályozásával foglalkozó törvény az 1995. évi XL. törvény volt. Olyan új eljárásokat, gyakorlatot, módszereket, szemléletet kellett megalapoznia, ami addig a jogalkalmazók számára ismeretlen volt. Mi az oka a szabályozás késlekedésének? Miért nem volt fontos szabályozni a szerződéskötés folyamatát öt évig? Hogyan telhetett el úgy öt demokratikus év, amikor is az állami nagybevásárlásoknak nem volt törvényi szintű szabályozója? Miért nem volt fontos a politikusoknak, civileknek, hogy sürgessenek egy Európa-konform szabályozást? Érdeemes lenne erre fókuszálva kutatni az időszak gazdaságának működését. Véleményem szerint a kormány mozgásszabadsága le volt kötve a rendszerváltással. Ha jogszabályokkal cserélek le egy bebetonozott rendszert, akkor azzal a valós problémával kell szembe nézni, hogy azokon a szakembereken, akik a jogszabályokat előkészítették erős nyomás volt. Ha az a politikai elvárás, hogy az államapparátus 300-400 jogszabályt készítsen elő, nincs mód az eltelt időre figyelemmel lenni, nincs mód határidő módosításra. Akkor készül el a jogszabály, amikor az állami berendezkedés sort enged a jogszabály megfelelő előkészítésére, elfogadására.

Mit kaptunk Európától? Az első közbeszerzési törvényünk sok tekintetben harmonizáltnak volt tekinthető. Mindazonáltal a 90-es évek közösségi közbeszerzési irányelveinek bonyolult és differenciált rendszere azt eredményezte, hogy a közösségi jogot némileg leegyszerűsítve iktatta az Országgyűlés törvénybe, viszont előnye a szabályozásnak a szabály maga. Kiszámítható lett a beszerzések lebonyolítása, a bürokratikus szabályok szigora védte az ajánlattevőket, ajánlatkérőket, védte a közpénz felhasználását azzal, hogy szankcióval rendelte súlytani azt, aki ezen kógens szabályokat megsérti. Ehhez képest a 2003. decemberében elfogadott, majd 2004. május 1-jén hatályba lépett új törvény⁷ két fő célt szolgált: a jogharmonizációt és a hazai tapasztalatok újraértékelése alapján a szabályozás átfogóbbá, koherensebbé tételét. Minthogy a törvény maradéktalanul átültette a közösségi irányelveket, szakmailag megkérdőjelezhetetlen, hogy e célját elérte. A leglényegesebb változást a nemzeti elbánás elvének alkalmazása jelentette, vagyis hogy az EU összes tagországa számára egyenlő feltételeket kell biztosítani a közbeszerzési pályázatok kiírásakor és elbírálásakor. Ez nemcsak formai és jogi következményeket vont maga után, hanem nagymértékben megnövelte a versenyt is a közbeszerzések piacán. A törvény alapvetően határozza meg a közbeszerzésekre vonatkozó alapelveket, melyek a közbeszerzés egészére kötelezően hatnak, a szabályozás céljának érvényesülését segítik. Az alapelveket a Kbt. 1. §-a tartalmazza⁸. A törvényben elkülönül a közösségi és a nemzeti értékhatárokat meghaladó, valamint harmadik rezsimként a nemzeti értékhatárok alatti eljárások köre.

Mára két eljárási rezsimre szűkült az eljárások köre: a közösségi értékhatárokat elérő és nemzeti értékhatárokat elérő, egyszerű közbeszerzési eljárási rezsimre. A módosítás fő célkitűzése az egyszerűbb, gyorsabb, egyben az ajánlatkérők, az ajánlattevők - és mindenki

7 A közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény (Kbt.).

8 Miszerint: „(1) A közbeszerzési eljárásban – ideértve a szerződés megkötését is – az ajánlatkérő köteles biztosítani, az ajánlattevő pedig tiszteletben tartani a verseny tisztaságát és nyilvánosságát. (2) Az ajánlatkérőnek esélyegyenlőséget és egyenlő bánásmódot kell biztosítani az ajánlattevők számára. (3) az Európai Unióban letelepedett ajánlattevők és a közösségi áruk számára nemzeti elbánást kell nyújtani a közbeszerzési eljárásban [...]”.

más által is - átláthatóbb eljárási rend kialakítása, az eljárásban való részvétellel összefüggő adminisztratív terhek csökkentése, valamint bizonyos, a jogalkalmazás során problémát jelentő jogintézmények kiigazítása volt. Mindezek mellett a törvénymódosítás egy gyorsan és hatékonyan működő közbeszerzési jogérvényesítési rendszer kialakítására is törekedett, és átültette az európai közösségi közbeszerzési jogorvoslati irányelvek legutóbbi módosítását is. A közbeszerzési törvény módosításának a korrupció elleni harc jegyében kiemelt célja a **közpénzfelhasználás átláthatóságának biztosítása**, mivel az átláthatóság a jogszerű közpénzköltés egyik garanciája⁹.

A közpénzek elköltésére vonatkozó és a közcélokat szolgáló versenyeljárás előírásait és rendelkezéseit három tulajdonsággal lehet jellemezni: a Kbt. alapvetően kógens szabályokat határoz meg, szabályozási logikája keretjellegű, szerkesztéséből pedig kódexjelleg következik¹⁰. A Kbt. működtetése során a „keretszabályozás jellege” okozta a legtöbb problémát. A keretszabályozás azt jelenti, hogy a törvény egy meghatározott cselekmény végrehajtását előírja, de azt hogy ezt a cselekményt hogyan, milyen módon kell elvégezni, azt már nem határozza meg. Az új Kbt. szintén átfogóan, kódex jelleggel szabályozza a közbeszerzések tárgykörét, így tartalmazza a közbeszerzési eljárásokra, a közbeszerzésekkel kapcsolatos jogorvoslati eljárásra és a közbeszerzési intézményrendszerre vonatkozó szabályokat. Milyen problémával szembesül a jogalkalmazó a kialakult beszerzési szabályok végrehajtása során? Ki tudja ugyan számítani a beszerzés megvalósulásának, a szerződés teljesítésének idejét, de az ajánlatkérő szempontjából méltánytalanul sok idő telik el az eljárás befejezéséig.

Témánk szempontjából kiemelendő, hogy a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződés teljesülésével olyan ingó és ingatlan vagyontárgyak jönnek létre, amelyek vagytonkezelését sokszor nem kalkulálja az ajánlatkérő költségvetési szerv. Hosszan sorolhatnám az ebből eredő gyakorlati problémákat, amelyek megoldása elsősorban a hivatalvezetők, a gazdasági vezetők terhe. Hiába merül fel egy-egy jogszabályi rendelkezés végrehajtása kapcsán a változtatás kényszere, a jogalkotó nem szereti a gyakorlati problémákat megoldani az ő tollával.

ÖSSZEGZÉS

Kiindulásként dióhéjban bemutattam és értékeltem az állami vagyon elmúlt 20 évének történeti vonatkozásait, a privatizációs folyamatok fontosabb önálló, valamint közbeszerzési kapcsolódási pontjait, valamint ezek gazdaságpolitikára tett egyes hatásait, kiemelve az állami vagyon szerkezetét, felosztását, gazdasági jelentőségét. Bemutattam a vagyon forrásait és azokat a mechanizmusokat, melyek alakították és befolyásolták az állami vagyonnal összefüggő tranzakciók lényeges folyamatait. Az állami vagyon védelme, megfelelő működése, gyarapodása a bizalmi elv betartásával folytatható, a társadalmi megítélés megváltoztatásával kezdődik.

9 Megjelenik az ún. átláthatósági megállapodás [Kbt. 1. § (2) bek.].

10 A kógens szabályok meghatározása a törvény 3. §-ából ered, miszerint „E törvény szabályaitól csak annyiban lehet eltérni, amennyiben e törvény az eltérést kifejezetten megengedi”. A Kbt.-ben foglalt rendelkezésektől való eltérés tilalma nem csak azt jelenti, hogy a közbeszerzési eljárás résztvevői a törvény egyes rendelkezései helyett nem támaszkodhatnak más szabályokra, hanem azt is, hogy új eljárási szabályokat nem alakíthatnak ki és nem építhetnek be a közbeszerzési eljárásba.

A vagyonkezelés célja egyértelmű: a kezelt vagyon tulajdonosának érdekében és elvárásai szerint úgy kell kezelni a vagyonkezelőre bízott vagyont, hogy az egyrészt szolgálja az átruházó elvárásait, másrészt a vagyon minimálisan se veszítsen értékéből, és optimálisan gyarapodjon. Ebből adódóan a vagyonkezelés jogi vonatkozásai elválaszthatatlanok a gazdaságiaktól. Vagyonkezeléskor a közvagyon kezelője a jó gazda gondosságával köteles eljárni, felelnie kell azért, hogy a vagyon értékarányosan alakuljon át. E folyamatban résztvevők a közvagyonért való általános felelősség szerint osztoznak akkor is, ha nem a kezelők közé tartoznak, és nem mentesülnek erkölcsi felelősségük alól. E kívánalom fontos részét képezi – személyes véleményem szerint – a vagyontörvénynek, hiszen az erkölcsi tartás meghatározza a vagyonnal kapcsolatba kerülők magatartását. Arra kell rászorítani minden közvagyon felett diszponáló egyént, hogy erősítse döntési helyzetében azt a tényt, hogy felelősséggel tartozik választásáért, munkájáért. Aki a nemzeti közvagyonnal gazdálkodik, vagy az államháztartásban dolgozik, annak kötelessége mind jogi, mind erkölcsi, mind politikai felelősséget vállalni tetteiért. Nem a gazda „személyén” múlik a vagyon sorsa, bárki a vagyon gazdája csak következetesen betartatott szabályrendszert és a szabályrendszer betartására vonatkozó igényt kell fenntartani a gazdálkodás folyamata során.

Az összefoglaló tanulmány kapcsán a következő lépés lehet - és előreviheti a kutatókat - egy olyan hiánypótló munka elkészítése, ami az állami szektor szereplőinek teljesítményét vizsgálja hatékonysági szempontból, hiszen a jogszabályi keretek adottak a legracionálisabb működés eléréséhez, de vajon az állam úgy működik?

Statutes:

- Az állami vagyonról szóló 2007. évi CVI. törvény
- az államháztartásról szóló 1992. évi XXXVIII. törvény
- 1996. évi CXXIV. törvény a Magyar Köztársaság 1997. évi költségvetéséről
- az állam tulajdonában levő vállalkozói vagyon értékesítéséről szóló 1995. évi XXXIX. törvény
- az állam tulajdonában levő vállalkozói vagyon értékesítéséről szóló 1995. évi XXXIX. törvény
- 2003. évi XXIV. törvény a közpénzek felhasználásával, a köztulajdon használatának nyilvánosságával, átláthatóbbá tételével és ellenőrzésének bővítésével összefüggő egyes törvények módosításáról
- A közbeszerzésekről szóló 1995. évi XL. törvény
- A közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény

Literature:

- Major Iván: Privatization in Eastern Europe: A Critical Approach. Edward Elgar Publishing Ltd. Aldershot, Brookfield. 2003. 5-8. o.,

- Major Iván: The Constraints on Privatization in Hungary: Insufficient Demand or Inelastic Supply? Most, 4 (special issue) Kluwer Academic Publishers, 1994. 107-145. o.,
- Voszka Éva: Privatizáció helyett újraelosztás. Az állami vagyon sorsa 1998 és 2001 között. Közgazdasági Szemle 2001/9.,
- Major Iván - Voszka Éva: A privatizáció elmúlt négy évének összefoglaló értékelése. A privatizáció mérlege: 1990-1994. Pénzügykutató, Budapest, 1994. 285-295. o.,
- Laki Mihály: The Conditions for Enterprise in Hungary. Private Sector Development and Local Government in Hungary. Public Policy Institute-C.I.P.E. Budapest. 1993.,
- A privatizáció mérlege: 1990-1994. Pénzügykutató, Budapest, 1994. 212-244. o.,
- Jelentés az Állami Vagyonügynökség 1993. évi tevékenységéről. Állami Számvevőszék, Budapest. 1994.,
- Czuczai Jenő: A magyar privatizáció alulnézetből, Agrocent, Budapest, 1994. 130-148. o.
- Sárközy Tamás: Államszervezetünk potenciazavarai: A betegség okai, a beteg állapota, a gyógyulás útjai: [Javaslat egy hatékony és modern kormányzati szervezet kialakítására]. Budapest, HVG-ORAC, 2006. 397. o.
- Sárközy Tamás: A privatizáció joga Magyarországon (1989-1993) Akadémia, Budapest, 1993.
- Hunya Gábor: An Economic Assessment of Privatisation in CEE Countries, Bratislava Symposium V. Economic & Politics, 17-20. November 1994.,
- Vigvári András: Úton egy új vagyongazdálkodási paradigma felé. Szabályozási és intézményépítési ajánlások. Magyar Közigazgatási Intézet, Budapest, 2007.
- Bérei Gyula – Gágyor Pál: Vagyonkezelés, vagyonhasznosítás. Magyar Privatizációs és Vagyonkezelési Társaság, Budapest, 1999.
- Tátrai Tünde: A közbeszerzés mint sajátos beszerzési tevékenység és fejlődési lehetőségei Magyarországon 2006. PhD értekezés, 39. o.
- Elkészült a vagyonkataszter, Húszéves a rendszer című cikkek Népszabadság 2009. május 20., 2009. május 18.,
- <http://www.mnvzrt.hu/> (2009. 05. 04.)
- <http://www.asz.hu/ASZ/jeltar.nsf/0/7bf40c11d857d94cc1256cb1004502fa?OpenDocument&Click=>

*Dávid R., Neckář J., Sehnálek D., (Editors). COFOLA 2009: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4821-8*

Reviewer:
Imre Verebélyi

Contact – email:
torok.agota@t-online.hu

VYVLASTNĚNÍ A NUCENÉ OMEZENÍ VLASTNICKÉHO PRÁVA BĚHEM KRIZOVÝCH SITUACÍ V ČESKÉ REPUBLICE

RADIM VIČAR

Fakulta ekonomiky a managementu, Univerzita obrany, Česká republika

Abstract in original language:

Tento článek se zabývá omezeními vlastnictví a institutem vyvlastnění za trvání vojenských a nevojenských krizových situací. Zaměřuje se především na zákon č. 222/1999 Sb., o zajišťování obrany České republiky, který upravuje práva, povinnosti a nucená omezení vlastnických práv fyzických a právnických osob, stejně tak vyvlastnění ve zkráceném řízení za trvání krizových situací, které souvisejí s obranou České republiky.

Key words in original language:

Vyvlastnění; vlastnictví; omezení vlastnických práv; vojenské krizové situace; nevojenské krizové situace.

Abstract:

This contribution deals with forced restrictions on ownership and expropriation during military and non-military crisis situations in the Czech Republic. It focuses particularly on the Act No. 222/1999 Coll., on defence of the Czech Republic, that specially regulates rights, duties, forced restrictions on property rights of natural and legal persons, as well as accelerated expropriation procedure during the crisis situation related to the defence of the Czech Republic.

Key words:

Expropriation; ownership; restrictions on property rights; military crisis situations; non-military crisis situations.

ÚVOD

Současná společnost je na začátku 21. století ohrožována četnými hrozbami. Hrozbu je přitom možné vnímat jako přírodní jevy, havárie nebo zamýšlené činy jedinců, skupin jedinců či státu, které mohou způsobit různě velké škody na životech a zdraví lidí, jejich majetku, životním prostředí. Lidská společnost se snaží vzniku krizových situací zabránit, případně minimalizovat jejich následky na přijatelnou míru. V závislosti na stupni svého vývoje buduje různě účinné obranné a ochranné mechanismy. Jedním z takto vytvořených mechanismů je i krizové řízení, které je v podmínkách bezpečnostní politiky České republiky chápáno jako komplex opatření a úkolů, které při vzniku krizové situace plní orgány veřejné správy ve spolupráci s dalšími organizacemi. Jedná se zejména o činnosti směřující k udržení funkčnosti veřejné správy, udržení fyzického a duševního zdraví obyvatelstva, zajištění dostupnosti životně důležitého zboží a služeb, uchování soukromého a veřejného majetku, organizaci záchranných, likvidačních a obnovovacích prací na postiženém území a humanitární pomoci postiženému území.

Postavení fyzické osoby je v systému krizového řízení chápáno ve dvou rovinách. Fyzické osoby jsou předmětem ochrany, ale současně je na ně kladena povinnost účastnit se na zmírňování následků krizových situací. V této souvislosti jsou jim stanovovány povinnosti a

omezována základní práva a svobody, protože potřebné efektivity krizových opatření lze leckdy dosáhnout jen na úkor dočasného zásahu do základních práv a svobod. Listina základních práv a svobod (dále jen „Listina“) stanovuje podmínky, za kterých může státní moc základní práva a svobody omezit. Základním pravidlem pro omezení základních práv a svobod je tzv. výhrada zákona.¹ Zvláštní zákony takový zásah umožňují v nezbytně nutném rozsahu a za stanovených podmínek. Tato konstrukce vychází z předpokladu, že je preferován zájem na ochraně života, zdraví a majetku před zájmem nepřipustit ani dočasné omezení některých základních práv a svobod garantovaných Listinou, např. vlastnického práva.

1. VLASTNICKÉ PRÁVO A MOŽNOSTI JEHO OMEZENÍ PODLE ČESKÉHO PRÁVNÍHO ŘÁDU

Platná právní úprava rozlišuje především dva druhy zásahů do vlastnického práva - nucené omezení vlastnického práva a vyvlastnění. Nuceným omezením vlastnických práv dochází „pouze“ k zúžení některé ze složek vlastnického práva. Vyvlastnění (expropriace) pak představuje závažnější zásah do vlastnického práva - nucený přechod vlastnického práva na základě správního aktu. Právní úprava vyvlastnění prošla výraznými změnami. Výsledkem právní úpravy na poli vyvlastnění je zákon č. 184/2006 Sb., o odnětí nebo omezení vlastnického práva k pozemku nebo ke stavbě (zákon o vyvlastnění), který do české právní úpravy přinesl novou konstrukci, kdy právnímu institutu vyvlastnění je věnován samostatný zákon. Nejedná se ovšem o úpravu komplexní, která by umožnila při realizaci vyvlastnění použít pouze jeden zákon a dát jistotu, že již v dalších zákonech není potřeba zkoumat a hledat podmínky pro vyvlastnění a jeho právní úpravu. V souvislosti s touto skutečností je třeba si klást otázku – podle jakého jiného zákona, než zákona o vyvlastnění, se vyvlastňuje a který jiný zákon než zákon o vyvlastnění stanoví podmínky vyvlastnění?

K tomu, aby byl institut vyvlastnění a nuceného omezení vlastnických práv správně pochopen, je třeba uvést základní pojmy, které se k němu vztahují. Na prvním místě je vhodné se zabývat pojmy „vlastnické právo a vlastnictví“, protože vyvlastněním se zasahuje do tohoto jednoho z nejdůležitějších věcných práv. Pojmové vymezení vlastnictví a vlastnického práva je velmi obtížné a nejednotné, patří k těm, které jsou sice intuitivně jasné, vědecky však těžko definovatelné. Většinou je ovšem rozlišování pojmů „vlastnictví“ a „právo vlastnické“ jen věcí stylistiky (zejména z důvodu snazšího vyjadřování) a někdy i nedůslednosti zákonné dikce. Proto se podle stylistické potřeby obou výrazů používá ve stejném smyslu.²

Vlastnické právo je realizací jednoho ze základních lidských práv garantovaných Listinou. Ta v čl. 11 odst. 1 zakotvuje, že „každý má právo vlastnit majetek“. Tento článek Listiny neprohlašuje za základní právo vlastnictví samo, ale právo být vlastníkem, tj. právo nabývat vlastnictví. Týmž článek stanovuje rovnost vlastníků, která je v současném politickém a právním systému samozřejmá a vyplývá z rovnosti občanské, byla Listinou i zásadní novelou občanského zákoníku (dále jen „OZ“) z roku 1991 výslovně vyhlášena jako odezva na právní

¹ Viz článek 4 odst. 2 Listiny ve spojení s čl. 2 Listiny

² Podrobně se vzájemným vymezením vlastnictví a vlastnického práva a jejich místem v občanském právu hmotném zabývá KNAPPOVÁ, Marta et al. *Občanské právo hmotné. I. 3. Aktual. a doplněné vyd.* Praha : Aspi, 2002. 472 s. ISBN 80-86395-28-6.

stav před rokem 1990, který striktně rozeznával různé druhy a formy vlastnictví.³ V současné společnosti tak až na výjimky⁴ mají všichni stejnou možnost nabývat vlastnictví a vlastnické právo kohokoli požívá stejnou právní ochranu.

Od římských časů bylo nejobvyklejší chápání vlastnického práva jako souboru dílčích práv - oprávnění věc držet (*ius possidendi*), věc užívat (*ius utendi*), požívat, tj. brát z ní plody a jiné užitky (*ius fruendi*) a zejména nakládat s ní (*ius disponendi*), jehož nejvýznamnější složkou je oprávnění věc úplatně či bezúplatně zcizit (*ius alienandi*) a tak ji převést (transferovat) na jinou osobu. Tímto způsobem legálně definuje vlastnické právo i OZ v § 123, kde se praví, že „vlastník je v mezích zákona oprávněn předmět svého vlastnictví držet, užívat, požívat jeho plody a užitky a nakládat s ním“. Jednotlivá vlastnícká práva uvedená v § 123 OZ jsou různorodá a jejich výčet není úplný.

Specifičnost vlastnického práva bývá spatřována v trvalosti (persistenci) vlastnického práva, tj. vlastnické právo zaniká jen tehdy, nastal-li nějaký právní důvod zániku vlastnictví. Dalším specifikem je jeho elasticita. Elasticita vlastnického práva souvisí s omezeními vlastnického práva. Odpadnou-li existující omezení jednotlivých oprávnění vlastníka, tato oprávnění se vlastníkovi věci opět v původní šíři obnoví, aniž by k tomu bylo třeba z jeho strany nějakého zvláštního nabývacího aktu. Vlastnické právo může být omezeno se souhlasem vlastníka (např. zřízením věcného břemena smlouvou), jinak jen na základě zákona, a to především ve veřejném zájmu. Omezení vlastnického práva, která platí za určitých podmínek pro všechny vlastníky, vyplývají přímo z pojmu vlastnického práva, stanoví je přímo právní předpisy. Jsou určitými vnitřními omezeními a jsou označovány jako tzv. pojmová omezení. Omezení vlastnického práva, která jsou spojena s určitými konkrétními vztahy, mají původ vně vlastnického vztahu a vyplývají převážně ze střetu konkrétního vlastnického práva s jinými právními vztahy. Tato omezení jsou tzv. skutečná omezení.

V § 128 OZ jsou obsažena základní východiska pro omezení vlastnického práva při použití věci bez souhlasu vlastníka a pro vyvlastnění. Omezením vlastnického práva je povinnost vlastníka strpět, za určitých podmínek, použití jeho věci, aniž by byl nezbytný jeho souhlas. Podmínky jsou stanoveny poměrně přísně - stav nouze (např. živelní pohroma) nebo naléhavý veřejný zájem (např. hrubé porušení veřejného pořádku), na dobu nezbytnou, v nezbytné míře, za náhradu, nelze-li účelu dosáhnout jinak, konkretizace je pak obsažena ve speciálních předpisech. Základní principy vyvlastnění obsahuje Listina (čl. 11 odst. 4), obdobnou formulaci užívá OZ a konkretizaci provádějí předpisy veřejnoprávní povahy (např. zákon o vyvlastnění). Vyvlastnit lze výlučně ve veřejném zájmu a ke stanoveným účelům, a jen tehdy, není-li možno cíle vyvlastnění dosáhnout dohodou nebo jiným způsobem. Vyvlastnění může být provedeno jen v nezbytném rozsahu a za náhradu. Vlastnické právo k pozemkům a stavbám přechází vyvlastněním na navrhovatele.

³ Tyto druhy a formy vlastnictví byly ve vzájemném hierarchickém vztahu, na jehož vrcholu bylo v souladu s tehdejšími převládajícími etastickým pojetím celého společenského života kolektivistické státní socialistické vlastnictví, jemuž také právo poskytovalo nejintenzivnější ochranu.

⁴ Touto výjimkou je např. čl. 11 odst. 2 Listiny a § 125 odst. 2 OZ, podle kterých jsou některé věci (majetek nezbytný k zabezpečení potřeb celé společnosti, rozvoje národního hospodářství a veřejného zájmu) vyhrazeny státu či určeným osobám (např. občanů ČR); proto je nerostné bohatství podle zvláštní právní úpravy ve vlastnictví České republiky, a nikoli ve vlastnictví vlastníka pozemku (srov. § 5 zákona č. 44/1988 Sb., o ochraně a využití nerostného bohatství, ve znění pozdějších předpisů, tzv. horní zákon).

K nucenému omezení vlastnického práva a vyvlastnění bude docházet i za trvání tzv. krizových stavů, které se vyhláší pro řešení krizových situací. Právě těmto případům zásahů do vlastnictví v rámci přijímaných krizových opatření bude věnována další pozornost.

2. NĚKOLIK POZNÁMEK K PRÁVNÍ ÚPRAVĚ KRIZOVÝCH STAVŮ V ČESKÉM PRÁVNÍM ŘÁDU

Příčina krizové situace spočívá v objektivní skutečnosti nezávislé na právu (živelní pohroma, ekologická katastrofa, průmyslové havárie velkého rozsahu, zhroucení zásobování nezbytnými produkty nebo ztráta jejich zdrojů, zhroucení chodu hospodářství, masové narušení státních hranic migrujícími cizinci, ale i vojenská ohrožení, která přímo souvisí s obranou státu). Právo jen tyto objektivní skutečnosti určitým způsobem definuje, deklaruje existenci objektivní skutečnosti, která již fakticky nastala nebo přímo hrozí, reaguje na ní pomocí specifických (mimořádných, lépe krizových) prostředků právního, hospodářského, technického, finančního nebo jiného charakteru a ve svém souhrnu vytváří systém opatření typických pro krizové situace.

Krizové stavy se vyhláší v případě krizových situací, které ohrožují životy a zdraví obyvatelstva, majetkové hodnoty, životní prostředí, vnitřní pořádek a bezpečnost nebo je-li bezprostředně ohrožena svrchovanost, územní celistvost, demokratické základy České republiky nebo je-li potřeba plnit mezinárodní závazky o společné obraně. Nejedná se již jen o mimořádné události⁵, které lze odstranit běžnou činností složek integrovaného záchranného systému, ale o krizové situace, které žádají krizová opatření. Aby se tato krizová opatření mohla užít, je nezbytné vyhlásit podle charakteru krizové situace některý z krizových stavů.

V případě, že se jedná o krizové situace, které nesouvisejí se zajišťováním obrany našeho státu před vnějším napadením, lze vyhlásit některý z nevojenských (civilních) krizových stavů (stav nebezpečí, nouzový stav, stav ohrožení státu). Jedná-li se naopak o krizové situace, které souvisejí se zajišťováním obrany před vnějším nepřítelem, lze vyhlásit některý z vojenských krizových stavů (stav ohrožení státu, válečný stav). Kategorie krizového stavu je závislá: na době trvání a intenzitě dopadů krizové situace, na velikosti oblasti, kterou zasáhla, na množství lidí zasažených jejími dopady.

Právní úprava krizových stavů se rozpadá do více předpisů různé právní síly. Neexistuje jeden speciální zákon, který by komplexně tuto problematiku ošetřil. Při vymezení problematiky právní úpravy krizových stavů lze použít především Ústavu České republiky, ústavní zákon č. 110/1998 Sb., o bezpečnosti České republiky, zákon č. 240/2000 Sb., o krizovém řízení a o změně některých zákonů (krizový zákon), zákon č. 222/1999 Sb., o zajišťování obrany České republiky a zákon 585/2004 Sb., o branné povinnosti a jejím zajišťování (branný zákon).

3. OMEZENÍ VLASTNICKÉHO PRÁVA JAKO KRIZOVÁ OPATŘENÍ ZA KRIZOVÝCH STAVŮ

Krizové stavy se vyhláší především proto, aby mohla být přijata výjimečná krizová opatření, která spočívají mimo jiné v ukládání povinností fyzickým a právníkům osobám,

⁵ Ve smyslu zákona č. 239/2000 Sb., o integrovaném záchranném systému a o změně některých zákonů, v platném znění.

příčemž nařizováním těchto povinností dochází k zásahu do základních práv a svobod garantovaných Listinou.

Fyzické osoby, podnikající fyzické osoby a právnické osoby a jsou tak povinny podle krizového zákona poskytnout věcné prostředky potřebné k řešení nevojenské krizové situace na výzvu oprávněného orgánu krizového řízení, pokud zvláštní právní předpis nestanoví jinak. Povinnost poskytnout věcný prostředek⁶ při krizových stavech ukládá právníkům osobám, podnikajícím fyzickým osobám a fyzickým osobám hejtman. Při nebezpečí z prodlení je oprávněn tuto povinnost uložit také starosta, který o uložení povinnosti následně informuje hejtmana. Hejtman nebo starosta, který uložil povinnost poskytnout věcný prostředek, zabezpečí jeho vrácení tomu, jenž věcný prostředek poskytl, a současně mu vydá potvrzení o využití tohoto prostředku. Na rozhodování a ukládání povinnosti poskytnout věcné prostředky za nouzového stavu a stavu ohrožení státu se podle § 38 krizového zákona nevztahuje správní řád.

Za trvání vojenských krizových stavů lze naříditi povinnost poskytnout věcné prostředky podle zákona č. 222/1999 Sb., o zajišťování obrany České republiky. Nepostačují-li věcné prostředky státu, může obecní úřad obce s rozšířenou působností uložit povinnost, aby právnická nebo fyzická osoba, která má prostředky potřebné k zajišťování obrany státu, poskytla. Movité a nemovité věci a služby se stávají věcnými prostředky rozhodnutím obecního úřadu obce s rozšířenou působností. Obecním úřadem obce s rozšířenou působností příslušným pro vydání rozhodnutí o nemovitém věcném prostředku je obecní úřad obce s rozšířenou působností, v jehož obvodu se nemovitost nachází (tedy kritérium *forum loci*). Naproti tomu o movitém věcném prostředku rozhoduje obecní úřad obce s rozšířenou působností, v jehož obvodu má vlastník movité věci místo trvalého pobytu nebo právnická osoba sídlo (kritérium *forum domicili*). Konečně u požadované služby je založena místní příslušnost obecního úřadu obce s rozšířenou působností, v jehož obvodu má fyzická osoba trvalý pobyt nebo právnická osoba sídlo (také kritérium *forum domicili*). O povinnosti poskytnout věcné prostředky ve prospěch zajišťování obrany státu rozhoduje příslušný obecní úřad obce s rozšířenou působností tzv. dodávacím příkazem. Na rozhodování o určení věcných prostředků se podle § 14 odst. 4 zákona č. 222/1999 Sb., o zajišťování obrany České republiky nevztahuje správní řád. Proti rozhodnutí obecního úřadu obce s rozšířenou působností o určení věcného prostředku není přípustné odvolání.

Krizový zákon a zákon č. 222/1999 Sb., o zajišťování obrany České republiky tak upravují možnosti omezení vlastnického a užívacího práva k tzv. věcným prostředkům, přičemž upravují i poskytování náhrad za tato omezení, náhrady případné škody, či sankce za porušení těchto povinností. Za trvání krizových stavů se lze setkat s rozličnými specifiky u správních procesů - zjednodušené a zrychlené postupy správních orgánů při stanovování povinností, vyloučení aplikace správního řádu na tyto postupy nebo stanovování zvláštních povinností, které lze využít pouze při vyhlášení patřičného krizového stavu.

⁶ Krizový zákon jimi rozumí movité a nemovité věci ve vlastnictví státu, územních samosprávných celků a právnických a fyzických osob nebo jimi poskytované služby, které lze využít při řešení krizových situací, viz zákonná definice věcných prostředků v § 2 písm. e) krizového zákona.

4. NĚKOLIK POZNÁMEK K INSTITUTU VYVLASTNĚNÍ A VYVLASTNĚNÍ VE ZKRÁCENÉM ŘÍZENÍ

Vyvlastnění je krajním zásahem do vlastnictví a právní řád pro ně stanoví přísné podmínky. Vyvlastnění může být provedeno v souvislosti s ustanovením § 128 odst. 2 OZ, vycházejícího z Listiny, který umožňuje ve veřejném zájmu věc vyvlastnit nebo vlastnické právo omezit, nelze-li dosáhnout účelu jinak, a to jen na základě zákona, jen pro tento účel a za náhradu. Důsledkem vyvlastnění je většinou skutečnost, že vlastník, kterému je vyvlastňováno, ztrácí úplnou moc nad věcí.

Dalšími prameny, z kterých úprava vyvlastnění vychází, je zákon č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon) a jeho § 170 odst. 1, kde je stanoveno, že: „Práva k pozemkům a stavbám, potřebná pro uskutečnění staveb nebo jiných veřejně prospěšných opatření podle tohoto zákona, lze odejmout nebo omezit, jsou-li vymezeny ve vydané územně plánovací dokumentaci a jde-li o veřejně prospěšnou stavbu dopravní a technické infrastruktury, včetně plochy nezbytné k zajištění její výstavby a řádného užívání pro stanovený účel, veřejně prospěšné opatření, a to snižování ohrožení v území povodněmi a jinými přírodními katastrofami, zvyšování retenčních schopností území, založení prvků územního systému ekologické stability a ochranu archeologického dědictví, stavby a opatření k zajišťování obrany a bezpečnosti státu, asanaci (ozdravení) území.“ Významným ustanovením k vyvlastnění je i ustanovení § 170 odst. 2 stavebního zákona, které stanoví, že právo k pozemku lze odejmout nebo omezit též k vytvoření podmínek pro nezbytný přístup, řádné užívání stavby nebo příjezd k pozemku nebo stavbě.

Stavební zákon není jediným předpisem, který upravuje účely vyvlastnění. Dalšími jsou např. zákon č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, dále zákon č. 254/2001 Sb., o vodách a o změně některých zákonů (vodní zákon), zákon č. 13/1997 Sb., o pozemních komunikacích, a jiné.

Stěžejním právním předpisem pro procesní stránku vyvlastnění je již zmiňovaný zákon č. 184/2006 Sb., o odnětí nebo omezení vlastnického práva k pozemku nebo ke stavbě (zákon o vyvlastnění). Jedná se o obecný vyvlastňovací předpis. Zákon upravuje odnětí nebo omezení a nabytí vlastnického práva nebo práva odpovídajícího věcnému břemenu, poskytnutí náhrady za tato odnětí či omezení, zrušení vyvlastnění a navrácení práv jejich dosavadnímu nositeli. Obsahuje normy hmotněprávní (podmínky, rozsah a náhrady za vyvlastnění) i procesněprávní (vlastní postup ve vyvlastňovacím řízení). Klíčové otázky, které byly přehodnoceny a upraveny nově oproti předchozí úpravě institutu vyvlastnění v zákoně č. 50/1976 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon), jsou zejména způsob a výše náhrady za vyvlastnění, vázanost účinků vyvlastnění na poskytnutí náhrady, jakož i specifická procedurální stránka vyvlastňovacího řízení. Změna se dotkla i příslušnosti správních orgánů vést vyvlastňovací řízení. Oproti předchozímu stavu, kdy byly příslušné vést vyvlastňovací řízení stavební úřady, současná právní úprava tento stav redukuje. Řízení o vyvlastnění vedou vyvlastňovací úřady, kterými jsou obecní úřady obcí s rozšířenou působností, Magistrát hlavního města Prahy a Magistráty územně členěných statutárních měst, u kterých je zajištěn předpoklad kvalifikovaného rozhodování.⁷

⁷ V podrobnostech viz Důvodová zpráva k návrhu zákonu č. 184/2006 Sb., o odnětí nebo omezení vlastnického práva k pozemku nebo ke stavbě (zákon o vyvlastnění) - Sněmovní tisk č. 1015/0.

Speciální úpravu vyvlastnění obsahuje zákon č. 222/1999 Sb., o zajišťování obrany České republiky. Vyvlastnění podle tohoto zákona nalezne své uplatnění jen výjimečně - za trvání vojenského krizového stavu. Dle § 45 tohoto zákona lze za stavu ohrožení státu a za válečného stavu vyvlastnit věc pro účely zajišťování obrany v tzv. zkráceném vyvlastňovacím řízení, tedy za aplikace zvláštního procedurálního postupu. Návrh na vyvlastnění může podat pouze správní úřad, přičemž předmětem vyvlastnění mohou být nemovitosti i věci movité. Pokud nepodává návrh přímo Ministerstvo obrany České republiky, musí mít navrhovatel potvrzení tohoto ministerstva, že jde o vyvlastnění pro účely obrany státu. Dalšími nezbytnými náležitostmi návrhu na vyvlastnění jsou: označení movité či nemovité věci, která je předmětem vyvlastnění, důvody proč věc nelze získat jinak, okruh účastníků, jichž se vyvlastnění týká.

Řízení se zahajuje, jak již bylo uvedeno výše, na návrh (návrh na vyvlastnění), který se podává obecnímu úřadu s rozšířenou působností.⁸ Místní příslušnost obecního úřadu se řídí místem polohy věci (forum loci), pokud jde o vyvlastnění nemovitosti, nebo místem sídla či bydliště vlastníka věci (forum domicili), jde-li o vyvlastnění věci movité. Případný kompetenční konflikt⁹, by řešilo Ministerstvo vnitra České republiky.

O zahájení řízení vyrozumí obecní úřad bezodkladně účastníky řízení. Účastníci mají k dispozici lhůtu pro vyjádření, jenž nesmí být kratší tří dnů. Ještě před uplynutím této lhůty obecní úřad uskuteční místní šetření, v jehož průběhu se ocení věc, která je předmětem vyvlastnění. K ocenění se použijí cenové předpisy platné v době zahájení řízení. Zákon nepožaduje přítomnost účastníků při místním šetření, nicméně bude vhodná s ohledem na ochranu jejich práv a právem chráněných zájmů.

Samotným účelem vyvlastňovacího řízení je vydání rozhodnutí o vyvlastnění, které je povinen vydat obecní úřad s rozšířenou působností do sedmi dnů od zahájení řízení. Rozhodnutí obsahuje obvyklé náležitosti správního rozhodnutí jako výrok, odůvodnění, rozhodnutí o náhradě a poučení o odvolání.

Proti rozhodnutí, tzv. vyvlastňovacímu výměru, je možné podat odvolání ve lhůtě 15 dnů od jeho doručení. Odvolání ale nemá odkladný účinek (na rozdíl od obecné úpravy vyvlastnění) a rozhodoval by o něm příslušný krajský úřad. O těchto skutečnostech musí obecní úřad ve vyvlastňovacím výměru účastníka poučit.

Náhradu za vyvlastnění vyplácí Ministerstvo financí České republiky na návrh příslušného obecního úřadu s rozšířenou působností, který jej podá do šesti měsíců od právní moci rozhodnutí o vyvlastnění. Výši náhrady určí obecní úřad již v průběhu vyvlastňovacího řízení a rozhodnutí o náhradě je součástí vyvlastňovacího výměru.

Vlastnické právo přechází vyvlastněním ve zkráceném řízení pouze na stát a to okamžikem právní moci vyvlastňovacího výměru. Pokud je předmětem vyvlastnění nemovitost, podává návrh na zápis do katastru nemovitostí příslušný obecní úřad s rozšířenou působností, přičemž

⁸ Tato pravomoc přešla obecní úřady s rozšířenou působností po zániku okresních úřadů a to na základě zákona 320/2002 Sb. kterým byl též novelizován zákon č. 222/1999, o zajišťování obrany České republiky.

⁹ Pozitivní kompetenční konflikt může vzniknout, pokud vyvlastňovaná nemovitost nachází v obvodu několika obecních úřadů.

příslušný katastrální úřad provede zápis přechodu vlastnického práva záznamem. Na celé vyvlastňovací řízení se užije se shora uvedenými odchylkami správní řád.

ZÁVĚR

Vyvlastnění (expropriace) představuje převod soukromého majetku do veřejného, tj. především státního vlastnictví. Jde v podstatě o opačný postup než je tomu v případě privatizace. Jeho podstatou je nucené odejmutí vlastnického práva ve veřejném zájmu, a to na základě zákona a za náhradu a s právními účinky ex nunc. Jeho ústavní základy lze najít v Listině základních práv a svobod, podstatu vyvlastnění pak v občanském zákoníku, účel vyvlastnění nutno hledat především ve stavebním zákoně. Zákon o vyvlastnění pak představuje především právní úpravu samotného vyvlastňovacího řízení. Není ovšem úpravou v tomto směru jedinou, nejedná se o komplexní právní úpravu tohoto správního procesu. Leckdy opomíjenou právní úpravu na tomto poli představuje také zákon č. 222/1999 Sb., o zajišťování obrany České republiky se svou speciální právní úpravou vyvlastnění v tzv. zkráceném řízení, která by se použila za trvání vojenských krizových stavů. Jelikož se jedná o specifickou úpravu vyvlastnění, která je aplikovatelná jen za určité krizové situace, je možné hovořit úpravě v zákoně o zajišťování obrany jako o úpravě speciální (ad hoc) a o úpravě v zákoně o vyvlastnění jako o obecné (kombinované).

Literature:

- DAVID, Roman. Ústava České republiky, Listina základních práv a svobod : Úplné znění doplněné poznámkami, úvodem do problematiky a výběrem ze soudních případů. 2. rozš. vyd. Olomouc : Nakladatelství Olomouc, 1997. 239 s. ISBN 80-7182-007-5.
- KNAPPOVÁ, Marta et al. Občanské právo hmotné. I. 3. Aktual. a doplněné vyd. Praha : Aspi, 2002. 472 s. ISBN 80-86395-28-6.
- Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky. Důvodová zpráva k návrhu zákona č. 184/2006 Sb., o odnětí nebo omezení vlastnického práva k pozemku nebo ke stavbě (zákon o vyvlastnění) - Sněmovní tisk č. 1015/0. [online]. 2006, 23. 4. 2009 [cit. 2009-04-23]. Dostupný z WWW: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=4&CT=1015&CT1=0>.
- Zákon č. 40/1964 Sb., Občanský zákoník, v platném znění.
- Zákon č. 222/1999 Sb., o zajišťování obrany České republiky, v platném znění.
- Zákon č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon), v platném znění.
- Zákon č. 184/2006 Sb., o odnětí nebo omezení vlastnického práva k pozemku nebo ke stavbě (zákon o vyvlastnění), v platném znění.

Reviewer:
Stanislav Sedláček

Contact – email:
Radim.Vicar@unob.cz

**SEKCE POLITICKO-BEZPEČNOSTNÍ
A HOSPODÁŘSKÉ VZTAHY EVROPSKÉ UNIE KE
TŘETÍM STÁTŮM A MEZINÁRODNÍM
ORGANIZACÍM**



***POLITICAL- SECURITY AND ECONOMIC
RELATIONS BETWEEN THE EUROPEAN UNION
AND THIRD STATES AND INTERNATIONAL
ORGANIZATIONS SECTION***

EXTERNAL RELATIONS OF THE EUROPEAN UNION AT THE REGIONAL LEVEL

IGOR BLAHUŠIAK

Faculty of Law, Masaryk University, Czech Republic

Abstract in original language:

Regionalizmus, regionálne otázky a politiky získali v Európskej únii významné miesto a úlohu. Na vlnu rastu regionalizmu, popri spolupráci s regiónmi v rámci EÚ, vznikajú na regionálnej úrovni aj nové možnosti spolupráce so subjektmi mimo EÚ. Tento príspevok popisuje nielen možnosti jednotlivých prezentácií regiónov z nečlenských krajín EÚ, ale taktiež sa zameriava na hlavné transregionálne organizácie, tak regionálne, ako aj celoeurópske. V neposlednom rade popisuje pomerne nový prostriedok spolupráce na regionálnej úrovni - Európske združenie územnej spolupráce, ako aj jeho možnosti využitia. Cieľom príspevku je zvýšiť povedomie o fakte, že vonkajšie vzťahy EÚ sa nie vždy vykonávajú len na úrovni členských štátov, ale že v súčasnosti existuje aj významný potenciál na regionálnej úrovni.

Key words in original language:

Regionálna spolupráca – Európske zoskupenie územnej spolupráce – Výbor regiónov EÚ – Vonkajšie vzťahy

Abstract:

Regionalism, regional issues and policies have gained a significant role and importance in the European Union. At the wave of the rise of regionalism in the EU, alongside with the cooperation of regions within the EU, new possibilities to cooperate with subjects outside the EU emerge in the regional level. This contribution describes not only possibilities for individual presentation of non-EU regions, but also focuses on the main transregional organizations, both regional and Europe-wide. Finally, it describes a recent tool for cooperation at the regional level - the European grouping of territorial cooperation, as well as its capabilities. The aim of contribution is to raise awareness of the fact, that external relations of the EU are not always carried out at the level of the member states, but there is nowadays also a considerable potential at the regional level.

Key words:

Regional cooperation – European Grouping of Territorial Cooperation – Committee of Regions of the EU – External Relations

1. INTRODUCTION

Regionalism, regional issues and policies have gained a significant role and importance in the European Union (EU). This development has not only been influenced¹ by variations in wealth among the regions in the EU, but also by the attempts of the European Commission (the Commission) to encourage participation of sub-national levels of governance in the

¹ See Nugent, N. The Government and Politics of the European Union. 5th ed. Basingstoke: Palgrave MacMillan, 2003, p. 228.

management of EU policies.² Gradually, with a view to gain greater political influence and not to be controlled wholly by the national governments, many regions have established direct communication lines with decision-makers in Brussels, usually in the form of regional representative offices. Alongside these individual initiatives, several transnational organizations, such as Association of European Border Regions or Assembly of European Regions have come into the existence.

As a response to this development, the Commission established in 1988 Consultative Council of Regional and Local Authorities. This body was transformed by 1992 Treaty on European Union to the present-day Committee of Regions. A new-formed institution has gained a right to be consulted by the Commission, the Council of Ministers and the European Parliament. It can also issue opinions of its own motion. Initially, this consultative power was restricted to a quite small number of policy fields,³ but the Amsterdam Treaty added among others⁴ the fields of EU enlargement and cross-border cooperation. The Lisbon treaty adds to the present-day two cohesion objectives – social and economic, a third one – territorial cohesion. Although not having a precise legal content, the Committee of regions has already stated, that „through cohesion policy and complementary instruments“⁵ shall be strengthened „territorial cooperation not only between EU regions, but also with regions in third countries.“⁶

As we can see from these developments, the regions have become quite a significant actors in the EU decision-making system. In this contribution, the particular attention is paid to the various opportunities for regions outside the EU to establish contacts and relations with the actors of Brussel's decision-making. Firstly, we examine opportunities available for these regions to present themselves individually in the Brussels. Then, various forms of cooperation in organizations of regions working with the EU will be described. These two parts will serve as an empirical evidence of the fact, that there is a growing political will both from the EU side and from the regions from the thirds countries to cooperate. In the last part, a new instrument of the European grouping of territorial cooperation will be described and its potential, as a new formal tool for such cooperation, will be analyzed.

The aim of contribution is to raise awareness of the fact, that external relations of the EU are not always carried out at the level of the member states, but there is nowadays also a considerable potential at the regional level.

² This was a case of management of the European Regional Development Fund, especially since 1988 reform of the management of the structural funds.

³ Consultation on education, training and youth, economic and social cohesion, trans-European network, public health and culture.

⁴ Other new policy areas to be consulted in were in particular transport policy, combating social exclusion and environment.

⁵ Committee of Regions. *Regions and Cities for Europe*. Report from the European Summit of Regions and Cities. 1st ed. Brussels: Committee of Regions, 2009, p. 16.

⁶ Ibid.

2. INDIVIDUAL PRESENTATION OF REGIONS OUTSIDE THE EU

2.1 REPRESENTATION OFFICES IN BRUSSELS

One of the main opportunities for a region outside the EU to present itself in the Brussels arena, is to set up a representational office there, alongside with logic of setting-up such offices by the regions of EU member states thoroughly described above.

Nowadays, there are about 300 representations⁷ of regional and local authorities based in Brussels. To describe their functions in short, we can make a comparison to the nation's embassies, but without any official status. The first regional office was set up by Birmingham City Council in 1984, followed by other British authorities and German Länder.⁸ In the time of submission of this contribution, regions from virtually all of the EU member states were represented in this way in Brussels, with exemption of highly centralized countries of Ireland, Greece and Portugal.

The functions of such a representation are quite variable; usually they concentrate on representation, involvement in the EU decision-making in the form of consultations and obtaining subsidies from structural funds.⁹ The practical outcomes depend in considerable way on budget available and the quality and size of staff of a respective office.

Also, offices of non-member countries can be found in Brussels. To the date of submission of this contribution, there were offices from 5 non-member countries:¹⁰

- Norway – 8 offices (Mid-Norway European Office, Mission of Norway to the E.U., Norwegian Association of Local & Regional Authorities, Oslo Region European Office, Representation Office of North Norway in Brussels, South Norway European Office, Stavanger-Regionens Europakontor, West Norway Office)
- Switzerland – 1 office (Chargé d'information des cantons suisses)
- Croatia - 6 offices (Croatian Chamber of Economy, Croatian County Association, Croatian Regions Office, Regional Development Agency of Slavonia and Baranja, Representation of the Region of Istria, Representation Office Croatian Panonija)
- Bosnia and Herzegovina – 2 offices (Representation Office of the Republic of Srpska, Canton Sarajevo - Regional Representation Office in Brussels)

⁷ See Brussels-Europe Liaison Office. Available at [online] http://www.blbe.be/default.asp?V_DOC_ID=1867, cit. 15. 5. 2009.

⁸ The latter can be considered as the most influential regional actors in Brussels in these days.

⁹ Usually, policies of social cohesion, regional development, R&D, agriculture, environment, energy and transport are considered to be most important for a great part of these offices. For details see Brussels-Europe Liaison Office. Local and regional representations: a recent development. Available at [online] http://www.blbe.be/default.asp?V_DOC_ID=1867, cit. 15. 5. 2009.

¹⁰ See Brussels-Europe Liaison Office. Available at [online] http://www.blbe.be/default.asp?V_DOC_ID=1867, cit. 15. 5. 2009.

- Ukraine – 1 office (Yuzhnoye European Representative Office in Brussels).

We can see that Switzerland has a common regional representation for all of its regions. Virtually all of the Croatian and Norwegian regions are represented. From the Bosnia, representation of Federation of Bosnia and Herzegovina is missing). Representation from the Ukraine can be considered only in the symbolic terms.

No other candidate of bordering countries have set up their office in Brussels. This cannot be only explained in terms of lack of interest in Brussels affairs, or giving a low profile to them. Other factors, such as financial needs, and more important, the administrative division of a respective country, with the extent of competencies awarded to the regions have to be taken in account. Nevertheless, taking in account previous developments, an increase in number of regional offices from non-EU member states can be predicted, especially from the candidate countries shortly before the entry to the EU and having passed administrative reforms giving more competencies to the local and regional authorities.

2.2 PRESENTATION AT THE REGIONAL EVENTS IN BRUSSELS

Another possibility to present itself in Brussels is to take part in various social events. Alongside with the events organized by the region itself, two main opportunities emerge – presentations at the Day of Open Doors in the Committee of Regions and taking part in the event Open Days.

The Day of Open Doors in the Committee of Regions is a traditional part of annual celebrations of the Europe's Day on May, 9th. The event is quite informal and can be used mainly for raising awareness about a region in the greater, mainly Belgian, public. Sometimes, it can be used for promotion of tourism, as it did for example the Croatian regions in 2009.

A more formal event, with more opportunities for presentation, establishment of formal contacts and higher profile is the event Open Days. This is a quite recent initiative, stretching up to the recent six years. The purpose of the event is multiple¹¹ – to bring together political representatives, decision makers, experts and practitioners of regional policy, as well as stakeholders from banking, business, civil society, academia, EU institutions and the media to discuss common challenges. The event shall also provide a platform for capacity building to those involved in implementing EU cohesion policy and in managing its financial instruments. Facilitation of cooperation and networking among regions and cities on good practice in regional development, as well as offering the opportunity to debate the European cohesion policy of tomorrow in a wider context involving recent research and views from third countries and international organizations are also its aims.

As we can see, the event is a particular opportunity to raise awareness and to establish formal contacts with other regional representatives as well as the European institutions. Indeed, a growing number of non-EU participants support this assumption. The first non-EU

¹¹ See For details see Committee of Regions. Open Days 2009 - European Week of Regions and Cities. Available at [online] http://ec.europa.eu/regional_policy/conferences/od2008/doc/od2009_information_pack.pdf, cit. 17.5. 2009.

participants took part in Open Days 2005,¹² namely Romanian City Councils, Croatian region of Istria and four participants from Norway. In 2007,¹³ participants from Turkey and Bosnia and Herzegovina, capitals of Sarajevo and Istanbul joined and in 2008¹⁴ also three regions from Iceland took part. The 2009 edition,¹⁵ planned for October, will see not only participants from the EU, but also from Bosnia and Herzegovina (Republika Srpska and Sarajevo), Morocco (City of Fés, as additional partner), Croatia (Croatian regions, Croatian Pannonia), Serbia (Vojvodina), Norway (West, North, South Norway regions, cities of Oslo and Stavanger), Turkey (cities of Istanbul and Yalova) and from Iceland (West, North-west and Westfjords regions).

2.3 OTHER POSSIBILITIES

Among these possibilities of presentation and establishment of formal contacts, there are formal conferences organized by the Committee of regions (CoR) of the EU. For example, a conference on Eastern partnership is planned for the mid-2009, with aim to strengthen cooperation with the neighboring countries in the East.

The aim is to build the Eastern partnership in the CoR as a „project for dialogue between citizens and a platform for co-operation between the EU and its neighbors, bringing together local and regional authorities in a form of practical approach based on solidarity and on the citizens' needs.“¹⁶ It shall become a forum for sharing experience in two central themes - territorial cohesion and economic development, as well as capacity building and good governance.

The outcomes of this forum are yet to be provided, however, we can assume, that there is a potential for it to be able to become a tool for establishing a deeper cooperation at the regional level with regions of non-EU member countries.

12 See Committee of Regions. European Week of Regions and Cities Brussels, 10 - 13 October 2005. Available at [online] http://ec.europa.eu/regional_policy/opendays/index.cfm, cit. 17. 5. 2009.

13 See Committee of Regions. European Week of Regions and Cities Brussels, 8 - 11 October 2007. Available at [online] http://ec.europa.eu/regional_policy/conferences/od2007/index.cfm, cit. 17. 5. 2009.

14 See Committee of Regions. European Week of Regions and Cities Brussels, 6 - 9 October 2008. Available at [online] http://ec.europa.eu/regional_policy/conferences/od2008/index.cfm, cit. 17. 5. 2009.

15 See Committee of Regions. European Week of Regions and Cities Brussels, 5 - 8 October 2009. http://ec.europa.eu/regional_policy/conferences/od2009/index.cfm, cit. 17. 5. 2009.

16 See Committee of Regions. Forum on Eastern Partnership. Available at [online] <http://cor.europa.eu/pages/EventTemplate.aspx?view=folder&id=ca333b77-da83-4633-8916-8bbc3b9fa901&sm=ca333b77-da83-4633-8916-8bbc3b9fa901>, cit. 17. 5. 2009.

3. MEMBERSHIP IN THE TRANSNATIONAL ORGANIZATIONS OF REGIONS

There is quite a number of organizations, in which can be relations with the regions from the non-EU countries established. In this brief overview, we focus our attention to the organizations with the member regions both from the EU and outsider the EU, both Europe-wide and regional.

3.1 EUROPE-WIDE ORGANIZATIONS

3.1.1 CONFERENCE OF PERIPHERAL MARITIME REGIONS OF EUROPE

One of the oldest Europe wide organizations, with ties to the EU, is Conference of Peripheral Maritime Regions of Europe (CPMR). Established in 1973, this organization brings together the total number of 159 regions, located in 28 countries.¹⁷ From non-EU member states, we can find in the CPMR regions from Croatia, Turkey, Norway, Georgia, Lebanon, Morocco, Tunisia and Ukraine.

Its aim¹⁸ is to promote common interests of the regions, via targeting on EU policies with strong territorial impact, such as regional policy, sustainable development, employment, transport, agriculture or fisheries. It focuses not only on traditional policies, but also on new policy areas, such as energy, climate change, immigration and tourism.

3.1.2 ASSOCIATION OF EUROPEAN BORDER REGIONS

Another organization is Association of European Border Regions (AER), founded in 1971. Around 200 border and cross-border regions¹⁹ cooperate within its framework to make their particular problems and opportunities intelligible, to support exchange and know-how and to solve their common problems. Specifically, they prepare and implement common campaigns within the networks, support Centre for European border and cross-border regions, as well as implement projects and programmes.

At the EU side, the AEBR cooperates not only with the CoR, but also with the Commission, the Council of ministers and the European Parliament. From non-EU countries, it entails regions from Norway, Iceland, Liechtenstein, Andorra, Monaco, Switzerland, Russia, Belarus, Ukraine, Moldova, Croatia, Morocco, Turkey, Albania, FYROM, Serbia and Bosnia and Herzegovina.

3.1.3 EUROCITIES

An organization of Eurocities brings together 135 European cities,²⁰ that cooperate since 1986. The aim of the organization is to ensure that urban issues are on the political agenda of

¹⁷ See Conference of Peripheral Regions in Europe. Available at [online] <http://www.crpm.org/index.php>, cit. 16. 5. 2009.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ See Arbeitsgemeinschaft Europäischen Grenzregionen. Available at [online] <http://www.aebr.net/>, cit. 16. 5. 2009.

²⁰ See Eurocities. Available at [online] <http://www.eurocities.eu/main.php>, cit. 16. 5. 2009.

the European union, to promote transnational cooperation and exchange of experience. More specifically, the cities cooperate in areas of culture, economic development, knowledge society, environment, mobility and social affairs.

Also, in this organization, some non-EU cities can be found, in various forms of membership. Those are Norwegian cities of Bergen and Oslo, Icelandic city of Reykjavik, Croatian cities of Rijeka and Zagreb, Bosnian cities of Sarajevo and Banja Luka, as well as Serbian cities of Niš and Novi Sad, Macedonian city of Skopje, Ukrainian cities of Kyiv, Lviv and Odessa and 10 cities from Turkey.

3.1.4 ASSEMBLY OF EUROPEAN REGIONS

Established in 1985, Assembly of European Regions (AER), brings together 270 regions from 33 European countries.²¹ It encourages political dialogue and exchange of experience, helps the regions to join forces to influence national, European and international policies, supports interregional and cross-border cooperation projects, developing excellence, promoting regional democracy and subsidiarity, as well as regional diversity.

The AER groups together regions from great variety of countries from Balkan (Bosnia and Herzegovina, Croatia, Moldova, Serbia, Albania), Eastern Europe (Ukraine, Russia,²² Georgia), Turkey and Norway.

3.1.5 COUNCIL OF EUROPEAN MUNICIPALITIES AND REGIONS

Founded as Council of European Municipalities in 1951 and transformed in 1984 to its current form, the Council of European Municipalities and Regions (CEMR) joins together 51 major national associations of local and regional authorities from 37 states.²³ From non-EU countries, Iceland, Norway, Israel, Ukraine, Croatia, Bosnia and Herzegovina, Albania, FYROM, Kosovo and Montenegro are represented.

The goals of the CEMR are to secure, strengthen and protect the autonomy of local and regional authorities, to develop the European spirit in local and regional authorities, to encourage dialogue, exchange of experience and cooperation between members and to influence the European legislative process.

3.2 REGIONAL ORGANIZATIONS

Alongside the Europe-wide organizations, there are some regional organizations, that bring together EU and non-EU regions, but do not stretch over the territory of the whole Europe.

As examples can be mentioned:²⁴

²¹ See Assembly of European Regions. Available at [online] <http://www.aer.eu/home.html>, cit. 16. 5. 2009.

²² Regions of Inguschetia, Samara, Karelia and Tatarstan.

²³ See Council of European Municipalities and Regions. Available at [online] <http://www.ccre.org/>, cit. 16. 5. 2009.

²⁴ For details, see Committee of Regions. Factsheets on the Activities, Representatives and Work Schedules of European Organizations Representing Local and Regional Authorities, Updated for the first half of 2009.

- Assembly of European Wine Regions, with membership from 13 EU countries and from Croatia, Ukraine and Georgia,
- Baltic Sea States Subregional Cooperation, bringing together EU member states bordering to the Baltic Sea and Russia and Norway,
- European Network of Cities and Regions for the Social Economy, with membership from 12 EU member states, Morocco and Russia,
- Working Community of the Danube States – grouping the states through which the river Danube flows, from non-EU member states - Croatia, Moldova, Ukraine, Serbia.

4. EUROPEAN GROUPING OF TERRITORIAL COOPERATION

Adoption of Regulation on European Grouping of Territorial Cooperation (EGTC) 1082/2006/EC²⁵ is an important change in the legal framework of territorial cooperation in the EU. This is not only for regulation's being the first Community legal instrument providing a legally binding regulation in this field, but also because it has enabled grouping of a very broad variety of entities. It has also meant a change of approach to the issue of territorial cooperation in the Community level, having left a traditional approach of grouping local and regional entities in the programmes of structural funds in favor of support to their direct cooperation. This instrument can be used not only for the territorial cooperation within the EU, but also for cooperation with non-member regions and countries.

4.1 LEGAL REGULATION

Although the EGTC can be perceived as a break-through instrument, its legal regulation finds a source of inspiration in some earlier legal regulations,²⁶ in particular in some instruments of Council of Europe²⁷ and Community regulation of financing of territorial cooperation. Other inspirational sources are various bilateral and multilateral treaties among the member states of the EU, concerning the issues of cross-border cooperation.²⁸

Let us allow to make some other remarks to the legal regulation of territorial cooperation at the Community level. In particular, legal regulation of INTERREG programmes is concerned, since nowadays is the issue of cross-border cooperation mentioned in the primary law only

Available at [online] http://www.cor.europa.eu/cor_cms/ui/viewdocument.aspx?siteid=default&contentid=bac07f91-c90a-4527-b8da-3f4e1ad80858, cit. 16. 5. 2009.

25 OJ L 210, July, 31st, 2006.

26 See Levrat, N., et. al.: The European Grouping of Territorial Cooperation –EGTC-. Committee of Regions, 2007, 227pp., p. 15.

27 See in particular European Framework Agreement on Cross-border Cooperation among Territorial Entities, signed in Madrid, 1980 and two adding protocols from 1995 and 1998. For the relation of this agreement to the EGTC see Levrat, N., et. al., p. 27.

28 See Levrat, N., et. al., p. 40.

marginally in the art. 265 TEC (after the revision by the Treaty of Nice).²⁹ This is why no complex legal framework was adopted on this issue prior the Regulation 1082/2006/EC. As a certain kind of exceptional case can be mentioned provisions on European economic interest grouping,³⁰ which nevertheless has only marginal importance in the field of territorial cooperation. This is also confirmed by the wording of Regulation 1082/2006/EC, which explicitly states that „The existing instruments, such as the European economic interest grouping, have proven ill-adapted to organizing structured cooperation under the INTERREG initiative during the 2000-2006 programming period.“³¹ Thus, the EGTC can be considered as a real break-through.

The current legal framework of the EGTC is quite complicated. It entails:

- Provisions of Regulation 1082/2006/EC;
- Provisions of national legal regulations;
- Provisions of the Convention and the Statutes of each EGTC.³²

Thus, in the spite of the fact that the foundations of legal regulation are laid down by directly applicable EU regulation,³³ the final legal regulations will certainly not be uniform throughout the whole territory of the EU.

Also, a complexity of legal regulation will have considerable implications in the field of interpretation and the law applicable to the interpretation and enforcement of the convention and statutes, as well as the respective activities developed in the framework of an EGTC. A quite complicated legal regime can be envisaged to emerge, in which the respective activities might be undertaken under different national legal frameworks,³⁴ which will, with a

²⁹ Art. 265 TEC (after the revision by the Treaty of Nice) provides that the „Committee of Regions will be consulted by the Council or the Commission in the cases when this Treaty provides for, and in all of the other instances, especially those related to the *cross-border cooperation*...“.

³⁰ See also Council Regulation 2137/85/EEC, on European Economic Interest Grouping, OJ L 199, July, 31st, 1985.

³¹ See point n. 4 of justifications of Regulation 1082/2006/EC.

³² The content of the convention and the statutes are laid down by the provisions of Art.. 8 (2) and Art. 9 (2) Regulation 1082/2006/EC.

³³ In the context of a complicated method of legal regulation, the question whether the Regulation 1082/2006/EC has a quality of direct effect arises in the literature. For instance, Levrat comes to the conclusion that this is indeed the case, since and EGTC can be established in the framework laid down by the Regulation. See Levrat, N., et. al., p. 113. For more detailed definition of direct effect see eg.. Turk, A. H.: *The Concept of Legislation in European Community Law. A Comparative Perspective*. Kluwer Law International, 2006, 259 pp., p. 82.

³⁴ The questions of entry of respective members to an EGTC will be governed by the provisions of national legal orders of states of origin of these members. The question of establishment of an EGTC itself and also financial and other control of its activities will be governed by the law of the state, in which an EGTC has its seat. Finally, the questions related to the functioning of an EGTC and the relation of an EGTC to the third parties will be governed by the applicable law, determined by the member of an EGTC in the Convention and the Statutes. Also, the questions of internal organization of an EGTC cannot be forgotten; these will be governed by the Convention and the Statutes of the EGTC.

reasonable degree of certainty, not be a factor of motivation to establish an EGTC. On the other hand, the outcome of existence such a complicated legal framework can be a certain pressure for harmonization of provisions of respective national laws and for clarification of regulation.³⁵ Another outcome, being positive to a lesser extent, will be the fact that in the case of states with liberal legal regulation of EGTC, a rise in cross-border cooperation can be expected, whereas in the states with a conservative regulation the trend might probably be the opposite one.³⁶

4.2 LEGAL CHARACTERISTICS OF THE EGTC

Although the Regulation 1082/2006/EC is not intended to create a single EU-wide legal framework for the functioning of the EGTC, in the spite of the presumable differences among national legal orders, some characteristics can be identified to make up a definition of this grouping. In the spite of the fact that respective members, functions and applicable law will be the varying factors, the following characteristics will be common for all of the EGTCs:

- Voluntary use of the EGTC, when the subjects can, but are not obliged to choose a form of the ECTC for their cooperation;³⁷
- Cross-border character of the grouping, which shall entail members from at least two different EU member states;³⁸
- Legal personality in the Community law and legal personality in the national legal order;³⁹
- Limited legal personality of the EGTC. Although the EGTC shall have, according to the Art. 1, § 4 of the Regulation 1082/2006/EC „the most extensive legal capacity accorded to legal persons under that Member State's national law“, in practical terms, its legal personality will be limited by the tasks entrusted with it by the members;⁴⁰
- All of the EGTCs must be regulated by the Convention and the Statutes;⁴¹

³⁵ The EGTC can also become an indirect tool for harmonization of laws. See further below.

³⁶ See Levrat, N., et. al., p. 113.

³⁷ See para 8 in fine of justifications of Regulation 1082/2006/EC.

³⁸ See Art. 3 (2) Regulation 1082/2006/EC.

³⁹ See Art. 1 (3) and (4) Regulation 1082/2006/EC. An EGTC can be at the date of registration or at the date of publication of relevant data in the Official Journal of the EU, according the Art. 5 Regulation 1082/2006/EC gain in the framework of national legal order a legal personality in public or private law. The respective provisions are laid down by each state autonomously; as prevailing seem to be awarding of legal personality in the public law. In the contrary, see relevant Romanian legal framework. See Romanian Government Ordinances. Emergency Ordinance regarding the European Grouping of Territorial Cooperation. Available at [online] http://www.cor.europa.eu/COR_cms/ui/ViewDocument.aspx?siteid=default&content_ID=4f2e2eff-49c4-4eca-8c00-2019185b67aa, cit. 15. 5. 2009.

⁴⁰ See Art. 7(1) Regulation 1082/2006/EC.

⁴¹ See Art. 2(1) Regulation 1082/2006/EC.

- Provision of the sole registered seat;⁴²
- Every EGTC shall have a framework of its own organs, entailing at least a director and an assembly of members;⁴³
- Every EGTC shall have its annual budget.⁴⁴

We can thus see that in the spite of the fact that legal regime of the EGTC is somewhat complicated; a considerable number of common characteristics of all future groupings can be identified.

4.3 MEMBERSHIP IN THE EGTC

The Regulation 1082/2006/EC provides in the Art. 3, that the EGTC shall be made by the following categories of subjects, having its origin in at least two member states of the EU:

- Member States;
- Regional and local authorities;
- Bodies governed by public law within the meaning of the second subparagraph of Article 1(9) of Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts;
- Associations consisting of aforementioned bodies;
- Subjects from the third countries.

Member states can occur, in the relation to the EGTC, in a quite complicated legal position, in which they can perform multiple roles. Firstly, a member state can be as one entity a member of an EGTC.⁴⁵ Secondly, it will perform as a national lawmaker for legal regulation of the functioning of the EGTC. Thirdly, not least, it will perform control functions over the EGTCs having their seat within the territory of the state. Some difficulties and legal uncertainties can be envisaged in the case that a state will in reality enter all of these roles.

Regional and local authorities can become members of the EGTC after fulfilling some preconditions. Not only must their participation be approved by the member state of its origin, after sending a copy of prospected statutes and convention of an EGTC. A member state then

⁴² See Art. 8(2) and 9(2) Regulation 1082/2006/EC.

⁴³ See Art. 10(1) Regulation 1082/2006/EC.

⁴⁴ See Art. 11(1) Regulation 1082/2006/EC.

⁴⁵ It is a question of political will if this situation ever arises in the conditions of eg. the Czech Republic. In the case of small member states, such as Malta or Luxembourg, it is quite likely come about.

decides, usually within three months,⁴⁶ on approval or disapproval⁴⁷ of membership in the EGTC.

As for the other subjects that can become a member of an EGTC, the aforementioned provision of Directive 18/2004/EC has to be analyzed.⁴⁸ The subjects in question are (a) established for the specific purpose of meeting needs in the general interest, not having an industrial or commercial character, (b) having legal personality and (c) financed, for the most part, by the State, regional or local authorities, or other bodies governed by public law; or subject to management supervision by those bodies; or having an administrative, managerial or supervisory board, more than half of whose members are appointed by the State, regional or local authorities, or by other bodies governed by public law. In the case that these definition characteristics are met and the respective organ of member state of their origin approves their membership in an EGTC, their participation is possible.

Subjects from the third countries, i. e. the countries outsider the EU, can also take part in the cooperation within the EGTC.⁴⁹ However, there is a precondition that this membership is not precluded by the legal regulation of the state, in which an EGTC has its seat or by the accords by member states and the third countries.

It is necessary to explicitly state that a subject from the third country is not counted into the minimal number of countries needed for establishment of an EGTC. It is therefore essential for them to find partners from at least two member states of the EU, if they desire to join an EGTC.

The provision on participation of the subject from the third countries is perceived to be to some extent problematic. Not only the need for finding of at least two partners, instead of one, is by some seen as a form of discrimination, but also in practical terms, this provision makes bi-lateral cooperation with subjects from a non-EU state impossible. This is a problem for instance alongside a long norwegian-swedish border.

The other somewhat problematic issue is the practical existence of any agreements between member states and third countries which would enable cross-border cooperation.⁵⁰

Last, but not least, a current situation cannot be perceived as an ideal one, when the participation of entities from third countries, usually bordering countries outside the EU

⁴⁶ The time slot provided in Art. 4(3) Regulation 1082/2006/EC is quite ambiguous and it is up to the member states to clarify this provision. See e.g. § 8(1) of Slovak Act n. 90/2008 Coll. on European Grouping of Territorial Cooperation for a positive solution.

⁴⁷ For the reasons of disapproval of membership, see Art. 4(3) Regulation 1082/2006/EC. The two reasons are that a member states considers that such participation is not in conformity with the Regulation 1082/2006/EC or national law, including the prospective member's powers and duties, or that such participation is not justified for reasons of public interest or of public policy of that Member State

⁴⁸ Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts. OJ L 134, April, 30th, 2004.

⁴⁹ See point 16 of justifications of Regulation 1082/2006/EC.

⁵⁰ See Levrat, N., et. al., p. 43.

territory, is neither mentioned nor explicitly excluded in the overall majority of national provisions.

4.4 TASKS AND POTENTIAL OF THE EGTC

Although having in substance an unlimited legal personality, the EGTC will usually have a specialized personality, at one or more of the following fields of activities:⁵¹

- Implementation of territorial cooperation programmes or projects co-financed by the structural funds;
- Strategic cooperation of members;
- Implementation of a particular cooperation project(s).

An EGTC can also carry other specific activities. Their extent is however limited in several ways. Firstly, they have to be tasks, the carrying of which the members entrusted with the EGTC and which are limited to the facilitation and promotion of territorial cooperation to strengthen economic and social cohesion. Moreover, these entrusted tasks must fall within the ambit of competences of all of the members of the EGTC. Also, these tasks shall not fall within the negative determination, laid down by each member state, which, according to the Art. 7(3) of Regulation 1082/2006/EC can limit the tasks which an EGTC can carry without the financial contribution of the EC. The last limitation is the total preclusion of exercise of the exercise of powers conferred by public law or of duties whose object is to safeguard the general interests of the State or of other public authorities, such as police and regulatory powers, justice and foreign policy.⁵²

We can see that tasks of the EGTC are a subject of considerable limitations and it can be perceived that a potential of this instrument is somewhat limited. However, the contrary is true. An EGTC can, after fulfilling aforementioned conditions, fulfill any tasks of cross-border, supranational or trans-regional cooperation without financial contribution of the EC.⁵³ It can also be used a powerful political instrument of governance in the European area, and thus it can help substantially to the reform of the European governance.⁵⁴ After fulfilling certain conditions, such as a high number of members in the certain geographical region, a

51 See Art. 7(3) Regulation 1082/2006/EC.

52 See Art. 7(4) Regulation 1082/2006/EC.

53 See the examples mentioned in the study *The European Grouping of Territorial Cooperation*. Committee of the Regions, 2009, 233pp. ISBN 978-92-895-9461-4.

54 See aims of the first EGTC, *Eurometropole Lille-Kortrijk-Tournai*. See *Convention de coopération en vue de la création du Groupement européen de coopération territoriale Eurometropole Lille-Kortrijk-Tournai*. Available at [online] http://www.cor.europa.eu/COR_cms/ui/ViewDocument.aspx?siteid=default&contentID=649eec16-8149-4c82-b966-ae4ffd827b74, cit. 15. 5. 2009.

possibility for an EGTC to become as an indirect source of harmonization of law in the member states, cannot be ruled out.⁵⁵

5. CONCLUSIONS

We have seen in the introduction of this contribution that the importance of regions in the EU is nowadays growing. We have also seen that regional representatives grouped in the Committee of Regions are prepared nowadays to establish cooperation not only among them, but there is a political will to establish ties with the regions from the third countries, outside the EU. Not only part of Final Declaration of the Prague Summit, but also a prepared conference on the Eastern Partnership in the CoR can be mentioned as examples of such a development.

There is also a growing political will at the side of regions from non-member EU states to cooperate at this level. Examples have shown, that regions from Bosnia and Herzegovina, Croatia, and Norway and also to a little lesser account from Turkey, Switzerland, Ukraine, Morocco and Iceland actively participate in the Brussels. However, as the membership in various trans-regional cooperation organization of regions show, there is still a potential to be used. For example, regions from other countries of Western Balkan and Eastern Europe can take part more actively in the establishing of the contacts at the EU level. The stage of accession process, as well as administrative reforms in these states will be two crucial factors for such a development.

Alongside with these possibilities, the recent instrument of the European Grouping of Territorial Cooperation provides ample opportunity to cooperate in the framework of grouping with a legal personality and quite considerable potential. Although there are some drawbacks, concerning the cooperation with the subjects from the third states within the framework of the EGTC, this instrument can become one of the main vehicles of territorial cooperation at the regional level between EU and non-EU regions.

Literature:

Legislation and other primary sources

- Act n. 90/2008 Coll. on European Grouping of Territorial Cooperation (Slovakia).
- Convention de coopération en vue de la création du Groupement européen de coopération territoriale Eurométropole Lille-Kortrijk-Tournai. Available at [online] http://www.cor.europa.eu/COR_cms/ui/ViewDocument.aspx?siteid=default&contentID=649eec16-8149-4c82-b966-ae4ffd827b74, cit. 15. 5. 2009.
- Council Regulation 2137/85/EEC, on European Economic Interest Grouping, OJ L 199, July, 31st, 1985.

⁵⁵ A situation when members of an EGTC lobby for harmonization or approximation of labour law provisions can be envisaged. Compare Opinion of the Committee of the Regions on European Grouping of Territorial Cooperation: New impetus for territorial cooperation in Europe. COTER-IV-014. CdR 308/2007fin.

- Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts. OJ L 134, April, 30th, 2004.
- Emergency Ordinance regarding the European Grouping of Territorial Cooperation (Romania). Available at [online] http://www.cor.europa.eu/COR_cms/ui/ViewDocument.aspx?siteid=default&contentID=4f2e2eff-49c4-4eca-8c00-2019185b67aa, cit. 15. 5. 2009.
- European Framework Agreement on Cross-border Cooperation among Territorial Entities. Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 94/2000 Sb. m. s.
- Opinion of the Committee of the Regions on European Grouping of Territorial Cooperation: New impetus for territorial cooperation in Europe. COTER-IV-014. CdR 308/2007fin.
- Regulation on European Grouping of Territorial Cooperation (EGTC) 1082/2006/EC. OJ L 210, July, 31st, 2006.

Other Sources

- Arbeitsgemeinschaft Europäischen Grenzregionen. Available at [online] <http://www.aebr.net/>, cit. 16. 5. 2009.
- Assembly of European Regions. Available at [online] <http://www.aer.eu/home.html>, cit. 16. 5. 2009.
- Brussels-Europe Liaison Office. Available at [online] http://www.blbe.be/default.asp?V_DOC_ID=1867, cit. 15. 5. 2009.
- Brussels-Europe Liaison Office. Local and regional representations: a recent development. Available at [online] http://www.blbe.be/default.asp?V_DOC_ID=1867, cit. 15. 5. 2009.
- Committee of Regions. Regions and Cities for Europe. Report from the European Summit of Regions and Cities. 1st ed. Brussels: Committee of Regions, 2009.
- Conference of Peripheral Regions in Europe. Available at [online] <http://www.crpm.org/index.php>, cit. 16. 5. 2009.
- Committee of Regions. European Week of Regions and Cities Brussels, 10 - 13 October 2005. Available at [online] http://ec.europa.eu/regional_policy/opendays/index.cfm, cit. 17. 5. 2009.

- Committee of Regions. European Week of Regions and Cities Brussels, 8 - 11 October 2007. Available at [online] http://ec.europa.eu/regional_policy/conferences/od2007/index.cfm, cit. 17. 5. 2009.
- Committee of Regions. European Week of Regions and Cities Brussels, 6 - 9 October 2008. Available at [online] http://ec.europa.eu/regional_policy/conferences/od2008/index.cfm, cit. 17. 5. 2009.
- Committee of Regions. European Week of Regions and Cities Brussels, 5 - 8 October 2009. http://ec.europa.eu/regional_policy/conferences/od2009/index.cfm, cit. 17. 5. 2009.
- Committee of Regions. Factsheets on the Activities, Representatives and Work Schedules of European Organizations Representing Local and Regional Authorities, Updated for the first half of 2009. Available at [online] http://www.cor.europa.eu/cor_cms/ui/viewdocument.aspx?siteid=default&contentid=bac07f91-c90a-4527-b8da-3f4e1ad80858, cit. 16. 5. 2009.
- Committee of Regions. Forum on Eastern Partnership. Available at [online] <http://cor.europa.eu/pages/EventTemplate.aspx?view=folder&id=ca333b77-da83-4633-8916-8bbc3b9fa901&sm=ca333b77-da83-4633-8916-8bbc3b9fa901>, cit. 17. 5. 2009.
- Council of European Municipalities and Regions. Available at [online] <http://www.ccre.org/>, cit. 16. 5. 2009.
- Eurocities. Available at [online] <http://www.eurocities.eu/main.php>, cit. 16. 5. 2009.
- Levrat, N., et. al.: The European Grouping of Territorial Cooperation –EGTC-. Committee of Regions, 2007, 227pp.
- Nugent, N. The Government and Politics of the European Union. 5th ed. Basingstoke: Palgrave MacMillan, 2003, p. 228. ISBN 0333984617.
- The European Grouping of Territorial Cooperation. Committee of the Regions, 2009, 233s. ISBN 978-92-895-9461-4.
- Turk, A. H.: The Concept of Legislation in European Community Law. A Comparative Perspective. Kluwer Law International, 2006, 259 pp.

Reviewer:

David Sehnálek

Contact – email:

igor.blahusiak@gmail.com, blahusiak@mail.muni.cz

ČESKÁ SANKČNÍ POLITIKA VE VÍRU EVROPEIZACE

RADKA DRULÁKOVÁ – ZUZANA TRÁVNÍČKOVÁ – ŠTĚPÁNKA ZEMANOVÁ

Vysoká škola ekonomická v Praze, Fakulta mezinárodních vztahů, Česká republika

Abstract in original language:

V únoru 2006 schválil Parlament České republiky nový sankční zákon. Jeho ustanovení odrážejí tři procesy, které v posledních letech Českou republiku ovlivňují: internacionalizace, regionalizace a evropeizace. Protože Evropská unie zprostředkovává sankční opatření přijatá jinými mezinárodními organizacemi, a to OSN a OBSE, může být za stěžejní, pokud se týče dopadů na členské státy EU, považována evropeizace. Stať zkoumá platnost uvedené hypotézy ve vztahu k nové české úpravě hospodářských sankcí.

Key words in original language:

Evropeizace; mezinárodní ekonomické sankce; sankční politika; Česká republika.

Abstract:

In February 2006 the Parliament of the Czech Republic approved a new Sanctions Act. Its provisions reflect three ongoing processes influencing the Czech Republic during recent years: internationalization, regionalization and Europeanization. Since the European Union implements the sanctions measures imposed by other international organizations, namely the UN or the OSCE, Europeanization may be considered as crucial with regard to their impact on the EU member states. The paper examines the validity of the just laid down hypothesis in relation to the new Czech arrangement of economic sanctions.

Key words:

Europeanization; international economic sanctions; sanctions policy; Czech Republic.

ÚVOD¹

Parlament České republiky schválil v únoru 2006 novou podobu tzv. sankčního zákona. Česká zahraniční politika tak dostala k dispozici vysoce aktuální vnitrostátní právní nástroj umožňující, aby s pomocí donucovacích opatření podporovala úsilí o zajištění míru, bezpečnosti a stability v současném světě. Mnohá z těchto opatření se realizují v hospodářské oblasti, i když na tuto sféru pochopitelně nejsou omezena. Současnou podobu zákona do značné míry ovlivnily tři procesy, které v posledních letech působí také na Českou republiku: pokračující internacionalizace, regionalizace a evropeizace.

Internationalizace se projevuje všeobecným posunem od unilaterálních sankcí (aplikovaných jednotlivými zeměmi), které převažovaly v období studené války, k multilaterálním, využívaným zejména na platformách různých mezinárodních organizací (Druláková – trávníčková – zemanová 2009: 73 – 80). Na univerzální, celosvětové úrovni její gravitační centrum představuje Organizace spojených národů (OSN). V porovnání s obdobím 50.- 80. let 20. století se v posledních dvou dekádách výrazně zvýšil počet sankčních režimů vytvářených

¹ Tento příspěvek byl vypracován v rámci řešení výzkumného záměru MSM6138439909 Governance v kontextu globalizované ekonomiky a společnosti.

Radou bezpečnosti OSN (RB OSN). Spolu se členskými státy i s odbornou veřejností a s nestátními subjekty se OSN snaží o též zvyšování jejich efektivnosti.

Těžiště regionalizace na evropském kontinentu, resp. v relevantních částech Ameriky a Asie, představuje Organizace pro bezpečnost a spolupráci v Evropě (OBSE). Středem evropeizace se pak pochopitelně stává Evropská unie (EU) s nejintenzivnější sankční politikou co do geografického záběru i co do rozsahu cílů, jejichž naplňování se sankcemi sleduje. (KREUTZ 2005). Přitom EU v rámci své sankční politiky rovněž realizuje opatření zavedená výše zmíněnými organizacemi (s možností jejich případného zpřísnění). Lze tudíž vyslovit hypotézu, že její působení je pro aktuální změny české sankční politiky stěžejní. Následující text zkoumá platnost uvedené hypotézy s využitím moderních metod studia evropeizace na příkladu ekonomických sankčních opatření.

V první části představujeme hlavní principy a mechanismy evropeizace tak, jak jsou podchyceny v ekonomické vědě, případně v dalších sociálně vědních disciplínách. Poté věnujeme pozornost současné podobě sankční politiky EU a jejím specifickým v hospodářské oblasti. Přitom se snažíme určit, jak intenzivně zde EU působí na členské státy a jak dalece je nutí, aby se držely pravidel, která v této oblasti stanoví. Ve třetí části pak analyzujeme novou podobu českého sankčního zákona, resp. těch jeho pasáží, které se týkají hospodářských sankcí. Zejména sledujeme rozsah změn a jejich souvislost s dynamikou evropské sankční politiky s cílem stanovit, jak dalece nová podoba zákona skutečně odráží výsledky evropeizačních procesů, případně nakolik se do ní promítají i jiné vlivy.

1. TEORETICKÁ VÝCHODISKA

1.1 POJEM EVROPEIZACE

Přestože v současné odborné literatuře není použití pojmu evropeizace jednotné, ekonomické vědy jej zpravidla používají pro označení dopadů evropských integračních procesů na domácí úrovni, tedy změn vyvolaných integračními procesy v různých sférách vnitřního prostředí států (dále jen vnitřních změn). V rámci nich se pak zabývají (Börzel 2003):

- dimenzí vnitřních změn (ve kterých oblastech EU státy ovlivňuje);
- mechanismy vnitřních změn (jak EU státy ovlivňuje);
- výslednou podobou vnitřních změn (jaké jsou efekty vlivu EU na státy).

Změny se mohou v zásadě projevat v jakékoli sféře života společnosti. Pokud jde o oblast hospodářství, jejich rozsah je podle K. Dysona dán zejména ztrátou tradičních nástrojů hospodářské politiky, resp. přesunem příslušných kompetencí na úroveň EU, z níž tato ztráta vyplývá (DYSON 2007). Sankční opatření, byť často realizovaná v ekonomické sféře, jsou však především záležitostí společné zahraniční a bezpečnostní politiky. V rámci ní zatím převažuje mezivládní spolupráce. O tom, zda podobně jako ve sféře hospodářské vyústí v této oblasti spojení aktivit členských států v konvergenci se zatím vedou debaty, i když postupně převládá názor, že i zde bude konvergence jedním z hlavních výsledků evropeizačních procesů (WEISS 1999).

1.2 EVROPSKÉ MODELY SPRÁVY A ŘÍZENÍ

Jádrem konvergence se stávají evropské modely fungování (resp. správy a řízení) určité oblasti. Modely vznikají v rámci konkrétních rozhodovacích procesů probíhajících na základě kompetencí přiznaných orgánům Unie. Jejich povaha se liší v závislosti na:

- průběhu rozhodovacího procesu (je-li podoba modelu předepsána legislativním aktem Společenství, ovlivňuje ji zejména postup přípravy legislativního návrhu v Komisi, rozsah v jakém návrh zohledňuje představy jednotlivých zemí i nakolik se do něj promítly potřeby nestátních zájmových skupin);
- jeho formální stránce (způsob rozhodování o návrhu v Radě - jednomyslnost, superkvalifikovaná většina, kvalifikovaná většina nebo prostá většina; a jaký jednacím mechanismus byl využit pro jeho projednávání);
- jeho institucionální stránce (jakým způsobem na rozhodování participuje Evropský parlament - jako konzultativní orgán nebo v rámci spolupráce² či spolurozhodování³; a jak využívá své kompetence.

Vedle postupu přípravy a schvalování legislativního aktu je charakter evropského modelu ovlivněn tím, v jakém typu právního instrumentu se výsledná rozhodnutí zakotvují.

Nejsledovanější jsou v současnosti tvrdší modely předepsané normami tzv. tvrdého práva (hard law) – především směrnicemi a nařízeními, případně v dílčích aspektech rozhodnutími provádějícími zřizovací smlouvy nebo nařízení. Pokud mají podobu nařízení, přímo ukládají určité povinnosti členským státům, jsou pro ně plně závazné ve všech částech a nevyžadují (resp. dokonce neumožňují) transformaci v rámci vnitrostátních právních řádů.⁴ Ve formě směrnic předepisují výsledky, kterých by členské státy měly v určitém časovém horizontu dosáhnout bez stanovení prostředků, jak tyto výsledky ve vnitrostátních právních rádech zajistit. Zpravidla tak ponechávají členským státům určitou volnost při realizaci, i když v některých případech (technické normy, standardy ochrany životního prostředí...) bývá manévrovací prostor značně omezený a místo ke sbližování (harmonizaci) právních řádů, která je hlavním úkolem směrnic, vedou téměř k unifikaci. (Neustupná, L. – Pauknerová, M. – Skála, J. et al. 1992)

Tvrdší evropské modely správy a řízení musejí být realizovány ve vnitrostátním prostředí. Od států vyžadují zpravidla úpravy stylu politik a jejich institucionálního rámce – vnitrostátní legislativy a organizačního zabezpečení. EU v tomto směru na státy vyvíjí přímý nebo nepřímý adaptační tlak. Nepřímý tlak vyplývá ze samotného faktu přenesení pravomocí na komunitární orgány, právně závazné formy příslušného rozhodnutí, příslibu států podrobit se příslušným rozhodnutím, případně skutečnosti, že se přizpůsobují ostatní státy. Přímý jej

² Procedura upravená v čl. 7 Jednotného evropského aktu.

³ Čl. 189b Smlouvy o Evropském společenství ve znění upraveném Smlouvou o EU, resp. čl. 251 Smlouvy o ES ve znění revidovaném Amsterdamskou smlouvou.

⁴ Pojmem transformace se rozumí přenesení právní normy pocházející z mezinárodního prostředí do vnitrostátního právního řádu (blíže viz např. Sankce (společná zahraniční a bezpečnostní politika). Dostupné z: http://ec.europa.eu/external_relations/cfsp/sanctions/index_cs_2006.pdf, s. 117 – 119).

představují možnosti využití stimulů a kontrolních nebo donucovacích mechanismů (pravidelná hodnocení států Komisí, žaloby na neplnění povinností apod.).

Vedle tvrdších modelů využívají orgány EU též modely měkčí⁵, načrtnuté např. ve formě posudků nebo doporučení. Typickým příkladem činnosti ústící ve vznik měkčího modelu je otevřená metoda koordinace. Skutečnost, že měkčí modely se zakládají na normách tzv. měkkého práva (soft law), případně na jiných typech instrumentů, a že z nich nevyplývají právně závazné povinnosti, neznamená, že by nemohly vnitřní změny vyvolat.

1.3 ADAPTAČNÍ TLAK A DOMÁCÍ ZMĚNY

Forma legislativní úpravy předznamenává rozsah požadavků, které z příslušného aktu vyplývají pro státy a souvisí i s intenzitou adaptačního tlaku, konkrétní dopady ve vnitrostátním prostředí však závisejí i na dalších okolnostech. Vedle charakteru modelu a intenzity adaptačního tlaku je ovlivňuje rovněž tzv. míra nesouladu mezi modelem a podobou dosavadní národní praxe. (Héritier 1995) Státní instituce často usilují o zachování statutu quo, a proto se při vytváření politik na evropské úrovni snaží na tuto úroveň přesunout svou domácí praxi.⁶ Tím minimalizují náklady, které je nutné vynaložit na přizpůsobení národní praxe evropským požadavkům a upravují evropské hřiště pro potřeby svých domácích subjektů (např. firem).

Pokud se jim přesun domácí praxe nezdaří, jsou náklady na přizpůsobení vysoké. Proto budou pravděpodobně s přizpůsobením domácích podmínek modelu předepsanému EU otálet. Jestliže zcela uspějí, nemusejí dosavadní praxi měnit. Uspějí-li alespoň částečně, mohou se držet stávajícího směru s malými obměnami. Jejich reakce na příslušné rozhodnutí bude nejspíš rychlá a pozitivní, pokud ji nezvrátí některá z tzv. zprostředkujících proměnných. K nim patří zájmy aktérů v domácích institucích, rozdělení vlivu a síly v domácích institucích i mezi nimi, změna rovnováhy mezi domácími aktéry a jejich seskupeními, počet institucí s možností vetovat rozhodnutí, původní postoje institucí k evropskému modelu, politická kultura, schopnost sociálního učení apod.

V důsledku působení EU na členské státy dochází ve vnitrostátním prostředí k explicitním a implicitním změnám. Explicitní změny mají cílený charakter. Komunitární orgány je přímo požadují, více nebo méně striktně předepisují jejich podobu. Implicitní změny z rozhodnutí komunitárních orgánů přímo nevyplývají. Mohou jimi být indukovány (např. požadavek plnění konvergenčních kritérií nebo kodaňských kritérií), ale mohou vznikat též na základě jiných skutečností než rozhodování uvnitř EU. Kromě toho mohou být změny výsledkem skutečného tlaku EU, ale i situace, kdy objektivní tlak neexistuje a potřeba reagovat na požadavky vyplývající z napojení na EU je státy pouze vnímána (má subjektivní charakter). Změny se mohou výrazně lišit ve svém směru i rozsahu. Pokud mají pouze dílčí charakter, označují se jako absorpce. Pokud je jejich rozsah výraznější, ale charakter příslušné oblasti zůstává zachován, hovoří se o akomodaci. Zásadní změna týkající se i charakteru příslušné politiky se pak označuje jako transformace. Vedle absorpce, akomodace a transformace, které znamenají posun ve směru požadovaném EU připadá v úvahu i inercie (žádná změna) a regrese, tj. vzdalování se evropskému modelu.

⁵ Přesnější typologie evropských modelů správy a řízení nebyla dosud provedena.

⁶ Uvedený předpoklad vychází ze základních postulátů historického institucionalizmu.

2. HOSPODÁŘSKÉ SANKCE V POLITICE EU

2.1 CHARAKTER VYUŽÍVANÝCH EVROPSKÝCH MODELŮ

Z formálního hlediska představuje hlavní specifikum současné praxe EU při zavádění ekonomických sankčních opatření⁷ převaha tvrdších modelů správy a řízení využívajících normy hard law. Druhý charakteristický znak představuje již naznačený přesah v rámci pilířové struktury EU. Jak bylo zmíněno v úvodu, sankční opatření v zásadě spadají do sféry společné zahraniční a bezpečnostní politiky. Prvotní nástroj pro jejich uvalování proto představují společné postoje schvalované Radou EU dle čl. 15 Smlouvy o EU.⁸ I když nejde o legislativní akty s jasně vymezenými právními dopady, ustanovení příslušného článku členským státům ukládá povinnost uvést své národní politiky se společným postojem do souladu.

Postoje vycházející z návrhů členských států nebo Komise se schvalují jednomyslně.⁹ Vzhledem k obtížím, které takové hlasování přináší, byl však Amsterodamskou smlouvou zaveden tzv. mechanismus konstruktivní abstinence umožňující schválení postoje též v případech, kdy se některé státy (s maximálně 1/3 celkového počtu hlasů v Radě) zdrží hlasování. Země, které postoj nepodpořily, jej pak nemusejí následovat. Dle smlouvy o EU ve znění pozměněném Amsterodamskou smlouvou by však v takových případech neměly přistoupit k jednání, které je s postojem v přímém rozporu. A i když nelze plnění společných postojů (na rozdíl od směrnic a nařízení) vymáhat žalobami k Evropskému soudnímu dvoru, je už v tomto momentě jejich charakter poměrně tvrdý, neboť jasně vymezují žádoucí chování členských států.

2.2 POTVRZENÍ EVROPSKÉHO MODELU U HOSPODÁŘSKÝCH SANKCÍ

Pokud jde o hospodářské sankce, je právě popsáný model dále zpevňován instrumenty prvního pilíře. Podle současné úpravy, obsažené v primární legislativě, totiž společné postoje nelze přímo aplikovat v rámci jednotného vnitřního trhu. Realizace v těchto případech vyžaduje legislativní kroky vytvářející dle článku 301 Smlouvy o založení Evropského hospodářského společenství výjimky z pravidel jeho fungování. Nařízení Rady, kterými se uvalují sankce, a prováděcí nařízení Komise tvoří součást práva Společenství, jsou přímo použitelná v členských státech a mají přednost před právními předpisy členských států, které

⁷ Ekonomické a finanční sankce zahrnují širokou škálu konkrétních opatření jako např. embarga, bojkoty, omezení investic, omezení platebních a kapitálových pohybů, zmrazení aktiv, odvolání obchodních výhod atd.

⁸ Např. po vyhlášení rezoluce RB OSN 1267 (1999), namířené proti Talibánu a osobám s ním spojeným, přijala Rada nejprve dne 15. listopadu 1999 společný postoj (1999/727/SZBP) a 14. února 2000 na základě článků 60 ES a 301 ES nařízení (ES) č. 337/2000. Přílohou nového nařízení č. 467/2001 byl seznam osob, subjektů a entit, na které se vztahuje zmrazení prostředků. K další úpravě došlo 27. května 2002. Rada schválila společný postoj 2002/402/SZBP (ve znění společného postoje 2003/140/SZBP platný dodnes) o omezujících opatřeních proti Usámovi bin Ládínovi, členům organizace Al-Kajdá a Talibanu a dalším osobám, skupinám, podnikům a subjektům, které jsou s nimi spojeny. Stejněho dne přijala Rada nařízení č. 881/2002 o zavedení některých zvláštních omezujících opatření namířených proti některým osobám a subjektům spojeným s Usámu bin Ládínem, sítí Al-Kajdá a Talibanem, které nahradilo dosavadní nařízení 467/2001. Nařízení 881/2002 bylo mnohokrát novelizováno (vyjma dvou novelizací se jednalo vždy o promítnutí změn konsolidovaného seznamu).

⁹ Výjimku tvoří pouze postoje vycházející ze společných strategií definovaných Amsterodamskou smlouvou. Ty však v současnosti přicházejí v úvahu pouze ve vztahu k Rusku, Ukrajině a oblast Středozemního moře.

by s nimi byly v rozporu.¹⁰ Za kontrolu řádné implementace ve členských státech je odpovědná Komise.

Logika stávající úpravy zůstane pravděpodobně zachována i při dalších úpravách primárního práva Společenství. Ukládání ekonomických a jiných sankcí bylo upraveno ve Smlouvě o ústavě pro Evropu a s drobnými obměnami byl navržený text převzat i do Lisabonské smlouvy. Článek 15 SEU byl převzat jen s formulační úpravou (čl. 29 ve znění Lisabonské smlouvy¹¹). Ustanovení výslovně zmiňující možnost finančních restrikcí se v Lisabonské smlouvě neobjevuje. Bývalý článek 301 SEU je pozměněn v tom smyslu, že Rada bude nezbytná opatření (včetně restrikcí ekonomické povahy) přijímat kvalifikovanou většinou na společný návrh vysokého představitele Unie pro zahraniční věci a bezpečnostní politiku a Komise (čl. 215 Smlouvy o fungování Evropské unie). Možnost přijmout tyto sankce vůči fyzickým nebo právnickým osobám a skupinám nebo nestátním subjektům, která byla poprvé výslovně zakotvena ve Smlouvě o ústavě pro Evropu, zůstala zachována i v Lisabonské smlouvě. Přijatá rozhodnutí jsou pro členské státy závazná, členské státy mají povinnost je přímo vykonávat anebo implementovat do svých právních řádů.

2.3 CÍLENÍ HOSPODÁŘSKÝCH SANKCÍ EU

Významným trendem v uplatňování hospodářských sankcí se stalo jejich přesnější cílení, které má za úkol omezit dopad sankčních opatření na řadově obyvatelstvo sankcionovaných zemí. Cílená opatření směřují k postižení nejbohatších vrstev a politických elit přímo zodpovědných za chování postihované sankcemi. Zároveň mohou omezovat i členy nestátních skupin přímo ohrožující mezinárodní bezpečnost - v poslední době zejména osoby spjaté s mezinárodním terorismem.

Zvýšeným důrazem na cílení sankcí Unie zprostředkovává ve svém vnitřním prostředí i na úrovni jednotlivých států širší mezinárodní trendy, které jsou pozorovatelné zejména v rámci OSN. Široký prostor pro debatu o možných krocích ke zvýšení efektivnosti sankcí uvalovaných touto organizací nabídly vlády Švýcarska, Německa a Švédska uspořádáním série konferencí o cílených donucovacích prostředcích. Konference se uskutečnily v březnu 1998 a v březnu 1999 v Interlaken, v červnu 1999 v Ženevě, v listopadu 1999 v Bonnu a v prosinci 2000 Berlíně. Interlakenský proces se soustředil na finanční sankce (identifikace skupin a osob, vůči nimž mají cílené sankce směřovat, technické aspekty realizace sankcí). Bonnsko – berlínská jednání se zaměřila na zbrojní embarga, cestovní omezení a letové zákazy. Stockholmská konference dále otevřela otázku cílení hospodářských embarg, která dosud v procesech zaměřených na sankce nebyla podchycena.

Cílení ekonomických sankcí se v praxi projevuje mj. ve vypracovávání seznamů organizovaných skupin a jednotlivců, vůči kterým jsou tato opatření namířena. Například na internetových stránkách EU je k nahlédnutí pravidelně aktualizovaný seznam osob, skupin a entit, vůči kterým EU uplatňuje finanční omezení.¹² Tento seznam vzniká na základě

¹⁰ Podrobněji viz Sankce (společná zahraniční a bezpečnostní politika). Dostupné z: http://ec.europa.eu/external_relations/cfsp/sanctions/index_cs_2006.pdf.

¹¹ Článek 29 (bývalý článek 15 Smlouvy o EU): *Rada přijímá rozhodnutí, která vymezují přístup Unie ke konkrétní otázce zeměpisné nebo tématické povahy. Členské státy zajistí, aby jejich vnitrostátní politiky byly v souladu s postoji Unie.*

¹² K nahlédnutí viz Sankce (společná zahraniční a bezpečnostní politika). Dostupné z: http://ec.europa.eu/external_relations/cfsp/sanctions/index_cs_2006.pdf

společných postojů a nařízení Rady či prováděcích nařízení Komise. Velkou roli při praktickém provádění ekonomických restriktivních omezení v EU hraje bankovní sektor.¹³ Některé banky (např. London bank, Citibank aj.) vytvářejí aktualizované seznamy teroristů a teroristických skupin, s nimiž je zakázáno jakkoliv obchodovat. Tento zákaz je závazný jak pro veřejný, tak pro soukromý sektor a jeho nedodržení se penalizuje vysokými finančními pokutami.

EU ve své současné sankční politice zareagovala i na problémy, které má např. RB OSN při uvalování společných sankcí. RB OSN totiž chybí jednotný jazykový standard pro sankce a velmi často dochází k výkladu rezolucí uvalujících sankce. EU oproti tomu vypracovala standardní jazyk pro ukládání sankcí, aby podobným problémům předešla. Jednotné formulace a vysvětlení najdeme v Pokynech k provádění a vyhodnocování omezujících opatření (sankcí) v rámci společné zahraniční a bezpečnostní politiky EU (15114/05),¹⁴ které schválila Rada. Pokyny obsahují základní principy sankční politiky EU, běžné definice a především vzorová znění, která mohou být použita jako model právních nástrojů pro provádějící omezující opatření.

3. EVROPEIZACE ČESKÉHO SANKČNÍHO ZÁKONA (OBLAST HOSPODÁŘSKÝCH SANKCÍ)

3.1 GENEZE ČESKÉ SANKČNÍ POLITIKY

V České republice až do roku 2000 obecná právní úprava sankčních opatření neexistovala, přestože země měla v tomto ohledu určité mezinárodní závazky, především povinnost podniknout akce nutné k provedení rozhodnutí RB OSN vyplývající z čl. 48 Charty OSN. Neexistence relevantní právní úpravy sice nevyklučovala, aby ČR na základě rozhodnutí příslušných mezinárodních orgánů přijímala určitá sankční opatření, ale při jejich realizaci narážela na značné obtíže. Problémy se projevovaly i ve vztahu k EU. V roce 1996 se začala formovat praxe, v rámci níž se k řadě společných postojů schválených na platformě SZBP připojují i nečlenské státy úzce spolupracující s EU. ČR v rámci této praxe přistupovala zejména ke zbrojním embargům.

Popsané právní vakuum zčásti zaplnil zákon č. 98/2000 Sb., o provádění mezinárodních sankcí k udržování mezinárodního míru a bezpečnosti. Ačkoli k jeho schválení došlo v době intenzivních příprav na vstup do Unie, vycházel z dnes již překonané koncepce sankcí směřujících výhradně proti státům a představitelům veřejné moci. Zároveň nebyl použitelný ve vztahu k bezprostředně účinným právním aktům ES a nedefinoval některé důležité procesní postupy jako přezkoumávání konkrétních sankčních opatření nebo pravomoc příslušných orgánů.¹⁵ Proto musel být po několika letech platnosti zcela nahrazen.

Ještě v prvních letech našeho členství v EU byl tedy stav takový, že součástí českého právního řádu byl sice obecný sankční předpis, na jeho základě ale nemohla být prováděna opatření obsažená v nařízeních Společenství (čímž se ČR vystavovala riziku kritiky a postihu ze strany orgánů EU) a ve skutečnosti se sankční opatření prakticky nerealizovala.

¹³ Bankovní sektor je angažován jmenovitě prostřednictvím European Banking Federation, the European Savings Banks Group, the European Association of Co-operative Banks, the European Association of Public Banks.

¹⁴ Text pokynů k nahlédnutí na: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/05/st15/st15114.en05.pdf>

¹⁵ Sněmovní tisk 1007/0 – Vládní návrh zákona o provádění mezinárodních sankcí. Důvodová zpráva. Dostupné z : <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?o=4&ct=1007&ct1=0> [1.7.08]

3.2 ZÁKON Č. 69/2006 SB.

Vyhlášením nového zákona v březnu 2006 byly odstraněny popsání problémy, zejména ve vztahu k sankčním režimům schvalovaným na úrovni EU.¹⁶ Mezinárodní sankce jsou v §2 zákona definovány jako příkaz, zákaz nebo omezení stanovené za účelem udržení nebo obnovení mezinárodního míru a bezpečnosti, ochrany základních lidských práv a boje proti terorismu, pokud vyplývá:

- a. z rozhodnutí RB OSN, přijatých podle článku 41 Charty OSN
- b. ze společných postojů, společných akcí nebo jiných opatření EU
- c. z přímo použitelných předpisů ES, kterými se provádí společný postoj nebo společná akce.¹⁷

V případě rozhodnutí RB OSN a společných postojů EU zákon předvídá vydání nařízení vlády (§ 4 odst.1), kterým budou tyto sankce implementovány do českého právního řádu (a ukládané povinnosti tak budou zavazovat nejen stát, ale všechny fyzické a právnické osoby). Orgánem, který povoluje výjimky ze sankčního režimu (§ 9), nakládá s postiženým majetkem (§ 11) a spravuje jej (§ 13) a kontroluje dodržování sankcí (§ 15) je ministerstvo financí, konkrétně Finančně analytický útvar.¹⁸

Za klíčová lze – především vzhledem k finančním sankcím uvalovaným jmenovitě na osoby podezřelé ze spojení s terorismem – označit ustanovení o použití správního řádu a možnost zahájení správního řízení (včetně podání opravných prostředků). Přezkoumatelnost a transparentnost při ukládání individuálních finančních sankcí představují významné požadavky nejen na vnitrostátní, ale i na mezinárodní úrovni. Český předpis v tomto směru zcela správně reflektuje prosazování principů dobré správy, které se ve vztahu k mezinárodním finančním sankcím zřetelně odrazily jednak při jednání Rady bezpečnosti OSN a jednak v řízení před Evropským soudním dvorem. V obou situacích byly předmětem řízení podněty (stížnosti) osob, jejichž majetek byl zmrazen v důsledku tzv. protiteroristických sankcí. Stěžovatelé napadali – a později bylo konstatováno, že oprávněně – neprůhledný způsob sestavování „seznamů teroristů“, tedy osob, jejich majetek je předmětem sankcí a dále neexistenci procedur, které by vedly k očištění jména a vyškrtnutí ze seznamu (tzv. delisting).

¹⁶ Současně byl projednán a schválen zákon, kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím zákona o provádění mezinárodních sankcí (přijatý zákon č. 70/2006 Sb.). Dotkl se jednak celé řady finančních předpisů (o bankách, o podnikání na kapitálovém trhu, o platebním styku nebo Komisi pro cenné papíry), správní předpisů a do trestního zákona začlenil skutkovou podstatu nového trestného činu: porušování mezinárodních sankcí.

¹⁷ Předcházející předpis cílil sankce jen na dodržování mezinárodního míru a bezpečnosti, nezahrnoval opatření k ochraně lidských práv a boje proti terorismu. Mezi zdroji sankcí nebyly uvedeny přímo použitelné předpisy ES.

¹⁸ Pokud jde o uložení zbrojní embarga a cestovní omezení, pak bývají příslušnými i ministerstvo průmyslu a obchodu (licenční správa) a ministerstvo zahraničních věcí (odbor SZBP EU), do provádění sankcí se může v rámci své kompetence zapojit i ministerstvo školství a jiné ústřední orgány.

3.3 SANKCE VŮČI EVROPSKÝM SUBJEKTŮM SPJATÝM S MEZINÁRODNÍM TERORISMEM

Na sankční zákon navázalo v červnu 2008 nařízení vlády č. 210/2008 Sb., k provedení zvláštních opatření v boji proti terorismu, přijaté podle § 4 sankčního zákona. Sankce ukládané EU směřují (obvykle v duchu sankcí vyhlášených RB OSN) totiž nejen proti státům a nestátním aktérům a mimoevropským osobám a skupinám spojeným s terorismem, ale i vůči teroristům pocházejícím z EU. V prvních dvou případech mohou být sankce vyhlášeny formou nařízení a jejich právní ukotvení nečiní žádné potíže.

V případě protiteroristických sankcí lze však použít nařízení pouze tehdy, když se jedná o teroristy a teroristické skupiny mimo EU.¹⁹ Vůči evropským subjektům nelze uplatnit přímo účinné opatření v rámci SZBP. Zde se pak otevírá prostor pro jednotlivé státy, aby vlastními prostředky zajistily realizaci sankčních opatření (tato povinnost vyplývá jednak ze Společného postoje Rady a jednak z rezoluce RB OSN). Přijaté nařízení vlády ČR výslovně odkazuje na Společný postoj Rady 2001/931/SBZP a uvaluje obchodní a finanční sankce na 18 fyzických osob (bez výjimky spojených s hnutím ETA) a stejný počet organizovaných skupin, vyjmenovaných v přílohách. Na jaře 2009 bylo nařízení vlády novelizováno předpisem č. 88/2009 Sb. ze dne 16. března 2009 (seznam fyzických osob byl rozšířen na 31).

ZÁVĚR

Přijetí sankčního zákona č. 69/2006 Sb. i nařízení k provedení zvláštních opatření k boji proti terorismu, je bezesporu projevem evropeizace české sankční politiky. S určitým zjednodušením můžeme říci, že v případě zákona šlo ve vztahu k předchozí úpravě o doplnění evropského rozměru, a to nejen u hospodářských sankcí. V případě nařízení se v českém právním řádu objevilo v návaznosti na rozvoj sankční politiky EU zcela nové téma. Výchozí hypotéza formulovaná v úvodu této stati se tak zdá být zcela potvrzena a působení EU je pro aktuální změny české sankční politiky skutečně stěžejní.

Popsané posuny v právní úpravě mají charakter implicitních změn, neboť se nejedná o přímý důsledek rozhodovacího procesu obsaženého v sekundární legislativě Společenství. Co do rozsahu můžeme hovořit o akomodaci v souvislosti se sankčním zákonem a o transformaci, pokud jde o nařízení vlády a záležitost protiteroristických sankcí proti evropským subjektům. Vedle požadavků vyplývajících z členství v EU ovšem nová podoba sankční politiky reflektuje opět širší mezinárodní trendy, především posun od obecných sankcí k cíleným.

Vzhledem k tomu, že Česká republika neuplatňuje unilaterální sankce, umožňuje její zahraničněpolitická tradice i právní předpisy pouze aplikaci sankcí vyhlášených RB OSN nebo schválených na evropské úrovni. Protože se sankce vyhlášené RB OSN a EU značně překrývají, můžeme českou sankční politiku (od vstupu do Unie) označit za velmi přesný odraz evropské sankční politiky, a to jak pokud jde o konkrétní opatření, tak o dlouhodobější trendy. Zřetelná je tato skutečnost opět i z nejnovějších a současně nejdůležitějších sankčních předpisů – zákona z roku 2006 a vládních nařízení z roku 2008, resp. 2009.

¹⁹ V současné době je platné nařízení Rady (ES) 2580/2001 o zvláštních omezujících opatřeních namířených proti některým osobám a subjektům s cílem bojovat proti terorismu

Literature:

- Amsterodamská smlouva (1998). Praha: Ústav mezinárodních vztahů 1998
- Basic Principles on the Use of Restrictive Measures (Sanctions) 2004. Council doc. 10198/1/04
- Börzel, T. (2003): How the European Union Interacts with its Member States. Reihe Politikwissenschaft, no. 93. Wien: Institut für Höhere Studien. Dostupné z: http://www.ihs.ac.at/publications/pol/pw_93.pdf [30.6.08]
- Consolidated list of persons, groups and entities – subject to EU financial sanctions. Dostupné z: http://ec.europa.eu/external_relations/cfsp/sanctions/list/consol-list.htm [29.1.08]
- DYSON, K. (2007): Economic Policy. In: Graziano, P. – Vink, M. P., eds. 2007: Europeanization, New research agendas. Houndmills: Palgrave Macmillan, s. 281-294
- Druláková, R. – Trávníčková, Z. – Zemanová, Š. (2009): Ekonomické sankce na počátku 3. tisíciletí. Mezinárodní vztahy, 2009, roč. 44, č. 1, s. 66–85. ISSN 0323-1844.
- Guidelines on implementation and evaluation of restrictive measures (sanctions) in the framework of the EU Common Foreign and security Policy 2005. Council doc. 15114/05
- Héritier, A. (1995): “Leaders” and “Laggards” in European Clean Air Policy., In: van Waarden F.- Unger, B., eds. 1995: Convergence or Diversity? Internationalization and Economic Policy Response. Avensbury: Aldershot, s. 278-305
- KREUTZ, J. (2005): Hard Measures by a Soft Power? Sanctions Policy of the European Union. Bonn: Bonn International Center for Conversion, 2005, Paper 45
- KRONENBERGER, V. (2001): Common Foreign and Security Policy – International Aspects of the Association of Third States with the common positions of the Council of the European Union. In: KRONENBERGER, Vincent, ed. (2001): The European Union and the International Legal Order: Discord or harmony? The Hague: T.M.C. Asser Press, s. 352-374
- Lisabonská smlouva pozměňující Smlouvu o Evropské unii a Smlouvu o založení Evropského společenství, podepsaná v Lisabonu dne 13. prosince 2007. Dostupná z: http://bookshop.europa.eu/eubookshop/FileCache/PUBPDF/FXAC08115CSC/FXAC08115CSC_002.pdf

- LISSEL, E. (2006): Economic sanctions within the European Union towards non-Member States. Lunds Universitet, Department of Business Law. Dostupné z: <http://biblioteket.ehl.lu.se/olle/papers/0001986.pdf> [15.7.2008]
- MARŠÁLKOVÁ, Z. – MARTINICOVÁ, E. – NOVOHRADSKÁ, D. (2008): Jaké změny přináší smlouva o Ústavě pro Evropu? Rozbor Smlouvy o Ústavě pro Evropu s přihlédnutím k její kvalifikaci z hlediska ústavního pořádku ČR a možnostem vyslovení souhlasu s její ratifikací. MZV ČR, Odbor komunitárního práva, Praha
- Monitoring and evaluation of restrictive measures (sanctions) in the framework of CFSP – Establishment of a „Sanctions“ formation of the Foreign Relations Counsellors Working party (RELEX/Sanctions) 2004. Council doc. 5603/04
- Neustupná, L. – Pauknerová, M. – Skála, J. – Zachariáš, J. – Zemánek, J. (1992): Evropské společenství. Praha: Prospektum
- Restrictive Measures (Sanctions) in the framework of the CFSP. Dostupné z: www.abgs.fov.tr/tarama/tarama_files/31/SC31EXP_Restrictive%20measures.pdf [29.1.08]
- Restrictive Measures: EU Best Practices for the effective implementation of restrictive measures 2006. Council doc. 10533/06
- Sanctions or restrictive measures in force (measures adopted in the framework of the CFSP). Dostupné z: http://ec.europa.eu/external_relations/cfsp/sanctions/measures.htm [29.1.08]
- Sankce (společná zahraniční a bezpečnostní politika). Dostupné z: http://ec.europa.eu/external_relations/cfsp/sanctions/index_cs_2006.pdf [29.1.08]
- Seidl-Hohenveldern, I. (1999): Mezinárodní právo veřejné. Praha: Codex Bohemia
- Smlouva o ústavě pro Evropu. Dostupné z: <http://glosy.info/texty/evropska-ustava-kompletni-zneni/#3-3-1-4> [16.7.08]
- WEISS T. G. (1999): Sanctions as a Foreign Policy Tool: Weighing Humanitarian Impulses. Journal of Peace Research, Vol. 36, No. 5, str. 499 - 509
- Wong, R. (2007): Foreign Policy. In: Graziano, P. – Vink, M. P., eds. 2007: Europeanization, New research agendas. Houndmills: Palgrave Macmillan, s. 321-336

*Dávid R., Neckář J., Sehnálek D., (Editors). COFOLA 2009: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4821-8*

Reviewer:
Alexandr Ort

Contact – email:
drulakr@vse.cz, kalova@vse.cz, zemanova@vse.cz

VÝLUČNÉ NABÝVACÍ PRÁVO ZÁSOBOVACÍ AGENTURY EURATOMU OHLEDNĚ SMLUV O DODÁVKÁCH RUD, SUROVIN, NEBO ZVLÁŠTNÍCH ŠTĚPNÝCH MATERIÁLŮ

JAKUB HANDRLICA

Karlova univerzita, Právnická fakulta, Česká republika

Abstract in original language:

Smlouva o založení Euratomu z r. 1957 přiznala Zásobovací agentuře Euratomu (ESA) výlučné právo ohledně uzavírání smluv nebo dohod, jejichž hlavním předmětem jsou dodávky rud, surovin nebo zvláštních štěpných materiálů, majících svůj původ vně Společenství. Uvedená konstrukce měla původně za cíl vytvořit monopol na dovoz těchto komodit v rámci Společenství. Během následujícího vývoje byla ovšem procedura uzavírání smluv zjednodušena prostřednictvím tzv. zjednodušeného řízení. Po rozpadu SSSR byla procedura dále modifikována tzv. Korfskou deklarací ohledně dodávek komodit ze zemí bývalého východního bloku. Režim dovozu těchto komodit je v současnosti předmětem další diskuze.

Key words in original language:

Evropské společenství pro atomovou energii (Euratom); Zásobovací agentura Euratomu (ESA); společná zásobovací politika Euratomu; výlučné nabývací právo ohledně smluv o dodávkách rud, surovin, nebo zvláštních štěpných materiálů; Korfská deklarace.

Abstract:

The Euratom Supply Agency (ESA) takes a very specific role in the Euratom Treaty, which the exclusive right to enter into supply contracts concerning ores, source materials or special fissile materials from outside the Community. Under the current rules, a simplified procedure for application of the Treaty rules is established. Special restrictions were established by the so called Corfu Declaration (CD), primarily for the purpose of preventing the inflow of very low priced material and enriched uranium into the Community (from the countries of the former Soviet Union in particular). Most currently, the European Parliament is calling the strengthening the role of ESA in the context of ensuring the energy security of the European Union.

Key words:

European Atomic Energy Community (Euratom); Euratom Supply Agency (ESA); Common Supply Policy; exclusive right to conclude contracts concerning ores, source materials and special fissile materials; Corfu Declaration.

1. ÚVOD

Zatím co právní řád Evropského společenství, resp. Evropské unie je české odborné veřejnosti několik let po vstupu České republiky do evropských integračních seskupení již dostatečně znám, zůstává právní řád druhého z evropských integračních společenství, tj. Evropského společenství pro atomovou energii [dále jenom: »Euratom« nebo »Společenství«] do značné míry mimo pozornost odborných právnických kruhů. Činnost a do značné míry i sama existence Euratomu byla během desetiletí následujících po podepsání Římských smluv (Smlouvy o založení Evropského společenství pro atomovou energii [dále jenom: »Smlouva« nebo »Smlouva o založení Euratomu«]) a Smlouvy o založení Evropského hospodářského

společenství z r. 1957) téměř zcela zastíněna aktivitou druhého z integračních společenství. **Během přípravy Římských smluv v první polovině padesátých let byly ovšem do projektu Euratomu vkládány poměrně velké naděje a právě budoucí Evropské společenství pro atomovou energii bylo v některých odborných kruzích považováno za perspektivní model budoucí evropské integrace.¹**

Předkládaný příspěvek si klade za cíl stručně nastínit jeden ze specifických institutů právního řádu Euratomu a to výlučné nabývací právo Zásobovací agentury Euratomu, které v rámci Společenství de facto konstituuje smluvní monopol ohledně dodávek rud, surovin nebo zvláštních štěpných materiálů, majících svůj původ na území třetích zemí, tj. vně Společenství. **Problematika je v zahraničí předmětem široké diskuze,²** v České republice jsou tyto otázky diskutovány spíše v rámci dotčeného průmyslu.³ Předkládaný článek tak může být chápán také jako příspěvek do diskuze ohledně právní úpravy vnějších hospodářských vztahů Evropské unie, resp. ohledně vnějších vztahů na poli energetiky a energetické bezpečnosti.

Struktura předkládaného příspěvku je následující:

- i. V části druhé budou identifikovány relevantní ustanovení Smlouvy o založení Euratomu, které se týkají výlučného nabývacího práva Zásobovací agentury Euratomu.
- ii. V části třetí budou tato ustanovení interpretována s ohledem na historické pozadí jejich vzniku a na vývoj atomového průmyslu po podepsání Smlouvy; zároveň bude věnována pozornost realizaci uvedených ustanovení, resp. modifikacím, ke kterým v desetiletích po podpisu Smlouvy došlo.
- iii. V části čtvrté budou učiněny závěry a upozorněno na možné konsekvence institutu výlučného nabývacího práva pro futuro.

2. IDENTIFIKACE STĚŽEJNÍCH USTANOVENÍ SMLOUVY O EURATOMU

Smlouvy o založení Euratomu obsahuje v kapitole šesté ustanovení, týkající se politiky zásobování ohledně rud, surovin nebo zvláštních štěpných materiálů. Vymezení těchto komodit je přitom předmětem čl. 197 Smlouvy, podle kterého se:

- Označením “zvláštní štěpný materiál” rozumí plutonium 239, uran 233, uran obohacený uranem 235 nebo 233; dále každý produkt obsahující jeden nebo více výše uvedených izotopů a jiné štěpné materiály, které určí Rada usnesením přijatým kvalifikovanou většinou na návrh Komise; označení “zvláštní štěpný materiál” se však nevztahuje na suroviny.

¹ Srov.: GUILLEN, P. In: SERRA, A. (Ed.): *Relance Européenne*, 1989, s. 514 – 524.

² Srov.: ALEHNO, I. In: AIDN/INLA: *Actes de Congres*, 2008, s. 1075 - 1084; BARNES, P. In: ETTY, P.; SOMSEN, H.: *The Yearbook of European Environmental Law*, 2008, s. 182 - 215; BOUQUET, A. In: *Nuclear Law Bulletin*, 2004, s. 7 – 24; STRASSBURG, W. In: *Jahrbuch der Atomwirtschaft* 1990, s. 33 – 40.

³ Srov. např. ŠURANSKÝ, F. In: *Bezpečnost jaderné energie* 2004, s. 73 – 77.

- Označením “uran obohacený uranem 235 nebo 233” se rozumí uran obsahující buď uran 235, nebo uran 233, či tyto dva izotopy v takovém množství, že poměr mezi součtem těchto dvou izotopů a izotopem 238 je vyšší než poměr mezi izotopem 235 a 238 vyskytující se v přírodě.

- Označením “suroviny” se rozumí uran obsahující směs izotopů, jež se nacházejí v přírodě, uran, u něhož obsah uranu 235 je nižší než normálně, thorium, veškeré výše uvedené materiály ve formě kovu, slitin, chemických sloučenin nebo koncentrátů, veškerý jiný materiál obsahující jednu nebo více výše uvedených hmot v takové koncentraci, jakou určí na návrh Komise Rada usnesením přijatým kvalifikovanou většinou.

-Označením “rudy” se rozumí veškerá ruda obsahující v průměrné koncentraci, již stanoví na návrh Komise Rada usnesením přijatým kvalifikovanou většinou, látky umožňující získat vhodným chemickým a fyzikálním zpracováním výše uvedené suroviny.

Smlouva o založení Euratomu zakotvila **následující omezení ohledně dovozu výše uvedených komodit (rud, surovin a zvláštních štěpných materiálů) ze třetích zemí,**⁴ tj. ze zemí mimo Evropské společenství pro atomovou energii:

2.1 SPOLEČNÁ ZÁSBOVACÍ POLITIKA A ZŘÍZENÍ ZÁSBOVACÍ AGENTURY EURATOMU

Čl. 52 Smlouvy o založení Euratomu zakotvuje **následující ustanovení ohledně společné zásobovací politiky Euratomu a ohledně zřízení Zásobovací agentury Euratomu:**

Zásobování rudami, surovinami a zvláštními štěpnými materiály se v souladu s ustanoveními této kapitoly zajišťuje podle zásady rovného přístupu ke zdrojům prostřednictvím společné zásobovací politiky.

K tomuto cíli a za podmínek stanovených v této kapitole:

a .je zakázána veškerá činnost směřující k zajištění výsadního postavení některých uživatelů;

b. zřizuje se Agentura, jež má právo opce na rudy, suroviny a zvláštní štěpné materiály vyrobené na území členských států, jakož i výlučné právo uzavírat smlouvy o dodávce rud, surovin nebo zvláštních štěpných materiálů pocházejících ze zemí uvnitř nebo mimo Společenství.

Agentura nesmí mezi uživateli provádět diskriminaci založenou na způsobu, jímž tito uživatelé hodlají žádaných dodávek použít, kromě případu, že toto použití je protiprávní nebo je v rozporu s podmínkami, jež pro příslušnou dodávku stanovili dodavatelé mimo Společenství.

⁴ Mezi nejvýznamnější exportéry uvedených komodit patří: Kanada, Austrálie, Kazachstán, Niger, Ruská federace, Namíbie, Uzbekistán, USA, Ukrajina, Jihoafrická republika, Čína, Brazílie, Indie a Pakistán.

2.2 VÝLUČNÉ NABÝVACÍ PRÁVO ZÁSOBOVACÍ AGENTURY EURATOMU

Čl. 64 Smlouvy o založení konstituuje oprávnění Zásobovací agentury Euratomu ohledně kontraktů⁵ na dovoz rud, surovin a zvláštních štěpných materiálů ve smyslu výše uvedeného čl. 197 Smlouvy, jež označuje jako výlučné právo, resp. výlučné nabývací právo:

Není-li v této smlouvě stanoveno jinak, má Agentura výlučné právo uzavírat smlouvy nebo dohody, jejichž hlavním smyslem jsou dodávky rud, surovin nebo zvláštních štěpných materiálů, majících svůj původ vně Společenství; přitom případně postupuje v rámci dohody, uzavřené mezi Společenstvím a třetím státem nebo mezinárodní organizací.

2.3 PRÁVNÍ ÚPRAVA VZTAHŮ MEZI ZÁSOBOVACÍ AGENTUROU EURATOMU A SPOTŘEBITELI VNĚ SPOLEČENSTVÍ

V návaznosti na ustanovení o smluvním monopolu Zásobovací agentury Euratomu ohledně dodávek výše uvedených surovin ze třetích zemí jsou v čl. 65 upraveny i vztahy mezi Zásobovací agenturou Euratomu a spotřebiteli vně Společenství a to následovně:

Na poptávku spotřebitelů a smlouvy mezi spotřebiteli a Agenturou se použije článek 60, jedná-li se o dodávky rud, surovin nebo zvláštních štěpných látek, majících svůj původ vně Společenství. Agentura však může stanovit místo původu těchto látek, umožňuje-li, aby se spotřebiteli dostalo přinejmenším stejně příznivých dodacích podmínek, jaké udal v objednávce

Čl. 65 Smlouvy tedy ohledně vztahů spotřebitelů a Zásobovací agentury Euratomu odkazuje na úpravu čl. 60 Smlouvy, který stanovuje pravidla ohledně pohybu rud, surovin a zvláštních štěpných materiálů od producentů vně Společenství směrem ke spotřebitelům vně Společenství. Tato pravidla jsou následující:

Spotřebitelé pravidelně sdělují Agentuře své požadavky; udávají přitom množství, fyzikální a chemické vlastnosti, místo původu, použití, jednotlivé termíny dodávek a údaje o ceně; to vše je třeba chápat jako ustanovení a podmínky smluv, které si o dodávkách přejí uzavřít.

Stejně tak oznamují producenti Agentuře možné nabídky; sdělují přitom veškeré jednotlivosti, zejména dobu, na kterou by se měly uzavřít smlouvy, jich. by bylo zapotřebí k sestavení jejich výrobních programů. Smlouvy nelze uzavírat na déle než deset let, leda se souhlasem Komise.

Agentura nabídky a objem jí došlé poptávky sdělí spotřebitelům a vyzve je, aby ve stanovené lhůtě podali objednávky.

Jakmile má Agentura všechny objednávky v rukou, sdělí podmínky, za nichž je může uspokojit.

Nemůže-li Agentura v plné míře uspokojit všechny došlé objednávky, rozdělí látky s výhradou článků 68 a 69 na jednotlivé objednávky poměrně.

⁵ Co se týče vymezení pojmu „kontrakty“, rozumí se pod nimi zejména smlouvy kupní (prodej – nákup), dále výměna a zapůjčení komodit. Předmětem diskuzí je aplikace i na kontrakty, jejichž předmětem je obohacování a další zpracování (za účelem dalšího exportu ze Společenství). Srov.: BOUQUET, A. In: *Nuclear Law Bulletin*, 2004, s. 7 – 24.

Prováděcí předpis Agentury, k němuž je zapotřebí souhlasu Komise, upravuje v jednotlivostech vzájemný vztah nabídky a poptávky při jejich uspokojování.

Čl. 66 Smlouvy o založení Euratomu dále pod marginální rubrikou „práva spotřebitele“ otevírá také **možnost přímého smluvního ujednání spotřebitelů vně Společenství s producenty z třetích zemí** a to za následujících podmínek:

Sdělí-li Komise v odpověď na objednávku zúčastněného spotřebitele, že Agentura není s to v přiměřené lhůtě objednané látky zcela nebo zčásti dodat nebo že je s to je dodat jedině za ceny zneužívající, mohou spotřebitelé uzavírat smlouvy o dodávkách majících původ vně Společenství přímo, odpovídají-li tyto smlouvy v podstatě potřebě, kterou udali ve své objednávce.

Toto právo se udílí na jeden rok; může být prodlouženo, trvá-li situace, která byla důvodem jeho udělení.

Spotřebitelé, kteří tohoto práva využijí, nahlásí Komisi smlouvy, které mají v úmyslu uzavřít. Komise může ve lhůtě jednoho měsíce vznést proti uzavření těchto smluv námitku, odporují-li cílům této smlouvy.

2.4 PRÁVNÍ ÚPRAVA CEN

Co se týče cen za komodity, které jsou předmětem výlučného práva Zásobovací agentury Euratomu, obsahují čl. 67 – 69 Smlouvy o založení Euratomu následující ustanovení:

Nepředpokládá-li tato smlouva výjimky, stanoví se ceny porovnáním nabídky a poptávky podle článku 60; vnitrostátní právní předpisy členských států, které by tomu odporovaly, jsou nepřípustné.

Zakázány jsou cenové postupy, jejich cílem je zjednat jednotlivým spotřebitelům výhody obcházením zásady rovného přístupu, vyplývající z této kapitoly.

Jestliže Agentura takové postupy zjistí, oznámí to Komisi.

Jestliže Komise zjistí, že oznámení je důvodné, může u sporných nabídek nově stanovit ceny tak, aby odpovídaly zásadě rovného přístupu.

Rada může na návrh Komise jednomyslným usnesením stanovit ceny.

Agentura může, stanoví-li na základě článku 60 podmínky vyřizování objednávek, navrhnout spotřebitelům, kteří předložili objednávky, cenové vyrovnání.

3. INTERPRETACE A REALIZACE USTANOVENÍ OHLEDNĚ VÝLUČNÉHO NABÝVACÍHO PRÁVA ZÁSOBOVACÍ AGENTURY EURATOMU

Výše uvedená ustanovení Smlouvy o založení Euratomu je nutno interpretovat s ohledem na historické konsekvence, v rámci kterých k jejich zakotvení došlo. V zahraniční literatuře je poukazováno na skutečnost, že ustanovení ohledně politiky zásobování byly původně navrženy jako **provizorní** s tím, že jejich cílem bylo umožnit rychlý rozvoj mírového využití

jaderné energie v členských státech Euratomu.⁶ Provizorní charakter těchto ustanovení potvrzuje také dikce čl. 76 Smlouvy, která je následující:

Ustanovení této kapitoly mohou být - zejména vyvolají-li nepředvídané události stav celkového nedostatku - na návrh Komise a po konzultaci s Evropským parlamentem jednomyslným usnesením Rady změněna; podnět k tomu může vzejít od členského státu nebo Komise. Každý podnět členského státu Komise přezkoumá.

Po uplynutí sedmi let ode dne 1. ledna 1958 může Rada tato ustanovení jako celek potvrdit. Nepotvrdí-li je, budou o předmětu této kapitoly vydány postupem podle předchozího pododstavce nové předpisy.

Z existence uvedeného ustanovení je možné dovozovat, že autoři Smlouvy o založení Euratomu sami pokládali ustanovení kapitoly šesté za ustanovení dočasného (provizorního) charakteru s tím, že tato ustanovení budou následně s ohledem na skutečný rozvoj atomového průmyslu v jednotlivých členských státech Euratomu zrušeny, anebo modifikovány.⁷ Uvedené ustanovení čl. 76 Smlouvy ovšem dodnes nebylo aplikováno.⁸ Naopak: **k modifikaci ustanovení části šesté došlo následně prostřednictvím sekundární legislativy Euratomu zavedením tzv. zjednodušeného kontraktačního řízení.**

3.1 HISTORICKÉ KONSEKVENCE USTANOVENÍ OHLEDNĚ VÝLUČNÉHO NABÝVACÍHO PRÁVA

Myšlenka užší kooperace západoevropských států v oblasti jaderného výzkumu a rozvoje jaderné energetiky byla **ovlivněna hned několika externími faktory**: státním monopolem na zásobování jaderné energetiky ve Spojených státech amerických, embargem na informace, týkající se amerického jaderného výzkumu a pokračující iniciativou SSSR v této oblasti. Promotorem potřeby budoucí západoevropské kooperace na tomto poli byl kromě řady jiných i generální ředitel francouzského regulačního úřadu, *Commissariat de l' énergie atomique*, Raoul Dautry, který argumentoval skutečností, že jaderné zařízení jednotlivých států nemohou využívat svoji plnou kapacitu. To může být vyřešeno jenom vzájemnou kooperací jednotlivých států.⁹

Ustanovení Smlouvy o Euratomu, upravující politiku zásobování jsou **výsledkem delikátního kompromisu mezi systémem státního intervencionismu a pravidly otevřené hospodářské soutěže**. Projevem intervencionismu je smluvní monopol, který byl přiznán orgánu Euratomu

⁶ Srov.: TRUE, CH. In: *International Nuclear Law Journal*, 2006, s. 250 – 250.

⁷ Srov.: PRIETO SERANO, N. In: *International Nuclear Law Journal*, 2006, s. 14 – 15.

⁸ Po uplynutí lhůty, jež byla Smlouvou vymezena, ke „potvrzení“ uvedených ustanovení – zejména z důvodu absence konsensu mezi Komisí, Francií a ostatními členskými státy – nedošlo. Situace byla interpretována tak, že ustanovení zůstávají i nadále v platnosti. Srov.: MANIG, W. *Die Änderung der Versorgungs- und Sicherheitsvorschriften*, 1994, s. 123. Pokusy o změnu ustanovení Smlouvy prostřednictvím realizace čl. 76 se pak datují od 60. let. V průběhu 90. let byl učiněn pokus z iniciativy Irska (s podporou Lucemburska, Rakouska a Švédska), který byl ovšem v r. 1997 paralyzován. Srov.: PRIETO SERANO, N. In: *International Nuclear Law Journal*, 2006, s. 15 a poznámky navazující.

⁹ Srov.: GOLDSCHMIDT, B. *Le complexe atomique*, 1980, s. 310 – 323.

za účelem uzavírání kontraktů na dodávku surovin ze zahraničí, kontraktační povinnost, uložená producentům na území členských států a výlučné vlastnické právo Euratomu k vybraným nerostům. Tato koncepce byla během přípravy Smlouvy o Euratomu podporována zejména Francií, zatímco zbylých pět signatářských států ji přijalo jako jisté *quid pro quo* za francouzskou podporu Smlouvě o založení Evropského hospodářského společenství.¹⁰ Uvedená podpora ovšem nebyla ani ve francouzských kruzích jednohlasná a představitelé francouzského *Commisariat de l'énergie atomique* vyjadřovali již v průběhu jednání o Smlouvě své obavy z vytvoření supra-nacionálního modelu řízení jaderného průmyslu. Koncepce kontraktačního monopolu, kterým Zásobovací agentura Euratomu disponuje, byla ovlivněna především právní úpravou ve Spojených státech amerických. Delegation Spojených států totiž během jednání o Smlouvě předložila zástupcům signatářských států memorandum, ve kterém jako podmínku budoucího zásobování Společenství obohaceným uranem stanovila zakotvení centralizovaného systému zásobování surovinami. **Intervence Spojených států amerických přiměla „evropskou šestku“ přiklonit se k projektu Euratomu** a odmítnout tak mnohem liberálnější koncepci trhu s jadernými materiály, kterou paralelně vypracovala Organizace pro evropskou ekonomickou spolupráci (OEEC).¹¹ Zatímco projekt OEEC Directorate for Atomic Energy počítal s tím, že jednotlivé členské státy budou moci sami regulovat dovoz a vývoz surovin potřebných pro průmysl jaderné energetiky, koncepce Euratomu zahrnovala vytvoření specializovaného orgánu, který bude disponovat monopolem v oblasti zásobování surovinami. Zahraniční hospodářská politika Spojených států preferovala druhý z uvedených modelů a přikláněla se spíše k variantě obchodu s „evropskou šestkou“ jako celkem. V únoru 1956 Spojené státy oznámily, že v blízké budoucnosti nabídnou partnerům v zahraničí 20. 000 kg obohaceného uranu. Podmínkou smluvního partnerství s budoucí formou evropského společenství pro oblast jaderné energetiky bylo zakotvení výlučného vlastnictví tohoto seskupení států k surovinám, nezbytným pro průmyslové využití jaderné energie a režimu jejich ochrany před zneužitím (safeguards). Skutečností je, že krátce po účinnosti Smlouvy o založení Euratomu byly podepsány bilaterální smlouvy o spolupráci se Spojenými státy. Tyto bilaterální smlouvy Euratomu a Spojených států byly považovány za mezinárodní aprobaci Euratomu ze strany Spojených států.

Recentní právní úprava části šesté Smlouvy o založení Euratomu tak zůstává do značné míry inspirována koncepcí United States Atomic Energy Act 1954, který byl ovšem v mezidobí již ve Spojených státech samotných nahrazen odchylnou právní úpravou. Vedle uvedených aspektů se ovšem v konstrukci Euratomu objevují i prvky, charakteristické pro trh volné hospodářské soutěže: ceny surovin jsou určovány na základě dopitu a nabídky, podnikatelé mají možnost neomezeného užívání s nabytými surovinami a podle novější právní úpravy i samostatně sjednávat kontrakty se smluvními partnery (se souhlasem Komise) atd. Jedná se tedy o smíšený systém *sui generis*.¹²

¹⁰ Srov.: GUILLEN, P. In: SERRA, A. (Ed.): *Relance Européenne*, 1989, s. 514 – 524.

¹¹ Srov.: DELAHOUSSE, J. In: GUIFFRÉ, A. (Ed.): *Il diritto della energia nucleare*, 1961, s. 215 – 236.

¹² Srov.: CUSACK, T. In: *Common Market Law Review*, 2004, s. 117 – 143.

3.2 REALIZACE VÝLUČNÉHO NABÝVACÍHO PRÁVA DLE SMLOUVY O ZALOŽENÍ EURATOMU

Co se týče realizace výlučného nabývacího práva Zásobovací agenturou tak, jak je to ve smlouvě přepokládané, právní rámec realizace by měl vypadat zhruba následovně:

(1) V případě, že Zásobovací agentura Euratomu uzavírá kontrakty, **jejichž předmětem je nákup** rud, surovin, anebo zvláštních štěpných materiálů:

- V souladu s čl. 64 Smlouvy je Zásobovací agentura jediným subjektem, který je právem Euratomu zmocněn k uzavírání smluv na nákup výše uvedených komodit ze třetích zemí; v tomto oprávnění je zahrnuto také právo vymezit kvalitu, kvantitu, způsob dopravy a termíny dodání,
- Zásobovací agentura Euratomu nemůže vstupovat do takových smluvních ujednání, které by porušovaly předpisy mezinárodního práva veřejného,¹³
- Čl. 66 Smlouvy otevírá možnost přímého kontraktování spotřebitelů vně Společenství s producenty z třetích zemí a to za předpokladu, že Agentura sdělí, že není s to v přiměřené lhůtě objednané látky dodat; spotřebitelé, kteří práva přímého kontraktování využijí, mají na základě čl. 66 alinea 3 Smlouvy za povinnost nahlásit tyto smlouvy Komise, která může ve lhůtě jednoho měsíce vznést proti jejich uzavření námitky. Toto ustanovení **se stalo základem pro dnešní, tzv. zjednodušenou proceduru**, v rámci které jsou spotřebitelé oprávněny uzavírat kontrakty přímo s producenty s nutností následného potvrzení Zásobovací agenturou,¹⁴
- Čl. 74 Smlouvy dále obsahuje výjimky, které se vztahují na kontrakty, jejichž předmětem je příprava, přeměna nebo úprava rud, surovin a zvláštních štěpných materiálů a to v případě existence závazků mezi podniky, mezi podnikem a mezinárodní organizací, resp. mezi podnikem a osobou z třetího státu.

(2) V případě, že Zásobovací agentura uzavírá kontrakty, jejichž předmětem je prodej rud, surovin anebo zvláštních štěpných materiálů:

- Může tyto komodity v souladu s čl. 60 Smlouvy spotřebitelům vně Společenství,
- Může je v souladu s čl. 62 odst. 1 písm. c) Smlouvy exportovat do třetí země, tj. mimo Společenství.

¹³ Srov.: MANIG, W. *Die Änderung der Versorgungs- und Sicherheitsvorschriften*, 1994, s. 50.

¹⁴ Srov.: BOUQUET, A. In: *Nuclear Law Bulletin*, 2004, s. 7 – 24

3.3 MODIFIKACE VÝLUČNÉHO NABÝVACÍHO PRÁVA PROSTŘEDNICTVÍM TZV. ZJEDNODUŠENÉ PROCEDURY

Jak bylo nastíněno výše, čl. 66 alinea 3 Smlouvy **otevívá možnost přímého smluvního ujednání spotřebitelů s producenty ve třetích zemích** s tím, že smluvní ujednání budou *ex ante* potvrzena Zásobovací agenturou Euratomu. Čl. 60 alinea 6 Smlouvy přitom stanovuje, že:

„Prováděcí předpis Agentury, k němuž je zapotřebí souhlasu Komise, upravuje v jednotlivostech vzájemný vztah nabídky a poptávky při jejich uspokojování.“

První z těchto předpisů byl přijat v r. 1960,¹⁵ k jeho změně došlo v r. 1975.¹⁶ Novela z r. 1975 zavedla tzv. zjednodušené kontrakční řízení, v rámci kterého:¹⁷

- Spotřebitelé vně Společenství **mohou vstupovat do smluvních jednání přímo s producenty ve třetích zemích a uzavírat s nimi smlouvy** o nákupu komodit, které jsou dle čl. 64 Smlouvy předmětem výlučného nabývacího práva Zásobovací agentury Euratomu,
- Po uzavření smluv jsou spotřebitelé povinni do 10 dnů ode dne podpisu smlouvy předložit listiny k validaci Zásobovací agentuře Euratomu, která má rozhodnutí učinit do 10 dnů ode dne obdržení těchto smluv,
- V případě, že tak smluvní strany neučiní, jsou tyto smlouvy *ex ante* neplatné a jejich neplatnost může deklarovat národní soud,
- Co se týče diskrece Zásobovací agentury při validaci, resp. odmítnutí validace smluv, hraje zejména ve vztahu k importu ze zemí bývalého sovietského bloku klíčovou roli tzv. **Korfská deklarace**, kterou přijala společně Rada a Evropská komise v r. 1994 za účelem „zamezit přílivu levného obohaceného uranu“ ze zemí bývalého SSSR: dle tzv. Korfské politiky se má dovoz z těchto zemí do Společenství pohybovat v rozmezí 20 procent; tato politika je samozřejmě předmětem ostré kritiky zejména ze strany Ruské federace, která namítá omezený přístup na evropské trhy, ale také ze strany Světové obchodní organizace (WTO),¹⁸

¹⁵ Rules of the Supply Agency of the European Atomic Energy Community determining the manner in which demand is to be balanced against the supply of ores, supply materials and special fissile materials, OJ 32, 11. 5. 1960, pp. 777/60.

¹⁶ OJ L 193, 25. 7. 1975, p. 37.

¹⁷ Srov.: ALEHNO, I. In: AIDN/INLA: Actes de Congres, 2008, s. 1075 – 1084.

¹⁸ Srov. dále: LENNARTZ, R.; BOUQUET, A. In: Energy in Europe, 1995, s. 21 – 31.

- Dle čl. 53 alinea 2 mohou smluvní strany **jakýkoliv akt, učiněný Zásobovací agenturou výslovně, anebo mlčky při výkonu jejího výlučného práva, předložit Komisi**, která ve věci rozhodne ve lhůtě jednoho měsíce.

4. SHRNUTÍ

Výše uvedenou problematiku je možné stručně shrnout do následujících bodů:

- **Stávající znění kapitoly šesté Smlouvy o založení Euratomu je poplatné době svého vzniku, ve které ještě nebylo zcela jasné, jak bude skutečný vývoj trhu s jadernými materiály probíhat. Kvůli absenci konsensu o změně těchto ustanovení zůstávají pravidla politiky zásobování z r. 1957 dodnes v platnosti (co je konstatování, které platí pro celou hlavu II. Smlouvy o založení Euratomu);**
- **Zásobovací agentura Euratomu byla původně koncipována jako orgán, disponující smluvním monopolem na dodávky rud, surovin a zvláštních štěpných materiálů ze třetích zemí, která měla tyto materiály dále přerozdělovat mezi spotřebitele na území Společenství dle jejich poptávky a za komerční ceny;**
- **V průběhu následujícího vývoje došlo k modifikaci pravidel kontraktingu s tím, že spotřebitelům na území Společenství je v rámci tzv. zjednodušeného řízení dovoleno vstupovat do smluvních ujednání přímo s producenty ve třetích zemích a uzavírat s nimi smlouvy, které ovšem vstoupí v platnost teprve validací ze strany Zásobovací agentury Euratomu;**
- **Zásobovací agentura Euratomu uplatňuje při validaci těchto smluv o dodávkách politiku diverzifikace, cílem které je zamezit závislosti spotřebitelů na jednom zdroji dodávek: relevantní jsou zde zejména zásady tzv. Korfské deklarace, která se týká dodávek ze zemí bývalého SSSR (zejména: Ruská federace, Kazachstán, Uzbekistán);**
- **Evropský parlament vyzval ve své zprávě k 50. výročí založení Euratomu k posílení role Zásobovací agentury v rámci garance energetické bezpečnosti a diverzifikace zdrojů surovin potřebných pro chod jaderné energetiky: je tedy otázkou dalšího vývoje sekundárního práva Euratomu, do jaké míry bude i nadále spotřebitelům ponechána relativní volnost ohledně uzavírání smluv s producenty ze třetích zemí a do jaké míry bude obnovena původní koncepce smluvního monopolu Zásobovací agentury.**

Literature:

- Alehno, I.: The Euratom Supply Agency: Past, Present and Future. In: AIDN/INLA: Nuclear Inter Jura 2007: Proceedings/Actes du Congrès, Bruxelles: Bruylant, 2008, s. 1075 – 1084.
- Barnes, P.: The Resurrection of the Euratom Treaty: Contributing to the Legal and Constitutional Framework for Secure, Competitive, and Sustainable Energy in the

- European Union. In: ETTY, T.; SOMSEN, H. (Eds.): *The Yearbook of European Environmental Law*, Roč. 8, Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 182 – 215.
- Bouquet, A.: How current are Euratom provisions on nuclear supply and ownership in the view of the European Union's enlargement? *Nuclear Law Bulletin*, 2001, č. 68, s. 7 – 38.
 - Cusack, T., F.: A Tale of two Treaties: an assessment of the Euratom Treaty in relation to the EC Treaty. *Common Market Law Review*, Roč. 40, 2003, s. 117 – 141.
 - Delahousse, J.: *La Communauté Européenne de l' Energie Atomique (Euratom)*. In: Guiffre, A. (Ed.): *Il diritto della energia nucleare*, Milano, 1961, s. 215 – 236.
 - Goldschmidt, B.: *Le complexe atomique, Histoire politique de l'energie nucleaire*, Paris: Fayard 1980.
 - Grunwald, J.: *Neuere Entwicklungen der Euratom – Rechts. Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, Roč. 1, 1998, s. 276 – 281.
 - Grunwald, J.: *Euratom Treaty history and the way forward*. In: *AIDN/INLA: Nuclear Inter Jura 2007: Proceedings/Actes du Congrès*, Bruxelles: Bruylant, 2008, s. 1085 – 1098.
 - Guillen, P.: *Le France et la négociation des traités de Rome: l' Euratom*. In: Serra, E. (Ed.): *Relance Européenne et les traités de Rome*, Brussels: Bruylant, 1989, s. 514 – 524.
 - Lennartz, R.; Bouquet, A.: *The Legal Framework of the European Atomic Energy Community's Common Supply Policy in Nuclear Materials in the Light of the ENU and KLE Cases*. *Energy in Europe*, Roč. 27, 1995, s. 21 – 31.
 - Manig, W.: *Die Änderung der Versorgungs- und Sicherheitsvorschriften des Euratom – Vertrages durch die nachfolgende Praxi*, Baden – Baden: Nomos Verlag, 1993.
 - Pestre, D.: *The first suggestions 1949-June 1950*, in Hermann, A., Krige, J., Mersits, U., Pestre, D.: *History of CERN, Vol. I, Launching the European Organization for Nuclear Research*, North-Holland, Amsterdam 1987, s. 63 – 73.
 - Prieto Serano, N.: *Wakening the serpent: reflexions on the possible modification of the Euratom*. *International Journal of Nuclear Law*, Roč. 1, 2006, č. 1, s. 11 – 18.
 - Strassburg, W.: *Nukleare Entsorgung – zunehmend eine europäische Aufgabe*. In: Müller, W.; Hossner, R. (Eds.): *Jahrbuch der Atomwirtschaft 1990*, Düsseldorf: Handelsblatt, 1990, s. 33 – 40.

- Šuranský, F.: Zásobovací agentura Euratomu: ČR se stane jejím členem. Bezpečnost jaderné energie, Roč. 12 (50), 2004, č. 3/4, s. 73 – 77.
- True, Ch.: The Euratom Community Treaty's prospects at the start of new millennium. International Journal of Nuclear Law, Roč. 1, 2006, č. 3, s. 247 – 260.
- Weilemann, P.: Die Deutsche Haltung während der Euratom – Verhandlungen. In: Serra, E. (Ed.): Relance Européenne et les traités de Rome, Brussels: Bruylant, 1989, s. 531 – 545.

Reviewer:

Zdeněk Hubáček

Contact – email:

jakub.handrlica@prf.cuni.cz

WTO, LEGAL FRAMEWORK FOR FOREIGN INVESTMENTS AND CHINA

VERONIKA HRADILOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita v Brně, Česká republika/Xiamen University,
Xiamen, Fujian, Čínská lidová republika

Abstract in original language:

Tento příspěvek se zabývá nastíněním právního prostředí v Čínské lidové republice z pohledu zahraničních investic. Čína se stala členem WTO v roce 2001 a má povinnost dodržovat závazky vyplývající z členství. V právní rovině to vyústilo ke změně právní úpravy v celé řadě zákonů upravujících zejména oblast obchodu, daní a ochrany duševního vlastnictví. První část příspěvku se zaměřuje na právní úpravu dopadající na regulaci zahraničních investic. Následující dvě části se stručně zmiňují o oblastech, které jsou pro zahraniční investory navýsost aktuální: daňové právo a ochrana práv duševního vlastnictví.

Key words in original language:

Zahraniční investice; joint ventures; daňové právo; ochrana práv duševního vlastnictví

Abstract:

This contribution deals with the legal environment for foreign investments in the People's Republic of China. China became the member of the WTO in 2001 and as a member is required to perform duties and obligations. In the field of legal framework, it has resulted in new enacted laws or amendments to laws on trade, taxes and intellectual property rights. The first part of this article is focused on legal framework for foreign direct investments. The following two parts deal briefly with issues which are relevant for foreign investors: the tax law and the protection of intellectual property rights.

Key words:

Foreign investments; joint ventures; tax law; protection of intellectual property rights.

INTRODUCTION

The level of foreign direct investments in the People's Republic of China has risen dramatically in 1980's as a result of the „open door“ policy. China has become the main destination for foreign investors willing to invest into various sectors, including investors from European Union countries.¹ However, the appropriate legal provisions had to be enacted

¹ The main investors from EU countries in order to the value of realized investments are the United Kingdom, Germany and France. These 3 countries are considered as „Top 15 Investors in China“. According to the statistics data of 2007, the United Kingdom: 5834 realized projects in value of 14,781 billion USD; Germany: 5886 projects in value of 14,176 billion USD; France: 3 539 projects in value of 8,271 billion USD (see http://www.fdi.gov.cn/pub/FDI_EN/Statistics/AnnualStatisticsData/AnnualFDIData/FDIStatistics,2007/t200904_17_104763.htm). In 2007, the foreign direct investment from European Union has been realized in 2384 projects of total value of 3,83838 billion USD (see http://www.fdi.gov.cn/pub/FDI_EN/Statistics/AnnualStatisticsData/AnnualFDIData/FDIStatistics,2007/t200904_17_104784.htm). Further information and statistics available at http://www.fdi.gov.cn/pub/FDI_EN/default.htm.

in order to attract foreign investors seeking for supportive laws and favorable conditions for doing business in China, and to ensure their interests and rights.

China became the 143rd member of the WTO on December 11, 2001. China as a member is required to perform duties and obligations, which include especially important regime of *national treatment*. The domestic and imported goods are treated the same without the mean of discrimination; the same is applicable to foreign investors and foreign companies in China etc.

In the field of legal framework, China's accession to the WTO has resulted in new enacted laws or amendments to economic laws, laws on intellectual property rights and tax laws.

This contribution deals with the basic overview of legal environment for foreign investments in China. It focuses on the laws on foreign investments, the forms of foreign investments such as joint ventures and foreign wholly owned enterprise. Furthermore, I am briefly dealing with two concerned issues – the tax law and the protection of intellectual property rights.

1. LAWS ON FOREIGN INVESTMENTS

The foreign investments in China enjoy protection according to the legal provisions of China's laws. On constitutional level, Article 18 of China's Constitutional Law states that *„The People's Republic of China permits foreign enterprises, other foreign economic organizations and individual foreigners to invest in China and to enter into various forms of economic co-operation with Chinese enterprises and other economic organizations in accordance with the law of the People's Republic of China. All foreign enterprises and other foreign economic organizations in China, as well as joint ventures with Chinese and foreign investment located in China, shall abide by the law of the People's Republic of China. Their lawful rights and interests are protected by the law of the People's Republic of China.“*

The specific provision calling for foreign investments' protection is incorporated into Article 2 of the Law of the People's Republic of China on Chinese Foreign Equity Joint Ventures: *„The Chinese Government protects, in accordance with the law, the investment of foreign joint ventures, the profits due to them and their other lawful rights and interest in a joint venture, pursuant to the agreement, contract and articles of association approved by the Chinese Government. Joint ventures shall follow the provisions of the laws and regulations of the People's Republic of China in all their activities.“*

A Chinese foreign venture is an enterprise which is established in China according to the laws of China and in which foreign investors share in part or in whole rights of controlling the enterprise, depending on the proportion of the capital invested in the venture. It has the following legal characteristics:²

- It is established in China, according to the laws of China.
- Part or all of the capital is invested by foreigners.

² Zhao, X.: The Ventures Laws and the Corporations Law in China – Comparisons, Conflicts and Suggestions for Reform. 4 Canberra L. Rev. 81 1997-1998, pp. 82.

- Foreigners enjoy part or in whole the power to control the venture.

The National People's Congress adopted in July 1979 the first law dealing with the foreign investments in China – the Law of the People's Republic of China on Chinese Foreign Equity Joint Ventures. Later, in 1986 the Law of the People's Republic of China on Foreign Wholly Owned Enterprises and in 1988 the Law of the People's Republic of China on Chinese Foreign Contractual Joint Ventures were promulgated. At that time, there was no other form of enterprise legislation in China.

In context, the contracts such as Chinese foreign equity joint ventures and Chinese foreign contractual joint ventures performed in China are not eligible for choice of law made by the parties. The mandatory rules must be applied. Therefore, under Article 126 (2) of the Contract Law³, the Chinese laws exclusively apply to the contracts performed in China. The application of Chinese laws is required and no foreign law may touch any part of the contractual obligations. Otherwise, the choice of law made by the parties will be invalid and unenforceable.

In 1993, China has promulgated the Company Law of the People's Republic of China. The foreigner investors may newly establish their investments in form of company limited by shares. Nowadays, there are many such companies in China.

For overview, in 1997, the new foreign investments in China were performed most often by foreign wholly owned enterprises with 45, 2 %, followed by foreign equity joint ventures with 43, 5 % and contractual joint ventures with 11, 3 %.⁴

1.1 THE LAW ON CHINESE FOREIGN EQUITY JOINT VENTURES

Article 4 of the Law on Chinese Foreign Equity Joint Ventures provides that equity joint ventures shall take the form of a limited liability company. The Regulations for the Implementation of the Law of the People's Republic of China on Chinese Foreign Equity Joint Ventures provides in Article 2 that an equity joint venture is a legal person in China and is subject to the jurisdiction of Chinese laws.

The foreign party must contribute at least 25 % of the registered capital of an equity joint venture.⁵ The equity joint venture is not allowed to reduce its registered capital⁶ and the

³ Article 126 of the Contract Law:

„The parties to a contract involving foreign interests may choose the law applicable to the settlement of their contract disputes, except as otherwise stipulated by law. If the parties to a contract involving foreign interests have not made a choice, the law of the country to which the contract is most closely connected shall be applied.

The contracts for Chinese-foreign equity joint ventures, for Chinese-foreign contractual joint ventures and for Chinese-foreign cooperative exploration and development of natural resources to be performed within the territory of the People's Republic of China shall apply the laws of the People's Republic of China.“

⁴ Mentioned in lecture „Chinese Foreign Investment Law“, given by Prof. Zeng Huaqun, Law School, Xiamen University, September 23, 2008. ZENG, H: Chinese Foreign Investment Laws: Recent Developments towards a Market Economy. World Scientific and Singapore University Press, 1999.

⁵ Article 4 of the Law of the People's Republic of China on Chinese Foreign Equity Joint Ventures.

parties share profits, risks and losses in proportion to their contributions to the registered capital.⁷

The process of establishing the equity joint venture involves the examination and approval of the Ministry of Foreign Trade and Economic Cooperation („MOFTEC“).⁸ To form an equity joint venture, the Chinese party must submit the necessary documents such as project proposal and preliminary feasibility study report, and these documents will be then transmit to the examination and approval to the MOFTEC. After examination and approval of the preliminary feasibility study report the parties undertake a final feasibility study and negotiate and execute the equity joint venture agreement and articles of association. Afterwards, the parties must submit an application for establishment, the equity joint venture agreement and articles of association, a list of candidates for the chairman, vice chairman and other members of the board of directors. They also must submit the official opinions from the department in charge of the Chinese party and the government of the People’s Republic of China at the provincial level where the equity joint venture is to be located.⁹ The time limit for decision to be made is three months.¹⁰

Within one month after receipt of the approval certificate, the applicants are required to carry out the procedures of registration at the administrative bureau of industry and commerce at the provincial level where the equity joint venture is to be located. The equity joint venture is formally established upon the issuance of a business license from the registration authority.¹¹

The law provides only some general provisions on the internal structure of the equity joint ventures.¹² The board of directors is the highest organ of an equity joint venture.¹³ The board of directors must consist of at least three members and the appointment is based on the parties’ investments in the joint venture.¹⁴ Since 1990 there is no limitation on appointment of the chairman and either Chinese or foreign parties may be appointed as the chairman.¹⁵

⁶ Ibid., Article 22.

⁷ Ibid., Article 23.

⁸ Ibid., Article 8.

⁹ Ibid., Article 9.

¹⁰ Ibid., Article 10.

¹¹ Ibid., Article 11.

¹² Yabo, L.: *New Forms and Organizational Structures of Foreign Investment in China Under the Company Law of the PRC.* 7 *Transnat’l Law.* 1994, pp. 335.

¹³ Article 33 of the Regulations for the Implementation of the Law of the People’s Republic of China on Chinese Foreign Equity Joint Ventures.

¹⁴ Ibid., Article 34.

¹⁵ Yabo, L.: *New Forms and Organizational Structures of Foreign Investment in China Under the Company Law of the PRC.* 7 *Transnat’l Law.* 1994, pp. 336. Article 6 of the Law of the People’s Republic of China on Chinese Foreign Equity Joint Ventures.

The Law on Equity Joint Ventures provides the limit for the duration of the joint venture. In 1986, the Implementation on Equity Joint Ventures Law was amended and allows the period of more than fifty years, instead of limitation to thirty years as provided in 1983.¹⁶

1.2 THE LAW ON CHINESE FOREIGN CONTRACTUAL JOINT VENTURES

Article 2 of the Law on Chinese Foreign Contractual Joint Ventures provides that a contractual joint venture is a Chinese legal person if it meets the requirements of the Civil Law. As a result, the contractual joint ventures in China may be divided into two categories: a contractual joint venture which is a legal person, and a contractual joint venture which is not legal person. In practice, the most of contractual joint ventures in China operate as a legal person exclusively in form of a limited liability company.¹⁷ The contractual joint venture which is not operating as a legal person is similar in legal form to the partnership organization pursuant to Article 52 of the General Principles of the Civil Law.¹⁸

Most provisions in the Contractual Joint Ventures Law are similar to those in Equity Joint Ventures Law. The difference is that a contractual joint venture is more flexible for foreign direct investments. A contractual joint venture may take a form of a separate legal entity or contractual „co-operative“ agreement between Chinese and foreign parties.¹⁹

There is no provision on minimum percentage of capital contribution provided by foreign investors. The investors enjoy the freedom to negotiate among themselves on allocation of profits, not in proportion to their capital contributions as in the case of the equity joint ventures.²⁰

At the end, we shall mention that the investors in short-term co-operative contracts with Chinese partners within China prefer this kind of joint venture, rather than the equity joint venture.²¹

1.3 THE LAW ON FOREIGN WHOLLY OWNED ENTERPRISES

The Law of the People's Republic of China on Foreign Wholly Owned Enterprises permits foreign investors to hold a 100 % ownership in their private enterprises.

What's according to the legal character of a foreign wholly owned enterprise („WFOE“), the provision is almost the same as that in the Law on Chinese Foreign Contractual Joint

¹⁶ Ibid., pp. 336-337.

¹⁷ Zhao, X.: The Ventures Laws and the Corporations Law in China – Comparisons, Conflicts and Suggestions for Reform. 4 Canberra L. Rev. 81 1997-1998, pp. 86.

¹⁸ Ibid., pp. 86-87.

¹⁹ Yabo, L.: New Forms and Organizational Structures of Foreign Investment in China Under the Company Law of the PRC. 7 Transnat'l Law. 1994, pp. 337.

²⁰ Article 2 of the Law of the People's Republic of China on Chinese Foreign Contractual Joint Ventures.

²¹ Yabo, L.: New Forms and Organizational Structures of Foreign Investment in China Under the Company Law of the PRC. 7 Transnat'l Law. 1994, pp. 337-338.

Ventures. It stipulates that an enterprise formed with foreign capital, which is also a legal person under Chinese Civil Law („GPCL“), shall acquire the status of a Chinese legal person.²²

The Implementation Law provides that the organizational form of a WFOE shall be limited liability company. The foreign investor is liable to the extent of his capital contribution.²³ There is no minimum registered capital requirement.²⁴ A WFOE is not allowed to reduce the registered capital during its period of operation.²⁵ Any increase or transfer of registered capital is subject to approval by the examination and approval authority and the procedure is carried out with an administrative bureau of industry and commerce.²⁶

The application procedure for approval and registration of a WFOE is similar to that of an equity joint venture. The MOFTEC has a full authority to grant permission, but in some cases it is granted to the government on provincial level or the government in a special economic zone („SEZ“).²⁷

The WFOE is not limited on the period of its operation, unlike in case of the equity joint ventures. The Implementation Law provides that the period of operation may be determined by the foreign investor in the application for establishment of a WFOE in accordance with the specific situations of different industries and enterprises, and must be approved by the authority.²⁸

We shall consider a fact that the WFOE is required to export most of its products and is only allowed to sell its products on Chinese market under the sale proportion permitted by the government.²⁹ It is remarkable that the price of products sold on Chinese market should not violate the Chinese regulations with respect to price control.³⁰

1.4 THE COMPANY LAW

Since the Company Law was enacted in 1993, the investments of foreign investors may take newly form of foreign-invested companies limited by shares. This area is regulated by the Interim Provisions on Several Questions for Establishing Foreign-Invested Companies

²² Article 8 of the Law on Foreign Wholly Owned Enterprises.

²³ Article 19 of Detailed Provisions for Implementation of the Wholly Foreign-Owned Enterprises Law.

²⁴ *Ibid.*, Article 21.

²⁵ *Ibid.*, Article 22.

²⁶ *Ibid.*, Article 23.

²⁷ *Ibid.*, Article 8.

²⁸ *Ibid.*, Article 73.

²⁹ *Ibid.*, Article 45.

³⁰ *Ibid.*, Article 48.

Limited by Shares („FICLS Provisions“) from 1995, and the Several Opinions on Foreign Investment in Listed Companies („FICLS Opinions“) from 2001.³¹

The Company Law has started a „new decade“ in foreign investments in China. It has also brought difficulties. Such problematic provision is provided in Article 218 of the Company Law: *„This Law shall be applicable to foreign-invested limited liability companies and joint stock limited companies. Where the laws on enterprises with foreign investment provide otherwise, such provisions shall apply.“*

The three foreign ventures in China – foreign equity joint ventures, foreign contractual joint ventures and foreign wholly owned enterprises – operated in China as independent legal system.³² As the Company Law was promulgated, China has faced an issue how to harmonize the ventures laws and the Company Law.³³ Until now it has not been clearly solved yet.

2. TAX LAW

The foreign investors are concerned with Chinese tax law. China’s accession to the WTO has resulted in new enacted laws or amendments to existing tax laws.³⁴

³¹ Zhu, Y.: Concise Chinese Law. Law Press, 2003, pp. 355, 363. Also mentioned in lecture „Chinese Foreign Investment Law“ given by Prof. Zeng Huaqun, Law School, Xiamen University, September 23, 2008.

³² Zhao, X.: The Ventures Laws and the Corporations Law in China – Comparisons, Conflicts and Suggestions for Reform. 4 Canberra L. Rev. 81 1997-1998, pp. 81.

³³ Ibid., pp. 81, 98.

³⁴ Chaowu, J.: Chinese Tax Law. Law Press, 2004, pp. 10.

If we compare the current tax system with the past system of taxes, we will find out that in 1980`s there were only 8 types of taxes in China and after the tax reform in 1994 the total number of taxes increased to 29 types of taxes. Today, there are 24 types of taxes which are included into 6 categories:

Turnover taxes. These taxes are levied on the sales revenue, operational revenues and the price or quantity of import and export goods in the process of production, circulation or service provision. The turnover taxes are the value added tax, the business tax, the consumption tax and the customs duties.

Income taxes. These taxes are levied on the income of individuals and entities. This category includes the individual income tax and the enterprise income tax.

Resource taxes. These taxes reflect the exploitation of various natural resources and the development of urban land. This category covers the resource tax and the urban land use tax.

Property taxes. These taxes are levied on the properties owned by individuals and entities. This category consists of the house tax and the urban real estate tax.

Special purpose taxes. It includes the banquet tax, the urban maintenance and construction tax, the farmland occupation tax, the fixed asset investment orientation tax, the land value added tax, the oil tax and the vehicle purchase tax.

Conduct taxes. This category covers the vehicle and vessel use tax, the vehicle and vessel license plate tax, the vessel tonnage tax, the stamp tax, the deed tax, the animal slaughter tax and the securities trading tax.

Before 2008 the Chinese taxation system distinguished the income tax rate for domestic and foreign funded enterprises. There was need to unify the income tax rates for domestic and foreign funded enterprises because until 2008 the foreign funded enterprises enjoyed „supra-national tax treatment“. Instead, such enterprises enjoy nowadays the national treatment, pursuant to the WTO rules.³⁵

We shall conclude that the investments do not bring to investors as much profit as before. We also remark that there is a trend to shut down the factories in developed cities on coast and move such factories more and more inland into rural areas in order to reduce costs and hire cheaper labor.

3. PROTECTION OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

The People`s Republic of China did not have a comprehensive intellectual property law system until 1980`s. The intellectual property law in China was commenced in the late 1970`s and was result of the „opening-up“ policy.³⁶

With its admission to the WTO, China has had to be concerned with its successful implementation of WTO treaties, including the Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) Agreement.³⁷ That is the result of the unified legal protection of the intellectual property rights within the WTO member states. China promulgated the Trademark Law in 1982, the Patent Law in 1985 and the Copyright Law in 1990.

The principle of protection of intellectual property rights is included in the General Principles of the Civil Law of the People`s Republic of China of 1986 („GPCL“).³⁸ Article 94 of GPCL ensures the right of copyright.³⁹ However, the GPCL serve as a basic provision of Chinese civil law in the field of intellectual property rights and as the legal source of copyright law serves the Copyright Law of the People's Republic of China. Article 95 of GPCL calls for the protection of the patent rights.⁴⁰ To ensure such rights, the Patent Law of the People's Republic of China was promulgated. Article 96 of GPCL ensures the rights to the trademark.⁴¹ The trademarks are protected by the Trademark Law of the People's Republic of China.

³⁵ Mentioned in lecture „Chinese Tax Law“, given by Prof. Liao Yxin, Law School, Xiamen University, September 25, 2008.

³⁶ Zhu, Y.: Concise Chinese Law. Law Press, 2003, pp. 120.

³⁷ Zhu, Y.: China`s Civil Law. Law Press, 2003, pp. 103.

³⁸ Chapter V of GPCL, Articles 94 – 97.

³⁹ Article 94 of GPCL: „Citizens and legal persons shall enjoy rights of authorship (copyrights) and shall be entitled to sign their names as authors, issue and publish their works and obtain remuneration in accordance with the law.“

⁴⁰ Article 95 of GPCL: „The patent rights lawfully obtained by citizens and legal persons shall be protected by law.“

⁴¹ Article 96 of GPCL: „The rights to exclusive use of trademarks obtained by legal persons, individual businesses and individual partnerships shall be protected by law.“

In current China, many intellectual property cases arise only because of the lack of knowledge of intellectual property rights among Chinese society. There are many cases in practice dealing with the rushing registration made by another party. As an example serve a recent case **Sony Ericsson Mobile Communications (China) Co. Ltd v. TRAB of SAIC**.⁴² To conclusion why I have mentioned this issue: to warn foreigner investors, to confirm that all intellectual property rights shall be registered in adequate time within the authority in order to avoid rushing registration made by another party.

Not only on the case above mentioned, but in general, we shall conclude that Chinese competent authority as the Trademark Review and Adjudication Board of The State Administration of Industry and Commerce („TRAB“) makes from time to time a mistake in facts and applies law wrongfully. The completely different opinion of TRAB and courts on applicable legal provisions is very controversial in Chinese practice of intellectual property protection. Therefore, the important role is to be given to the second instance authority in intellectual property cases – to the intermediate courts.

CONCLUSION

Since 1980`s China has become a „giant“ country in receiving foreign direct investments. This process is a result of „open door“ policy. China has been changed dramatically in the field of economic development, as well as in legal framework. The appropriate legal provisions had to be enacted in order to attract foreign investors seeking for supportive laws and favorable conditions for doing business in China.

The first law dealing with the foreign investments was adopted in 1979 (the Law on Chinese Foreign Equity Joint Ventures). As a result of successful attraction of foreign investors, the laws regulating two new forms of investments were promulgated in 1986 and 1988, i.e. the Law on Foreign Wholly Owned Enterprises and the Law on Chinese Foreign Contractual Joint Ventures. The „second generation“ of legal framework in China dates back to 1993, the Company Law was promulgated.

Naturally, the foreign investors are concerned with Chinese tax law and intellectual property protection. In this context, since 2008 the foreign funded enterprises do not enjoy supra-national tax treatment anymore, but national treatment as a result of harmonization with the WTO rules. In the area of intellectual property law, China has amended its intellectual property laws in line with its commitments, which accords with WTO treaties, including the

⁴² Court decision made in September, 2008. For reference, see the case. In brief, Mr. Liu Jian-jia applied for registration of the „SOAI“ trademark to the Trademark Bureau and he obtained the registration that directed to the ninth commodity category like DVD, amplifier, SPE speaker and telephone. Song Ericsson Mobile Communications Co. Ltd and Sony Ericsson Mobile Communications (China) Co. Ltd applied to repeal the registration of the trademark. TRAB (the Trademark Review and Adjudication Board of The State Administration of Industry and Commerce) made a decision in behalf of Mr. Liu Jian-jia. Finally, Beijing First Intermediate People`s Court made a decision that the trademark SOAI shall not be registered. The act of Mr. Liu Jian-jia was considered as a rushing registration under Article 31 of the Trademark Law: *„No trademark application shall infringe upon another party`s existing prior rights. Nor shall an applicant register in an unfair means a mark that is already in use by another party and has certain influence.“* According to the court, SOAI mark was already accepted by public and used by customers of Sony Ericsson. In fact, SOAI is a trademark that has been used in China by corporation.

TRIPS Agreement. However, the practice and the enforcement of intellectual property laws are facing challenges.

Literature:

- Fan, J. P. H. – Morck, R. – Xu, L. C. – Yeung, B.: *Institutions and Foreign Direct Investment: China versus the Rest of the World*, 2007.
- Heath, Ch.: *Intellectual Property Law in China*, The Hague: Kluwer Law International, 2005, 388 p., ISBN 90-411-2340-7.
- Yabo, L.: *New Forms and Organizational Structures of Foreign Investment in China Under the Company Law of the PRC*, 7 *Transnat'l Law* 1994.
- Zeng, H.: *Chinese Foreign Investment Laws: Recent Developments towards a Market Economy*, Singapore: World Scientific and Singapore University Press, 1999.
- Zhao, X.: *The Ventures Laws and the Corporations Law in China – Comparisons, Conflicts and Suggestions for Reform*, 4 *Canberra L. Rev.* 81 1997-1998.
- Zhu, Y.: *Concise Chinese Law*, Beijing: Law Press, 2003, 561 p., ISBN 7-5036-4379-X.
- Zhu, Y.: *China's Civil Law*, Beijing: Law Press, 2003, 311 p., ISBN 7-5036-4234-3.
- Chaowu, J.: *Chinese Tax Law*, Beijing: Law Press, 2004.
- Law of the People's Republic of China on Chinese Foreign Equity Joint Ventures.
- Regulations for the Implementation of the Law of the People's Republic of China on Chinese Foreign Equity Joint Ventures.
- Law of the People's Republic of China on Chinese Foreign Contractual Joint Ventures.
- Law of the People's Republic of China on Foreign Wholly Owned Enterprises.
- Detailed Provisions for Implementation of the Law of the People's Republic of China on Foreign Wholly Owned Enterprises.
- Contract Law of the People's Republic of China.
- General Principles of the Civil Law of the People's Republic of China.
- Company Law of the People's Republic of China.

Reviewer:

Jiří Valdhans

Contact – email:

61167@law.muni.cz

THE POLITICAL, LEGAL AND ECONOMICAL ASPECTS OF THE PROCESS OF ROMANIA'S INTEGRATION INTO THE EUROPEAN UNION

LAURA MAGDALENA TROCAN

Constantin Brancusi University of Târgu-Jiu, Faculty of Juridical Sciences, Romania

Abstract in original language:

The changes interfered in Europe since 1989 have placed Romania in a new geopolitical context, Romania being forced to redefine its options, accepting from the start the idea of the opening towards Europe. The political context where Romania's intercessions regarding the integration in community structures are framed, suffers both great changes that interfered in the Romanian society after 1989 (changes referring to building a democratic society and installing a new market economy) and challenges at the European Union's level: the need for structural internal reforms, emphasized by its unavoidable extension over the European countries with the same democratic values. At the same time, Romania's opening towards Europe was considered to be the solution of crossing the major drawbacks that issued from placing the country at the intersection of two axes: an interaction axis of two great powers – Russia and Germany – and a junction axis of the great areas of instability and insecurity – the former Yugoslav space and the former Soviet space. Therefore, since the 1990s, Romania's integration in the European Union has become a primary objective of its external policy, Romania's first priority in international relationships' dynamics. Considering these, the current study wants to present the evolution of Romania's integration in the European Union, a process that imposed several legislative, institutional, economical and social changes, having major implications in all fields, but this process was perceived by many people as being Romania's only viable alternative at that time. The study also presents the way that Romania, member of EU since January the 1st, 2007, undertakes this status' responsibilities, contributes to the accomplishment of the European agenda's projects regarding both the intern policy and the external one.

Key words in original language:

Intergation; reforms; democracy; EU; Romania; internal policies; foreign policy.

1. ROMANIA'S INTEGRATION IN THE EUROPEAN UNION – ROMANIAN EXTERNAL POLICY'S PRIMARY OBJECTIVE AFTER THE COLD WAR

The changes interfered in Europe since 1989 have placed Romania in a new geopolitical context, Romania being forced to redefine its options, accepting from the start the idea of the opening towards Europe. The political context where Romania's intercessions regarding the integration in community structures are framed suffers both great changes that interfered in the Romanian society after 1989 (changes referring to building a democratic society and installing a new market economy) and challenges at the European Union's level: the need of structural internal reforms, emphasized by its unavoidable extension over the European countries with the same democratic values. At the same time, Romania's opening towards Europe was considered to be the solution of crossing the major drawbacks that issued from placing the country at the intersection of two axes: an interaction axis of two great powers – Russia and Germany – and a junction axis of the great areas of instability and insecurity – the former Yugoslav space and the former Soviet space. We also added the fact that ideological

barriers' disappearance allowed the countries in Central and Eastern Europe that means Romania, too, to have access to a new political culture and to another vision of the future, stimulating their will to become a part of the western democratic institutions. In these conditions, Romania's option – as a country of Eastern Europe whose institutions, culture, traditions, political and economical life were, except the communist period, an inherent part of the western world – for the integration in the European Union was absolutely natural and it was based on a quasi-general consensus both at the political class' level and the public opinion's level. Thus, since the 1990s, Romania's integration in the European Union becomes its external policy's primary objective, the first priority in international relationships dynamics.

But we have to say that the relationships between Romania and the European Union did not start in the 1990s, considering that Romania was the first and the only country in Eastern Europe that, since the 1970s, has carried official relationships with the European Community¹, and in 1980 it proceeded to recognize de facto this economical group by signing the Agreement regarding the creation of Romania's Mixed Commission – European Economical Community.

But all of these were only the preamble of the European Union accession, the main marks showing clearly Romania's evolution towards integration: on October 22nd, 1990, we signed Romania's Agreement of Commerce, Commercial and Economical Cooperation – the European Community (enforced since May 1st, 1991), on February 1st, 1993, we signed the Agreement of association to the European Union (enforced 2 years later), on June 22nd, 1995, Romania applied for s to the European Union and on February 15th, 2000, the accession negotiations to this organization started², being technically accomplished in frame of the Accession Conference at a ministerial level on December 14th, 2004³.

The Accession Treaty of Romania and Bulgaria⁴ at the European Union was signed on April 25th, 2005, at Luxemburg, being ratified by all the states members of the European Union⁵,

¹ In 1974 Romania signs an Agreement with the European Community that included it in the Preferences Generalized System.

² At the same time, the negotiations with Malta, Slovakia, Lithuania, Latvia and Bulgaria have started.

³ The accession negotiations (that, unlike other negotiation types in the international relationships, developed mainly in the written procedure), had place in the frame of 31 negotiation chapter that resulted from the division (from methodological reasons) of the community acquis. The negotiations' development procedure established in 1998 forced the national authorities to make and transmit to the European Union's Council a position document corresponding to each negotiation chapter. The European Union answered Romania's position documents by common positions. After the accomplishment of the accession negotiations, their results were incorporated in the accession treaty's project. (<http://www.eic.ro/Dosar%20UE%20RO.pdf>).

⁴ Bulgaria's integration in the European Union had place at the same date with Romania.

⁵ The chronology of Accession Treaty's ratification: Slovakia (June 21st, 2005), Hungary (September 26th, 2005), Slovenia (September 29th, 2005), Republic of Cyprus (October 27th, 2005), Hellenic Republic (November 2nd, 2005), Estonia (November 16th, 2005), Czech Republic (December 6th, 2005), Spain (December 14th, 2005), Italy (December 22nd, 2005), Malta (January 24th, 2006), Latvia (January 26th, 2006), Great Britain (February 16th, 2006), Portugal (March 8th, 2006), Lithuania (March 30th, 2006), Poland (March 30th, 2006), Sweden (May 9th, 2006), Austria (May 11th, 2006), Netherlands (June 13th, 2006), Finland (June

and on January 1st, 2007, it became a state member of the European Union. Therefore, by contracting the Agreement of Association to the European Union, Romania committed itself irreversibly on European integration's way, having from that moment a clear perspective and a certitude regarding its European future, the association being the accession's ante-room and allowing the familiarization with institutions, regulations and negotiation way used in the European Union. The association also meant for Romania the beginning of the legislative and institutional harmonization and adjustment at the economical and social-community space's demands⁶.

The association agreement led to the institution of an intense dialogue with the European Union in order to accomplish the free circulation of the goods, services and manpower between the two parties. As a consequence of this association, Romania could do a step forward, elaborating in 1995 – “The National Strategy to prepare the accession to the European Union” – that was adopted on June 21st, 1995 and that had the signatures of all Romanian parliamentary political forces, occasion when they affirmed that Romania's accession to the European Union represents a fundamental strategic objective for the Romanian society. This option was based on the convergence of all political and social forces and referred to the country's solid anchoring in European values system, Romanian society's development basing on democracy's and market economy's principles in measure to provide solid stability and citizens' and nation's prosperity.⁷

In spite of that, in spite of a consensus at a political level regarding Romania's European future, the major difficulties that Romanian society faced after the events of December 1989 determined by the transition to a new political, economical and social system had several consequences such as economical failures, delays during the negotiations with the European Union, missing some objectives contained in the program elaborated in 1995, aspects that forced the political class to structure more coherently the process of preparing the economy and the society for the accession at the community structure. Therefore, we elaborated “The National Strategy for Romania's economical development on a medium term”, adopted on May 24th, 2001, its objective being: providing the economical growth, increasing the institutions' credibility and the economical policies, providing the macroeconomic stability, the inflation's drastic relief, continuing the economical reform, modernizing the country's productive device, accelerating the privatization process, creating a favourable, stable and predictable business environment, developing the market competition and decreasing the taxation, defining clearly the property rights, reforming the state and its institutions, combating the corruption and the bureaucracy.

19th, 2006), Ireland (June 21, 2006), Luxemburg (June 29th, 2006), France (October 3rd, 2006), Belgium (October 13th, 2006), Denmark (November 21st, 2006) and Germany (November 24th, 2006)(www.mae.ro).

⁶ Copenhagen European Council (1993) established criteria that every country that candidates to the accession has to accomplish in order to become an EU member: stable institutions that guarantee democracy, rule of law, human's rights, minorities' respect and protection; viable market economy, able to face competitive forces and Intern Market's pressures; the ability to undertake member obligations, namely to adopt the EU institutional and legislative frame, also named community aquis. Madrid European Council (1995) introduced an additional criterion: the one of a national administration's existence, able to manage EU's member quality. (http://ec.europa.eu/romania/documents/eu_romania/tema_25.pdf)

⁷ I. Iliescu, Integration and globalization. The Romanian vision, National Press Publishing house, Bucharest, 2003, p.51.

The new government, resulted from the elections of the autumn of 2000, sought to accelerate and to intensify the preparing for the accession to the European Union by an institutional modification that was referring to the nucleus of the activity coordination system for the European integration, by establishing the Ministry of European Integration and National Delegacy for negotiating Romania's accession to the European Union and also accession structures at all ministry's level. The effects of these measures appeared soon and the status of state candidate at the accession gained after the European Council from Luxemburg marked a new stage of the relationships with the European Union and involved undertaking greater responsibilities while accomplishing the Copenhagen criteria, when accepting the community norms and practices. Gaining the status of state member on January 1st, 2007 represented the concretization of the efforts of our society in more than 15 years and allowed Romania to join a union of European states that share the same values, having in common the respect for human dignity, democracy, rule of law, and respecting the human's rights and fundamental liberties.

2. ROMANIA'S ACCESSION TO THE EUROPEAN UNION AND THE NATIONAL INTEREST QUESTION

The accession to the European Union, a process with major implications on a long-term for the entire Romanian people, also has some questions referring to the compatibility between this political option of Romania and the national interest⁸.

Without trying an exact delimitation of the national interest concept limits, we have to mention that different criteria are implied in its definition, such as: the economical criterion, the ideological criterion, increasing the state's power, the military security's advantage, the cultural affinity or questions related to the race or ethnical questions⁹.

But, no matter the elements used to define the national interest, this concept is a useful instrument for understanding the actors' behaviour at the international level.

⁸ The national interest concept is extremely wide and, in the same time, very limited and ambiguous. Across the history, the leaders or the leading groups invoked the national interest in order to justify their own actions and policies. From Hannibal who invoked Cartagena's interest of eliminating Rome from the Mediterranean business in order to war it in the Peninsula, until Napoleon who appreciated that France's interest means Russia's elimination from Europe, the history is full of such examples where we invoke the national interest in order to justify different political actions. (M. Ionescu, State International System's modern evolution – class notes, International Relationships and European Integration Department, National School of Political and Administrative Studies, Bucharest, 20011, Theme 1, p. 4-5).

⁹ Any policy meant to increase the state's economical potential is seen as corresponding to the national interest. Also, the ideological criterion is often used by the states in order to justify their policies. Such a case was until recently the Marxist-Leninist ideology as a "base" of defining the national interests in the states where these systems were leading. In the respect of the state's power, we appreciate that any policy that determines the enlargement of the power vectors: economical, ideological, military, cultural vectors etc, is in the national interest. The military security corresponds to the current world's reality and the supporters of this defining criterion of the national interests appreciate that gaining the military advantage comparing to the other actors is the best way to protect itself. The cultural affinity is found in the things based on the Bosnian conflict and the ethnical one in the relationships between Romania and Moldavian Republic (Idem).

Across the time, national interest also varied for Romania, a country placed at the junction of the great powers' interests and its change depending on the regional and international realities provided its survival as an independent state¹⁰.

In frame of the international situation after the cold war¹¹, when in the entire world there were situations reversals and hard to anticipate transformations, Romania had to redefine its options and it chose the European integration, considering it as corresponding to the national interest, as representing an objective need for the Romanian state, as he only way towards the evolution.

Romania's option, from that date, by reporting not only to the international realities, but also to the intern ones, was considered as being the only viable alternative to a situation that would only have meant: economical isolation because the European Union owns about 60% of Romanian external commerce, stint of the access possibilities to the Romanian products on the community market, increasing the Romanian products' vulnerability in front of the measures of commercial defence practiced by the European Union against the third countries, increasing the economical disparity between Romania and the countries in the area – members of the European Union or that will access this organisation, due mainly to the impossibility of benefitting from the development community funds, isolating and carrying away from the European decision processes, from the mechanisms of the Common Security and External Policy¹², this fact involving increasing difficulties and expenditures as a consequence of the late integration in the Common Agricultural Policy's mechanisms¹³ etc.

In these conditions, Romania's integration in the European Union was seen as a benefitting process whose main benefits would be: a stable political and economical climate able to stimulate a long development, an increasing stability of the economical environment, the competitiveness' growth on the intern market, that will lead to the motivation and stimulation of the inland economical agents, namely increasing the productivity and the efficiency by developing new products and services, developing the commerce, increased access to the capital market and European investments, the access to new equipments and informational systems, to managerial know-how and to the organizational techniques from the developed

¹⁰ L. M. Trocan, International Public Right Studies, „Academica Brâncuși” Press, Tg-Jiu, 2008, p. 137.

¹¹ The cold war was triggered by USA by the anticommunist policy and especially by the anti-Soviet one, promoted by the president H. Truman and continued by all the other American administrations until the president R. Reagan, inclusively. During the cold war, we registered a real arming race, Europe's division and then world's division in two parties, the internationalization of some local conflicts, the world seemed to be suspended between an abortive peace and an undeclared war, although avoiding a third world war across a time that could be featured by the following expression: "...neither war, nor peace; peace and war at the same time..." (M. McCauley, Russia, America and the Cold War, Polirom Press, Bucharest, 1999, p. 22).

¹² By the Maastricht Treaty, Title V, we established the fundamental rules for the institution and orientation of the European Union's common external policy, adding the common security policy. This policy's objectives are defined as being pointed towards keeping the Union's common values, independence and integrity, according to the principles of the United Nations Organization's Charter, strengthening the Union's security under all the patterns, maintaining the international peace and security, promoting the international cooperation, developing and consolidating democracy and the rule of law, and also respecting the fundamental human rights and liberties. (O. Manolache, Community Institutional Right Treaty, C.H. Beck Press, Bucharest, 2006, p. 605).

¹³ National Sovereignty and European integration, Polirom Press, Iași, 2002, p. 224.

countries, the presence of Romanian economical agents on a great and very important unique market, strengthening the national security by the integration in the mechanisms of the Common Security and External Policy, including our country in projects referring to the extension and development of the trans-European infrastructure networks (transports, communications, energy); the opportunity to participate to the decision processes regarding the future configuration of Europe, increasing the prestige and consolidating Romania's status in frame of the relationships with other state actors both at the political and economical level, gaining the rights from the provision of "European citizenship" for the Romanian citizens, professional improvement perspectives and access to the European work market for the Romanian citizens etc.

Therefore, considering both the international and the intern context, we can appreciate that Romania's integration in the European Union corresponds to the national interest, even if, as the social and economical costs of the integration process and of the membership become more and more visible, it would be normal that the support and the structure of the integration motivations suffer important changes.

3. EUROPEAN UNION'S INFLUENCES ON THE JURIDICAL

Romania's integration in the European Union, as all states members' integration, needed in the first place the juridical integration, considering that every type of economical and political integration needs minimal rules that systematize the development of the process.

The changes in this field had to start from the fact that the jurists and the politicians understand that the juridical sovereignty's nature on the continent suffered some modifications and that the absolutist notion, such as "west phallic sovereignty", is very surpassed¹⁴, the European integration's features being the fact that it groups states that gave up designedly to the singular development principle in favour of a community development, transferring a part of their national sovereignty at a supranational level in order to manage better their common interests. Therefore, when we accept the fact that integration supposes more than a simple cooperation between the states members' juridical orders, the national juridical system has to suffer important changes that allow the penetration of the European influences needed in order to adapt the Romanian society at the demands imposed by the European membership¹⁵.

For that, we imposed the need of the Romanian legislation's harmonization with the community *acquis*¹⁶, that, beside the fact that it was a juridical obligation resulted from the

¹⁴ "While the respect for the sovereignty and the state's fundamental integrity remains in the centre, it is obvious that the multi-secular doctrine of the absolute and exclusive sovereignty does not correspond any more, in fact, it was never absolute, as it was conceived as a theory. A major intellectual demand of the present is to think again the sovereignty's problems, not to enfeeble its essence that is crucial for the international security and cooperation and to recognize that it can have new patterns and accomplish more functions". (B. Boutros Ghali – Empowering the United Nations", in *Foreign Affairs*, Winter 1992/1993, p.98-99).

¹⁵ I. Anghel, *International Treaty and Intern Right*, Lumina Lex Press, Bucharest, 1999, p. 58.

¹⁶ The community *acquis* represents all the juridical norms that regulate the institutions' activity and the community policies and consists in: the content, the principles and the political objectives contained in the Communities' Originate Treaties and in the next ones (European Unique Document, Maastricht Treaty and Amsterdam Treaty); the legislation adopted by EU institutions in order to put in practice the treaties' foresights

European Association Agreement Romania –the European Union, represented at the same time one of the conditions that determined the progress in the accession negotiation process, the commitments undertaken by Romania in the position documents referring mostly to the modification or adoption of new normative documents for the negotiated field. Therefore, Romania had to change a series of normative documents, starting with the Constitution¹⁷, in order to insert in the intern rights the basic principles from community right's theory: the priority and the obligatory feature of European Union's foresights of the constitutive treaties and of the other community regulations, the European norms direct effect, the equality between European Union's citizens¹⁸ etc.

The admission of the four fundamental liberties certified by the European treaties had to be established in the normative documents in order to allow the free circulation of the goods, the persons, the capitals and the services.

Between the amendments series suffered both by the Constitution and the other laws of the country, we mention: - guaranteeing every Romanian citizen's the right of electing and being elected in the European Parliament; guaranteeing the right of choosing and being chose in the authorities of the local public administration in Romania for every citizen of the Union; guaranteeing every European citizen's right of purchasing buildings anywhere in Romania; guaranteeing the private property; delimitating the Police and creating the Community Police Group, the possibility of recognizing the circulation and of replacing the national currency with the European Union's one¹⁹ etc.

In the context of the accession to the European Union process, Romania has transposed thousands of normative documents²⁰, whose content was not negotiable²¹, and this aspect

(regulations, directives, decisions, recommendations), the declarations and the resolutions adopted in EU frame. (<http://www.intercultural.ro/europa/curs.html>).

¹⁷ All the states that accessed to the European Union acted to the previous modification of the Constitution in order to provide the absolute legality of the accession procedure. Although, there is no obligation regarding the Constitution's revision, neither in the association agreement, nor in other documents. But such a revision is needed because EU affirms that Romania's intern legislation harmonization with the European norms is a condition for the integration. Romania, by the Romania's Constitution Revision Law no. 429/2003, acted to the modification of the constitutional foresights, introducing more articles in this purport, even a new title – Title VI – named the Euro-Atlantic Integration(the aspects referring to the integration in the European Union being contained in article 148).

¹⁸ Exposing the reasons of the Romanian Constitution Revision Law no. 429/2003. *** National Sovereignty and European Integration, p. 73.

¹⁹ Art. 137, paragraph 2 in Romanian Constitution in 2003

²⁰ At the same time of the effective process of legislative harmonization, there were also developed the translation approaches in Romanian of the community acquis. The translation activity was developed under the coordination of Ministry of European Integration, Romania. In 2001, Romania finished the translation of more than 5500 pages of EU Official Journal and in 2002 it accomplished the translation of about 10000 pages (Supplement 8 of the Daily « The day», May 9th, 2003, page 13).

²¹ The European Extension Commissar, underlined that the syntagm negotiations with EU is inaccurate, since the content of the documents is not negotiable, the only negotiable element being the term for transposing certain documents with a sensitive feature reported to the national context (The Truth, November 23th, 2002, p. 10).

corroborated with the negotiations' unilateral feature supplied important arguments to the European Union's critics who showed that there were implemented several times legislative and institutional measures that did not consider the particularities and the specific of Romania's problems and that did not prove their anticipated efficiency. But, when obtaining the EU membership, Romania has become an actor judicially equal to all the other states members, inclusively regarding the position in the European legislative process, having the opportunity to support the reflection in the normative documents elaborated at the Union's level, in a corresponding way, and the Romanian realities and interests.

4. ECONOMICAL IMPLICATIONS OF ROMANIA'S INTEGRATION IN THE EUROPEAN UNION PROCESS

After contracting the European Agreement, the European Union has become the main commercial and investment partner, but also the most important sales market for Romania's export. At present, about 70% of Romanian exports are destined to the European Union and over 65% of the imports are coming from the European Union²². Romania's accession to the European Union has determined the involving of the Romanian economy in the most important economical integrated system in the world, the accession process producing a series of positive political and social pressures in order to create a functional market economy, a question that Romania accomplished, but for whose consolidation we still need efforts. The economical integration process stimulated structural transformations that considered the elimination of the discrepancies between Romania and the European Union, transformations that have rallied the entire national economy that had to pass through transformation and adaptation successive processes in the respect of the rules and the European general economical frame. At the same time, the economical reforms directed towards the liberalization, the privatization, the industrial units' reform, the infrastructure's reform and the financial institutions' reform imposed sometimes dramatic mutations, considering that the integration process developed at the same time or immediately after the transition process of the market economy²³. With a view to removing the existent discrepancies, Romania benefitted of a financial assistance²⁴ from the European Union by PHARE, ISPA, SAPARD funds for small and medium industry units, for regional development, for education and research's development etc., but, several times, the allotted funds were used in a too small measure, due to the inadequate governmental policies, the unknowing of the accession way to

²² <http://ue.mae.ro>

²³ The social consequences of the transition involved the consumption's decrease and the poverty's increase for an important part of the people due to the dismissals, the lasting unemployment, the insufficiently developed system of social insurances etc. (A. Neculau, *We and Europe*, Polirom Press, Iași, 2002, p.77)

²⁴ The financial assistance provided to Romania by the European Union between 1992-1999 was about 1,2 billion Euro. In order to touch the objectives in the pre-accession strategy and in order to greet the needs of the countries that candidate, the Berlin European Council decided to double the financial assistance starting in 2000 and to create other specific instruments: structural pre-accession instruments. Between 2000-2003, Romania received about 660 million Euro per year, by the three pre-accession instruments: PHARE, ISPA and SAPARD. After the European Commission suggestion to increase significantly the help for the countries that candidate, starting with 2004, in order to support them in crossing the last stages needed for accomplishing the accession criteria, Romania received additional funds, the EU financial assistance between 2004-2006 touching about 1,8 billion Euro. (<http://ue.mae.ro>).

these funds, the absence of the centres specialized in offering consultancy services regarding a financing demand's conceiving²⁵.

Also, the gradual liberalization of the exports and imports between the two markets discovered very quickly Romania's inability to compete with the Union in all the sectors. Romanian economical policy's incoherence in the 1990s emphasized even more the discrepancies: Romania did not identified any industry as a possible comparative advantage on the Unique Market and did not invest strategically in any sector that it should have developed in order to integrate in the European Union.

The economical measures in the last years made Romania to register certain results regarding the macroeconomic stability and the inflation's decrease. The fiscal and monetary cautious policies have supported the progress in the macroeconomic stabilization and have established the basis for a reasonable economical increase. Also, we applied certain improvement measures of the Romanian business environment. All these aspects encouraged Romania to gain the EU membership on January 1st, 2007.

Without contesting the benefits involved by Romania's accession to the European Union, we have to say that the participation to the Unique Market involves a series of responsibilities that impose the continuation of the markets' liberalization and that stimulate a series of additional efforts in the regulations' quality increase, strengthening the policies in the concurrence and state help fields. Other responsibilities regard the macroeconomic stability's preservation (prices stability and financial stability), the public finances' preservation, the continuation of the reform of the social and health insurances, increasing the public services and administration efficiency's quality.

All these things will involve very high costs and, in world economical crisis context, they can represent a particular strong pressure factor on the entire Romanian society considering that, two years after the accession, with all the efforts that have been accomplished, we still register major difference from the economical point of view between Romania and the states that accessed to the European Union before 2007. Furthermore, the accession to the European Union made Romania a net contributor to the Union's budget, our share being 1,1 billion Euro in 2007 and the money received effectively from EU in 2007 was about 400 million Euro, money that was needed especially for the preparing of some projects and only the consultancy companies benefitted of it, not the ordinary citizen. To these, we add the fact that the effective implementation of certain fundamental liberties of the European Union, such as the freedom of circulation of the work power or the freedom of circulation of the products, involves certain conditionings and protecting measures regarding Romania.

At the same time, in spite of the forecasts, a report of the United Nations' Conference for Commerce and Development (UNCCD) showed that, after the accession, the direct foreign investments from Romania decreased in 2007 by 21%, at 9 billion dollars, from 11,4 billion dollars in 2006²⁶. But we hope that, by introducing the Euro currency (from the accession, Romania being considered a state with derogation from the adoption of the unique currency –

²⁵A. Neculau, op. cit., p 76.

²⁶The Truth Journal since January 11th, 2008.

Euro – according to the article 122 of the Institution Treaty of the European Economical Community, the derogation applying to all the new states members, until the convergence criteria's accomplishment²⁷), we will stimulate the direct foreign investments, we will reduce the currency risk and there will be a growth of the external commerce etc. The fact that Romania will be a state member of the European Union with a Gross Internal Product per inhabitant more under the European average, but in direct concurrence with the other state members, in sense of the economical and institutional performances, emphasize the need of efficient use of the personal resources and the community funds, of a more active stimulation of the foreign and native investments. All these things prove that Romania needs to maintain a period of time as long as possible of the quick, moderate and lasting economical growth, of strong and efficient institutions and of a predictable fiscal system²⁸, aspects hard to accomplish in the contemporary international economical realities context.

5. ROMANIA'S POSITION – AS A MEMBER STATE – IN ACHIEVING EUROPEAN UNION POLICIES

The successful completion of Romania's accession to the European Union meant the beginning of our country's integration process in the European Union, as 1st of January 2007 was the beginning of a new age for Romania, an European age with all the benefits deriving from European Union membership, as well as all the obligations and responsibilities for developing the projects included in the European agenda both in the field of internal politics and external politics of the Union²⁹. As a member state of the European Union, Romania takes part in all the communitarian institutions meetings, at political level and technical level as well, considering that as series of decisions have been adopted by the European Union Council for performing all the institutional alterations necessary after Romania's and Bulgaria's accession to the European Union, mainly focused on the assignment of new

²⁷ The nominal convergence criteria, known as the Maastricht criteria, are: the average inflation rate from the last 12 months (calculated by the consumption prices index) must not cross by more than 1,5 percentage points the inflation rate of the first three states with the most reduced levels of the inflation rate; more than that, the inflation rates in the state that candidates has to prove that they are lasting; The state's consolidated budgetary deficit must not cross the level established in the Treaty of 3% of GIP; if this values is crossed, the budgetary deficit must be significantly and continuously reduced towards a value close to the reference one or the reference value's crossing has to be temporary and has to represent an exception. The gross public debts should not be more than 60% of the GDP or, in case of higher values, it has to significantly be reduced in order to be close to the reference value in a satisfactory rhythm; the average output of long term public securities computed for the last 12 months does not have to be more than 2 percentage points higher than the output of the public securities of the first three states with the lowest levels of inflation. Another prerequisite for adopting Euro refers to the national currency participation for at least to years in the Exchange Rate Mechanism (ERM) II. Romania will pass to the unique currency in 2014, intending to access the Exchange Rate Mechanism (ERM) II, before entering the Euro area, in 2012. (<http://www.euractiv.ro>). At present, 16 member states of the European Union have adopted Euro: Austria, Belgium, Cyprus, Finland, France, Germany, Greece, Ireland, Italy, Luxemburg, Malta, Holland, Portugal, Spain, Slovenia and Slovakia.

²⁸ http://x.gov.ro/presa/integrare/12/strategie_post_aderare.pdf

²⁹ <http://x.gov.ro/presa/integrare/afis-buletin.php?nrbul=12>

Romanian and Bulgarian members in the European Institutions³⁰, as well as altering the figures necessary for the majority vote³¹.

In accordance with the post-accession strategy project 2007-2013, as a member state of the European Union, Romania contributes within European forums to drawing-up and developing the policies of the European Union, by promoting national positions at communitarian level and by supporting the agreement based on the mutual interest of member states. It also collaborates to communitarian institutions and member states for debating major themes within the Union³².

Therefore, as far as the European budgetary policy is concerned, in its contribution to public meetings developed between September 2007 and June 2008 on Budgetary Reform for a changing Europe, Romania expressed its opinion according to which the communitarian budget has to be equitable for all member states, supporting the need to provide a modern and flexible budgetary structure that would allow the Union to achieve its political commitments taken at the Level of the Union and answer future internal and external challenges (including the ones generated by the development differences in an extended Union)³³. With a significant agricultural potential, Romania has expressed its interest for providing a satisfactory financing for The Common Agricultural Politics appreciating the Common Agricultural Politics has to be based on a consistent budget in the future, considering also the current context characterized by global financial and economic difficulties and on mechanisms adapted to the specific needs of the new member states, in order to provide food safety, to comply with the requirements of the European market and decrease the impact of a possible liberalization of world agricultural trade on communitarian agriculture³⁴.

Also, European Union migration related policies are of special interest to Romania considering that together with Bulgaria, it provides the Eastern border of the Union, its actions going towards a balanced and global approach regarding the migration-development matter. Within the background of developing cooperation instruments with the East and South-East states by the European Union, within the global approach of migration of the regions from the East and South-East of Europe, Romania has become involved in approving and promoting these, taking part in the Mobility Partnership implementation with the

³⁰ 1 European inspector assigned with the multi-linguism portfolio, 35 European parliamentarians, 1 judge at the Court of Justice of European Communities, 1 judge at the First Court, 1 member at the Court of Accounts, 15 members in the Economic and Social Commission, of which 5 representatives of the syndicates, 5 representatives of patron confederations and 5 representatives of the civil society, 15 members in the Commission of Regions. (www.mae.ro).

³¹ At present, for adopting a decision of EU Council through certified majority, 255 votes are necessary from the total of 345. Votes have to come from the majority of member states and represent at least 62% of EU population (meaning at least 305,5 million of the 492,8 million of EU inhabitants). According to the Treaty in Nice, Romania has 14 votes within EU Council. Therefore, from the votes weight point of view, Romania is the 7th after Germany, Great Britain, France, Italy, Spain and Poland. (V.Stan, Prague 2002: memories on the future, *Sfera Politicii Magazine*, nr. 95-96/2001, p.5).

³² www.mae.ro

³³ http://x.gov.ro/presa/integrare/12/strategie_post_aderare.pdf

³⁴ www.mae.ro

Republic of Moldavia. The project began with the execution on the 5th of June 2008 of a Joint Statement by the representatives of the European Council and Commission, of the participating states and of the Republic of Moldavia and was embraced by the European Council in June 2008. As an answer to the mandate granted by the European Council in June 2007 for enforcing priority measures for the Eastern and South-Eastern European countries, Romania has supported and promoted as a leader state the project for launching a Cooperation Platform in the field of migration and development in the Black Sea region, as a pilot instrument for EU external politics in the field of migration for the Eastern and South-Eastern European regions. The instrument launch was approved by the Council of Justice and Internal Affairs and by the Council of General Affairs and International Relations from June and December 2008. Romania support the Global Approach of the European Union regarding Migration, considering that through the cooperation with neighbor states of the Union and by supporting their economic development, migration pressure at Europe's borders may be significantly reduced. As a member state managing the second terrestrial external border in size of the European Union, Romania considers that European Union policy regarding migration has to be balanced from the geographical point of view, being necessary to allocate resources and develop the intervention ability for other regions with a high level of migration – East of Europe, Caucasus, Central Asia, etc³⁵. As far as the matter of the Constitutional Treaty is concerned, Romania is its steady supporter, having already ratified it through the Accession Treaty, considering it necessary to continue the reflection and ratification process of the constitutional Treaty by member states³⁶. Romania's status towards the extension of the European Union at this time is reserved, considering that we notice a tendency of delaying UE27 extension. According to the post-accession Strategy 2007-2013, Romania does not want to block UE candidate states accession, but supports their strict compliance with all the conditions, which is necessary for an institutional consolidation of the Union³⁷.

Regarding The Common External and Safety Policy (PESC) Romania's efforts have been considering the convergence of its own external policy to the Common External and Safety Policy (PESC) of the European Union. The positions expressed by Romania's representatives have reflected our country's desire to play a role in accordance with its potential, as well as to support European Union as a global and responsible actor of the international system³⁸. Romania has proven to be an active participant to the political dialogue within EU and has played a constructive role within PESC. Also, Romania has been a constant presence within the operations performed by the European Union, both at military and civil level, taking part in the meetings of all work structures of the Council having the theme of PESC/PESA³⁹ and

³⁵ www.mae.ro

³⁶ http://x.gov.ro/presa/integrare/12/strategie_post_aderare.pdf

³⁷ http://x.gov.ro/presa/integrare/12/strategie_post_aderare.pdf

³⁸ <http://www.mapn.ro/diepa/politicadeaparare/pesa.htm>

³⁹ The Safety and Defense European Policy (PESA) wants to allow the Union to develop its military and civil abilities to manage crises and prevent conflicts at international level. Formally, PESA missions are defined through the three tasks from Petersburg adopted in 1992 by the Western Europe Union and introduced in the Treaty of the European Union. They are: humanitarian missions and nationals, peace maintenance missions, fighting missions for managing crises and/or peace reestablishment operations. In 2002, a declaration of the European Council expressly stated that the fight against terrorism is included in PESA tasks. Since then, European Defense Policy has not been just an external projection, and has acquired an internal dimension –

actively involving in the structure and operation process of the European Safety and Defense Policy (PESA), since its launch (in June 1999, at Köln)⁴⁰. Romania has been and still is present in various missions developed by PESA, on several continents (Europe, Asia, Africa): EUPM (civil mission in Bosnia and Herzegovina), EUFOR Althea (military mission in Bosnia and Herzegovina), EUPOL RD Congo (civil mission in RD Congo), EUJUST LEX (integrated mission in the field of law state for Iraq), EULEX Kosovo (mission in the field of law supremacy in Kosovo), EUBAM Rafah (civil mission at the border of Gaza and Egypt), EUPOL Afghanistan (civil mission in Afghanistan), EUFOR Ciad/RCA ('bridging operation'), EUMM Georgia. Member of significant bodies important for PESA, like the Satellite Centre of the European Union from Torreón (Spain), European Union Security Studies Institute from Paris (France), or the European Defense Agency headquartered in Brussels, with a key role in developing defense skills for crises management within PESA⁴¹, Romania is interested in taking part in European cooperation initiatives in the field of weapons and research and technological projects in the field of defense developed by these bodies. At the same time, as a member state of the European Union, Romania contributes to drawing-up Positions, Statements and activities of the Union and enforces them in compliance with international penalties and restrictive measures established by the European Union.

6. CONCLUSIONS

Romania's accession to the European Union is no longer a desire, but a certitude. The road covered so far for belonging to a space of political stability, internal and external security, economic development, social protection and solidarity has not been easy and has involved political, juridical, economical and social transformations, but the belief in the benefits that the integration in this structure may offer was what has motivated the Romanian and society and supported the necessary activities. Unfortunately, what has not been presented to the public and has created a slight unrealistic image was that the benefits resulting from the membership are only potential. This is why, Romania needs to define its own interests within the European Union, to actively and efficiently support them in agreement with all the other member states and then implement, monitor and capitalize the results. Accession to European Union means making the necessary efforts for recovering economic unbalances compared to the old member states of the European Union and hence Romania shall have to clearly and rapidly identify the fields that can individualize the Romanian economy and create an advantage in the European economic competition (ecologic agriculture – natural food products; IT industry; Wine industry; Tourism – agro-tourism, cultural tourism, Danube Delta; Textile and clothing industry; Traditional craftsmanship products; furniture industry; Naturalist pharmaceutical industry) and take stimulating measures⁴². Also, in order to provide the premises for a solid and influential position within member states and build a reputation

protecting citizens living in Europe. (P. Duțu, M. Șt. Dinu, Safety and Defense European Policy – National security interests development framework, National defense University Press „Carol I”, Bucharest, 2007, p. 17).

⁴⁰ http://www.mapn.ro/diepa/eveniment/20060713/Brosura_PESA.pdf

⁴¹ PESA provides the long-term framework for a coherent European policy in the field of defense abilities, research and weapons, with a convergent approach of national policies. (http://www.mapn.ro/diepa/eveniment/20060713/Brosura_PESA.pdf)

⁴² http://x.gov.ro/presa/integrare/12/strategie_post_aderare.pdf

with capitalization potential, Romania has to correctly exercise the Union practices and comply with the communitarian *acquis*⁴³, the success of European integration depending on the way in which Romania will know to comply with the commitments taken towards the European Union, to the work and honesty that the political class and Romanian administration, respectively shall prove⁴⁴. Despite the fact that for the near future the influence of the system will probably overcome Romania's ability to establish certain economical, political and social standards or patterns, it is much better to represent a centre that decided than remain formally sovereign without a real influence. What shall be it's up to the next generations to decide, but let's hope that European Union integration shall be benefic and shall bring profits to Romania.

Literature:

- „Ziua” newspaper 9th of May 2003, Adevărul newspaper, 23rd of November 2002 and 11th of January 2008
- <http://www.eic.ro>
- www.mae.ro
- <http://ec.europa.eu>
- <http://www.intercultural.ro>
- <http://ue.mae.ro>
- B. Boutros Ghali, Empowering the United Nations, Foreign Affairs, Winter 1992/1993
- V.Stan, Prague 2002: Memories about the future, Sfera Politicii Magazine, nr. 95-96/2001
- I. Anghel, International Treaty and Internal Law, Lumina Lex Press, Bucharest, 1999
- O. Bibere, European Union between Real and Virtual, All Beck Press, Bucharest, 1999
- I. Bodunescu, Public International Law, Tipoalex Press, Alexandria, 2002
- I. Coșcodaru, V. Neagoe, A dream Coming True – United Europe, Axioma Edit Press, Bucharest, 2002
- P. Duțu, M. Șt. Dinu, safety and Defense European Policy – National Security Interests Development Framework, National Defense University Press „Carol I”, Bucharest, 2007
- Fl. Gârz, Europe's rebirth, Odeon Press, Bucharest, 1999
- Fl. Gârz, Fight for Europe, Pavel Coruț Press, Bucharest, 1997

⁴³ http://x.gov.ro/presa/integrare/12/strategie_post_aderare.pdf

⁴⁴ Excerpt from the speech of the former Romanian prime-minister Călin Popescu-Tăriceanu, at the Parliament meeting dedicated to Romania's accession to EU. (<http://www.atheneum.ca/modules/news/article.php?storyid=304>).

- B. Guetta, Geopolitics – State Reason, Aion Press, Oradea, 2000
- I. Iliescu, Integration and Globalization – Romanian View, National Press, Bucharest, 2003
- C. L. Popescu, Local Autonomy and European Integration, All Beck Press, Bucharest, 1999
- M. Ionescu, Modern Evolution of International States System – course notes, Department of International Relations and European Integration, The National School of Political and Administrative Studies, Bucharest, 2001
- A. Neculau, We and Europe, Polirom Press, Iași, 2002
- A. Popescu, I. Jinga, European and Euro-Atlantic Organizations, Lumina Lex Press, Bucharest, 2001
- S. Tămaș, Geopolitics, Noua Alternativă Press, Bucharest, 1995
- L. M. Trocan, Public International Law Studies, „Academica Brâncuși” Press, Tg-Jiu, 2008
- M. McCauley, Russia, America and the Cold War, Polirom Press, Bucharest, 1999
- O. Manolache, Comunitarian Institutional Law Treaty, C.H. Beck Press, Bucharest, 2006

Reviewer:

David Sehnálek

Contact – email:

laura.trocan@gmail.com

ECONOMIC RELATIONS BETWEEN THE EUROPEAN UNION AND THE HELVETIC CONFEDERATION

KATARZYNA MIASKOWSKA-DASZKIEWICZ

The John Paul II Catholic University of Lublin; Faculty of Law, Canon Law and
Administration, Poland

Abstract in original language:

Celem niniejszego opracowania jest wskazanie na możliwości i granice wynikające ze zróżnicowanej integracji gospodarczej między Unią Europejską a Szwajcarią. Ma ona podłoże czysto pragmatyczne i została wypracowana na podstawie wielu umów bilateralnych mających na celu zabezpieczenie wysokiego stopnia integracji Szwajcarii bez jej jednoczesnego członkostwa w strukturach UE. Artykuł skupia się na podstawach prawnych, rozwoju i formach stosunków gospodarczych Szwajcarii i UE

Key words in original language:

Umowy dwustronne, stosunki gospodarcze, Unia Europejska, Szwajcaria.

Abstract:

The purpose of this paper is to identify opportunities and limitations arising from the differential economic integration. The differential integration between the EU and Switzerland has a purely pragmatic base and has been developed by a number of bilateral agreements aimed at securing a high degree of integration of Switzerland, without simultaneous membership of the EU structures. The article focuses on legal grounds, development and forms of economic relations between Switzerland and the EU.

Key words:

Bilateral agreement, economic relations, European Union, Switzerland.

This article is an attempt to capture the development of economic relations between the EU and Switzerland, with the indication of the dynamics of methods of their regulation. The European Union's economic relations with Switzerland are interesting for this reason that the selective extension and acquisition of Community law by way of various agreements contrasts with *unité de doctrine*, which is applied in the Community. In contrast to other European countries, whose economies were hit by the war and focused mainly on reconstruction, the economy of Switzerland was in bloom¹. Swiss franc has been stable, and due to the fact that the infrastructure has remained intact and basic social needs were met, the industry could be oriented towards exports of goods and services. The first export destination, due to the geographical proximity and war destruction, were markets of western countries. Switzerland in 1948 joined the OEEC², and wanted to emphasize that its

¹ More about Swiss european politics until 60ties see R. Mauhofer, *Die schweizerische Europapolitik vom Marschallplan zur EFTA 1947 bis 1960; Zwischen Kooperation und Integration*, Bern Stuttgart, Wien, 2001, p. 483.

² Organization for European Economic Cooperation, purely governmental organization that exists to include European countries into decision-making process on the issue of the Marshall Plan. In September 1961 transformed into OECD.

neutrality does not exclude economic solidarity with war-affected Europe³. Switzerland had sceptical view on the establishment of the Council of Europe, which together with economically targeted OEEC was, according to W. Churchill, to provide a basis to build the United States of Europe. Only after the creation in 1951 the European Coal and Steel Community and European Economic Community and the European Atomic Energy Community, with supranational powers, Switzerland overcome their skeptical attitude towards the Council of Europe, which in no way limited the sovereignty of its Member States. In 1963 Switzerland joined the Council of Europe⁴.

An economic response to the creation of EEC by the “European 6”⁵ was establishment of EFTA in 1960 by the “European 7”⁶, which on the one hand was to support the development and prosperity of Member States and economic cooperation between them, on the other hand, however, was meant as a balance to the EEC and its political objectives. Since 1955 Switzerland applied GATT provisions on provisional basis, and since 1966 had regulated relationship with the Communities, subject to the most-favored-nation clause and national treatment. The process of bringing closer to the EEC for good started only in the 70’s. The basis for regular economic relations between Switzerland and the European Communities were Free Trade Agreements, which were adopted in Switzerland on 3 December 1972 by a majority of 72.5% of the vote⁷. Due to the enlargement of the EEC and the withdrawal of Great Britain from the EFTA it was necessary to support harmonious development of economic relations between Switzerland and the European Communities and support trade development throughout Europe⁸.

The agreement prohibits the parties from application of customs duties, quantitative restrictions and measures having a similar effect in relation to industrial products it covers. Both the agreement and next 130 sectoral agreements were implemented on the basis of the GATT space.

This way, which is emphasized by the doctrine, Switzerland remained free in taking action and the balance between internal and external policies was maintained⁹. Over the next years Switzerland became, after the U.S., second largest trading partner of the Communities, with

³ R. Mauhofer, Die schweizerische Europapolitik vom Marschallplan zur EFTA 1947 bis 1960; Zwischen Kooperation und Integration, Bern Stuttgart, Wien: Haupt, 2001, p. 445

⁴ Although the ratification of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms was 11 years later.

⁵ France Netherlands, Belgium, Luxemburg, Italy and the Federal Republic of Germany.

⁶ Denmark, Norway, Austria, Portugal, Sweden, Switzerland and United Kingdom.

⁷ BBl. 1973 I 82., more in T. Cottier, M. Oesch, International Trade Regulation, Bern and London, 2005, p. 313-343.

⁸ see. preamble and art. 1 free trade agreement.

⁹ T. Cottier Zwischen Integration und Weltwirtschaft: rechtliche Spielräume der Schweiz nach der Uruguay-Runde des GATT, [in] Schweizer Eigenart – eigenartige Schweiz. Der Kleinstaat im Kräftefeld der europäischen Integration, (ed.) W. Linder, P. Lanfranchi, E. R. Weibel. , Bern, Stuttgart, Wien, 1996, p. 231-244.

the economic market share of 4%, with a population equivalent to 1.8% of the then "Fifteen". The EU became the largest recipient of Swiss products which lasts to this day. In 2005 62.9% of total Swiss export went to EU countries, while in the same year, 82.3% of goods imported to Switzerland came from the EU¹⁰.

Only when all the cantons and 75.7% of voters in 1986 rejected the possibility of accession of Switzerland to the United Nations¹¹, there began a slow process of orientation towards the Communities. Switzerland recognized the need to support actively the convergence of countries within the European economic space.

In Switzerland itself the process led to a consistent policy of "euro compatibility", which resulted in the fact that despite the absence of express contractual obligations Switzerland tried to adopt the Community solutions for limiting barriers in foreign trade. From 1988 there began the process of screening of the new Swiss legislation with the *acquis communautaire*¹². In the same year the Council of the Confederation published its first report on the possibility of Switzerland's accession to the Communities, where stressed the importance of the traditional neutrality of Switzerland as a stability component for the whole Europe and announced that integration with the Communities is not currently the aim of integration policy of the Confederation¹³. In the same report, however, the Council mentioned the need for continuous monitoring of Swiss position in Europe because of an enormous pace of integration processes¹⁴. Therefore, Switzerland got involved in negotiations accompanying the formation of the EEA (European Economic Area), but when the other countries managed to introduce deprive EFTA/EEA of real powers and acquisition of a large part of *acquis communautaire*, the shape of the EEA agreement only to a little extent met Switzerland's expectations. Council of the Confederation published its next report, which described the accession of Switzerland to the EEA as a stage in the process, which was to be completed with full integration with the Communities. This connection with future membership in the Community contributed to the fact that on 6 December 1992, by 50.3% of the vote in 14 cantons and 4 half-cantons the Swiss refused to join the EEA¹⁵. This result could not surprise because of no proper public debate on the future of Switzerland in the Communities. No for the EEA meant a commitment to the Council to regulate intense economic relations with the EU on the basis of other legal instruments, which had to meet two requirements. Firstly, Community law could not be just adopted in Switzerland, and secondly there could not come to the creation of supranational authorities with decision-making powers, as it

¹⁰ Raport Die Volkswirtschaft, 9 – 2006.

¹¹ BBl. 1986 II 98

¹² T. Cottier, D. Dzamko, E. Evtimov, Die europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts, [in:] A. Epiney, S. Theuerkauf, F. Riviere (ed.) Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht, *Annuaire suisse de Droit européen* 2003, Bern, 2004, p. 360-369.

¹³ Integrationsbericht 1988, BBl. 1988 III, p. 379.

¹⁴ *Ibidem*, p. 381.

¹⁵ BBl. 1993 I, 168.

would be incompatible with traditional Swiss neutrality and direct democracy¹⁶. A prototype for new regulations became a free trade agreement of 1972. As early as in January 1993, the Government of Switzerland submitted a proposal to the EU Council to conclude bilateral sectoral agreements.

At the end of 1993, after nine months of negotiations, the EU Council decided to start negotiations in 7 areas, namely in the field of: research, employment in the public sector, technical barriers in trade, agriculture, air traffic, ground traffic, free movement of persons. The last area was included at the express request of the EU. Negotiation didn't make it easier to adopt so called Alpine Initiative on 20 February 1994 by Switzerland, the EU was under the impression that Switzerland cast doubt on the principle of non-discrimination and freedom of choice of means of communication with regard to ground traffic.

Both sides have decided on so-called reflexing period, which lasted until the end of 1994. Finally, on 21 June 1999 contracts were signed and adopted by the Swiss Society on 21 May 2000 in a referendum¹⁷.

These agreements have different structure, however, are characterized by a significant degree of reception of communal law or making Swiss law more similar to it, basing even on the principle of equivalence¹⁸. The agreement on scientific research is a typical cooperative agreement allowing for payable participation of Swiss scientific units in the EU projects and research programs. Next five new contracts in the areas of: employment in the public sector, technical barriers in trade, agriculture, ground traffic, free movement of persons are liberalization agreements, similar in their nature to the Agreement of 1972 and basing primarily on the reciprocity of the Swiss and European Union laws. Agreement on air movement is a partly integrative agreement, which provides for establishment of uniform institution controlling the observance of law. Basing on this agreement the validity of the Communal regulations was adopted in Switzerland, with recognition of the ECJ in this respect. All seven contracts assumed the inter-relationship in application, known as "guillotine clause".

On 4 March 2001 the Swiss nation started a folk initiative "Yes for Europe!", which, by amending the constitution would oblige the Council to start immediate negotiations with the EU. Both the Parliament¹⁹ and the Council of the Confederation²⁰ recommended the rejection of this initiative due to non fulfillment of political conditions of accession. 76.8% of votes in the referendum, as well as all the cantons followed the recommendations of

¹⁶ B. Spinner, *Rechtliche Grundlagen und Grenzen für bilaterale Abkommen*, [in:] *Accords bilatéraux Suisse – UE, Bilaterale Abkommen Schweiz – EU, Dossiers de droit européen no 8D*. (ed.) Felder, Ch, Kaddous, Basel, Genf, München, Brüssel, 2001, p. 13.

¹⁷ BBl. 2000, 3773.

¹⁸ More about bilateral agreements of 1999 see T. Cottier, M. Oesch, *International Trade Regulation*, Bern and London: 2005, p. 330-338.

¹⁹ Beschluss des Parlaments, BBl. 2000, 3540.

²⁰ Statement of the Council of the Confederation on folk initiative "Yes for Europe!", from 27. Januar 1999, <http://www.admin.ch/ch/d/pore/va/20010304/explic/d-pp0809.pdf> (1 June 2009).

the Parliament and the Council and the initiative was rejected²¹. The subject of Switzerland's accession to the EU was not discussed in the following years.

In a report published in 2000 about foreign policy²² the Council of the Confederation, in connection with the rejected initiative, stated that the accession of Switzerland to the EU is continuing the long-term goal of European policy of Switzerland. However, to start negotiations for accession to the EU it is necessary to meet three conditions: firstly, there must be assessed the operation of bilateral agreements, and secondly it is necessary to assess the impact of accession on critical areas of the Swiss state, and thirdly Council Integration Policy must be internally reinforced²³.

Bilateral agreements between Switzerland and the EU negotiated at a later stage, continued agreements of 1999. In final annexes to earlier agreements, both sides expressed readiness to further intensification of cooperation in the field of migration and asylum policy, began with so called "leftovers" negotiations²⁴.

Before concluding subsequent agreements the EU hoped for Switzerland's cooperation in the field of pan-European system of security tax. On the other hand, the Commission sought to enhance cooperation in the fight against fraud in the field of indirect taxes. Switzerland set three conditions of starting to negotiate agreements. First, negotiations should be conducted in areas of Switzerland's interest (Schengen issues, outstanding issues from agreements of 1999), then negotiations should be conducted parallel in all matters in order to reach a balanced final result (which didn't mean that the contracts were linked with each other on the basis of guillotine clause as it was in 1999). Third, it was necessary to ensure the maintenance of traditional banking secrecy in Switzerland. The main objectives of Switzerland starting negotiations was to ensure its participation in co-operation in Schengen and Dublin systems in the scope of strengthening internal security, as well as reduction in asylum policy costs, while reserving the possibility of autonomous and sovereign decisions about adoption of future EU legal acts. It should be noted that Switzerland did not, therefore, seek full integration in this area. Another Swiss demand was to revise Protocol number 2 of the Free Trade Agreement of 1972 on agricultural products, which would allow the Swiss duty-free export of food products to EU countries. In addition, Switzerland wanted to ensure the right to participate in programs in the fields of education, youth, media, statistics and the environment. The final negotiation field for Switzerland was an agreement on pensions, under which Switzerland resigns from additional taxation of pensions of former officials of the EU who live in Switzerland and are subject to taxation in the EU²⁵.

²¹ BBl. 2001, 2025.

²² Aussenpolitischer Bericht 2000, BBl. 2001, 216.

²³ Aussenpolitischer Bericht 2000, p. 318.

²⁴ See: Botschaft zur Genehmigung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, einschliesslich der Erlasse zur Umsetzung der Abkommen („Bilaterale II“) vom 1. Oktober 2004, BBl. 2004, S. 5965-6564 (Botschaft 2004).

²⁵ Botschaft 2004, p. 5989.

The EU interests focused primarily on two areas, which encouraged the EU to start negotiations, that is the agreement on taxation of interest and the agreement on combating of fraud by increasing the exchange of information between offices and common determination of the scope of delicts in the case of indirect taxes. At the end of June 2004, nine new agreements were initialed, and on 26 October 2004 they were signed in Luxembourg²⁶.

In contrast to 1999 agreements, the agreements of 2004 were motivated not only economically, as they were significantly extended to internal, often sensitive issues such as security policy, the problem of influx of migrants, the environment, culture, education. This phenomenon shows a new dynamism in bilateral cooperation of the agreements parties. Along with the enlargement of the EU on 1 May 2004, both the free trade agreement of 1972 and six agreements of 1999 started to be automatically applied in ten new Member States. Only in the case of an agreement on free movement of persons additional negotiations between Switzerland and the EU were required. In this field the Confederation negotiated the possibility of placing restrictions on the market in order to protect its labor market until April 2011. On 19 May 2004 at Switzerland - European Union summit, Swiss declared its readiness to establish an aid program aimed at reducing socio-economic disparities in the enlarged European Union. From November 2004 to May 2005, there were held negotiations on operation framework of the above aid program. Finally, on 27 February 2006, the Council of the EU and Switzerland signed so-called Memorandum of Understanding between the European Community and the Council of the Swiss Confederation on the Swiss Confederation's contribution to the reduction of economic and social disparities in an enlarged European Union²⁷. The document contained Switzerland's commitment to sign separate bilateral agreements with individual members-beneficiaries. Accordingly, on 16 March 2006 in the Swiss Parliament there was held a vote on so-called Law on Cooperation with Eastern Europe Countries, which provides financial assistance for 10 European Union countries within the program. Due to the lack of decisions at this level, on 26 November 2006, a referendum in Switzerland on the above case was held, which ended successfully for new Member States. Switzerland allocated CHF 489 million to Poland. As part of the Swiss-Polish Cooperation Program there is 5-year period of undertaking obligations, and 10-year expenditure period, which began on 14 June 2007, the date of the financial assistance granted by the Swiss Parliament.

The method of regulating economic relations between the EU and Switzerland developed by way of bilateral agreements allowed Switzerland to secure its interests in various aspects. Switzerland gained access to all the economic benefits without formal resignation from its direct democracy, independence, sovereignty, neutrality and federal structures. According to the Swiss government "by means of bilateral agreements between the EC and Switzerland, it seems that political and economic isolation of Switzerland was reduced to a stable level, which increased its negotiation position"²⁸. Although Switzerland does not have equal access to the common market, but economic relations with the Community are very narrow. And it is

²⁶ Botschaft 2004, p. 5966.

²⁷<http://www.bundesgesetzost.admin.ch/dokumentation/00438/00466/index.html?lang=de&download=M3wBPgDB/8ull6Du36WenojQ1NTTjaXZnqWfVpzLhmfnapmmc7Zi6rZnqCkkIN0fnt8bKbXrZ6lhuDZz8mMps2gpKfo> (1 June 2009).

²⁸ Botschaft 2004, p. 6161.

not only a geographical link between the markets. The most important elements of four freedoms of the internal market were included in the bilateral economic agreements²⁹. Labor markets are gradually opened and opportunities for continued education improve. In terms of air companies the situation of competition improved radically and barriers in trade of agricultural products were eliminated³⁰. Bilateralism also initiated the liberalization and necessary adjustment of structures in so called sensitive areas. With the opening of markets for road and rail transport, there could be developed jointly coordinated base for European pro-ecologic transport policy³¹. At the same time the method of regulation of economic relations enables the protection of Swiss legal regulations and adoption of Community regulations on the basis of autonomously expressed wishes.

Not without significance is the fact that bilateral economic agreements allows Switzerland for free practice of monetary policy. Of course, it should be noted that Switzerland also bears lower fiscal costs than in the case of full membership, doesn't pay the contributions to the EU budget, but committed itself under the Memorandum of Understanding of 2006 to transfer to new Member States one billion francs. Bilateral method of regulation of economic relations does not mean, however, only benefits for Switzerland. In addition to the aviation sector, Switzerland is not included in competition protection policy on the Communal market. That state is considered one of the most expensive, so in terms of the competitiveness of Swiss products to the Community there may be a concern about the market for the former. Actual obstacles and additional costs related to border between Switzerland and the EU also pose some problems. The effect of such a situation may be the fact that more and more Swiss entrepreneurs will decide to conduct business outside their country. A phenomenon can be observed that Swiss industry employs more workers outside Switzerland than in the country³². A formula for weaker points of bilateral way of regulation of economic relations would be an establishment of a customs union between the EU and Switzerland. It would lead to the abolition of border controls, customs, and to integrate Switzerland into the EU preferential agreements. There would also be possible full integration in the scope of agriculture on the EU market, which represents the biggest challenge for Switzerland. On the other hand there are Switzerland's concerns that the creation of a customs union with the EU could lead to erosion of substantive legal sovereignty, due to the fact that the transfer of decision-making powers to the EU is not balanced by sufficient participation in decision-making process. The European report of 2006, the Council of the Confederation argued that joining the customs union Switzerland would lose the possibility of concluding in autonomous way agreements within the WTO and preferential agreements within the EFTA.³³ The conclusions from existing economic relations are important to both the EU and Switzerland. From Swiss point of view, a weaker part of diversified integration, state-law issues and economic and practical deficiencies may lead to the conclusion that only full membership of Switzerland in the EU could guarantee future and give hope for traditional Swiss identity in the new position, and

²⁹ Botschaft 2004, p. 6162.

³⁰ Botschaft 2004, p. 6162.

³¹ Botschaft 2004, p. 6160

³² M. Engler, Direktinvestitionen: Auf Kosten der Arbeitnehmenden?, Die Volkswirtschaft, 78/9, 2005, p. 9-12.

³³ Europabericht 2006, p. 6941.

long-term continuation of bilateral regulation of economic issues will encounter fundamental and practical problems.

The current task of the Swiss Confederation is to separate European integration of Switzerland from its present context of pure interest policy and informing still skeptical society about the need for integration in the long term, as well as holding an open, public debate on the future of Switzerland in Europe and the world. From the EU's point of view a question arises how far could and should be implemented sensible diverse integration with third countries. Export and expansion of the Community law in an effort to create economic zones and influence spheres leads, together with a progressive integration, to problems of dependence and deficits of democracy, as shown in the case of Switzerland. Substantive rights and obligations must be proportionate to the opportunity of participation in their creation. Also in this case, there must be an appropriate structure-substance pairings. Otherwise the regulation of relations should be performed only on the basis of WTO law, and preferential regulations shaped on the basis of ranges indicated in the art. XXIV GATT and Art. V of GATS, and thus reduce them to the provisions relating to free trade and economic integration. The regulations going beyond the indicated range should be based on membership, which brings reasonable participation and democratic legitimacy of the decisions taken. The diversified integration with non-participating countries should therefore be limited, also in the interest of the EU's legitimacy for actions taken.

Literature:

- Cottier T., Oesch M.: *International Trade Regulation*, Bern and London, 2005
- Cottier T., Dzamko D., Evtimov E.: *Die europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts*, [in:] A. Epiney, S. Theuerkauf, F. Riviere (ed.) *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht, Annuaire suisse de Droit européen* 2003, Bern, 2004
- Cottier T.: *Zwischen Integration und Weltwirtschaft: rechtliche Spielräume der Schweiz nach der Uruguay-Runde des GATT*, [in:] *Schweizer Eigenart – eigenartige Schweiz. Der Kleinstaat im Kräftefeld der europäischen Integration*, (ed.) W. Linder, P. Lanfranchi, E. R. Weibel. , Bern, Stuttgart, Wien, 1996
- Engler M.: *Direktinvestitionen: Auf Kosten der Arbeitnehmenden?*, *Die Volkswirtschaft*, 78/9, 2005
- Mauhofer R.: *Die schweizerische Europapolitik vom Marschallplan zur EFTA 1947 bis 1960; Zwischen Kooperation und Integration*, Bern Stuttgart, Wien, 2001
- Spinner B.: *Rechtliche Grundlagen und Grenzen für bilaterale Abkommen*, [in:] *Accords bilatéraux Suisse – UE, Bilaterale Abkommen Schweiz – EU*, (ed.) D. Felder, Ch, Kaddous *Dossiers de droit européen* no 8, Basel, Genf, München, Brüssel, 2001

Reviewer:
Artur Kuś

Contact – email:
kamias@kul.pl

KOSOVO'S POST-INDEPENDENCE - TEST FOR THE EU'S COMMON FOREIGN AND SECURITY POLICY. WHAT ROLE HAS THE EULEX MISSION TO PLAY IN KOSOVO?

KATEŘINA NOVOTNÁ

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract:

Various interventions of an international community in failed states or otherwise unstable territories showed the crucial importance of the rule of law in establishing or re-establishing an order in post-conflict societies. The territorial status of one of the world's newest states, Kosovo, was resolved by its unilateral declaration of independence on 17 February 2008.

The current situation in Kosovo brings many points of major legal interest. This paper explores some of these legal issues, namely the role of the largest civilian operation the EU has ever launched. This paper assesses the implications of Kosovo's independence, analyses the legal framework of the EU mission and addresses some of the challenges this mission may face.

Key words:

The legal framework of the EULEX mission (the Council Joint Action 2008/124/CFSP); the implications of Kosovo's independence; the UNMIK; organized crime.

1. INTRODUCTION¹

Various interventions of an international community in failed states or otherwise unstable territories showed the crucial importance of the rule of law in establishing or re-establishing an order in post-conflict societies. The territorial status of one of the world's newest states, Kosovo, was resolved by its unilateral declaration of independence on 17 February 2008.²

¹ I would like to thank to the Chief Legal Advisor of the MNTF South Colonel Dr. Michael Pesendorfer, who arranged my stay in the KFOR military camp in Kosovo (Prizren) and organized meetings with various actors in order to support my data collection. I am also grateful to all persons from various institutions for their willingness to share their time, knowledge and information with me. In particular, I wish to thank to the Brigadier General of the MNTF South Thomas Starlinger, representatives of the OSCE Headquarters in Pristina Kirsten Joppe and Emily Patterson, Judge Zimmermann from the EULEX mission, the Dean of the Faculty of Law of the University of Pristina Prof. Hava Bujupaj-Ismajli and academics from the Faculty of Education in Prizren.

² The issue of legality of the unilateral declaration of independence under international law by Kosovo will not form a part of this paper. It has been already analyzed elsewhere. See e.g. Ch. J. Borgen, 'Kosovo's Declaration of Independence: Self-Determination, Secession and Recognition', *ASIL Insights*, Vol. 12 (2009). See also J. Crawford, *Creation of States in International Law*, 2nd edition, Oxford University Press (2006). The author of this paper is of the opinion that unilateral declaration of the independence of Kosovo and a subsequent recognition by many states including the Czech Republic was contrary to norms of international law. Admittedly, however, the political situation prior to the unilateral declaration of independence did not appear to offer any *realistic* alternative. The declaration of independence had a follow-up in a form of the request by the UN General Assembly for an advisory opinion of the International Court of Justice (ICJ) on the following

The current situation in Kosovo brings many points of major legal interest. This paper explores some of these legal issues, namely the role of the largest civilian operation the EU has ever launched within the European Security and Defence Policy (hereinafter 'ESDP'). Serbia and Kosovo have very different expectations from the EU mission (hereinafter 'EULEX'), although they agree that the mission will face various challenges.

First, it is both useful and necessary to introduce the situation in Kosovo prior to its declaration of independence, i.e. the engagement of United Nations Interim Administrative Mission in Kosovo (hereinafter 'UNMIK'). The relationship between UNMIK and EULEX is often described as EULEX mission 'taking over from UNMIK' or 'replacing UNMIK'. However, it will be argued that change of the legal status of Kosovo has and will continue to have a significant impact on a different role and different mandate of the EU mission as opposed to the UNMIK.

Second, this paper briefly introduces the EULEX missions including its three main components (judiciary, police and customs) and analyses the legal framework under which the EU mission was deployed. EULEX mission started to be fully operational only in 2009. Therefore, it is too early to thoroughly assess its functioning and draw any substantial conclusions at this stage. Nevertheless, the concluding section sets out some challenges this mission may face and offers some preliminary remarks.

2. KOSOVO'S PRE-INDEPENDENCE – THE ROLE OF UNMIK

Prior to Kosovo's independence, the United Nations (hereinafter 'UN') deployed UNMIK, which was established within the legal framework of the UN Security Council Resolution hereinafter UNSCR 1244).³ UNSCR 1244, which was adopted under the Chapter VII powers, decided on the deployment of international civil administration⁴ (UNMIK) and international security force⁵ (KFOR) presences under UN auspices.

question: "Is the unilateral declaration of independence by the Provisional Institutions of Self-Government in Kosovo in accordance with international law?" (still pending before the ICJ).

³ S/RES/1244 (1999), available at <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/172/89/PDF/N9917289.pdf?OpenElement> (last accessed 25 March 2009).

⁴ Paragraph 10 of Resolution 1244 authorized the Secretary-General "with the assistance of relevant international organizations, to establish an international civil presence in Kosovo in order to provide an interim administration for Kosovo under which the people of Kosovo can enjoy substantial autonomy within the Federal Republic of Yugoslavia, and which will provide transitional administration while establishing and overseeing the development of provisional democratic selfgoverning institutions."

⁵ The UNSC delegated to NATO the power to establish the international military presence (i.e. International Security Force (KFOR)) while the UNSC was to retain the ultimate authority and control over the KFOR. See also Military Technical Agreement (MTA) of 9 June 1999 signed between KFOR and the Governments of Serbia and the Federal Republic of Yugoslavia (FRY). Under Article 1 (paragraph 2) "The State Governmental authorities of the Federal Republic of Yugoslavia and the Republic of Serbia understand and agree that the international security force ("KFOR") will deploy following the adoption of the UNSCR referred to in paragraph 1 and operate without hindrance within Kosovo and with the authority to take all necessary action to establish and maintain a secure environment for all citizens of Kosovo and otherwise carry out its mission. They further agree to comply with all of the obligations of this Agreement and to facilitate the deployment and operation of this force", available at <http://www.nato.int/kosovo/docu/a990609a.htm> (last accessed 10 April 2009).

UNSCR 1244 envisaged Kosovo as an integral part of the territory within Yugoslavia with a high level of autonomy.⁶ The UNMIK was entrusted with the overall legislative and administrative powers, including the administration of judiciary (together with the Special Representative of the UN Secretary General).

During ten years of its presence in Kosovo, the UNMIK faced various challenges undermining the (re)establishment of the rule of law such as organized crime and corruption, serious deficiencies in the justice system (including, inter alia, lack of witness protection), high unemployment or the disagreement among Serbs and Albanians about which legislation (Serbian, Yugoslav⁷ or Albanian) was valid and to be considered as legitimate. The UNMIK made the situation often even more complicating by its legislative activities performed both independently and in a form of interventions in the already existing legislation.

The ethnic situation in Kosovo resulted into a parallelism of the judiciary ending with the Supreme Court of Kosovo for the Albanian majority and the Supreme Court of Serbia for the Serbian majority in certain areas such as North Mitrovica. Parallel judicial institutions caused application of different legal standards. Furthermore, this situation often amounted to violations of human rights, including the violation of the principle *ne bis in idem*. This paper claims that most of these challenges are still present and will be equally faced by EULEX mission. It is therefore useful to highlight some of the most pressing and important problems undermining the rule of law in Kosovo.

2.1 ORGANIZED CRIME AND INTER-CLAN VIOLENCE

It is widely agreed that mafia in Kosovo has infiltrated into politics and law enforcement authorities (including border control).⁸ Powerful clans control both the government and the mafia.⁹ Moreover, competition for power, wealth and status amongst different clans engaged

⁶ See the preamble of Resolution 1244 reaffirming “the commitment of all Member States to the sovereignty and territorial integrity of the Federal Republic of Yugoslavia and the other States of the region, as set out in the Helsinki Final Act and annex 2”.

⁷ For example old Yugoslav law (1956) applies with respect to property rights, which continues to further complicate the situation.

⁸ See e.g. D. Engel, ‘Organized Crime and Terrorism in the Balkans: Future Risks and Possible Solutions’, *HUMSEC Project*, available at: <http://www.humsec.eu/cms/index.php?id=331> (last accessed 5 March 2009), B. Dobovšek, ‘Transnational Organised Crime in the Western Balkans’, *HUMSEC Project*, available at: <http://www.humsec.eu/cms/index.php?id=331> (last accessed 5 March 2009), D. Anastasijevic, ‘Organized Crime in the Western Balkans’, *HUMSEC Project*, available at: <http://www.humsec.eu/cms/index.php?id=331> (last accessed 8 March 2009). One of many examples: all but two witnesses in trials with the so-called the ‘Dukagjini group’ are now dead. One of the members of the ‘Dukagjini group’ was also Daut Haradinaj - brother of Ramush Haradinaj, a leading KLA commander during the conflict who was appointed Prime Minister of Kosovo in December 2004 and who was charged of war crimes but was acquitted of all charges in 2008 by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY).

⁹ *BND-IEP Report Kosovo 2007* (‘Operationalisierung von Security Sector Reform (SSR) auf dem Westlichen Balkan intelligente/kreativ Ansätze fuer die langfristig positive Gestaltung dieser Region’) conducted by the German Bundeswehr repeated the accusations against current Prime Minister Thaci claiming that the real power in Kosovo lays with 15 to 20 family clans who control “almost all substantial key social positions” and are “closely linked to prominent political decision makers”. In contrast to the CIA and MI6, German intelligence reports accused Thaci as well as former Prime Minister Ramush Haradinaj and Xhavit Haliti of far-reaching involvement in organized crime.

in organized crime creates very unstable environment. Organized crime is closely interconnected with high unemployment, functioning of an impartial and independent judiciary and serious shortages of foreign investment capital. Moreover, any international loans will be in a current financial crisis arguably even harder to obtain.

Except trafficking in petrol, cigarettes and human beings, it is estimated that ethnic Albanian traffickers controlled over 70% of the heroin entering a number of key destination markets in Europe. This has been described as a “threat to the EU” by the Council of Europe in 2005.¹⁰ According to EUROPOL’s findings “ethnic Albanian criminal groups pose a significant threat to the EU because of their involvement in drug trafficking, THB [trafficking in human beings] and money laundering.”¹¹

Some commentators argue that neither Serbia nor UNMIK constitute any longer a common enemy for the clans after Kosovo’s independence.¹² Therefore, it is claimed that in the absence of a common enemy, inter-clan tensions are likely to arise with an increasing frequency.¹³ As Kaltcheva puts it “as evidenced during the March 2004 riots and, more recently, during the 2006 attacks against UNMIK Headquarters and the Assembly of Kosovo, a culture of protest does exist in Kosovo and is likely to persist after independence. Similarly, the culture of violence enshrined in the Code of Leke Dukagjini will continue long after independence.”¹⁴

The tradition of gjakmarrja (blood feuds) has serious impact on the social and political life in Kosovo. For example, the Institute on War and Peace Reporting (IWPR) stated that “old political allegiances play a role in how policemen act”. The IWPR added “as the families of murder victims grow increasingly resentful of the [KPS] inactions, many come to believe that justice will only be done if they take matters into their own hands”.¹⁵

2.2 WITNESS PROTECTION

Organized crime is closely interconnected with issue of witness protection. It is not only in the context of war crimes or crimes against humanity, but also in the context or prosecution of organized crime where the adequate and effective protection of witnesses is crucial.¹⁶

¹⁰ Council of Europe, ‘Organized Crime Situation Report 2005’, December 2005, p.50 (citing EUROPOL’s ‘2005 European Union Organized Crime Report’), available at <http://www.coe.int/Report2005E.pdf> (last accessed 28 April 2009).

¹¹ *Ibid.*

¹² T. Kaltcheva, ‘Kosovo’s Post-Independence, Inter-Clan Conflict’, *HUMSEC Project*, available at: <http://www.humsec.eu/cms/index.php?id=331> (last accessed 24 February 2009).

¹³ Kaltcheva illustrates that the years after the war have already seen a high increase in the number of blood feuds.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ J. Xharra, M. Hajrullahu, A. Salihu, ‘Kosovo’s Wild West’, available at http://www.kosovo.net/news/archive/2005/February_21/1.html (last accessed 4 May 2009).

¹⁶ See *supra* note 8.

Unfortunately, protection of witnesses is still not running on the satisfactory level. In the circumstances of Kosovo, it has been so far difficult to change witness's identity and to give witness a required help to lead a 'normal' life (the same holds true for Bosnia and Herzegovina). Inadequate protection heavily impacts on interrogation of witnesses, which has been so far uneasy and largely ineffective.¹⁷

As regards the issue of relocation of witnesses, according to the Organization for Security and Cooperation in Europe (hereinafter 'OSCE'), there were only informal agreements between UNMIK and receiving country. No formal agreements about relocation of witnesses were arranged. Moreover, judges and prosecutors do not often offered the possibility of relocation. As a result, the failure of responsible authorities to effectively protect witnesses impeded the establishment of the rule of law and diminished the public trust in the justice system.

2.3 CONCLUDING REMARKS REGARDING THE UNMIK PERFORMANCE

UNMIK was the longest and the most expensive UN mission. Was it worth it? As regards the overall evaluation of the UNMIK performance in Kosovo, it should be emphasized that, as opposed to the broad agreement on the need for KFOR to stay in Kosovo, the presence of UNMIK was judged far less positive.

UNMIK personnel often lacked any peacekeeping experience and knowledge about Kosovo's legal and political circumstances, which in turn required more time on the ground to get familiar with the existing state of affairs.

For ten years, UNMIK has had a full executive powers, significant financial resources (biggest per capita of all missions in the world) and support of majority of local population. Despite these facts, UNMIK's performance was subject to much criticism, and rightly so. UNMIK was considered as inefficient and almost impossible to monitor, due to a lack of commitment from the UNMIK to report and also to control the spending of funds.¹⁸ Hopefully, the EULEX mission will be much more cooperative and transparent than UNMIK in this regard.

3. WHAT ROLE HAS THE EULEX MISSION TO PLAY IN KOSOVO?

3.1 LEGAL FRAMEWORK FOR THE EULEX MISSION

¹⁷ During a personal interview with the OSCE representatives in Pristina, the question was posed with respect to the Witness Protection System (WPS) and the possibility to use 'video conferencing' in a real time. According to the information in 'Assessment of Standard Goals to April 2007', all district courts in Kosovo are now equipped with a WPS allowing to testify without being in a courtroom and with the possible voice distortion. In addition, Pristina and Prizren District Courts can allow witnesses to testify through video conferencing in a real time from the secure location outside Kosovo. However, as confirmed by the OSCE representative, the WPS in the courts is usually either broken or not connected. In other words, not functioning as it should.

¹⁸ Fact-finding delegation of the Budgetary Control Committee to Kosovo (22-25 June 2008), available at: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/200810/20081021ATT40275/20081021ATT40275EN.pdf> (last accessed 21 January 2009).

Recently, three major EU operations have been launched on the basis of EU crisis-management efforts.¹⁹ The European Security and Defence Policy is advancing in many ways including also security sector reforms.²⁰

In the context of Kosovo, the European Council of 14 December 2007 underlined “the readiness of the EU to play a leading role in strengthening stability in the region in line with its European perspective”.²¹ For that matter, EU shall assist Kosovo “in the path towards sustainable stability, including by means of a European Security and Defence Policy (ESDP) mission”.²² At the same time, the Joint Action recognized that the EULEX mission will be functioning in a situation which may deteriorate. This could have a harming effect on the objectives of the Common Foreign and Security Policy as set out in Article 11 of the Treaty.²³

The EULEX is a technical Rule of Law mission which will cover three main components: police, customs and justice.²⁴ The mission should assist Kosovo authorities by mentoring, monitoring and advising while respecting the local ownership. The legal basis for the establishment of the European Union Rule of Law Mission in Kosovo was the Council Joint Action 2008/124/CFSP (hereinafter ‘Joint Action’) supported by all 27 EU member states.²⁵

The Mission Statement described the role of the EU mission in the following terms “EULEX KOSOVO shall assist the Kosovo institutions, judicial authorities and law enforcement agencies in their progress towards sustainability and accountability and in further developing and strengthening an independent multi-ethnic justice system and multi-ethnic police and customs service, ensuring that these institutions are free from political interference and adhering to internationally recognised standards and European best practices” (Article 2 of the Joint Action). Main tasks of the mission are addressed in Article 3.²⁶ It is evident from the

¹⁹ Except Kosovo, the EU deployed its mission to Georgia. Thirdly, the EU’s first maritime operation: NAVFOR – Atalanta was launched to respond to pirates activities off Somalia and the Gulf of Aden. ESDP Newsletter (Number 7, 2009), available at <http://www.eulex-kosovo.eu/news/docs/CEU-8-005%20ESDP-7-webRes.pdf> (last accessed 26 March 2009).

²⁰ The concrete example of the implementation of this policy in the field is the EU’s mission in Guinea-Bissau.

²¹ Para. 7 of the Joint Action.

²² *Ibid.*

²³ Para. 14 of the Joint Action.

²⁴ Under a deployment, there should be 1900 international judges, lawyers, police, customs and correctional officers and 1100 local support staff. The budget for the initial 16 months is EUR 205 million. EULEX is the biggest civilian mission the EU has ever launched both in terms of personnel and budget. In *Special Report on EULEX*, available at <http://www.eulex-kosovo.eu/news/docs/CEU-8-005%20ESDP-7-webResEULEX.pdf> (last accessed 17 May 2009).

²⁵ The duration of the EULEX stay in Kosovo has been determined by the Joint Action as a founding document for two years from its signing (i.e. 4 February 2008). Nevertheless, the mission may actually stay longer. According to the Head of Mission Yves de Kermabon, the EULEX may stay until “the Kosovo authorities have gained enough experience to guarantee that all members of society benefit from the rule of law”, available at <http://www.eulex-kosovo.eu/?id=15> (last accessed 25 May 2009).

²⁶ In order to fulfil the Mission Statement set out in Article 2, EULEX mission shall: (a) monitor, mentor and advise the competent Kosovo institutions on all areas related to the wider rule of law (including a customs

content of the Article 3 that the organized crime and corruption remain to be serious problems to be dealt with.

Interestingly, EULEX is also claiming to be operating under the general framework of the UNSCR 1244, which is explicitly mentioned in the Joint Action.²⁷ One could argue that this is a rather broad interpretation of UNSCR 1244.²⁸ UNSCR 1244 was clearly adopted in a different time (1999) and context (UNMIK as an international administration and KFOR as international security force entered Kosovo as the part of FRY/Serbia)²⁹, i.e. in the situation which in no way anticipated the independence of Kosovo. Obviously, there is no reference to the EULEX mission in UNSCR 1244 per se.

At the same time, UN Security Council did not replace UNSCR 1244, therefore the legal basis of a new mission from the international law point of view was not a clear-cut. This can be illustrated also by the fact that the Kosovo authorities have repeatedly stated that UNSCR

service), whilst retaining certain executive responsibilities; (b) ensure the maintenance and promotion of the rule of law, public order and security including, as necessary, in consultation with the relevant international civilian authorities in Kosovo, through reversing or annulling operational decisions taken by the competent Kosovo authorities; (c) help to ensure that all Kosovo rule of law services, including a customs service, are free from political interference; (d) ensure that cases of war crimes, terrorism, organised crime, corruption, inter-ethnic crimes, financial/economic crimes and other serious crimes are properly investigated, prosecuted, adjudicated and enforced, according to the applicable law, including, where appropriate, by international investigators, prosecutors and judges jointly with Kosovo investigators, prosecutors and judges or independently, and by measures including, as appropriate, the creation of cooperation and coordination structures between police and prosecution authorities; (e) contribute to strengthening cooperation and coordination throughout the whole judicial process, particularly in the area of organised crime; (f) contribute to the fight against corruption, fraud and financial crime; (g) contribute to the implementation of the Kosovo Anti- Corruption Strategy and Anti-Corruption Action Plan; (h) assume other responsibilities, independently or in support of the competent Kosovo authorities, to ensure the maintenance and promotion of the rule of law, public order and security, in consultation with the relevant Council agencies; and(i) ensure that all its activities respect international standards concerning human rights and gender mainstreaming.

²⁷ See the preamble of the Joint Action referring to the UNSCR 1244, namely to paragraphs 19, 10, 11 and 17 respectively: ‘Decides that the international civil and security presences are established for an initial period of 12 months, to continue thereafter unless the Security Council decides otherwise’ (Paragraph 19), — ‘Authorises the Secretary-General, with the assistance of relevant international organisations, to establish an international civil presence in Kosovo ...’ and ‘Decides that the main responsibilities of the international civil presence will include ... (f) in a final stage, overseeing the transfer of authority from Kosovo’s provisional institutions to institutions established under a political settlement ... (i) maintaining civil law and order, including establishing local police forces and meanwhile through the deployment of international police personnel to serve in Kosovo’ (Paragraphs 10 and 11), — ‘Welcomes the work in hand in the European Union and other international organisations to develop a comprehensive approach to the economic development and stabilisation of the region affected by the Kosovo crisis, including the implementation of a Stability Pact for South Eastern Europe with broad international participation in order to further the promotion of democracy, economic prosperity, stability and regional cooperation’ (Paragraph 17).

²⁸ S/2008/692 (18 November 2008), *Report of the Secretary-General on the UNMIK*: “EULEX will fully respect Security Council Resolution 1244 (1999) and operate under the overall authority and within the status-neutral framework of the United Nations. EULEX will submit reports to the United Nations on a regular basis” (para. 50).

²⁹ See the preamble of Resolution 1244 reaffirming “the commitment of all Member States to the sovereignty and territorial integrity of the Federal Republic of Yugoslavia and the other States of the region, as set out in the Helsinki Final Act and annex 2”.

1244 is no longer relevant and that the institutions of Kosovo have no legal obligation to abide by it.³⁰ As the Head of EULEX Mission Yves de Kermabon admits “the environment in which EULEX is operating in Kosovo is indeed a bit complex.”³¹

This complex environment deserves a closer analysis. As was already noted above, the issue of the recognition of the independence of Kosovo by some states as opposed to other (including both member states of the EU and the UN) has an impact on the EULEX mission status and effectivity on the whole territory of Kosovo including the parts with the Serbian majority. Both the Head of the EULEX mission Yves de Kermabon and the UN Secretary-General Ban Ki-moon described EULEX as a status neutral mission in order to make it acceptable also was Serbia (and other countries which do not recognize Kosovo as an independent state).

3.2 SIX-POINT PLAN VERSUS FOURTH-POINT PLAN FOR THE DEPLOYMENT OF THE EULEX MISSION

In this context, the UN Secretary-General proposed a six-point compromise plan for the deployment of the EULEX mission which was negotiated between the UN Secretary General, Serbia and the European Union. The six-point plan was supposed to cover six issues – police, customs, justice, transportation and infrastructure, boundaries and Serbian cultural heritage.³² Serbia provided three conditions under which it would accept the EULEX mission, i.e. EULEX mission will be approved also by the UNSC, it will be status neutral and it will not implement the Ahtisaari Plan.³³

Nevertheless, this plan has been rejected by Kosovo authorities who argued that it compromises Kosovo’s sovereignty.³⁴ Kosovo authorities were of the view that accepting the 6-point-plan would formally mean a loss of their sovereignty over North Kosovo. At the same time, Kosovo authorities introduced on 18 November 2008 its four-point plan. The fourth-point plan offered by Kosovo authorities included the following points:

³⁰ S/2009/149 (17 March 2009), *Report of the Secretary-General on the UNMIK* (para. 4).

³¹ *Supra* note 17.

³² This plan also envisaged that Serb-majority areas would be under police force autonomous from the EULEX and receiving directives only from UNMIK.

³³ The Report of the Special Envoy of the Secretary-General on Kosovo’s future status and, in an addendum, the Comprehensive Proposal for the Kosovo Status Settlement (S/2007/168/Add.1) prepared by Special Envoy for the future status process for Kosovo, Martti Ahtisaari, available at <http://www.unosek.org/docref/report-english.pdf> (last accessed 2 May 2009).

³⁴ S/2008/692, Annex I, Statement by the authorities in Pristina (18 November 2008): “1. We are in favour of a quick deployment of EULEX in Kosovo in accordance with the mandate foreseen in the Declaration of Independence, the Comprehensive Proposal for a Kosovo Status Settlement, the Constitution of the Republic of Kosovo, Kosovo legislation, the European Union Joint Action of 4 February 2008 and Kosovo’s institutions’ invitation to EULEX. 2. Kosovo’s institutions reject the whole six-point document.”

- ‘the Government of the Republic of Kosovo support the quick deployment of EULEX in Kosovo based on the Independence Declaration, Ahtisaari document and Kosovo Constitution;
- institutions of the Republic of Kosovo reject entirely the Six-Point Plan;
- institutions of the Republic of Kosovo will closely cooperate with EULEX in the entire territory of Kosovo; and
- institutions of the Republic of Kosovo will cooperate as always with the United States of America, the European Union and NATO’.³⁵

As a result, the six-point plan cannot be imposed on Kosovo. As Fried summarized “any arrangements that are made have to be coordinated with the Government of Kosovo. And that is a result of the determination of the Kosovo Government that its sovereignty be respected. And, in the end, it was respected”.³⁶

3.3 JUSTICE COMPONENT

The main tasks of the Justice Component include involvement of EULEX legal experts in the work of a newly created Ministry of Justice, forensic experts in the Office of Missing Persons and forensics (OMPF)³⁷ and others personnel in the Kosovo Property Agency. EULEX judges are also assigned to the Supreme and District Courts and EULEX prosecutors to the Office of the Public Prosecutor, Special Prosecutor’s and District Prosecutor’s Offices. EULEX staff is also working in the Penitentiary administration and Kosovo Judicial Council.³⁸

According to the Head of EULEX mission Yves de Kermabon, EULEX is not in Kosovo to make laws.³⁹ Nonetheless, the Report⁴⁰ clearly states that EULEX actively participated in “drafting and reviewing a number of laws in the rule of law area prior to their submission to the Assembly of Kosovo, including laws on weapons, public peace and order and private

³⁵ New Kosova Report (18 November 2008), available at <http://www.newkosovareport.com/200811181423/Views-and-Analysis/Demonstration-Kosovo-undivided-and-sovereign.html> (last accessed 10 May 2009).

³⁶ Transcript a/s D., Fried, Embassy of the United States in Pristina, Kosovo, Interview with Kosovo’s RTV 21, November 28, 2008), arranged by EUR/PPD – Washington, available at http://pristina.usembassy.gov/statement_11282008.html (last accessed 5 April 2009).

³⁷ OMPF together with local counterparts has to still deal with 1900 cases of missing persons and over 400 remains which still has to be identified.

³⁸ The EU’s new test in the Balkans, *The Independent* (10 December 2008).

³⁹ <http://www.eulex-kosovo.eu/?id=15> (last accessed 17 April 2009).

⁴⁰ Report of the Secretary-General of the Council of the European Union/High Representative for the Common Foreign and Security Policy to the Secretary-General of the United Nations on the activities of the European Union Rule of Law Mission in Kosovo, available at <http://www.eulex-kosovo.eu/?id=15> (last accessed 9 May 2009).

security companies. EULEX has been assisting the Kosovo authorities with the drafting of a number of strategic policy documents, including those on anti-corruption, organized crime, counter-terrorism, and counternarcotics, and an action plan against trafficking in human beings”.⁴¹

Leaving aside EULEX (non)legislative activities, the situation remains even more unclear with respect to the applicable law (Albanian, Serbian or Yugoslav law) in some areas. Yves de Kermabon stated that the issue on which laws are to be applied is a matter for independent judges to decide on a case by case basis.⁴² However, it is claimed that there will be different legal regimes and standards applied depending on the part of the country. For example the court in northern Mitrovicë/Mitrovica now operates on a limited basis with EULEX international judges and prosecutors and local interlocutors in northern Kosovo have been informed about the leading role of EULEX in justice system in a whole territory of Kosovo. Nevertheless, in Zubin Potok, the municipal and minor offences courts remain nonoperational as a result of the resignation of all Kosovo Serb support staff, while the municipal and minor offences courts of Leposaviq/Leposavić continue to function as part of the court system of Serbia (emphasis added).⁴³ This scenario is undermining the rule of law efforts of EULEX and certainly does not contribute to the application of the uniform legal standards for all ethnic groups.

3.4 HUMAN RIGHTS

There are also several concerns regarding human rights situation in Kosovo such as the inadequate criminal justice system, domestic violence, violence against ethnic minorities, the inability of refugees and displaced persons to return safely to their homes, the plight of the Roma, Ashkali and Egyptian communities.

As regards the compliance with standards and obligations flowing from the international law, EULEX judges noted that Kosovo willingly accepted various international obligations via its Constitution. That is all well. It is however respectfully submitted that the situation in practice might be more difficult.

States enter into international human rights treaties in order to allow anyone under its jurisdiction to challenge possible violations of human rights not only in domestic courts (i.e. Kosovo courts), but ultimately (after exhaustion of all domestic remedies) before international judicial mechanisms, such as the European Court of Human Rights ('ECtHR').

Yet, there is no mechanism for individuals from Kosovo to bring an action against State of Kosovo in front of the ECtHR. Kosovo would have to become a member of Council of Europe. However, Serbia and other states will arguably “block the admission of Kosovo to the

⁴¹ Report of the Secretary-General of the Council of the European Union/High Representative for the Common Foreign and Security Policy to the Secretary-General of the United Nations on the activities of the European Union Rule of Law Mission in Kosovo (para. 6), available at <http://www.eulex-kosovo.eu/?id=15> (last accessed 9 May 2009).

⁴² <http://www.eulex-kosovo.eu/?id=15> (last accessed 17 April 2009).

⁴³ *Supra* note 28 (para. 14).

UN and to the Council of Europe, and consequently block Kosovo's succession or accession to many human rights treaties, including the ECHR and the ICCPR."⁴⁴ Thus, the voluntary incorporation of certain international obligations arising from the treaties without actually becoming the party to the respective treaty as such does not provide a full protection as will be desirable, especially in the given circumstances of Kosovo.

For example Article 17 (1) of the Constitution⁴⁵ provides that: "The Republic of Kosovo concludes international agreements and becomes a member of international organization." It is nevertheless submitted that Kosovo can hardly conclude certain international agreements or become member of certain international organization, if it might be subject to approval by concerned states parties to the treaty or members of international organization. This issue is of course very closely interconnected with the non-recognition of Kosovo by many states.

4. SOME CONCLUDING PRELIMINARY REMARKS

Even after ten years of international administration by UNMIK, Kosovo remains one of the most segregated places in Europe, heavily affected by organized crime, corruption, high unemployment, thousands of refugees and internally displaced persons and many 'ethnically clean' towns and villages.

EULEX mission, in comparison with other EU missions, has had the advantage of a long planning period before becoming fully operational. EULEX is recently the biggest civilian mission the EU has ever launched both in terms of personnel and budget. As for the budget, it is imperative that there is an appropriate and a high-quality planning of the EULEX budget in order to prevent fraud, corruption and mismanagement. Since 1999, approximately 2.3 billion Euros were already granted to Kosovo as an aid. The investigations conducted by the EU Anti-Fraud Office (OLAF), Italian Financial Police and UN investigators revealed many cases of financial embezzlement (mostly in electricity sector).⁴⁶

EULEX mission has a huge potential. However, it has to make sure to bridge its aims, programmes and ideas with their practical implementation on the ground. If it is to lead by example and enhance its legitimacy for the people of Kosovo, it has to subject itself to much greater scrutiny than UNMIK.⁴⁷

⁴⁴ M., Markovic, T., Papić, 'As Bad As It Gets: The European Court of Human Rights' Behrami and Saramati Decision and General International Law', *International and Comparative Law Quarterly* (2009), 58, p. 32. See Art. 48(1) of the ICCPR, which provides that it is 'open for signature by any State Member of the United Nations or member of any of its specialized agencies, by any State Party to the Statute of the International Court of Justice, and by any other State which has been invited by the General Assembly of the United Nations to become a party to the present Covenant' and Art. 59(1) of the ECHR, which stipulates that it 'shall be open to the signature of the members of the Council of Europe.

⁴⁵ See also Article 19 and Article 22 of the Kosovo Constitution.

⁴⁶ Report of the European Anti-Fraud Office, Summary version, available at http://ec.europa.eu/anti_fraud/reports/olaf/2007/en.pdf (last accessed 28 May 2009). See also I. Casuneanu, 'Funds Embezzlement Within the European Communities Budgets', *Juridical Journal*, available at <http://www.juridicaljournal.univagora.ro/download/pdf/47.pdf> (last accessed 18 my 2009).

⁴⁷ *Supra* note 15.

Admittedly, the transformation of a current state of Kosovo's police, justice and customs to a desirable state of "sustainability, accountability, multi-ethnicity, freedom from political adherence, and adherence to internationally recognised standards and European best practices"⁴⁸ will certainly not happen overnight.

It is not possible to force the population to live all of the sudden together in a harmony if it suffered from centuries-old animosities, oppression and civil war. Unfortunately, Kosovo is not (yet) the multi-ethnic society that was intended.⁴⁹ Its unstable political, social and legal environment presents a unique challenge to the EULEX mission for which there is no quick solution at hand.

At the same time, the transformation to a desirable state of affairs will have limited results if it is to be 'imposed' only from outside. Change must come from within Kosovo. EULEX and Kosovo authorities should reinforce each other's work. If Kosovo's authorities and institutions do not genuinely cooperate and work together on the change, EULEX mission will either fail or will have to stay in Kosovo 'forever'. Certainly, neither European taxpayers, nor people of Kosovo would appreciate such a scenario.⁵⁰

Reviewer:
David Sehnálek

Contact – email:
katerina.novotna@law.muni.cz

⁴⁸ *Supra* note 41.

⁴⁹ R. Murphy, *UN Peacekeeping in Lebanon, Somalia and Kosovo, Operational and legal Issues in Practice*, Cambridge University Press (2007).

⁵⁰ Special Report on EULEX, available at <http://www.eulex-kosovo.eu/news/docs/CEU-8-005%20ESDP-7-webResEULEX.pdf> (last accessed 5 May 2009).

**SEKCE PRÁVNÍ, EKONOMICKÉ A SOCIÁLNÍ
ASPEKTY POHYBU OSOB V EVROPSKÉ ÚNII**



***LEGAL, ECONOMIC AND SOCIAL ASPECTS OF
THE MOVEMENT OF PERSONS IN THE
EUROPEAN UNION SECTION***

MOBILITY OF STUDENTS AND THE NEW LAW ON HIGHER EDUCATION IN POLAND

ANNA BUDNIK

University of Bialystok, Faculty of Law, Poland

Abstract in original language:

The mobility of students is a condition sine qua non of building a modern society of knowledge. The international co-operation is one of the most important goals of the Polish government as well Polish higher education institutions. This paper aims to show how the new Law on Higher Education relates to the mobility of students, especially to the incoming ones. It also shows which of its provisions are the result of the implementation of the Bologna Process rules.

Key words in original language:

Mobility; students; higher education; Bologna Process.

The free movement of people is guaranteed by the European Community Treaty. Pursuant to these provisions, also students and academic teachers have the right to enter and stay in any Member State of the European Union. Student mobility has been in the focus of European politics for a long time now. Hence a number of programs financed by, for instance, the European Commission, which enable an international student exchange. However, pursuant to art.149 of the Amsterdam Treaty, none of the EU bodies has a formal jurisdiction over higher education. Their role is supposed to consist merely of supporting higher education.

The actual process aiming at the harmonization of higher education systems in Europe is taking place outside the European Union's structures. Before the Bologna Declaration was signed by 29 European countries in 1999, higher education in a wider aspect had been practically inexistent in the European policy¹. The higher education ministers who had signed this deed set themselves two main goals: one is to establish a European Space for Higher Education by 2010² and the second one is to make the European higher education more competitive on the world education market. One of the things which, according to the signing parties of this declaration, is supposed to contribute to achieving these goals is the increased mobility of students, academic teachers and researchers. The mobility in the area of higher education can be categorized into horizontal mobility, i.e. studying in a different university, and vertical mobility, i.e. changing university after completing a certain level of studies, which may be connected with changing the field of study.

The Bologna Declaration is classified as the so-called soft law, which means that there is no formal obligation for the states to implement it into their own legal systems. They do it, however, because they do not want to stay behind. It also refers to Poland, which adapts its

¹ At present, there are 46 countries who have signed the Bologna Declaration, including those which do not belong to the European Union.

² However, during the meeting of higher education minister in Leuven/Louvain-la-Neuve between 28-29 April 2009, this deadline was extended until 2012.

own higher education system to the recommendations agreed upon during the so called Bologna Process.

The aim of this article is to present the Polish legal regulations referring to student mobility and, in particular, those which are supposed to encourage foreign students to study in Poland. The mobility in the area of higher education is one of the main objectives of both the Polish Government and the schools of higher education.

The sources of higher education law in Poland

The Polish higher education system is regulated by the Constitution of the Republic of Poland, the Law on Higher Education (hereinafter referred to as LHE) and numerous by-laws to this act.

Pursuant to art.70 item 2 of the Constitution, the education in public schools is free. The law may, however, permit rendering certain educational services for a fee. It refers mainly to extramural studies. Pursuant to art. 70 item 4 of the Constitution the authorities provide the citizens with a universal access to education. For this purpose, they create and support the systems of individual financial organizational aid for pupils and students. The terms of such aid are specified by the act. The provisions of the Constitution apply also to foreigners who may study in Polish schools according to the same rules as Polish citizens.

The basic legal act relating to higher education is the Law on Higher Education³. International cooperation is discussed in Chapter 4 entitled „International Co-operation of Higher Education Institutions in the Area of Education and Research”. Pursuant to art. 41 item 1 of the Act, the minister responsible for higher education, in consultation with the Minister of National Defence and the ministers responsible for home affairs, health matters, culture and national heritage protection, research and maritime economy, co-ordinates the co-operation between higher education institutions and foreign academic and research institutions within the framework of international agreements concluded by the Republic of Poland. And pursuant to art.42, the minister responsible for higher education has specified, by regulation, the conditions for sending people abroad on research, didactic and training assignments and the specific entitlements of persons on such assignments.⁴ However, according to item 2 of the above mentioned article, considering the autonomy of higher education institutions, the conditions and procedure for a higher education institution sending abroad its staff, doctoral students and students for the purposes specified above are laid down by the senate of this institution.

Pursuant to art. 43 item 1, non-nationals may undertake and follow educational programs and participate in research and development projects according to the rules applicable to Polish citizens and pursuant to the provisions of this Act. Pursuant to art.43 item 2, these persons are:

- non-nationals who have been granted a permit to settle;

³ The Act dated 27 July 2005 (Journal of Laws No.164, item 1365 as amended).

⁴ The Decree of the Minister of Science and Higher Education dated 12 October 2006 relating to the conditions of sending persons abroad on research, didactic and training assignments and specific entitlements of persons on such assignments.

- holders of a valid Polish Charter;
- non-nationals who have the status of a refugee granted in the Republic of Poland;
- non-nationals under a temporary protection on the territory of the Republic of Poland;
- migrant workers who are nationals of a Member State of the European Union, the Swiss Confederation or a member state of the European Free Trade Association (EFTA) – a party to the Agreement on the European Economic Area and their family members if they live on the territory of the Republic of Poland
- non-nationals who have been granted on the territory of the Republic of Poland a residence permit of a European Community long-term resident;
- non-nationals who have been granted on the territory of the Republic of Poland a permit for fixed-term residence in connection with the circumstances referred to in art. 53 section 1 point 7, 13 and 14 of the Aliens Act of 13 June 2003 (Journal of Laws No.128, item 1175, as amended)⁵;
- non-nationals who have been granted complementary protection on the territory of the Republic of Poland;
- nationals of European Union Member States, member states of the European Free Trade Association (EFTA) – a party to the Agreement on the European Economic Area or the Swiss Confederation and their family members who have a permanent residence right.

The remaining foreigners may enrol on and follow education:

- as holders of scholarships awarded by the Polish party;
- on a fee-paying basis;
- without a fee or scholarship benefits;
- as holders of scholarships awarded by the sending party, without paying tuition fees;
- as holders of scholarships awarded by higher education institutions;
- on the basis of:
- international agreements, subject to the rules defined therein;

⁵ It refers to the case of granting a fixed-term residence permit to a non-national who has a work permit or a written declaration of the employer about the intention to give a job to a non-national if a work permit is not required; has a residence permit for a long-term EC resident granted by another Member State of the European Union, or intends to work or conduct business activity on the basis of the relevant legal regulations binding in the Republic of Poland, undertake or continue studies or vocational training, or proves that there are other circumstances justifying his/her stay on the territory of the Republic of Poland; is a family member of a non-national mentioned above, that he/she lived together with on the territory of another EU Member State, accompanying him/her or willing to join him/her.

- agreements concluded between higher education institutions and foreign entities, pursuant to the rules defined therein;
- decisions of the minister responsible for higher education or the respective minister;
- decisions of the provost of a higher education institution.

Nationals of the Member States of the European Union, the Swiss Confederation or the member states of the European Free Trade Association (EFTA) – parties to the Agreement on the European Economic Area and members of their families who have a valid Polish Charter and adequate funds to cover the maintenance costs during the period of study may enrol on, and follow, degree programs, doctoral programs and other forms of education or training, as well as participate in research and development projects pursuant to the rules applicable to Polish nationals, with no entitlement, however, to a maintenance grant, special grant for disabled persons, accommodation grant, meals grant or aid payments, or pursuant to other rules which depend on personal circumstances of the non-nationals.⁶

Pursuant to art. 44 of the LHE, the Minister of Science and Higher Education, has specified, by regulation, the criteria that the non-nationals willing to study in Poland have to meet. They refer to the mode of study and the related financial issues⁷.

The Law on Higher Education and the Bologna Process

The new Law on Higher Education contains a lot of recommendations connected with the realization of the Bologna Process and the establishment of the European Space for Higher Education, including those which are supposed to ensure a higher student mobility. What is considered to be the most important here is the introduction of the European Credit Transfer System (ECTS), a two-cycle education and doctoral programs.

The ECTS is supposed to ensure a greater transparency of education systems and facilitate student mobility in the whole Europe by means of the transfer of credits. The ECTS is based on the assumption that the total input of work that a student has to contribute to complete successfully one academic year corresponds to 60 credits. These 60 credits are distributed among the particular classes in a given course, courses or modules, which show the part of the student's total work input which is required to achieve the specific learning outcomes related with a given class/course or module. Credit transfer is guaranteed by clear-cut agreements signed by the sending institution, the receiving institution and the student who does a part of his/her studies in a different school⁸.

⁶ The level of scholarships for non-nationals has been specified in the Communication no.3 of the Minister of Science and Higher Education dated 15 July 2007 and relating to the level of scholarships awarded to non-nationals who are the holders of scholarships awarded by the Polish party and the students of Polish origin following studies in the country of their residence (Official Journal of the Ministry of Science and Higher Education No.1, item 10)

⁷ The Regulation of the Minister of Science and Higher Education dated 12 October 2006 relating to non-nationals enrolling on and following studies, courses and other participants in scientific research and development projects (Official Journal No.190, item 1406)

⁸ Szerzej na temat ECTS zob. Europejski Przewodnik Transferu i Akumulacji Punktów (ECTS), Warszawa 2006

The application of the ECTS is provided for by the art.165 item 1 of the LHE, which states that the organization and schedule of degree programs shall allow for the transfer and recognition of results obtained by students in an organizational unit of their home institution or in another institution, including a foreign one, in accordance with the rules of a learning achievement transfer system. The system was implemented by the regulation on the conditions and procedure for learning achievement transfer issued on the basis of the art.165 item 2 of the LHE by the Minister of Science and Higher Education on 3 October 2006 (Journal of Laws No.187 item 1385). Pursuant to paragraph 3 of the regulation, a student obtains ECTS credits corresponding to a given course if he/she meets all the curricular requirements and achieves the assumed educational results.

The new Law on Higher Education has also introduced two-cycle degree programs although they were also allowed under the Act on Higher Education of 12 September 1990, which is no longer binding. In the art. 159 of the LHE it is clearly stated that states degree programs in a higher education institution are provided as first-cycle or second-cycle programs or as long-cycle Master's degree programs. Pursuant to art. 166 item 1 of the LHE, first-cycle programs (Bachelor's degree, Pl: licencjat) last from six to eight semester whereas, pursuant to art.6 item 4, second-cycle programs last three or four semesters.

In accordance with the agreement concluded between the ministers responsible for higher education in Berlin in 2003, the above-mentioned model of education has been extended to include third-cycle programs, i.e. doctoral degree programs, which are discussed in Chapter 3 of the act. Pursuant to art. 195 of the LHE, doctoral programs may be provided by organizational units of a higher education institution which are authorized to confer either the academic degree of doktor habilitowany or the academic degree of doktor in at least two different disciplines of the same area of science. Doctoral degree programs exist in the majority of Polish higher education institutions. However, their development is different in each of them, which has been proved by a survey related to the operation of doctoral degree programs in Polish schools of higher education⁹. The survey has been conducted in only 21 institutions, which educate over 10 thousand doctoral students. Its results indicate the popularization and diversification of doctoral degree programs. Depending on an institution, young academics have a different status and doctoral programs - a different place in the institution's strategy. The survey has also shown a financial diversity and the lack of common coherent actions which would improve the quality of education and foster a good operation of doctoral programs.

The granting of ECTS credits is obligatory only with reference to first-cycle and second-cycle programs. Pursuant to § 5 item 1 of the regulation on the conditions and procedure for transferring students' achievements, the number of ECTS credits required to graduate is:

- 1) for first-cycle degree programs: 180—240;
- 2) for second-cycle degree programs: 90—120;
- 3) for long-cycle Master's degree programs: 270—360.

⁹ A survey conducted in December 2007 by the Management Board of the National Representation of Doctoral Students, available at: <http://www.erasmus.org.pl/index.php/ida/292/>

At present, the ECTS is not obligatory for doctoral degree programs. Upon the completion of these programs, the graduate does not receive, like in the case of the two preceding cycles, a diploma confirming the award of a degree, but a certificate confirming the completion of this program.

An important element supporting student mobility is the introduction of diploma supplements. A diploma supplement contains the information necessary to determine the level and character of education obtained by a graduate of a degree program, i.e.: a description of the program syllabus, a register of a student's individual achievements, a general description of the higher education system of the country where the given degree program is conducted¹⁰. The supplement is a document issued in the language of the country where the degree program is conducted and in one or more "international languages". One of its objectives is to serve as a tool for employer evaluation of graduates on the global labour market, but its application for this purpose is rather limited¹¹. Pursuant to art. 167 item 3 of the Law on Higher Education, the minister shall specify by regulation the conditions for the award of and specimen of diploma supplements¹².

Poland is currently working on the National Qualification Framework, which is supposed to be constructed with reference to the European Qualification Framework¹³. It means that the obtained qualifications, i.e., to put it simple, the title or degree associated with a given diploma or certificate, are comparable to the qualifications obtained in particular member states of the Bologna Process. It should be underlined here that the European Qualification Framework is not supposed to be an instrument standardizing the qualification framework in all countries. It is only a kind of a common denominator, a point of reference. The Qualification Framework should be constructed in a way that would account for the student's learning outcomes after the completion of a given degree program.

A significant element in the process of the development of international cooperation is the recognition of diplomas and qualifications obtained in another country. This issue is regulated mainly by a number of agreements that Poland is a party to. The matters which are not covered by these agreements, are subject to the Regulation of the Minister of National Education of 24 February 2006 relating to the nostrification of higher education diplomas awarded abroad (Journal of Laws No.37, item 255 as amended)¹⁴. This act lists, among others, the entities which nostrify diplomas and the situations when a person applying for admission to a second-cycle or a third-cycle program may be exempt from the nostrification procedure. For instance, pursuant to § 8 item 1 of the regulation, a person applying for admission to a third-cycle program in a Polish higher education institution or a doctoral degree program in a research facility, or a person who wants to register for a doctoral degree

¹⁰ A. Kraśniewski, *Proces Boloński: dokąd zmierza europejskie szkolnictwo?*, Warsaw 2006, p. 19.

¹¹ *Ibidem*, s. 20.

¹² A diploma supplement specimen specified in the Annex to the Regulation of the Minister of Higher Education of 19 December 2008 on the types of professional titles conferred upon the graduates of degree programs, the specimen of diplomas and certificates awarded by higher education institutions (Journal of Laws No.11 item 60).

¹³ The European Qualification Framework was included in the Recommendation of the European Parliament and the European Commission dated 23 April 2008.

¹⁴ The regulation has been amended twice so far.

conferment procedure in a Polish university or research facility, may be exempt from the nostrification procedure if he/she holds a higher education diploma awarded by an authorized institution operating in the education system of a Member State of the European Union, the Swiss Confederation, a member state of the European Free Trade Association (EFTA) — a party to the Agreement on the European Economic Area or a country – a party to the Convention on the Recognition of Qualifications concerning Higher Education in the European Region, and entitling its holder to apply for admission to doctoral degree programs or registering for a doctoral degree conferment procedure in the country where it has been awarded.

The above changes in the legislation relating to higher education are illustrated by the data which indicate an increase in the number of foreign students in Poland. In the 2007/2008 academic year, in Polish schools of higher education there were 13,7 thousand of foreigners compared to 11,8 thousand in the previous year, 6,6 thousand in 2000/2001 and 4,3 thousand in 1990/1991. The majority of foreigners study at universities - 4,2 thousand people and in medical universities - 3,8 thousand. In economic universities there were 2,8 thousand foreign students and in technical universities - 1,0 thousand. As regards the field of study, the most popular with foreign students were: medical degree programs (4,4 thousand people), economics and administration (2,8 thousand), social studies (1,9 thousand) and humanities (1,6 thousand).

In the total number of 1,5 thousand of foreign graduates in the 2006/2007 academic year, the graduates of medical degree programs – 307 people (i.e. 20,6% of the total) constituted the biggest group, then came the graduates of economic and administrative degree programs – 257 (i.e. 17,3% of the total), social studies – 233 persons (i.e. 15,6% of the total) and the humanities – 221 persons (i.e. 14,8% of the total). The most numerous group of foreigners studying in Poland were students from Europe – in total 8,9 thousand people, including students from Ukraine, Belarus, Norway and Switzerland.¹⁵ Unfortunately, the number of foreigners pursuing their doctoral degrees in Poland is decreasing. Last year there were only 375 of them.¹⁶

Conclusion

The Polish Law on Higher Education provides an adequate framework for non-nationals not only to study on the same level, but also to start a subsequent level of studies and change the profile or field of study. The recent data show a growing interest of foreign students in Polish higher education institutions although in this respect Poland is still behind other European countries¹⁷. It indicates that the legal framework is not an adequate means to make young people from other countries interested in studying in Polish academic centres. What also matters is the attractiveness of studying in a given country. Therefore, higher education institutions should do everything to encourage foreigners to study in our country by offering

¹⁵ Report *Szkoły wyższe i ich finanse 2007* (Higher Education institutions and their finances 2007) http://www.stat.gov.pl/gus/5840_657_PLK_HTML.htm.

¹⁶ http://www.stat.gov.pl/gus/edukacja_PLK_HTML.htm.

¹⁷ In Germany, there are about 250 thousands of foreign students pursuant to the book „Niemcy w świetle faktów i liczb” („Germany in facts and figures”) <http://www.tatsachen-ueber-deutschland.de/pl/edukacja-i-nauka/main-content-07/studenci-zagraniczni.html>.

them attractive programs, a high quality education and friendly living and studying conditions.

Literature:

- A. Kraśniewski, Proces Boloński: dokąd zmierza europejskie szkolnictwo?, Warsaw 2006, p. 19.

Reviewer:

Dariusz Kijowski

Contact – email:

anna.budnik1@gmail.com

DOPADY SMĚRNICE MIFID DO ČESKÉHO PRÁVNÍHO ŘÁDU¹

TOMÁŠ GONGOL

Obchodně podnikatelská fakulta v Karviné, Slezská univerzita v Opavě, Česká Republika

Abstract in original language:

Zákon o podnikání na kapitálovém trhu se stal v poslední době cílem permanentních změn, v důsledku povinnosti České republiky implementovat do našeho právního řádu směrnice související s harmonizací kapitálového trhu v Evropské unii. Cílem tohoto příspěvku je popis dopadů jedné z nejdůležitějších harmonizačních směrnic známé pod zkratkou MiFID. Obsahově se zabývá především změnou infrastruktury kapitálového trhu a obsahovou náplní investičních služeb.

Key words in original language:

Kapitálový trh; finanční nástroje; komoditní deriváty; obchodník s cennými papíry; vázaný agent.

Abstract:

The act on Conducting Business on the Capital Markets has been changed very deeply in the last year. It is because secondary communitarian law had to be implemented in the Czech legal order. Deep changes has been done by implementation of directive on markets in financial instruments (hereinafter MiFID). The aim of this article is to analyze legal impacts of implementation of this directive to the Czech legal order. It deals with infrastructure of capital market, and the content of investment activities.

Key words:

Capital market; commodity derivatives; financial instruments; investment firm; tied agent.

1. ÚVOD

Zásadním řezem do zákona č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu, byla v minulém roce novela v podobě zákona č. 230/2008 Sb., kterým se mění zákon o podnikání na kapitálovém trhu a další zákony v oblasti poskytování investičních služeb a organizování regulovaných trhů. Novela, účinná od 1.7.2008, implementovala do českého právního řádu řadu směrnic Evropských společenství, z nichž lze především zmínit, nejvíce diskutovanou směrnicí o trzích finančních nástrojů 2004/39/ES, obecně známou pod zkratkou MiFID. Ve skutečnosti pod režim MiFID spadají tři evropské sekundární předpisy:

- směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/39/ES ze dne 21. dubna 2004 o trzích finančních nástrojů, o změně směrnice Rady 85/611/EHS a 93/6/EHS a směrnice Evropského parlamentu a Rady 2000/12/ES a o zrušení směrnice Rady 93/22/EHS („rámcová směrnice“, „MiFID“),

¹ Příspěvek byl publikován s podporou Grantové agentury ČR v rámci projektu GAČR 402/08/0067 "Finanční integrace nových členských zemí EU s eurozónou".

- směrnice Komise 2006/73/ES ze dne 10. srpna 2006, kterou se provádí směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/39/ES, pokud jde o organizační požadavky a provozní podmínky investičních podniků a o vymezení pojmu pro účely zmíněné směrnice („prováděcí směrnice“),

- nařízení Komise 1287/2006/ES ze dne 10. srpna 2006, kterým se provádí směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/39/ES, pokud jde o evidenční povinnosti investičních podniků, hlášení obchodu, transparentnost trhu, přijímání finančních nástrojů k obchodování a o vymezení pojmu pro účely zmíněné směrnice („prováděcí nařízení“).

Rozsah změn přesahuje možnosti tohoto příspěvku, lze však zmínit alespoň základní dopady, nové právní úpravy. V první řadě lze říci, že nová právní úprava vedla k rozšíření a zpřísnění míry regulace podnikání na kapitálovém trhu. Pro účely tohoto příspěvku lze rozdělit další stať na změny organizační, tedy co do subjektů operujících na trhu a změny obsahové, co do obsahové náplně činností, které vykonávají.

2. ZMĚNA STRUKTURY KAPITÁLOVÉHO TRHU

Zásadním způsobem se novela dotkla pravidel a postavení obchodníků s cennými papíry. Rozšířil se především rozsah jejich podnikání i na další podnikatelskou činnost související s poskytováním služeb na finančním trhu. Investiční služby může poskytovat pouze obchodník s cennými papíry, který k tomu má povolení ČNB. Obchodníkem s cennými papíry se může stát pouze právnická osoba a jejich zákonná regulace jednoznačně směřuje k zajištění požadavků odbornosti a kapitálové odpovědnosti. Právní úprava stanovuje nově také právní formu podnikání obchodníka s cennými papíry v podobě společnosti s ručením omezeným. Směrnice MiFID umožňuje za určitých podmínek toto postavení i fyzickým osobám, avšak Česká republika této možnosti nevyužila. V současné době (k datu 30. 4. 2009) získalo postavení obchodníka s cennými papíry celkem 41 subjektů. Ve všech případech vnitrostátních subjektů, jde o obchodní společnosti založené ve formě akciové společnosti. Možnost vytvořit obchodní společnost ve formě společnosti s ručením omezeným a získat postavení obchodníka s cennými papíry dosud nevyužil nikdo. V několika případech jde rovněž o zahraniční společnosti, které zřídily v České republice svou organizační složku. V důsledku rozšíření hlavních investičních služeb se obchodníky s cennými papíry museli stát také investiční poradci a obchodníci s komoditními a měnovými deriváty. Obchodník s cennými papíry může vykonávat i jiné činnosti než poskytování investičních služeb. Na obchodníka s cennými papíry jsou rovněž kladeny přísné požadavky směřující k zajištění obezřetnosti jeho podnikání, zejména vytvořením pravidel vnitřní kontroly, systému řízení rizik apod. Požadavky se zpřísnily rovněž na personální zajištění výkonů činností obchodníka s cennými papíry, větší důraz se klade na profesní odbornost a důvěryhodnost těchto osob.

Některé jednodušší činnosti mohou vykonávat také investiční zprostředkovatelé, pro něž se režim právní úpravy po implementaci MiFID zpřísnuje a dlouhou dobu se vedla diskuse nad tím, zdali tento subjekt zcela nezrušit. Především v oblasti odbornosti musí splňovat požadavky kladené na obchodníky s cennými papíry. Jde o fyzické nebo právnické osoby, které mohou poskytovat pouze investiční službu spočívající v přijímání a předávání pokynů k nákupu či prodeji investičních nástrojů a to pouze ve vztahu k vybraným subjektům, jako jsou obchodníci s cennými papíry, investiční společnosti, investiční fondy, banky a některé zahraniční osoby. Nesmí přijímat od investora peněžní prostředky. Od uvedené novely zákona o podnikání na kapitálovém trhu může investiční zprostředkovatel rovněž poskytovat investiční poradenství, týkající se investičních cenných papírů nebo cenných papírů

kolektivního investování. Investiční zprostředkovatelé musí být registrováni u ČNB. V současné době je jejich počet 9360. S účinností novely byli zrušeni tzv. investiční zprostředkovatelé druhé úrovně (tj. investiční zprostředkovatelé vykonávající činnost pro jiné investiční zprostředkovatele), jejich existence by byla v rozporu s MiFID.

Zákon zavádí rovněž nový subjekt s označením vázaný zástupce (tied agents), oprávněný k poskytování některých investičních služeb. Jedná se o fyzickou nebo právnickou osobu, která jménem a na účet zastoupeného poskytuje hlavní investiční službu přijímání a předávání pokynů týkajících se investičních nástrojů a investiční poradenství. Tuto činnost může vykonávat pouze pro jednoho zastoupeného, jímž může být obchodník s cennými papíry, investiční zprostředkovatel, zahraniční obchodník s cennými papíry nebo investiční společnost. Ani vázaný zástupce nesmí přijímat peněžní prostředky ani investiční nástroje a jeho činnost je omezena rozsahem činnosti osoby, kterou zastupuje. Aby mohl vázaný zástupce vykonávat svou činnost, musí být zapsán do seznamu u ČNB a to na návrh zastoupeného. V současné době je vázaných zástupců takto registrováno celkem 7892. Ti, kteří využívají při své činnosti vázané zástupce, jsou povinni vytvořit systém jejich kontroly. Lze si položit v této souvislosti otázku, proč se pro jejich činnost nepožaduje odborná zkouška nově požadována i po investičních poradcích, kteří mohli původně vykonávat činnost pouze na základě živnostenského oprávnění.

Velké změny se dotkly organizátorů trhů s investičními nástroji. Zásadní dopad měla novela na existenci mimoburzovního trhu, neboť nově platí pro regulované trhy s investičními nástroji jednotný právní režim. Byla tedy zrušena dvoukolejnost právní úpravy regulovaných trhů na burzovní a mimoburzovní. Z těchto důvodů, po uplynutí přechodného období, ke dni 1.12.2008, došlo k transformaci RM-SYSTÉMu z mimoburzovního trhu na standardní burzu. Došlo rovněž ke změně názvu na RM-SYSTÉM, česká burza cenných papírů a.s. Zásadním způsobem se tato změna dotkla především neprofesionálních investorů, kteří mají přístup na burzu umožněn pouze prostřednictvím obchodníka s cennými papíry. Individuální investoři mohou vstoupit samostatně na burzu, pouze pokud splňují alespoň dvě ze tří v zákoně uvedených podmínek: 1) provedli za každé z posledních 4 po sobě jdoucích čtvrtletí na příslušném regulovaném trhu obchody s investičním nástrojem ve významném objemu a v průměrném počtu alespoň 10 obchodů za čtvrtletí, 2) objem jejich majetku tvořeného peněžními prostředky a investičními nástroji odpovídá částce alespoň 500 000 EUR, 3) vykonávali po dobu nejméně jednoho roku nebo vykonávají v souvislosti s výkonem svého zaměstnání, povolání nebo funkce činnost v oblasti finančního trhu, která vyžaduje znalost obchodů nebo služeb, jichž se žádost týká. Stejně podmínky samozřejmě platí i pro Burzu cenných papírů Praha, a.s. K datu 3.2.2009 byla ČNB udělena licence třetímu organizátorovi burzovního trhu a to Energetické burze Praha. Také tuto změnu si vyžádala implementace směrnice MiFID, která komoditní deriváty zařadila mezi investiční nástroje. Nově byly upraveny rovněž pravidla pro přijetí investičních nástrojů na trh, kde se vyžadují určité předpoklady pro obchodování, zejména informovanost investorů ohledně ceny, způsobů její tvorby apod.

Jako alternativu vůči regulovanému trhu byl zaveden mnohostranný obchodní systém, na jehož provoz nejsou kladeny tak přísné požadavky jako na regulovaný trh a jeho provozovatelem může být, jak organizátor regulovaného trhu, tak i obchodník s cennými papíry. Volnější jsou především pravidla přijímání obchodovatelných investičních nástrojů. Nově je zaveden institut tzv. systematického internalizátora, což je obchodník s cennými papíry, který na svůj účet, pravidelně obchoduje s určitým investičním nástrojem. Žádné

zvláštní povolení se nepožaduje, postačí oznámení ČNB o začátku a konci systematické internalizace s akcemi přijatými na regulovaný trh.

S tím souvisí také požadavek transparentnosti kladený na zajištění provozu obchodování s investičními nástroji, ať už jde o trh regulovaný, či mnohostranný obchodní systém. V této souvislosti lze zmínit povinnosti uveřejnit nabídky a poptávky investičních nástrojů před obchodní transakcí (předobchodní transparentnost) a zveřejňování výsledků po provedení obchodních transakcí (poobchodní transparentnost). Podle zákona č. 236/2008 Sb., o informačních povinnostech organizátora regulovaného trhu, mají organizátoři regulovaného trhu a provozovatelé mnohostranného obchodního systému povinnost informovat ČNB o nástrojích přijatých k obchodování, informace o obchodech, informace o objednávkách v obchodním systému, informace o cenách a objemech obchodů, informace o účastnících, o indexech atd.

Vzhledem k cílům směrnice MiFID, která směřuje k vytvoření jednotného evropského trhu s investičními nástroji, dotýkají se změny také vzájemné spolupráce orgánů dohledu nad kapitálovým trhem v jednotlivých členských státech Evropského společenství. Lze zmínit větší odpovědnost orgánů dohledu domovského státu v případě

3. ZMĚNY V POSKYTOVÁNÍ INVESTIČNÍCH SLUŽEB

Pokud jde o změny, které se dotýkají obsahové náplně činností uvedených subjektů, lze v tomto směru především upozornit na skutečnost, že investiční poradenství nyní spadá do hlavních investičních služeb. To znamená, že jej nadále není možné provádět pouze na základě živnostenského oprávnění, ale je potřeba získat licenci u ČNB. Pravomoc udělovat licence může být delegována na samosprávný orgán, k čemuž doposud nedošlo. Při investičním poradenství má obchodník povinnost provést tzv. test vhodnosti, při kterém je zákazník dotazován především na investiční cíle, svou finanční situaci, znalosti a zkušenosti. Na základě takto zjištěných údajů obchodník může kvalifikovaně doporučit vhodný investiční nástroj.

I v případě, že obchodník z jakéhokoliv důvod neposkytuje investiční poradenství, a plní pouze pokyny k nákupu či prodeji investičních nástrojů, váže se na něj povinnost provést tzv. test přiměřenosti. Pokud dojde obchodník k závěru, že požadovaná transakce není přiměřená a zájemce na ni přesto trvá, přecházejí na něj vyplývající rizika. Test přiměřenosti se nepožaduje v případě některých jednoduchých operací (execution-only). V těchto případech nemusí za určitých podmínek zjišťovat informace vůbec, jde zejména o obchod s kótovanými akcemi a dluhopisy.

Než obchodník s cennými papíry poskytne investiční službu, musí zájemce zařadit mezi buď mezi drobné zákazníky (tzv. retailový klient), nebo profesionální zákazníky. Podle tohoto zařazení se řídí také další vzájemné vztahy, práva a povinnosti mezi oběma stranami. Cílem tohoto zařazení je především větší míra ochrany drobných zákazníků, u kterých se předpokládají menší znalosti a zkušenosti. Profesionální zákazníky lze rozdělit na ty, jimž takové postavení dává přímo zákon a na ty, kteří se jimi stávají na vlastní žádost. Mezi profesionální zákazníky patří banky, stát, penzijní fondy, velké obchodní společnosti a pouze ve výjimečných případech také jednotlivci. Na vlastní žádost a za určitých zákonem stanovených podmínek se může drobný zákazník stát profesionálním (viz výše). V každém případě a ke každému zákazníkovi musí obchodník s cennými papíry přistupovat kvalifikovaně, v jeho nejlepším zájmu, musí informovat o struktuře všech poplatků apod.

4. ZÁVĚR

Zákon o podmínkách podnikání na kapitálovém trhu prochází permanentními změnami v důsledku implementace komunitární právní úpravy. Cílem je především harmonizace podmínek podnikání na kapitálových trzích v Evropské unii, která vede ke stejnému stupni ochrany investorů. Zásadním krokem v tomto směru byla implementace MiFID, jejíž dopady do českého právního řádu byly popsány výše. Další změny uvedeného zákona se chystají. Dne 15. ledna 2009 byl předložen Poslanecké sněmovně Parlamentu ČR vládní návrh novely zákona č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu, ve znění pozdějších předpisů, a dalších souvisejících zákonů. V současné době je návrh ve třetím čtení a celkem v něm má být implementováno pět směrnic, z nichž lze zmínit především tzv. transparentní směrnici o harmonizaci požadavků na průhlednost týkajících se informací o emitentech, jejichž cenné papíry jsou přijaty k obchodování na regulovaném trhu. V mezirezortním připomínkovém řízení je v současné době další z očekávaných změn a to návrh zákona implementující směrnici o výkonu některých práv akcionářů s kótovanými akciemi.

Literature:

- BAKEŠ, M., PAULIČKOVÁ, A, a kol.: Finančné právo na Slovensku a v Čechách. Sládkovičovo 2007. ISBN 978-80-88984-99-3.
- GRUŇ, L. Finanční právo a jeho instituty. Praha: Linde 2006. ISBN 80-7201-620-2.
- Konzultační materiály Ministerstva financí ČR. Dostupné na www: http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xsl/kap_trh_mifid.html
- Materiály London Stock Exchange. Dostupné na www: <http://www.londonstockexchange.com/en-gb/products/membershiptrading/MiFIDOLD/>

Reviewer:

Marie Sciskalová

Contact – email:

gongol@opf.slu.cz

DETENTION OF FOREIGNERS IN CZECH LEGAL SYSTEM

PETR HLUŠTÍK

VŠB-Technical University of Ostrava, the Czech Republic

Abstract in original language:

Příspěvek se zabývá právní úpravou institutu zajištění cizince při srovnání právní úpravy dle zákona č. 123/1992 Sb. a zákona č. 326/1999 Sb. se zaměřením na možnosti soudní ochrany.

Key words in original language:

Zajištění; cizinec; správní vyhoštění; správní soudnictví.

Abstract:

This contribution deals with legislation of detention of foreigners comparing the legislation in the Act No. 123/1992 Coll. and in the Act No. 326/1999 Coll., focusing on the possibilities of judicial protection.

Key words:

Detention; foreigner; expulsion; administrative justice.

Zajištění cizince je jedním z opatření při potírání nelegální migrace; jde však o opatření o to závažnější, že jím je zasahováno do práva jednotlivce na osobní svobodu, garantovaného čl. 8 odst. 1 Listiny. Je tedy nezbytné, aby podmínky, za kterých je možné toto opatření realizovat, byly stanoveny zcela přesně tak, aby nemohlo dojít k uplatnění svévole rozhodujícího orgánu. Příslušným správním orgánem k realizaci zajištění je Policie ČR.

Zajistit cizince je však dle platné právní úpravy možné jednak za účelem správního vyhoštění¹ a za účelem předání nebo průvozu².

V prvním případě je oprávněna policie zajistit cizince, jemuž bylo doručeno sdělení o zahájení řízení o správním vyhoštění (nemusí být tedy alespoň vydáno rozhodnutí o správním vyhoštění), jen je-li nebezpečí, že by mohl ohrozit bezpečnost státu, závažným způsobem narušit veřejný pořádek nebo mařit anebo ztěžovat výkon rozhodnutí o správním vyhoštění, zejména je-li zjištěno, že cizinec se v minulosti dopustil jednání uvedeného v § 119 odst. 1 písm. a) nebo písm. b) bodu 6 anebo 7³, je evidován v evidenci nežádoucích osob, nebo je

¹ Srov ust. § 124 zákona o pobytu cizinců

² Srov ust. § 129 zákona o pobytu cizinců

³ Dle ust. § 119 odst. 1 zákona o pobytu cizinců

- písm a) policie vydá rozhodnutí o správním vyhoštění cizince, který pobývá na území přechodně, s dobou, po kterou nelze cizinci umožnit vstup na území,

a) až na 10 let,

1. je-li důvodné nebezpečí, že by cizinec mohl při pobytu na území ohrozit bezpečnost státu užitím síly při prosazování politických cílů, prováděním činnosti ohrožující základy demokratického státu nebo směřující k narušení celistvosti území anebo jiným obdobným způsobem, nebo

nežádoucí osobou zařazenou do informačního systému smluvních států. Rozhodnutí nabývá právní moci doručením nebo odmítnutím cizince rozhodnutí převzít.⁴

Lze se pozastavit nad tím, zda takto stanovená podmínka je ústavně konformní, a to zejména z hlediska zmiňovaného čl. 8 odst. 2 Listiny, s přihlédnutím k čl. 5 odst. 1 písm f) Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod⁵ a ve světle čl. 4 odst. 4 Listiny, zaručující užívání mezi základních práv a svobod při zachování jejich podstaty a smyslu. Rozhodovat totiž o zajištění dle ustanovení zákona o pobytu cizinců již tehdy, kdy je cizinci sděleno, že bylo proti němu zahájeno řízení o správním vyhoštění, přičemž zákon vůbec nestanoví konkrétní podmínky formy a obsahu sdělení, může vyvolávat pochyby o neurčitosti zákonného ustanovení; nelze také odhlédnout od toho, že ustanovení § 15 zákona o Policii stanoví samostatně podmínky pro zajištění cizince v případě, že je tento zajišťován za účelem jeho předání orgánu, který rozhoduje podle zvláštního právního předpisu o ukončení pobytu na území České republiky nebo o správním vyhoštění, jestliže se cizinec dopustil jednání, pro které lze pobyt na území České republiky ukončit nebo zahájit řízení o správním vyhoštění⁶, případně dává onomu zvláštnímu orgánu, kterým je služba cizinecké policie, možnost provést zajištění cizince „do doby, než učiní úkony podle zvláštního právního předpisu“⁷. Takové omezení může trvat v prvním případě 24 hodin, ve druhém až 48 hodin. Lze konstatovat, že takto stanovená doba by měla postačit příslušnému útvaru Policie, aby nejenže sdělila cizinci zahájení řízení o správním vyhoštění, ale též, aby vydala samotné rozhodnutí o správním vyhoštění.

K důvodům rozhodnutí o zajištění cizince se sluší připomenout rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 6. 1. 2006, čj. 7 Ca 209/2005-32, který konstatoval, že : „Skutečnost, že s cizincem bylo zahájeno řízení o správním vyhoštění, nemůže sama o sobě odůvodnit zajištění cizince. Při takovém výkladu by bylo nutno zajistit cizince vždy, když s ním bylo zahájeno

2. je-li důvodné nebezpečí, že by cizinec mohl při pobytu na území závažným způsobem narušit veřejný pořádek nebo ohrozit veřejné zdraví tím, že trpí závažnou nemocí, nebo

3. jestliže cizinec opakovaně úmyslně porušuje právní předpisy nebo maří výkon soudních nebo správních rozhodnutí,

- písm. b) až na 5 let,

6. překročí-li cizinec státní hranice v úkrytu nebo se o takové jednání pokusí,

7. překročí-li cizinec státní hranice mimo hraniční přechod.

⁴ Viz ust. § 124 odst. 2 zákona o pobytu cizinců

⁵ Dle cit. článku má každý právo na svobodu a osobní bezpečnost. Nikdo nesmí být zbaven svobody kromě následujících případů, pokud se tak stane v souladu s řízením stanoveným zákonem mj. - zákonné zatčení nebo jiné zbavení svobody osoby, aby se zabránilo jejímu nepovolenému vstupu na území nebo osoby, proti níž probíhá řízení o vyhoštění nebo vydání.

⁶ Srov. ust. § 15 odst. 1 písm. a) zákona o Policii České republiky

⁷ Srov. ust. § 15 odst. 2 zákona o Policii České republiky

řízení o správním vyhoštění, což ze zákona nevyplývá. Rozhodnutí o zajištění cizince je omezením jeho osobní svobody, a proto musí být řádně a konkrétně zdůvodněno.⁸

Při posuzování rozhodnutí o zajištění cizince se však naskýtá otázka, do jaké míry lze při vydávání tohoto rozhodnutí užít ustanovení správního řádu. Zákon o pobytu cizinců totiž v ust. § 168 stanoví, že s výjimkou řízení o zajištění nezletilé osoby bez doprovodu se na řízení o zajištění cizince nevztahují ustanovení správního řádu o správním řízení. Z působnosti tak jsou vyloučena ustanovení §9 - §154 správního řádu, upravující formalizované správní řízení.

Také tato výluka vyvolává opodstatněné pochyby o souladu s ústavním pořádkem České republiky. Uvedenou výlukou jsou cizinci postaveni mimo běžné standardy správního řízení, přičemž na rozhodování o zajištění se fakticky, co do formy a obsahu použijí pouze ustanovení zvláštního zákona, která jsou však dle mého nedostatečná. Zákon o pobytu cizinců navíc sám počítá s „vydáváním rozhodnutí“ o zajištění cizince, přičemž není zcela jasné, v jakém smyslu zákonodárce tuto úpravu použil. Nezbyde než apelovat na to, že na řízení o zajištění cizince se minimálně použijí ustanovení správního řádu, pojednávající o základních zásadách činnosti správních orgánů. I přesto však lze mít pochybnosti, zda nynější úprava nezakládá cizincům v přístupu k rozhodování správních orgánů nerovné postavení a zda zákonná úprava rozhodování o zajištění cizince není z hlediska formálních a obsahových náležitostí příliš vágní.

Je na místě opětovně připomenout závažnost zásahu do práv jednotlivce rozhodnutím o zajištění cizince, když navíc, zajištění cizince může v odůvodněných případech trvat až 180 dní⁹. Je tedy především věcí policie, aby vždy v každém jednotlivém případě zvažovala míru nutnosti zajištění a pokud k němu přistoupí, aby po celou dobu zajištění cizince zkoumala, zda trvají podmínky pro zajištění cizince, příp., aby cizince propustila¹⁰.

Zajištění cizince se realizuje v tzv. Zařízení pro zajištění cizinců (dále též jen „ZZC“), které spravuje Ministerstvo vnitra ČR¹¹.

⁸ Citovaný rozsudek byl publikován ve Sbírce rozhodnutí a stanovisek Nejvyššího správního soudu jako SJS 855/2006

⁹ Viz ust. § 125 odst. 1 zákona o pobytu cizinců. V případě cizince mladšího 18 let nesmí doba zajištění překročit 90 dnů.

¹⁰ Dle ust. § 127 odst. 1 zákona o pobytu cizinců zajištění musí být bez zbytečného odkladu ukončeno

a) po zániku důvodu pro zajištění,

b) rozhodne-li soud ve správním soudnictví o zrušení rozhodnutí o zajištění cizince nebo nařídil-li soud v řízení podle zvláštního právního předpisu propuštění cizince,

c) je-li cizinci udělen azyl nebo doplňková ochrana, nebo

d) je-li cizinci povolen dlouhodobý pobyt za účelem ochrany na území.

Před přijetím zákona o pobytu cizinců, tedy v režimu zákona č. 123/1992 Sb., o pobyt cizinců na území České a Slovenské Federativní republiky, se počítalo s realizací zajištění pouze ve vztahu ke správnímu vyhoštění cizince, a to tehdy, bylo-li možno „...důvodně očekávat, že cizinec bude mařit nebo ztěžovat provedení vyhoštění“, přičemž cizince bylo možno zajistit na dobu maximálně 30-ti dnů do provedení vyhoštění. Zákon vůbec neřešil, kde a jakým způsobem je zajištění cizince realizováno, nebylo zakotveno, kdo zajištění realizuje, tedy který konkrétní orgán je povolán k realizaci, zda se tak děje na základě zvláštního rozhodnutí či jiným způsobem. Tento legislativní stav byl zcela neudržitelný, a to pro zjevný rozpor s již zmíněným s čl. 8 odst. 1, 2 Listiny, neboť i přesto, že se jednalo o tak zásadní zásah do osobní svobody jednotlivce (cizince), absentovalo v zákoně jednoznačné vymezení podmínek, za nichž je možno svobodu osoby omezit zajištěním, když zákon se omezil pouze na podmínku, že lze důvodně očekávat maření či ztěžování vyhoštění. Neutěšený stav byl ukončen až přijetím zákona č. 326/1999 Sb. Z tohoto hlediska se pak naskýtá otázka, zda toto zajištění cizince vůbec bylo (mimo rovinu ústavně právní v řízení pře Ústavním soudem) možno podrobit jakémukoli soudnímu přezkumu.

Byť rozhodnutí o zajištění cizince, jak již bylo výše konstatováno, nepodléhá úpravě správního řádu o správním řízení, jako takové je především realizováno na základě rozhodnutí správního orgánu o veřejných subjektivních právech cizince a podléhá tedy dle platné právní úpravy soudnímu přezkumu ve správním soudnictví.

Zda tomu tak bylo vždy, je otázkou, která je nasnadě. Velmi zajímavé je přiblížit si možnost soudního přezkumu zajištění cizince provedeného podle zákoně č. 123/1992 Sb., tedy jistit, zda a do jaké míry byl možný soudní přezkum a jakým způsobem. Vyjdeme-li při hledání odpovědi na tuto otázku z dikce samotného zákona č. 123/1992 Sb. zjistíme, že tento zákon ve svých ustanoveních s možností soudního přezkumu vůbec nepočítal. S ohledem na uvedené se pak nabízí otázka, zda rozhodnutí o zajištění cizince bylo přezkoumatelné ve „správním soudnictví“ dle části V. občanského soudního řádu, účinného do 31.12.2002. V souladu s tím, co bylo popsáno v kapitole 2 této práce, by přicházel v úvahu přezkum dle hlavy II. části V. o.s.ř., tedy v řízení o žalobách proti rozhodnutím správních orgánů.

Je tedy na místě se zabývat nejprve tím, zda zajištění cizince dle zákona č. 123/1992 Sb., bylo rozhodnutím ve smyslu ust. § 244 odst. 1 o.s.ř. ve znění účinném do 31.12.2002, tedy zda se jednalo o „rozhodnutí orgánů veřejné správy, jimiž se zakládají, mění, ruší či závazně určují práva nebo povinnosti fyzických či právnických osob, jakož i rozhodnutí orgánů veřejné správy o osobním stavu“ a dále tím, kdo byl příslušným orgánem k vydání rozhodnutí.

Dle mého názoru, k tomu, aby mohl být cizinec zajištěn, bylo nutno učinit minimálně úkon příslušného orgánu, vedoucího k faktickému omezení svobody jednotlivce. Tímto úkonem tak bylo zasaženo do práv jednotlivce takovým způsobem, že lze jistě hovořit o situaci, kdy v důsledku úkonu došlo k založení, resp. změně práv a povinností fyzické osoby.

Kdo však byl oprávněn tento úkon učinit a na základě jakých konkrétních skutečností a podmínek?

¹¹ Samotné zařízení se dělí na část s mírným a přísným režimem, přičemž část s mírným režimem tvoří ubytovací místnost, společné sociální a kulturní zařízení a další prostor, v němž se mohou zajištění cizinci volně pohybovat, stanovený vnitřním řádem zařízení a část s přísným režimem je oddělena od části s mírným režimem a tvoří ji ubytovací místnost a prostor určený pro vycházky.

Odpověď je nutno mimo zákon č. 123/1992 Sb. hledat též v zákoně č. 283/1991 Sb. o Policii České republiky, ve znění účinném do 31.12.1999.

Zákon č. 123/1992 Sb. se k otázce oprávněného orgánu vyjadřuje fakticky ve vztahu k zajištění pouze zprostředkovaně, a to jednak v ust. § 16 odst. 2, dle kterého je příslušným k rozhodnutí o vyhoštění Ministerstvo vnitra, které též zabezpečí provedení vyhoštění a jednak v ust. § 24 odst. 3, dle kterého „Útvar Policie České republiky nebo orgán činný v trestním řízení je povinen neprodleně oznámit Ministerstvu vnitra zadržení nebo zajištění cizince nebo jeho vzetí do vazby.“ Tímto ustanovením je tedy dáno vodítko k tomu, který orgán je příslušný k zajištění, a to v podobě zákona o Policii ČR; byť totiž bylo zajištění ve smyslu zákona č. 123/1992 Sb. spjato s vyhoštěním cizince a bylo jej možno použít jen v tomto případě, přičemž o vyhoštění samotném rozhodovalo Ministerstvo vnitra, nelze si představit, že by tento orgán (byť prostřednictvím své organizační složky) rozhodoval a realizoval též fyzické zajištění.

Dikce zákona č. 283/1991 Sb., o Policii České republiky ve znění do 31.12.21999 hovoří o zajištění cizince v ust. § 15.

Dle tohoto ustanovení

„(1) Dopustila-li se osoba takového jednání, pro které může být její pobyt na území České republiky ukončen nebo pro které může být vyhoštěna, je policista oprávněn zajistit ji na dobu nezbytně nutnou za účelem předání příslušnému orgánu, který o ukončení pobytu nebo vyhoštění rozhoduje.

(2) Policista je rovněž oprávněn zajistit osobu,

a) která má být podle vykonatelného rozhodnutí vyhoštěna, nebo

b) o jejímž vyhoštění bylo zahájeno řízení a je důvodné podezření, že se tato osoba nepodrobí rozhodnutí o vyhoštění nebo bude mařit výkon takového rozhodnutí nebo

c) o níž se lze odůvodněně domnívat, že neoprávněně vstoupila nebo neoprávněně pobývá na území České republiky, a řízení o vyhoštění této osoby nemohlo být zahájeno, protože nemohla být zjištěna její totožnost.

(3) Zajištění podle odstavce 1 může trvat nejdéle 24 hodin a zajištění podle odstavce 2 nejdéle 30 dnů od okamžiku omezení osobní svobody.“

Z uvedeného lze učinit závěr, že příslušným orgánem k zajištění osoby a její faktické realizaci byla Policie ČR, resp. příslušný policista.

Jestliže tedy máme zodpovězeno na otázku, zda zajištění cizince bylo rozhodnutím (byť ve své podstatě sui generis) a kdo byl příslušným orgánem, přičemž je nepochybné, že Policie ČR byla a je orgánem veřejné správy, nutno se zabývat ještě tím, zda občanským soudním řádem či zvláštním zákonem nebylo rozhodnutí o zajištění ze soudního přezkumu vyloučeno, a to s ohledem na princip generální klauzule soudního přezkumu dle hlavy II. části V. o.s.ř. ve znění účinném do 31.12.12002. Sám občanský soudní řád toto rozhodnutí z přezkumu

nevyjímal, a to ani dle ust. § 248 odst. 1, 2¹² ani ve smyslu přesně vymezených rozhodnutí stanovených ve smyslu ust. § 248 odst. 3 o.s.ř. v Příloze A k občanskému soudnímu řádu¹³. Z přezkumu nebylo rozhodnutí o zajištění vyloučeno ani zákonem č. 123/1992 Sb., neboť tento zákon vylučoval ze soudního přezkumu pouze rozhodnutí Ministerstva vnitra učiněná podle tohoto zákona s výjimkou pravomocných rozhodnutí o zákazu pobytu (§ 14 zákona), jestliže byly v tomto případě ve správním řízení vyčerpány řádné opravné prostředky. Tato dikce, učiněná v ust. § 32 odst. 2 zákona č. 123/1992 Sb., však byla následně pro svou protiústavnost zrušena Nálezem Ústavního soudu České republiky sp.zn. Pl ÚS 27/97 ze dne

¹² Dle ust. § 248 odst. 1,2 o.s.ř ve znění účinném do 31.12.2002 platilo, že :

„(1) Soudy nepřezkoumávají rozhodnutí správních orgánů, která nemají povahu rozhodnutí o právu či povinnosti fyzické nebo právnické osoby, zejména obecně závazné (normativní) akty, rozhodnutí organizační povahy a rozhodnutí upravující vnitřní poměry orgánu, který je vydal.

(2) Soudy dále nepřezkoumávají

a) rozhodnutí, která jsou přezkoumávána podle třetí hlavy této části nebo podle obecných ustanovení občanského soudního řádu,

b) rozhodnutí správních orgánů v občanskoprávních a obchodněprávních věcech, v nichž správní orgán vystupuje jménem státu jako vlastníka nebo jiného účastníka právního vztahu,

c) rozhodnutí orgánů vojenské správy, která byla vydána k přípravě a plnění úkolů za branné pohotovosti státu,

d) rozkazy funkcionářů ozbrojených sil a ozbrojených sborů,

e) rozhodnutí správních orgánů předběžné nebo pořádkové povahy a rozhodnutí, jimiž se upravuje vedení správního řízení,

f) rozhodnutí správních orgánů o kázeňských trestech příslušníků ozbrojených sil a ozbrojených sborů, pokud se jimi neomezuje osobní svoboda nebo pokud nemají za následek zánik služebního vztahu, dále odsouzených v nápravně výchovných ústavech, jakož i obviněných ve výkonu vazby,

g) rozhodnutí, jejichž vydání závisí výlučně na posouzení zdravotního stavu osob nebo technického stavu věcí, pokud sama o sobě neznamenají právní překážku výkonu povolání, zaměstnání nebo podnikatelské či jiné hospodářské činnosti,

h) rozhodnutí o nepřiznání nebo odnětí odborné způsobilosti fyzickým osobám, pokud sama o sobě neznamenají právní překážku výkonu povolání nebo zaměstnání,

i) rozhodnutí o žádostech na plnění, na něž není nárok, nebo o žádostech o odstranění tvrdosti zákona, zejména rozhodnutí finančních orgánů o úlevách na odvodech, daních a poplatcích,

j) rozhodnutí, jimiž byly zamítnuty žádosti o povolení výjimek z bezpečnostních předpisů a z technických norem.

¹³ Dle ust. § 248 odst. 3 o.s.ř ve znění účinném do 31.12.2002, „*kromě toho* (tj. kromě situací předpokládaných v ust. § 248 odst. 1,2 – pozn. autora) *jsou z přezkoumávání soudem vyloučena rozhodnutí správních orgánů vydaná na základě ustanovení uvedených v příloze A, která je součástí tohoto zákona, jakož i rozhodnutí, jejichž přezkoumání vyloučí zvláštní zákony.*“

6.5.1998¹⁴, jenž byl vyhlášen ve Sbírce zákonů pod č. 160/1998 Sb., a to s účinností od 13.5.1998.

Po uvedeném rozboru lze tedy dle mého uzavřít, že zajištění cizince dle zákona č. 123/1992 Sb. bylo přezkoumatelné ve správním soudnictví. Bohužel, relevantní judikatura k této otázce chybí; jsem si vědom toho, že na uvedený problém mohou se objevit i názory opačné.

Po přijetí zákona o pobytu cizinců se podstatně změnil přístup nejen k zajištění cizince, ale též k možnosti soudního přezkumu tohoto institutu. Ustanovením § 188 zákona o pobytu cizinců bylo do občanského soudního řádu včleněn nové řízení, a to Řízení o zákonnosti zajištění cizince a o jeho propuštění. Toto řízení bylo, dle mého poněkud nesystematicky, včleněno jako ust. § 200o – 200u o.s.ř.; řízení zůstalo v o.s.ř. doposud, tedy i po přijetí soudního řádu správního, nicméně s úpravou již pouze částečnou, a to řízení o propuštění cizince ze zajištění.

Na prvním místě nutno konstatovat, že toto řízení je svou povahou řízením nesporným, a to svým zařazením mezi řízení, v nichž soud je povinen provést i jiné důkazy potřebné ke zjištění skutkového stavu, než byly účastníky navrženy¹⁵. Nicméně, je to řízení, ovládané zásadou dispoziční, tedy je možno jej zahájit pouze na návrh, přičemž žalobní legitimace je dána zákonem cizinci, který byl zajištěn.

Do přijetí soudního řádu správního, soud (kterým byl okresní soud, v jehož obvodu bylo zařízení pro zajištění cizinců, v němž byl navrhovatel povinen se zdržovat a pokud navrhovatel v době podání návrhu nebyl do zařízení umístěn, pak soud, v jehož obvodu bylo sídlo orgánu policie, který rozhodl o zajištění navrhovatele) rozhodoval jednak o zákonnosti pravomocného rozhodnutí o zajištění a nařízení propuštění¹⁶ (dále též jen „Varianta 1.“) a jednak o nařízení propuštění cizince ze zajištění, jestliže nebylo ukončeno jeho zajištění podle zvláštního právního předpisu, a to z důvodu, že nejsou splněny podmínky pro trvání jeho zajištění stanovené zvláštním právním předpisem¹⁷ (dále též jen „Varianta 2.“). Zkráceně řečeno, bylo možno se domáhat přezkumu zákonnosti samotného rozhodnutí a přezkumu zákonnosti trvání zajištění; byť na pohled se zdají tyto možnosti téměř totožné, není tomu tak.

¹⁴ Dle závěrů Ústavního soudu „*Pro vlastní řízení o vyhoštění zákon č. 123/1992 Sb. , o pobytu cizinců na území ČSFR, ve znění zákona č. 190/1994 Sb. a zákona č. 150/1996 Sb., nestanoví postup, kterým by bylo respektování překážek vyhoštění (§ 18 citovaného zákona) zajištěno v případě, že k nim státní orgán nepřihlédne. Pokud tedy tento zákon, v souvislosti s jím stanovenými podmínkami a překážkami vyhoštění, zároveň nestanoví postup zajišťující jejich respektování při samotném rozhodování o vyhoštění, je třeba považovat napadené ustanovení § 32 odst. 2 tohoto zákona, vylučující možnost soudního přezkumu takového rozhodnutí za stavu, kdy podle ustanovení § 16 odst. 1 citovaného zákona je možno užít správního uvážení, a kdy se podle § 16 odst. 3 citovaného zákona na řízení o vyhoštění nevztahují obecné předpisy o správním řízení, za odporující čl. 2 odst. 3 Ústavy ČR , jakož i jemu korespondujícímu čl. 2 odst. 2 Listiny , podle nichž lze státní moc uplatňovat jen v mezích stanovených zákonem a způsobem, který zákon stanoví. Vyloučením možnosti přezkumu rozhodnutí o vyhoštění soudem je za těchto podmínek současně dán i rozpor napadeného ustanovení s čl. 36 odst. 1 Listiny, který zaručuje každému právo na stanovený postup při domáhání se svých práv u soudu či jiného orgánu.,,*

¹⁵ Srov. ust. § 120 odst. 2 o.s.ř.

¹⁶ Viz ust. § 200o odst. 1 o.s.ř. ve znění účinném do 31.12.2002

¹⁷ Srov. ust. § 200o odst. 2 o.s.ř. ve znění účinném do 31.12.2002

Je zajímavé zodpovědět si otázku, z jakého důvodu zákonodárce zvolil přezkum zákonnosti rozhodnutí o zajištění v rámci uvedeného ustanovení v tzv. nesporném řízení, jestliže občanský soudní řád přezkum zákonnosti správních rozhodnutí připouštěl v rámci části páté. Dle důvodové zprávy k návrhu zákona o pobytu cizinců nebylo možno bez zvláštní úpravy aplikovat obecná pravidla nalézacího soudního řízení podle části třetí občanského soudního řádu, neboť soudní řízení musí respektovat skutečnost, že o zajištění bylo vydáno správní rozhodnutí, avšak současně bylo uvedeno, že nelze postupovat ani podle části páté občanského soudního řádu (správní soudnictví), které bylo založeno pouze na přezkumu zákonnosti rozhodnutí orgánu veřejné správy. Není bez zajímavosti, že, s ohledem na mé výtky k úpravě zajištění v zákoně č. 123/1992 Sb., návrhatele zákona odůvodňoval začlenění soudního přezkumu zajištění „závazkem poskytnout v takovém případě osobám soudní ochranu..., vyplývající z Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, která v čl. 5 odst. 4 stanoví, že „Každý, kdo byl zbaven svobody zatčením nebo jiným způsobem, má právo podat návrh na řízení, ve kterém by soud urychleně rozhodl o zákonnosti jeho zbavení svobody a nařídil propuštění, je-li zbavení svobody nezákonné.““.

S tímto odůvodněním si dovoluji částečně nesouhlasit. Pokud totiž zákonodárce, resp. návrhatele zákona odkazoval na skutečnost, že v řízení dle části páté o.s.ř. se přezkoumává „pouze“ zákonnost rozhodnutí (o zajištění), pak přeci výsledkem tohoto přezkumu (byť z hlediska ústavního poněkud deficitního – viz kapitola 2.) v případě zjištěné nezákonnosti rozhodnutí by bylo jednoznačně jeho zrušení; tedy v takovém případě pominul důvod zajištění a bylo by na Policii ČR, aby ve smyslu ust. § 127 odst. 1 zákona o pobytu cizinců ukončila zajištění cizince, resp. aby jej propustila. Z tohoto pohledu by stačilo maximálně včlenit do části páté o.s.ř., či do zákona o pobytu cizinců ustanovení o přednosti těchto typů řízení při vyřizování před ostatními.

Nicméně na druhou stranu, soud v případě Varianty 1. posuzoval nezákonnost samotného rozhodnutí, a to dle skutkového stavu, který tu byl v době vydání napadeného rozhodnutí, přičemž soud měl oprávnění v případě tohoto přezkumu provést dokazování, což byla podstatná odchylka od úpravy přezkumu rozhodnutí správních orgánů dle části páté o.s.ř. a lze bezpochyby konstatovat, že v tomto ohledu zákonodárce „předběhl dobu“, byť bohužel jen ve vztahu k velice úzce vymezenému okruhu fyzických osob. Jednání ve věci nebylo třeba nařizovat, jestliže z obsahu spisu bylo nepochybné, že rozhodnutí o zajištění je nezákonné nebo že nejsou splněny zákonné podmínky pro trvání zajištění. Ve věci se rozhodovalo usnesením, proti kterému nebyl přípustný opravný prostředek

V případě Varianty 2. soud, dle textu zákona, pouze posoudil, zda trvají podmínky pro trvání zajištění a dle tohoto rozhodl.

S přihlédnutím k uvedenému se mi však jeví zákonodárcem nastavená duplicita rozhodování jako nesystematická, a to nejen z výše uvedeného důvodu. Jestliže totiž řízení dle ust. § 200o – 200u o.s.ř je svou povahou řízením nesporným (viz výše), soud musí sám provést potřebné důkazy; navíc, i kdyby návrhatele požadoval „pouze“ přezkum trvání podmínek pro zajištění, tedy zákonnost trvání zajištění, nikoli zákonnost rozhodnutí, dle mého má soud nejen možnost, ale především i povinnost rozhodnout o propuštění cizince ze zajištění, zjistí-li, že rozhodnutí o zajištění cizince je nezákonné, a tudíž nezákonné je i trvání zajištění

cizince, neboť soud je dle mého povinen si otázku zákonnosti rozhodnutí vyřešit jako otázku prejudiciální ve smyslu ust. § 135 odst. 2 o.s.ř.¹⁸.

Tato duplicita byla zachována i po přijetí soudního řádu správního, neboť došlo k novelizaci zákona o pobytu cizinců a též ust. § 200o a násl o.s.ř. zákonem č. 151/2002 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím soudního řádu správního, a to tak, že v zákoně o pobytu cizinců byl v ust. § 127, pojednávajícím o případech ukončení zajištění cizince doplněn nový důvod : „rozhodne-li soud ve správním soudnictví o zrušení rozhodnutí o zajištění cizince nebo nařídil-li soud v řízení podle zvláštního právního předpisu propuštění cizince...“¹⁹. V rámci občanského soudního řádu byla (alespoň legislativně technicky) vypuštěna možnost přezkoumávat zákonnost rozhodnutí o zajištění cizince a ponechána možnost přezkoumávat zákonnost trvání zajištění, a to i nadále v rámci nesporného řízení s tím, že nadále je svěřeno přezkoumávat zákonnost rozhodnutí o zajištění správním soudům dle řízení v rámci soudního řádu správního. Vracím se však k již vyřčené úvaze – není možné upřít soudu v rámci občanského soudního řízení charakteru nesporného procesu možnost přezkoumat také zákonnost rozhodnutí o zajištění jako jednoho ze základních atributů pro trvání důvodů zajištění; je zde tedy duplikována možnost soudního přezkumu. Nastolena zůstává též otázka případného střetu řízení o přezkumu správního rozhodnutí ve správním soudnictví a souběžně vedeného řízení o propuštění cizince ze zajištění v situaci, kdy správní soud žalobu zamítne; není zde zákonná překážka pro nemožnost souběžného řízení. Soud v řízení dle § 200o a násl. o.s.ř. však spíše prejudiciální otázku, jestliže jeho rozhodnutí bude následovat až po rozhodnutí soudu správního (což je ovšem s ohledem na rychlost řízení u správních soudů spíše hypotetické) vyřeší tím, že ve smyslu ust. § 135 odst. 2 o.s.ř. z rozhodnutí správního soudu bude vycházet.

Pokud by rozhodnutí soudu v občanském soudním řízení předcházelo, nabízí se mnou shora naznačený postup; v případě propuštění cizince ze zajištění tím však neodpadá možnost správního soudu ve věci rozhodnout, právě naopak.

Cizinec má tedy nyní faktickou možnost brojit proti rozhodnutí o zajištění, ve dvou specifických řízeních; faktem zůstává, že správním soudům nepřísluší *expressis verbis* přezkoumávat důvody trvání zajištění, vyjma případu, kdy nezákonnost důvodů trvání bude mít příčinu v nezákonném rozhodnutí.

Co se týče řízení o žalobě proti rozhodnutí o zajištění v režimu soudního řádu správního, pak co do splnění základních podmínek odkazují na kapitulu 2.; žalobce – cizinec, u něhož bylo rozhodnuto o zajištění, je povinen podat žalobu proti rozhodnutí Policie ČR poté, co toto nabylo právní moci (tedy poté, co mu bylo doručeno, či odepřel jeho přijetí – viz výše) ke Krajskému soudu, v jehož obvodu se nachází sídlo policejního orgánu, jenž ve věci rozhodl.

Z hlediska žalobních tvrzení je pro cizince dle mého toto řízení poněkud obtížnější (ve srovnání s řízením dle ust. § 200o a násl o.s.ř.), neboť ve smyslu ust. § 71 odst. 1 písm. d) s.ř.s. vylíčení skutkových a právních důvodů tvrzené nezákonnosti či nicotnosti rozhodnutí žalovaného orgánu spočívá na cizinci samotném.

¹⁸ Dle cit. ustanovení „*Jinak otázky, o nichž přísluší rozhodnout jinému orgánu, může soud posoudit sám. Bylo-li však o takové otázce vydáno příslušným orgánem rozhodnutí, soud z něho vychází.*“

¹⁹ Srov. ust. § 127 odst. 1 písm. b) zákona o pobytu cizinců

V této souvislosti lze jistě odkázat na judikaturu Nejvyššího správního soudu, a to rozsudek rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 12. 2005, čj. 2 Azs 92/2005-58, který byl publikován ve Sbírce rozhodnutí a stanovisek Nejvyššího správního soudu jako SJS 835/2006. Závěry jsou následující :

„I. Líčení skutkových okolností v žalobě proti rozhodnutí správního orgánu nemůže být toliko typovou charakteristikou určitých „obvyklých“ nezákonností, k nimž při vyřizování věcí určitého druhu může docházet, nýbrž zcela jasně individualizovaným, a tedy od charakteristiky jiných konkrétních skutkových dějů či okolností jednoznačně odlišitelným popisem.

II. Žalobce je též povinen vylíčit, jakých konkrétních nezákonných kroků, postupů, úkonů, úvah, hodnocení či závěrů se měl správní orgán vůči němu dopustit v procesu vydání napadeného rozhodnutí či přímo rozhodnutím samotným, a rovněž je povinen ozřejmit svůj právní náhled na to, proč se má jednat o nezákonnosti.

III. Právní náhled na věc se přitom nemůže spokojit toliko s obecnými odkazy na určitá ustanovení zákona bez souvislosti se skutkovými výtkami. Pokud žalobce odkazuje na okolnosti, jež jsou popsány či jinak zachyceny ve správním či soudním spise, nemůže se jednat o pouhý obecný, typový odkaz na spis či jeho část, nýbrž o odkaz na konkrétní skutkové děje či okolnosti ve spisu zachycené, a to tak, aby byly zřetelně odlišitelné od jiných skutkových dějů či okolností obdobné povahy a aby bylo patrné, jaké aspekty těchto dějů či okolností považuje žalobce za základ jím tvrzené nezákonnosti.“

Soud totiž ve správním soudnictví v uvedeném řízení přezkoumává rozhodnutí pouze v mezích žalobních bodů ve smyslu ust. § 75 odst. 2 s.ř.s.²⁰, přičemž soud při svém přezkumu vychází ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správního orgánu²¹. Jestliže žalobce – cizinec nevymezí tyto body řádně, má to pro něj důsledky v podobě zamítnutí žaloby.

Dovolím si ještě jednu poznámku k možnosti přezkumu rozhodnutí o zajištění cizince ve správním soudnictví – s ohledem na maximální dobu trvání zajištění cizince (180, resp. 90 dnů) se jeví ochrana poskytovaná cizincům ve správním soudnictví jako neúčinná a spíše svou povahou akademická, neboť nezdědka dochází v praxi k tomu, že rozhodnutí je přezkoumáváno v době, kdy již cizinec byl ze zajištění propuštěn. Tento názor lze nalézt i v judikatuře, konkrétně v již zmiňovaném rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 6.1.2006 č.j. 7 Ca 209/2005-32 (publikován jako SJS 855/2006 ve Sbírce rozhodnutí a stanovisek Nejvyššího správního soudu) – cit. : „...Skutečností však zůstává, že současně účinná právní úprava přezkumu rozhodnutí o zajištění, která soudní přezkum takového rozhodnutí podřizuje bez jakýchkoliv úlev řízení o žalobě proti rozhodnutí správního orgánu (včetně nutnosti rozhodování o soudním poplatku, zdlouhavé vyžadování správního spisu a vyjádření k žalobě, jeho zaslání s příslušným poučením žalobkyni, nemožnost bez dalšího skutečně rychle a

²⁰ Dle ust. § 75 odst. 2 s.ř.s., soud přezkoumá v mezích žalobních bodů napadené výroky rozhodnutí. Byl-li závazným podkladem přezkoumávaného rozhodnutí jiný úkon správního orgánu, přezkoumá soud k žalobní námitce také jeho zákonnost, není-li jím sám vázán a neumožňuje-li tento zákon žalobci napadnout takový úkon samostatnou žalobou ve správním soudnictví.

²¹ Srov. ust. § 75 odst. 1 s.ř.s.

efektivně rozhodnout věc bez jednání, nesmyslný požadavek na místní příslušnost správního soudu podle sídla správního orgánu a nikoliv s ohledem na pobyt žalobkyně), činí požadavek ust. § 56 odst. 2 soudního řádu správního (přednostní vyřizování) s ohledem na maximálně půlroční délku zajištění cizince ustanovením spíše akademickým a v reálných podmínkách těžko může zaručit skutečně rychlou ochranu veřejných subjektivních práv zajištěného cizince.“

Doufám, že se mi v tomto příspěvku podařilo zachytit ty nejpodstatnější problémy, „hluchá místa“ právní úpravy zajištění cizince a že tento příspěvek přispěje k debatě v této dle mého opomíjené oblasti.

Literature:

- Zákon č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců
- Zákon č. 123/1992 Sb., o pobytu cizinců
- Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád
- Zákon č. 283/1991 Sb., o policii České republiky
- Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád
- Listina základních práv a svobod
- Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod
- Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 6. 1. 2006, čj. 7 Ca 209/2005-32
- Rozsudek rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 12. 2005, čj. 2 Azs 92/2005-58
- Nález Ústavního soudu České republiky sp.zn. Pl ÚS 27/97 ze dne 6.5.1998, jenž byl vyhlášen ve Sbírce zákonů pod č. 160/1998 Sb.

Reviewer:

Jana Jurníková

Contact – email:

Petr.hlustik@vsb.cz

THE MOVEMENT OF LEGAL ENTITIES: JOINT VENTURES

RADKA CHLEBCOVÁ

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Příspěvek kriticky hodnotí snahu Evropské Unie na poli poskytování služeb v zahraničí a vysílání zaměstnanců. Všímá si fatických problémů, na které osoby vysílající zaměstnance do zahraničí pravděpodobně narazí. Současně nabízí jako možné řešení spolupráci s místním partnerem na bázi Joint Ventures nebo strategické aliance. Vedle těchto možností hodnotí i další možné způsoby spolupráce a místními partnery a hodnotí jejich výhody a nevýhody.

Key words in original language:

Vysílání zaměstnanců; Joint Ventures; strategická aliance; spolupráce.

Abstract:

The paper focuses on the providing services abroad and on the posting of workers. It analysis the practical problems the legal entities might force when posting workers abroad. The paper supposes to solve these problems by cooperation with a local partner based on the Joint Venture or Strategic Alliance. It also outlines the other forms of possible cooperation and evaluates the advantages and disadvantages of this cooperation.

Key words:

Posting of workers; Joint Ventures; Strategic Alliance; Cooperation.

The movement of legal entities, posting of workers and providing services abroad is a big challenge. The legislation of the European Union shall enable these challenges and make the movement as easy as possible. In fact is the movement of legal persons, in contrary to the movement of natural persons, and despite the effort of the European Union not really successful. This paper presents some of the reasons why the movement of legal entities is so complicated and suggests possible solution – Joint Venture structures.

1. SINGLE MARKET LEGISLATION FOR SERVICES:

The movement of legal entities represents a significant part of the internal market, to be more exact of “single market legislation for services¹” of the European Union. The aim of the single market legislation is to enable an effective and simple movement of legal entities. The directives of European Union (hereinafter referred as “EU”) are directed into three core areas: Posting of workers², providing of services³ and recognition of qualification⁴.

¹ Compare the web site of the European Union: <http://europa.eu/scadplus/leg/en/s70002.htm>, date: 10. 5. 2009

² Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services

³ Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market

These directives were supposed to simplify the process of providing services abroad. The aim of the directives was also to unify at least some of the national requirements the foreign companies must comply with when working abroad, and to improve access to information concerning these requirements. We shall admit that because of the effort of the EU, it is today easier to find out basic information concerning the posting of workers, requirements we have to comply with and documents we have to prepare for posting of workers and providing services abroad. There are tons of books available on the topic of posting of workers or working abroad. However, do NOT try to solve real and concrete problem! Otherwise, you are getting into troubles, having almost no chance to answer your client's questions. Notwithstanding the effort of the European Union and all the additional activities, the movement of legal entities is not working and the companies are not encouraged to move.

PRACTICAL PROBLEMS OVERVIEW

Here are some of the problems you will probably face when posting workers abroad:

- The central core of mandatory protective legislation laid down in the Member State in which the work is carried out must be guaranteed to the posted workers. Nevertheless, it is almost impossible to find out what's the mandatory protective legislation which must be respected. Also the interpretation and the discovery of implied boundaries between terms used in the statutes is an unimaginable problem. E.g. In German Arbeitnehmerentendegesetz is stipulated, that the posted workers must be given the "Mindestentgeltsätze" – the minimum wages. There is a number of problems resulting out of this requirement. E.g. In Germany the minimum wages are settled only in selected areas. Therefore, first of all you have to discover, which areas are selected and which kinds of works belongs into this areas, and then the exact wages. In case your activity doesn't fall into the selected areas, there is another problem: Does the fact that the wages are not exactly stipulated by laws means that you may offer you employees whatever you want? Or does it mean that you still have follow the obligation following from the Art. 2 of Arbeitnehmerentendegesetz and to provide the employees with appropriate wages?
- In case the working conditions in state of origin are more advantageous for the worker, the employer shall provide the workers with the more suitable conditions. In many cases it is difficult to evaluate which of the legislations (state of the origin or the state of the posting) is more convenient for the worker. Therefore, the company may be never sure whether comply with the legal requirements. For example: Breaks during the working hours. In case the laws of the state of origin provides the works with one longer break (e.g. 30 minutes) and the laws of the other state with two shorter (2 x 15 minutes), which of the regulations is more advantageous for the worker?
- Posting workers and providing services abroad means collecting tons of documents (usually verified copies) and getting tons of approvals. This requires angelic patience and advanced detective skills. Do not rely on the web sites of local authorities. Do not rely of the authorities themselves. They know only general information and are usually

⁴ Directive 2005/36/EC of the European Parliament and of the Council of 7 September 2005 on the recognition of professional qualifications

not in the position to solve a specific or border cases. It is only up to you to discover which documents you need.

- What's really necessary is to provide the services in compliance with the local legislation. This implies to know exactly the local legislation. Not only that that foreign company has no idea about the local law, its structure, and which norms are applicable, but it even don't know where to start searching for the statutes, not speaking about the case law and interpretation of law provisions.
- You also have to discover the practise of the local authorities which must be taken into account. This is time consuming and very difficult. Nevertheless, not keeping with this practise may result in a fatal failure, high fines etc.
- Recognition of professional qualifications should be guaranteed if there are no substantial differences between the training acquired by the person concerned and the training required in the host Member State. However, the member stated may still require a compensation measure (exams or adaptation period of a maximum of three years). In case the last version of the EC directives were not implemented in the national law (like e.g. in Austria) or in case of hostile approach against the foreign companies, the national law will be interpreted in such a way that the foreign company must prove the qualifications requirements and pass exams requested by the local authorities (despite the fact that in accordance with the new version of the EC directives the qualification achieved in the country of origin must be sufficient). Would you be able to pass a mining exam and to prove your detailed knowledge of Austrian mining law in German language?

Still keen on moving?

2. POSSIBLE SOLUTIONS:

There are possible approaches which may help the companies to move and minimize the above mentioned problems. The connected link between all of them is the participation of another subject, usually local one. The financial intensity, relation between the local and foreign partner, the extent of involvement of the local partner into the project, personal engagement of the local partner and responsibility of the local partner are the core differences between the approaches. First of all the possibility of hiring a local attorney office or consultancy company, local accountant will be discussed. Then, the cooperation with a local partner, its advantages and disadvantages will be mentioned. Finally, the kinds of cooper will be presented: Simple contracts, Strategic Alliance, and Joint Ventures.

A. LOCAL ATTORNEY OFFICE OR CONSULTANCY COMPANY, LOCAL ACCOUNTER

Finding a local attorney seems to be a great idea, nevertheless, in case you are dealing with a special area of business (e.g. special kind of constructions, drilling works or drilling of wells, purchase of special products), it is very difficult to find out any attorney who is expert in this area. Working in such narrow area requires you to have a legal counsellor (e.g. company lawyer) who knows all particular details of your business. Nevertheless, your legal counsellor is well oriented only in the national law and legal counsellors from abroad are either working for your competitors or not available at all. Therefore, you have no other chance than to rely on local attorney.

The disadvantages of working with local attorney who is not specialized in your area of business are plain enough: Either paying for learning his or her learning or getting confusing information. Moreover, as a newcomer in new market and legislation environment, it is difficult to formulate your questions properly in such a way to tell to the attorney exactly which information you need. Therefore, there is high possibility that the information you received will be unuseful and won't provide with the answers you are searching for. This approach is expensive, time consuming and you can never be sure that the received information are correct and accurate.

B. COOPERATION WITH A LOCAL PARTNER

Cooperation with a local partner is another possible approach. It means that you will find a suitable partner for you goals, somebody who may contribute to your objective and help you to achieve your business plans. Each foreign market offers unique opportunities and risk and it is easier to face them together with a partner who may assist in entering there. The foreign partner can provide the other party with access to resources and skills that are unavailable to without local assistance at reasonable costs.⁵

Here is a brief overview of advantages and disadvantages of cooperating with local partner. This overview is focused firstly on the pros and coins of joint progress in Europe at the common market, thus all positives and negatives of working with local partner in developing countries are left out. Secondly, this overview concentrates on Joint Ventures cooperation.

ADVANTAGES OF COOPERATION WITH LOCAL PARTNER⁶:

Orientation in local rules and languages: Despite the fact that your exact choice of the local partner depends on your business plans and objectives, there is a high chance that a local partner will be well orientated in the local rules, familiar with legal requirements is able to speak the local language. Moreover, he knows the local customs and knows how to deal with the local authorities. Additional, as you have selected you partner according to your business goals and discussed the details of the possible cooperation, the local partner will understand the core business problems and is in the best position to assist you to get any approval from the local authorities. The local partner will also be able to provide you with legal advice or to help you to find an attorney or a legal counsellor who is specialized in your area of business.

Getting out of the competitors: "If you can't beat 'em, join 'em. Two heads are better than one. United we stand"⁷. Cooperating with your competitors or with your local contracting partner on a closer basis than the contractual one means to get support for joint project. The local partner will more likely provide you with important information and advises because both of you are following the same objective(s). You are in the same boat.

⁵ Gutterman, A., International Joint Ventures. USA: World Trade Press, p. 3.

⁶ Ibidem

⁷ Orsoni-Vauthey, V., Happy About Joint Venturing. [cited 22. 5. 2008]. Available at: <http://entrepreneurs.about.com/od/beyondstartup/a/jointventures.htm>

Financial resources can be shared: One of the most well known advantages of Joint Ventures (hereinafter referred as “JV”) is the opportunity to reduce the amount of capital needed to start business abroad.

Reduction of Business risk: JV enables not only costs reduction but allows also for investments diversification among different countries, industries and areas. Thus, the investors are obviously protected more that when approaching on the sole basis.

Control over the activities: JV structure allows to control directly the business conducted abroad and/or to manage the activities together with the local partner. Moreover, it enables the parties to learn from each other, to exchange knowledge and to improve their own skills.

DISADVANTAGES OF COOPERATION WITH LOCAL PARTNER:

The choice of JV partner is decisive: The Company who is intended to work abroad on JV basis face the problem of finding a suitable local partner sharing the same goals and objective, necessary knowledge, ability and willingness of the other party. The skills, ability and willingness of the local partner to perform its obligations during the term of JV seem to be decisive for the success of JV.

JV profits are shared: This is a well known fact. The profits of JV are distributed either in accordance with the contributions of the parties or with the agreement of the parties. The most common problem is how to value intangible assets and contributions, such as intellectual property rights or technical knowhow, management skills. Because is almost impossible to value them, the parties may disagree on their portion to the JV contribution and therefore on their portion of JV profits.

Shared skills and technologies might be used outside of the JV as well: The parties are sharing the knowledge and technologies and contribution the joint project. The disadvantage is that the gained skills will be most probably used in the sole project of JV partners as well. This seems to be quite common practise.

Local management stiles may significantly differ: This can lead to many misunderstandings, conflicts and losses of motivation to work for JV.

It follows from this brief overview that despite the possible problems it is still easier and cheaper to cooperate with a local partner and to take the advantage of his or her orientation in local market, knowledge of local authorities, laws and regulations, local risks and dangers. As far as the posting of workers is concerned, one of the most important advantages is the knowledge of the local laws and regulations, especially the acquaintance of the mandatory protective legislative and conditions of work and employment.

C. THE MOST COMMON FORMS OF COOPERATION WITH LOCAL PARTNER:

This part of the paper shall discuss following kinds of cooperation, except the last one.

- Simple contracts
- Strategic Alliance
- Joint Ventures

- Mergers and Acquisitions⁸

SIMPLE CONTRACTS

(customer supplier, service contract, distribution contract, sub-contractors position).

Negotiating contract is the simplest form of cooperation with local partner. It does not require transfer of assets and control so that the parties to the contract remain completely autonomous. The contracting parties only agree on mutual rights and duties without creating joint entity.

The contracting parties have to follow the covenants stipulated in the contract and fulfil the contractual duties. The problems is that it is the sole responsibility of each contracting party to comply with the agreement and that the contracting party cannot in reality fully rely on the support of the other party. The simple contracts usually contain provisions like:

“Contractor shall be responsible for obtaining all necessary permits and authorisations in connection with carrying out the Work by Contractor, unless otherwise required by the legislation of the respective country.”

or

“Contractor shall comply and safeguard compliance of its subcontractors' with all applicable laws, rules and regulations in performing the Work hereunder, and such other regulations as are set forth in this Agreement and any attached Appendices, in particular, but not limited to, health, safety and environment.”

Therefore, in conformity with the contract is exclusively up to the contractor to take care of all permissions and to comply with all applicable laws and regulations. It is not responsibility of the other contracting party to notify the contractor about the applicable laws, authorities with is in charge of his or her duties etc. Help yourself and good luck!

For the reasons stated in the previous paragraphs is clear that simple contract is kind of cooperation with foreign partner, nevertheless it is not a cooperation including joint purpose, objectives, joint approach and support or even joint entity, nor offering the mentioned advantages of cooperation. From the point of view of posting of workers it is the most problematic and difficult kind of cooperation.

STRATEGIC ALLIANCE (HEREINAFTER REFERRED AS “SA”)

SA is more sophisticated form of cooperation with the foreign partner. A Strategic Alliance is a formal relationship between two or more parties to pursue a set of agreed upon goals or to meet a critical business need while remaining independent organizations.⁹ SA is often called

⁸ (M&A) are another form of cooperation. Nevertheless, because of the complexity of this issue and of its particular characters, won't be discussed in this paper.

⁹ Wikipedia: Strategic Alliance, [cited 22. 5. 2008]. Available at: http://en.wikipedia.org/wiki/Strategic_alliance

as “contractual Joint ventures”. In contrast to the Joint Ventures, the partners do NOT create a separate and independent legal entity.

SA involves contribution of assets and capital, but the mutual task is achieved inside the partner’s firms, not inside the JV Company.¹⁰ The parties agree on cooperative effort in which they contribute to the operations and services for a specified time to achieve technical, manufacturing or sales objectives. However, it is necessary to point out that the parties retain separate ownership of their assets and resources.¹¹

Strategic alliances allow members to cooperate in flexible and inexpensive way. Also the transaction costs are lower because the joint company needn’t to be established and managed. Besides these positives, the advantages of strategic alliance¹² includes 1) allowing each partner to concentrate on activities that best match their capabilities, 2) learning from partners & developing competences that may be more widely exploited elsewhere, 3) adequacy a suitability of the resources & competencies of an organization for it to survive.

Focusing on posting of workers, it is necessary to highlight that SAs are created on contractual basis. As the contracting parties have established the joint purpose of their cooperation, objectives and as they have decided to proceed together to achieve the objectives and to grow, they are willing to support each other and to help each other. Therefore, the contracting parties may agree on lawyering assistance and helping to get all permits. The local party can deal on behalf of the foreign with local authorities. SA seems to be an effective way out of the maze of legal requirements.

In contrary to the named advantages, SA as “contract plus” are usually not a suitable form of cooperation for achieving other advantages of classical Joint Ventures, like financial reductions, tax advantage or direct control over the joint activity.

JOINT VENTURES

JV is defined as cooperative business activity, formed by two or more separate partners for strategic purposes, which create an independent business entity, and allocates ownership, operational responsibilities and financial risks and rewards to each member, while preserving each member member’s identity/autonomy.¹³

JVs are considered to be the most powerful tools for being successful in today's competitive business atmosphere.¹⁴ The JV structure may improve the access to financial resources as well

¹⁰ Moskalev, S., A., Swensen, B., R., Joint Ventures Around the Globe from 1990-2000, p. 11. [cited 22. 5. 2008]. Available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=878210

¹¹ Gutterman, A., International Joint Ventures. USA: World Trade Press, p. 10.

¹² Wikipedia: Strategic Alliance, [cited 22. 5. 2008]. Available at: http://en.wikipedia.org/wiki/Strategic_alliance

¹³ Moskalev, S., A., Swensen, B., R., Joint Ventures Around the Globe from 1990-2000, p. 11. [cited 22. 5. 2008]. Available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=878210

¹⁴ Orsoni-Vauthey, V., Happy About Joint Venturing. [cited 22. 5. 2008]. Available at: <http://entrepreneurs.about.com/od/beyondstartup/a/jointventures.htm>

as the access to new technologies, customers and to innovative managerial practices. JV structures usually create stronger competitive units, because they are based on companies' strengths and supported by distribution of costs and risks.

*The essential elements of JV are:*¹⁵

- Contractual Agreement
- Specific limited purpose and duration
- Joint property interest
- Common financial and intangible goals and objectives
- Shared profits, losses, management and control

The process of partnering is a well-known, time-tested principle. The critical aspect of a JV does not lie in the process itself but in its execution and preparation. As about 60% of JV fail within five years, it is necessary to think carefully about the objectives, contributions, structure, and management etc. in advance.¹⁶

JV agreement:

The JV should be covered in a legal agreement which will be negotiated with ready, willing and able partner. JV agreement is key operational document which sets for a number of matters the parties have to agree on, e.g. objectives, duration, initial capitalization, additional financing, management, control, business and operational activities, allocation and distribution of income, sharing of losses, warranties, confidentiality clause and the termination of JV, resolution of disputes and the law governing the JV contract as well as the future activities. Because each of the partners will contribute various resources and skills to the new enterprise, including among others products, cash, personnel, facilities, raw materials, and marketing expertise, the contract has to specify these contributions and their value. The value of the parties' contributions usually determines the number of shares (if a corporate form is used) the parties are provided by. The number of shares generally predestines the right of the parties with respect to voting rights and the distribution of profits. However, the parties may agree on another arrangement for voting rights and profits allocation.¹⁷ This might be the case if the contributions include intangible assets or kinds of contributions where it is difficult to define the exact value.

The parties have also to think about the formation and structure of the new business entity (e.g. corporation, limited partnership, limited liability company etc.) and prepare all charter documents and decide how will take care of specified statutory filing and publication requirements.

¹⁵ Gutterman, A., International Joint Ventures. USA: World Trade Press, p. 2.

¹⁶ Ibidem

¹⁷ Ibidem

Besides the core JV agreement the contracting parties usually negotiate a number of partial agreements between them and the JV. Based on these agreements the partners are supposed to provide the JV with services, goods, and other supplies or to enable the JV to use the assets (e.g. machines, buildings, licences) and to function as a real company.

Structure of JV:

The phrase „Joint Venture“ generally refers to the purpose of the entity and not to a type of entity. Therefore, the factual structure of JV may defer from case to case, depending the number of partners involved in JV, interests, expectation and experience of these partners, countries involved, and objectives of JV etc.

In case the contracting parties decide to create not only contractual JV, but separate legal entity, the parties gain a number of advantages. New legal entity created for special purpose and definite period of time is known as *Special Purpose Vehicle* (hereinafter referred as “SPV”) or a special purpose entity (SPE). It is a legal entity created by a firm (known as the sponsor or originator) by transferring assets to the SPV, to carry out some specific purpose or circumscribed activity, or a series of such transactions. SPVs have no purpose other than the transaction(s) for which they were created, and they can make no substantive decisions; the rules governing them are set down in advance and carefully circumscribe their activities.¹⁸

SPE's are typically used by companies to isolate the firm from financial risk. A company will transfer assets to the SPE for management or use the SPE to finance a large project thereby achieving a narrow set of goals without putting the entire firm at risk. The assets or activities are distanced from the parent company; hence the performance of the new entity will not be affected by the ups and downs of the originating entity and vice versa. The SPE will be subject to fewer risks and thus provide greater comfort to the investors. What is important here is the distance between the sponsoring company or companies and the SPV. In the absence of adequate distance between the sponsor and the new entity, the latter will not be an SPE but only a subsidiary company.¹⁹ Based on this distance, SPVs are carefully designed to avoid bankruptcy and reduce bankruptcy costs.

Some reasons for creating SPV:

- Risk sharing: Companies may use SPEs to legally isolate a high risk project/asset from the parent company and to allow other investors to take a share of the risk.
- Financial engineering: SPEs are often used in complex financial engineering schemes which have, as their main goal, the avoidance of tax or the manipulation of financial statements.

¹⁸ Gorton, G., Souleles, N., S., Special Purpose Vehicles and Securitization. [cited 22. 5. 2008]. Available at: <http://knowledge.wharton.upenn.edu/papers/1314.pdf>

¹⁹ Wikipedia: Special Purpose Entity, [cited 22. 5. 2008]. Available at: http://en.wikipedia.org/wiki/Special_purpose_vehicle

- Limitation of liability: The companies will transfer only the necessary part of their assets to the SPV. Therefore, the companies or investors retain full control over the assets which get into risk and be victimized.²⁰

SUMMARY:

The posting of workers and the possibility the extent the scope of our activities abroad is a big challenge. However, despite the whole effort the European legislators, the legislative of the EU is not able to make the movement of legal persons easier. The legal requirements posed on the companies are not easy to comply with. It takes a lot of time and effort to find out the laws not speaking about their interpretation. There are usually no authorizes with jurisdiction to provide the companies with binding interpretation of the legal norms. It is almost impossible to discover very specific information, despite the fact that the answers might be decisive for the decision whether move or not. Based on the mentioned factors it is very risky to move. The companies are facing not only significant fines but also lost of good reputation which may be even worse. One of the possible solutions is to find a local partner and to cooperate closely with him or her. This solution (either in the form of contractual JV or JV with separate entity) seems to be more effective that the cooperation based on the simple contract.

Literature:

- Gutterman, A., International Joint Ventures. USA: World Trade Press
- Enders, D., Miles, A., Joint Ventures – an El Dorado for the German Revenue? In: Intertax, Volume 27, Issue 6-7, p. 243.
- Gorton, G., Souleles, N., S., Special Purpose Vehicles and Securitization. [cited 22. 5. 2008]. Available at: <http://knowledge.wharton.upenn.edu/papers/1314.pdf>
- Moskalev, S., A., Swensen, B., R., Joint Ventures Around the Globe from 1990-2000, p. 11. [cited 22. 5. 2008]. Available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=878210
- Orsoni-Vauthey, V., Happy About Joint Venturing. [cited 22. 5. 2008]. Available at: <http://entrepreneurs.about.com/od/beyondstartup/a/jointventures.htm>
- Wikipedia: Special Purpose Entity, [cited 22. 5. 2008]. Available at: http://en.wikipedia.org/wiki/Special_purpose_vehicle
- Wikipedia: Strategic Alliance, [cited 22. 5. 2008]. Available at: http://en.wikipedia.org/wiki/Strategic_alliance

²⁰ Wikipedia: Special Purpose Entity, [cited 22. 5. 2008]. Available at: http://en.wikipedia.org/wiki/Special_purpose_vehicle

- Web site of the European Union. [cited 10. 5. 2009]. Available at: <http://europa.eu/scadplus/leg/en/s70002.htm>, date:
- Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services
- Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market
- Directive 2005/36/EC of the European Parliament and of the Council of 7 September 2005 on the recognition of professional qualifications

Reviewer:
Filip Křepelka

Contact – email:
Radka.Chlebcova@law.muni.cz

ZNEUŽITÍ IMIGRAČNÍHO PRÁVA: ÚČELOVÉ SŇATKY (EVROPSKÁ ÚPRAVA A JEJÍ TRANSPOZICE V ČESKÉM PRÁVNÍM ŘÁDU)

JAN JIRÁSEK

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Příspěvek se zabývá zneužitím práva pobytu v České republice prostřednictvím účelového sňatku. První část popisuje evropskou úpravu zaměřenou na potírání účelových sňatků a rozebírá relevantní judikaturu Evropského soudního dvora a rozhodovací činnost Evropské komise pro lidská práva. Druhá část pak hodnotí transpozici evropských předpisů v českém právním řádu a přístup českých soudů k účelovým sňatkům v oblasti imigračního práva.

Key words in original language:

Účelový sňatek, imigrační právo, rodinný život, povolení k pobytu.

Abstract:

This contribution deals with abuse of the right to reside in the Czech Republic via marriage of convenience. The first part describes the European law focused on combating of marriages of convenience and elaborates on the relevant case law of the European Court of Justice and decisions of the European Commission of Human Rights. The second part evaluates both the transposition of the said European law into the Czech legal order and the approach of Czech courts towards marriages of convenience in the area of immigration law.

Key words:

Marriage of convenience, immigration law, family life, residence permit.

1. ÚVOD

Rozhodnou-li se dva lidé uzavřít manželství, zpravidla se předpokládá, že hodlají žít spolu v jedné domácnosti. Český zákon o rodině dokonce takové spolužití manželům ukládá jako povinnost.¹ Zatímco při uzavření manželství mezi dvěma občany téhož státu zpravidla při realizaci spolužití nevzniká žádný problém, v případě manželského svazku mezi cizinci je třeba, aby jeden z nich získal povolení či oprávnění k pobytu ve státě toho druhého. Jestliže je však jedním z typických znaků manželství, že manželé žijí spolu, bylo by nelogické, aby imigrační právo stanovilo nějaké přísné podmínky, které by manžel – cizinec musel splnit, aby získal povolení k pobytu ve státě druhého manžela. Naopak sama skutečnost, že došlo ke sňatku mezi cizincem a občanem určitého státu, je zpravidla považována za dostatečný důvod k tomu, aby bylo cizinci uděleno povolení k pobytu v tomto státu.

Pokud vezmeme v úvahu relativně snadný způsob, jakým lze uzavřít manželství (v českém právním řádu souhlasným prohlášením muže a ženy před příslušným orgánem státu či církve za přítomnosti dvou svědků), a z toho vyplývající jednoduchost získání povolení k pobytu

¹ § 18 zákona č. 94/1963 Sb., o rodině, ve znění pozdějších předpisů.

v určitém státu, nelze se pozastavit nad tím, že institut manželství bývá zneužíván právě k získání takového povolení. Jedná se o tzv. účelové sňatky (či fingovaná manželství, *marriages of convenience*), které jsou uzavřeny mezi cizincem a občanem určitého státu (zpravidla za úplatu) právě za účelem získání povolení k pobytu v takovém státu pro tohoto cizince.

Uzavírání účelových sňatků není však již dnes pouze národní záležitostí individuálního státu. V rámci Evropské unie je třeba vzít v úvahu skutečnost, že mezi členskými státy jsou zrušeny hraniční kontroly a že občané unie požívají práva pohybu a pobytu na území všech členských států. Problematika účelových sňatků tak již nepřichází v úvahu u manželství mezi občany unie a přesunula se z vnitřních hranic unie na její hranice vnější. Tím se však otázka účelových sňatků stává problémem jaksi globálním pro celou Unii. Je-li totiž uzavřen účelový sňatek, který má za následek udělení povolení k pobytu občanu nečlenské země v určitém členském státu, může se tento občan za určitých podmínek volně pohybovat a pobývat na celém území Unie, ačkoliv jeho prvotní právo pobytu bylo založeno na základě zneužití práva. Cílem tohoto příspěvku je poukázat jak na evropskou (komunitární) úpravou účelových sňatků a její reflexi v judikatuře evropských soudů, tak i zhodnotit transpozici této evropské úpravy do českého právního řádu.

2. POTÍRÁNÍ ÚČELOVÝCH SŇATKŮ V EVROPSKÉM PRÁVU

Volný pohyb osob představuje jednu ze čtyř svobod vnitřního trhu Evropských společenství. Jedním ze základních dokumentů v této oblasti je v současné době směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/38/ES.² Jedná se o obecnou úpravu nahrazující dřívější sektorové směrnice,³ které zaváděly volný pohyb různých kategorií osob (pracovníků, osob samostatně výdělečně činných, studentů), a stavící na institutu evropského občanství. Směrnice se vztahuje na všechny občany Evropské unie (EU) a jejich rodinné příslušníky. Těmto osobám směrnice zaručuje právo volného pohybu v členských zemích EU a za splnění určitých podmínek i právo trvalého pobytu v těchto zemích (v případě rodinných příslušníků, kteří nejsou občany EU, jsou tato práva podmíněna získáním vstupního víza či pobytové karty). Směrnice pamatuje i na možnosti omezení práva vstupu a pobytu z důvodu veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti nebo veřejného zdraví.⁴ Lhůta pro transpozici směrnice do národních právních řádů uplynula 30. dubna 2006.

² Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/38/ES ze dne 29. dubna 2004 o právu občanů Unie a jejich rodinných příslušníků svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států, o změně nařízení (EHS) č. 1612/68 a o zrušení směrnic 64/221/EHS, 68/360/EHS, 72/194/EHS, 73/148/EHS, 75/34/EHS, 75/35/EHS, 90/364/EHS, 90/365/EHS a 93/96/EHS. Úř. věst. L 158, 30. 4. 2004, s. 77—123.

³ Směrnice Rady 68/360/EHS ze dne 15. října 1968 o odstranění omezení pohybu a pobytu pracovníků členských států a jejich rodinných příslušníků uvnitř Společenství, směrnice Rady 73/148/EHS ze dne 21. května 1973 o odstranění omezení pohybu a pobytu státních příslušníků členských států uvnitř Společenství v oblasti usazování a pohybu služeb, směrnice Rady 90/364/EHS ze dne 28. června 1990 o právu pobytu, směrnice Rady 90/365/EHS ze dne 28. června 1990 o právu pobytu zaměstnaných osob a osob samostatně výdělečně činných po skončení jejich pracovní činnosti a směrnice Rady 93/96/EHS ze dne 29. října 1993 o právu pobytu pro studenty.

⁴ K omezení práva vstupu a pobytu viz Karlová, H.: Omezení a ukončení práva na vstup a pobyt občanů unie z důvodu veřejného pořádku a bezpečnosti, Právník č. 8, 2008, str. 922 – 939, ISSN 0231-6625.

Citovaná směrnice si však zaslouží pozornost i s ohledem na znění jejího článku 35 označeného jako zneužití práva. Podle tohoto článku mohou členské státy přijmout potřebná opatření k odepření, pozastavení nebo odnětí jakéhokoli práva přiznaného touto směrnicí v případě zneužití práv nebo podvodu, například účelových sňatků. Veškerá taková opatření musí být přiměřená a spojená s procesními zárukami stanovenými v člancích 30 a 31. Transpozice tohoto článku do národních právních řádů je dobrovolná (srov. „členské státy mohou“) a z vyjádření Komise vyplývá, že navzdory své důležitosti nebyl tento článek implementován všemi státy.⁵

Směrnice 2004/38/ES nicméně účelový sňatek nedefinuje. Tento pojem se objevuje rovněž v čl. 16 směrnice Rady 2003/86/ES ze dne 22. září 2003 o právu na sloučení rodiny,⁶ ovšem ani zde vyčerpávající definici nenalezneme.⁷ Vodítkem však může být rezoluce Rady ze dne 4. 12. 1997 o opatřeních, která je třeba přijmout pro potírání účelových sňatků.⁸ Ta definuje účelový sňatek jako sňatek uzavřený mezi občanem členského státu nebo občanem třetí země legálně usazeným ve členském státě a občanem třetí země pouze za účelem obejití pravidel vstupu a pobytu občanů třetí země a získání povolení nebo oprávnění k pobytu pro občana třetí země.

Rezoluce dále uvádí několik faktorů, na jejichž základě je možné usuzovat, že se v daném případě jedná o účelový sňatek. Konkrétně jde například o skutečnost, že není udržováno manželské soužití; chybí přiměřený příspěvek na závazky vyplývající z manželství; manželé se nikdy před sňatkem neviděli; manželé se neshodnou při uvádění svých osobních údajů či o okolnostech první schůzky; manželé nehovoří společným jazykem; sňatku předcházelo předání finanční částky apod. V případě, že je účelový sňatek odhalen, stanovuje rezoluce povinnost odejmout či neobnovit povolení nebo oprávnění k pobytu vydané na základě takového sňatku. Rezoluce rovněž požaduje, aby takto postižený občan třetí země měl možnost napadnout rozhodnutí o odejmutí či neprodloužení povolení nebo oprávnění k pobytu před soudem nebo před správním orgánem.

Charakter, resp. právní závaznost, citované rezoluce není zcela zřejmý. Nejedná se o právní instrument, který by v době jeho přijetí předvídal článek K.3 Smlouvy o Evropské unii; jde tedy o jakýsi akt *sui generis*, který ve smlouvě nemá přímý podklad. Tato skutečnost by svědčila spíše závěru, že se jedná pouze o nezávazné doporučení, tedy o soft law. Na druhou stranu sama rezoluce ukládá členským státům povinnost, aby k ní přihlížely při jakékoliv novelizaci svých právních předpisů. Členské státy se navíc mají snažit sladit svoje zákonodárství se zmiňovanou rezolucí do 1. ledna 1999. Tyto transpoziční povinnosti

⁵ Zpráva Komise Evropskému parlamentu a Radě o uplatňování směrnice 2004/38/ES o právu občanů Unie a jejich rodinných příslušníků svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států, KOM(2008) 840 v konečném znění. Zpráva nicméně výslovně neuvádí, které členské země tuto úpravu nezavedly nebo zavedly nesprávně, a z přiloženého grafu tyto skutečnosti rovněž nelze seznat.

⁶ Úř. věst. L 251, 3. 10. 2003, s. 12-18.

⁷ Tato směrnice stanoví společná pravidla pro uplatňování práva na sloučení rodiny pro státní příslušníky třetích zemí, kteří oprávněně pobývají na území členských států. Ohledně účelových sňatků jen stručně uvádí, že účelový sňatek je takový, který byl uzavřen „pouze za tím účelem, aby dotyčná osoba mohla vstoupit na území členského státu nebo na něm pobývat.“

⁸ Úř. věst. C 382, 16. 12. 1997, s. 1-2.

přibližují rezoluci komunitární směrnici či rámcovému rozhodnutí ve třetím pilíři. Na dotazník Komise týkající se implementace této rezoluce v roce 2000 5 členských států odpovědělo, že přijaly zvláštní opatření k boji proti účelovým sňatkům, 4 členské státy konstatovaly, že nepovažovaly za nutné cokoliv ve své současné legislativě a administrativní praxi měnit, a zbývající státy na tuto otázku vůbec neodpověděly.⁹ Komise rovněž transpozici rezoluce nijak nevynucuje a dále ani nesleduje. Evropský soudní dvůr (ESD) se k charakteru rezoluce nijak nevyjádřil; rezoluce byla zmíněna pouze generálním advokátem Geelhoedem v jeho stanovisku k věci *Akrich* (viz níže). Generální advokát nicméně pouze konstatuje, že zmiňovaná rezoluce existuje a že správní orgány členských států mohou svá rozhodnutí týkající se pobytu založit na znacích účelového sňatku, které jsou v rezoluci uvedeny.¹⁰

Rozhodovací činnost Evropského soudního dvora k samotným účelovým sňatkům je pak spíše okrajová. Z judikatury předcházející přijetí výše zmiňovaných směrnic lze zmínit rozsudek ve věci *Kadiman*¹¹ týkající se pobytu tureckých pracovníků a jejich rodin v členských státech na základě rozhodnutí Rady přidružení Turecka k EHS č. 1/80. Rozhodnutí umožňovalo rodinným příslušníkům tureckého občana, který byl legálně zaměstnán v některém členském státě, aby s ním pobývali v členském státě a aby po třech letech takového pobytu vstoupili na pracovní trh členského státu. ESD vyslovil, že členské státy mohou právě z důvodu zabránění podvodným sňatkům tureckých občanů požadovat, aby rodinný příslušník tureckého pracovníka před vstupem na pracovní trh prokázal, že po zmiňovanou dobu tří let skutečně žil ve společné domácnosti s pracovníkem. Jakým způsobem by však měl rodinný příslušník toto skutečné spolužití prokazovat, tím se ESD nezabýval.

I přesto je z citovaného rozsudku zřejmé, že ESD si je vědom problému, který účelové sňatky mohou pro imigrační právo členských států EU znamenat. V případě *Akrich* proto ESD potvrdil, že by se jednalo o zneužití, pokud by se migrující pracovníci a jejich manželé dovolávali výhod komunitárního práva na základě účelových sňatků uzavřených za účelem obejití ustanovení o vstupu a pobytu příslušníků nečlenských zemí.¹² Podle generálního advokáta Madura vede Soudním dvorem praktikovaná doktrína zneužití k neaplikaci příslušného (zneužitého) ustanovení komunitárního práva, a tedy k závěru, že žádné právo nebylo přiznáno.¹³ Samo zneužití práva vstupu či pobytu tedy znamená, že vstup či pobyt je z pohledu komunitárního práva nelegální, což by v souladu s výše zmíněnou rezolucí Rady mělo vést k ukončení pobytu, resp. k vyhoštění. Tyto „sankce“ za zneužití práva bude nicméně třeba zvažovat případ od případu a jejich udělení podmínit požadavku přiměřenosti,

⁹ Zhodnocení implementace rezoluce Rady ze dne 4. 12. 1997 o opatřeních, která je třeba přijmout pro potírání účelových sňatků, 13488/1/99 REV1, dostupné z <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/99/st13/13488-r1en9.pdf>.

¹⁰ Stanovisko generálního advokáta Geelhoeda ve věci C-109/01 *Secretary of State for the Home Department v Hacene Akrich* [2003] ECR I-9607, bod 44.

¹¹ Rozsudek Soudního dvora ve věci C-351/95 *Selma Kadiman v Freistaat Bayern* [1997] ECR I-2133.

¹² Rozsudek Soudního dvora ve věci C-109/01 *Secretary of State for the Home Department v Hacene Akrich* [2003] ECR I-9607, bod 57.

¹³ Stanovisko generálního advokáta Poiars Madura ve věci C-244/02 *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd and County Wide Property Investments Ltd v Commissioners of Customs & Excise* [2006] ECR I-1609, poznámka 66.

jak potvrdil ESD v nedávném rozsudku ve věci *Metock*. V tomto rozsudku týkajícím se směrnice 2004/38/ES ESD mimo jiné konstatoval pravomoc členských států bránit se zneužití práva ve formě účelových sňatků – ovšem v souladu s čl. 35 směrnice, tedy v souladu se zásadou přiměřenosti a při zajištění nezbytných procesních záruk.¹⁴

Na závěr této části je ještě vhodné zmínit evropský lidskoprávní aspekt problematiky účelových sňatků. Otázkou totiž je, zda se účastníci účelového manželství mohou dovolávat práva na respekt k rodinnému a soukromému životu, jak je stanoveno v čl. 8 Úmluvy na ochranu lidských práv a základních svobod nebo v čl. 7 Listiny základních práv Evropské unie, a tím se úspěšně bránit vyhoštění. Evropská komise pro lidská práva se ještě za své existence zabývala otázkou účelového manželství v případě *Benes proti Rakousku*.¹⁵ Zde se stěžovatel dovolával ochrany čl. 8 Úmluvy, neboť jeho manželství bylo prohlášeno za neplatné, jelikož jeho účelem bylo pouze získání rakouského občanství. Evropská komise pro lidská práva konstatovala, že rakouské soudy pečlivě posoudily okolnosti případu a že prohlášení manželství za neplatné bylo zásahem nezbytným v demokratické společnosti z důvodu ochrany pořádku a práv a svobod jiných, jak předvídá druhý odstavec čl. 8 Úmluvy. V pozdějším obdobném případě *Yavuz proti Rakousku* pak Evropská komise pro lidská práva zaujala názor, že článek 8 uvedené Úmluvy předpokládá existenci rodinného života a zahrnuje přinejmenším vztah, který pochází ze zákonného a skutečného (*genuine*) manželství, i když v něm rodinný život nebyl plně realizován. Otázka, zda tu je nebo není rodinný život pro účely článku 8 Úmluvy, je zásadně otázkou faktickou závisící na skutečné praktické existenci úzkých osobních vazeb.¹⁶ Evropský soud pro lidská práva se dosud otázkou účelových sňatků nezabýval. Z rozhodovací činnosti komise však lze obecně vyvodit, že formálním uzavřením manželství sice vzniká domněnka existence rodinného života, avšak ten je vždy navázán na existenci úzkých osobních vztahů. Mezi osobami, které uzavřou účelové manželství, zpravidla žádné úzké osobní vztahy dány nebudou, a tudíž nedojde ani k realizaci rodinného života. Článek 8 Úmluvy by tudíž neměl být na účelové sňatky aplikovatelný. Navíc komise považuje určité sankce za uzavření účelového sňatku (například jeho prohlášení za neplatné) za souladné s Úmluvou.

3. TRANSPOZICE V ČESKÉM PRÁVNÍM ŘÁDU

Základním předpisem týkajícím se cizinecké problematiky a rovněž účelových sňatků je v České republice zákon č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců (dále jen „cizinecký zákon“). Tento zákon prošel mnoha novelizacemi, v současné době je velmi obsáhlý s celou řadou různých správních řízení a pobytových režimů. Jde o normu, kterou lze bez nadsázky označit

¹⁴ Rozsudek Soudního dvora (Velkého senátu) ve věci C-127/08 *Blaise Baheten Metock and Others v Minister for Justice, Equality and Law Reform* [2008], bod 75.

¹⁵ Rozhodnutí Evropské komise pro lidská práva o nepřijatelnosti ze dne 6. 1. 1992 ve věci *Benes proti Rakousku* (stížnost č. 18643/91).

¹⁶ Rozhodnutí Evropské komise pro lidská práva o nepřijatelnosti ze dne 16. 1. 1996 ve věci *Yahan Yavuz proti Rakousku* (stížnost č. 25050/94).

za nepřehlednou i pro odborníka, natož pro cizince, který by se snad bez jakékoliv znalosti našeho právního řádu, kultury a jazyka měl jeho spleťnými paragrafy řídit.¹⁷

Pokud jde o samotnou otázku účelových sňatků, resp. transpozice výše uvedené evropské úpravy do cizineckého zákona, pak jsou podstatné tři, resp. čtyři postupné novely, které se věnovaly implementaci evropského imigračního práva. V následující části se stručně podíváme na každou z nich.

3.1 NOVELA PŘI VSTUPU DO ES

První novela nabyla účinnosti vstupem České republiky do Evropských společenství, tj. dne 1. 5. 2004.¹⁸ Jejím účelem bylo reagovat na v té době platné předpisy evropského práva týkající se pohybu a pobytu občanů unie. Shora zmiňovaná směrnice 2004/38/ES nabyla účinnosti dne 30. 4. 2004, tj. den před vstupem, a tudíž nemohla být předmětnou novelou zohledněna. Výše citovaná rezoluce Rady však byla známá delší dobu, ovšem zákonodárce k ní svou pozornost speciálně neupřel. Cizinecký zákon se tak předmětnou novelou dostal do určité schizofrenní situace. Zatímco v obecné úpravě trvalého pobytu umožňoval ukončení platnosti povolení k pobytu, pokud policie zjistila, že cizinec uzavřel manželství pouze s cílem získat povolení k pobytu (to však neplatilo, pokud se z manželství narodilo dítě nebo bylo nezrušitelně osvojeno),¹⁹ ve zvláštní (a tedy přednostně aplikovatelné) úpravě pobytu občanů Evropské unie a jejich rodinných příslušníků postihování účelových sňatků vůbec nezmiňoval.²⁰

Absence výslovného ustanovení cizineckého zákona, které by umožňovalo ukončit pobyt či vůbec neudělit povolení k pobytu z důvodu obcházení zákona účelovým sňatkem uzavřeným mezi občanem unie a občanem třetího státu, jak to požaduje rezoluce Rady, byla nicméně v této době řešena judikaturou. Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 16. 5. 2007, čj. 2 As 78/2006-64 (dostupný na www.nssoud.cz), řešil případ stěžovatelky – státní příslušnice Vietnamské socialistické republiky, která uzavřela účelový sňatek s občanem České republiky a následně požádala o povolení k trvalému pobytu. Orgány policie však její žádost zamítly podle § 87h odst. 1 písm. b) hlavy IVa cizineckého zákona, který v té době umožňoval policii žádost občana Evropské unie či jeho rodinného příslušníka zamítnout, pokud je důvodné nebezpečí, že by žadatel mohl ohrozit bezpečnost České republiky nebo závažným způsobem narušit veřejný pořádek. Konkrétně v jednání stěžovatelky spatřovaly orgány policie závažné narušení veřejného pořádku.

¹⁷ K celkové kritice cizineckého zákona viz Čižinský, P.: Zákon o pobytu cizinců jako příklad negativních tendencí celého českého právního řádu, *Právní rozhledy*, č. 20, 2007, str. 756 – 757, ISSN 1210-6410.

¹⁸ Zákon č. 217/2002 Sb., kterým se mění zákon č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů, ve znění zákona č. 140/2001 Sb., zákon č. 329/1999 Sb., o cestovních dokladech a o změně zákona č. 283/1991 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů, (zákon o cestovních dokladech), a zákon č. 325/1999 Sb., o azylu a o změně zákona č. 283/1991 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů, (zákon o azylu), ve znění zákona č. 2/2002 Sb.

¹⁹ Tehdy účinný § 80 odst. 1 písm. a) cizineckého zákona.

²⁰ Nove vložená hlava IVa cizineckého zákona; obsahovala nicméně některé jiné důvody ukončení platnosti povolení k pobytu, např. narušení veřejného pořádku či veřejné bezpečnosti.

Nejvyšší správní soud nejprve konstatoval, že pojem veřejný pořádek je obtížně vymežitelný a proměnlivý v čase, což demonstroval na případech historické české i zahraniční judikatury. Následně odmítl názor stěžovatelky, že by porušením veřejného pořádku bylo jen spáchání nejzávažnějších trestných činů, a veřejný pořádek definoval jako „*normativní systém, na němž je založeno fungování společnosti v daném místě a čase a jenž v sobě zahrnuje ty normy právní, politické, mravní, morální a v některých společnostech i náboženské, které jsou pro fungování dané společnosti nezbytné. Nadto je možno pod pojmem veřejného pořádku rozumět také faktický stav společnosti, k němuž je dodržování tohoto heterogenního normativního systému zacíleno. Narušení veřejného pořádku je proto zároveň narušením normy a zároveň narušením optimálního stavu společnosti, který je účelem a dispozicí této normy. V podmínkách současné České republiky coby demokratického právního státu se tak jedná o ty normy, které umožňují fungování společnosti v duchu principů vytyčených v úvodních ustanoveních Ústavy České republiky a její preambule, tedy zejména jako společnosti rovnoprávných, svobodných občanů, kteří jsou si vědomi svých povinností vůči druhým a zodpovědnosti vůči celku, společnosti založené na úctě k právům a svobodám člověka a občana, respektu k lidské důstojnosti a svobody a na úctě k lidským právům a zásadám otevřené občanské společnosti. Zároveň je pak pod pojmem veřejného pořádku v České republice možno chápat takový ideální stav společnosti, jenž odpovídá výše provedenému výčtu náležitostí.*“

Nejvyšší správní soud pak dospěl k závěru, že jednání stěžovatelky založilo důvodné nebezpečí, že by mohla závažným způsobem narušit veřejný pořádek: „*stěžovatelčino jednání je porušením veřejného pořádku i přesto, že se nedopustila přímo protizákonného jednání, tím méně pak trestného činu, ale pouhé „nemravnosti“ in fraudem legis.*“ Výklad soudu tak zažehnal možné nebezpečí, které z chybějícího postihu účelových sňatků mohlo vzniknout. Je však vhodné podotknout, že Nejvyšší správní soud v daném případě neřešil, zda hlava IVa cizineckého zákona byla aplikovatelná na občana České republiky a zda se z hlediska evropského práva nejednalo o tzv. vnitřní situaci.²¹

3.2 OMEZENÁ TRANSPOZICE ÚČELOVÝCH SŇATKŮ

Další dvě novely cizineckého zákona následovaly relativně rychle po sobě na sklonku roku 2005²² a na počátku roku 2006.²³ Tyto novely měly mimo jiné za cíl provést transpozici obou směrnic 2003/86/ES a 2004/38/ES, což se promítlo do výslovného zmínění účelových sňatků i ve speciálních ustanoveních týkajících se občanů Evropské unie a jejich rodinných příslušníků. Nelze však hovořit o úplné transpozici, neboť novely pouze rozšířily dosavadní úpravu postihu účelových sňatků i do dalších částí cizineckého zákona. Jak obecná úprava, tak i zvláštní (týkající se občanů Evropské unie a jejich rodinných příslušníků) tedy umožňovaly zamítnout žádost o přechodný či trvalý pobyt (případně zrušit povolení k

²¹ Blíže viz část 3.3.

²² Zákon č. 428/2005 Sb., kterým se mění zákon č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony. Účinnost nabyl dne 25. 11. 2005.

²³ Zákon č. 161/2006 Sb., kterým se mění zákon č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony. Účinnost nabyl dne 27. 4. 2006.

pobytu), pokud orgány policie zjistily, že cizinec uzavřel manželství s cílem získat toto povolení.

Cizinecký zákon výslovně nespojoval uzavření účelového sňatku se zneužitím práva či s jeho obcházením. Pouze byl akceptován fakt, že dochází k uzavírání sňatků s cílem získat příslušná pobytová povolení a že je třeba těmto praktikám bránit.

Příslušná ustanovení cizineckého zákona pak obsahovala zvláštní výjimku týkající se narození či nezrušitelného osvojení dítěte: povinnost zamítnout žádost či zrušit pobytové povolení neplatila, pokud se v manželství narodilo dítě nebo bylo v době trvání manželství dítě nezrušitelně osvojeno. Jedná se v podstatě o nevyvratitelnou právní domněnku, stavící na tom, že manželé, jimž se narodilo dítě nebo kteří dítě nezrušitelně osvojili, neuzavřeli účelový sňatek. Tato úvaha má silné *ratio*, byť její absolutní povaha neumožňující zohlednit případné excesy (například účelové osvojení dítěte, což je samozřejmě zcela extrémní, obtížně realizovatelný případ) by mohla být předmětem zneužití. Soulad této výjimky s transponovanými směrnici a rezolucí Rady je pak sporný, neboť směrnice takové výjimky neupravovaly (nicméně ani nezakazovaly) a znění rezoluce Rady by spíše svědčilo proti zavádění takových výjimek. Důvodová zpráva k zákonu č. 161/2006 Sb.²⁴ zde však paradoxně uváděla, že posuzování fingovaných manželství bude vycházet ze zmíněné rezoluce Rady. Případné právní spory týkající se aplikace této výjimky však nejsou autorovi známy.

Pro úplnost této části je vhodné doplnit, že předmětné novely zavedly do cizineckého zákona rovněž výslovnou pravomoc cizinecké a pohraniční policie prověřovat, zda cizinec neuzavřel sňatek s cílem získat oprávnění k pobytu. „Prověřování“ však nebylo nijak blíže specifikováno. Vzhledem k dosavadnímu rozsahu kontrolní činnosti tohoto policejního útvaru se zařazení tohoto oprávnění jeví spíše jako nadbytečné, pokud tím ovšem zákonodárce nechtěl orgánům policie přikázat, aby se při posuzování účelových sňatků řídily rezolucí Rady. Ostatně, jak je uvedeno výše, důvodová zpráva k zákonu č. 161/2006 Sb. o používání této rezoluce výslovně hovořila.

3.3 VSTUP DO SCHENGENU A PLNÁ TRANSPOZICE

Poslední důležitá novela nabyla účinnosti dnem vstupu České republiky do Schengenského prostoru, tj. dne 21. 12. 2007.²⁵ Tato úprava zavedla jednotně pro všechny druhy pobytu povinnost příslušných orgánů zamítnout žádost o povolení k pobytu případně zrušit již nabyté povolení, pokud se žadatel (držitel) *dopustil obcházení tohoto zákona s cílem získat povolení k pobytu, zejména pokud účelově uzavřel manželství nebo jeho účelově prohlášeným souhlasem bylo určeno otcovství.*²⁶

²⁴ Tisk č. 1107, Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky, V. volební období, digitální repozitář, www.psp.cz.

²⁵ Zákon č. 379/2007 Sb. kterým se mění zákon č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 325/1999 Sb., o azylu a o změně zákona č. 283/1991 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů, (zákon o azylu), ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony.

²⁶ Viz např. § 46a odst. 2 písm. j), §77 odst. 1 písm. a), § 87e odst. 1 písm. c) a další ustanovení cizineckého zákona.

Cizinecký zákon zde opustil konstrukci, podle níž byl přímo sňatek uzavřený za účelem získání povolení k pobytu důvodem k zamítnutí žádosti či zrušení povolení k pobytu. Primárním důvodem zamítnutí či odnětí povolení k pobytu podle stávající úpravy je obcházení cizineckého zákona, přičemž účelově uzavřené manželství je jenom jedním z možných druhů takového obcházení; k zamítnutí či odnětí povolení k pobytu však může dojít i pro jiné způsoby obcházení cizineckého zákona, z nichž cizinecký zákon ještě výslovně uvádí účelové určení otcovství.

Současně z cizineckého zákona vypadl zákaz zamítnutí žádosti o povolení k pobytu, resp zrušení povolení k pobytu, pokud se v manželství narodilo dítě, nebo bylo-li dítě nezrušitelně osvojeno. Důvodová zpráva k předmětné novele k tomu uvedla, že ani v těchto případech nelze vyloučit účelovost sňatku, nicméně tuto skutečnost bude nezbytné v konkrétním případě posoudit v rámci příslušného řízení s přihlédnutím k zájmům nezletilého dítěte.²⁷

Určitým nástrojem pro boj s účelovými sňatky se stal rovněž novelizovaný § 87h odst. 1 písm. b), který oproti dosavadnímu stavu podmínil udělení trvalého pobytu rodinnému příslušníkovi občana České republiky či jiného občana Evropské unie dvěma lety nepřetržitého přechodného pobytu na území České republiky, z toho 1 rok musí být rodinným příslušníkem takového občana. Jde tedy o zavedení jakési zkušební dvouleté lhůty k prověření, zda se nejedná pouze o účelově vytvořený rodinný vztah – typicky o účelové manželství. Podle dosavadní úpravy mohl získat manžel – cizinec právo trvalého pobytu ihned po uzavření sňatku s občanem České republiky či jiného státu Evropské unie. Nově zavedená zkušební dvouletá lhůta je souladná se směrnicí 2004/38/ES, která v čl. 16 odst. 1 a 2 stanoví, že trvalého pobytu lze nabýt až po pěti letech nepřetržitého pobytu na území členského státu; snížení této lhůty na dva roky v případě českého cizineckého zákona je pak pokryto čl. 37 směrnice, který umožňuje členským státům přijmout příznivější normy.

Přístup k účelovým sňatkům v cizineckém zákoně po této poslední novele lze tedy považovat za plně kompatibilní s oběma směrnicemi. Je nicméně třeba přiznat, že zavedení této novely provázely silné protesty nevládních organizací zabývajících se migrací. Kritika se nevyhnula ani obcházení zákona prostřednictvím účelových sňatků. Argumenty směřovaly zejména proti zavedení zkušební dvouleté lhůty, ale i proti pojetí obcházení zákona prostřednictvím účelových sňatků. Kromě řady faktických námitek zazněly i některé připomínky právního charakteru. Dva nejvýraznější argumenty lze shrnout takto: 1) komunitární právo se zacházením s manžely českých občanů nezabývá (směrnice 2004/38/ES upravuje jen zacházení s manžely občanů jiných členských států), a nelze proto vycházet z komunitární podmínky až pětileté doby nepřerušného pobytu na území republiky před udělením povolení k trvalému pobytu; 2) formy obcházení zákona by měly být přesně stanoveny, nelze použít demonstrativní výčet, neboť jinak je otevřen prostor pro příliš širokou interpretaci tohoto institutu ze strany policie.²⁸

²⁷ Tisk č. 191, Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky, V. volební období, digitální repozitář, www.psp.cz.

²⁸ Čižinský, P., Jelínková, M.: Připomínky k cizineckému zákonu, Praha: Poradna pro občanství/Občanská a lidská práva, 2007, str. 17 a 25.

Oba dva argumenty je nutno odmítnout. První patrně vychází z judikatury Soudního dvora týkající se tzv. vnitřní situace (*wholly internal situation*).²⁹ Podle této judikatury se evropské úpravy volného pohybu osob nemůže dovolávat občan členského státu proti tomuto státu, pokud dosud aktivně práva volného pohybu v rámci Společenství nevyužil. Směrnice 2004/38/ES by tak nebyla aplikovatelná na občany České republiky, pokud by tito nevycestovali do jiného členského státu unie. Tento kontroverzní postoj Soudního dvora je však kromě kritiky akademické obce³⁰ nahlodáván recentní judikaturou tohoto soudu založenou právě na poměrně novém institutu evropského občanství.³¹ Je nepochybné, že občany České republiky je nutno považovat za občany Evropské unie – to vyplývá přímo z primárního práva Evropské unie. Směrnice 2004/38/ES se pak týká mimo jiné rodinných příslušníků občanů unie – tedy i rodinných příslušníků občanů České republiky. Konečně v daném případě nelze ani hovořit o právu, které by svědčilo občanům unie, ale o povinnosti členských států potírat účelové sňatky. Tato povinnost by pak zjevně byla značně narušena, kdyby členské státy postupovaly jinak vůči svým občanům a jinak vůči občanům ostatních členských států. V této souvislosti lze pro zajímavost zmínit, že krajské soudy zpočátku odmítly aplikovat zvláštní hlavu IVa cizineckého zákona (stanovící podmínky pobytu občanů unie a jejich rodinných příslušníků) na rodinné příslušníky občanů České republiky. Tento závěr byl ovšem následně překonán judikaturou Nejvyššího správního soudu: je však třeba přiznat, že Nejvyšší správní soud se otázkou tzv. vnitřní situace v této souvislosti nezabýval.³²

Pokud jde o druhou námitku, pak v souladu s judikaturou Ústavního soudu spočívá obcházení zákona „ve vyloučení závazného pravidla záměrným použitím prostředku, který sám o sobě není zákonem zakázaný, v důsledku čehož se uvedený stav stane z hlediska pozitivního práva nenapadnutelným. Jednání in fraudem legis představuje postup, kdy se někdo chová podle práva, ale tak, aby záměrně dosáhl výsledku právní normou nepředvídaného a nežádoucího.“³³ Podstatou obcházení zákona je tedy využití legální konstrukce k jinému účelu, než byla zamýšlena. Nejde tedy o deliktní jednání, které musí být zákonem vždy pečlivě definováno, ale o zneužití účelu: například institut manželství je zákonem upraven za účelem ochrany rodiny a nikoliv proto, aby na jeho základě bylo možno snadno získat povolení k pobytu. Způsobů zneužití práva a jeho jednotlivých institutů k jiným než zamýšleným účelům mohou být stovky a mohou se měnit v čase. V tomto ohledu je požadavek na to, aby zákon konkrétně vyjmenovával možné způsoby jeho obcházení, zcela absurdní. Na druhou stranu, objeví-li se větší množství určitého druhu obcházení zákona (např. jako v případě účelových sňatků nebo účelových určení otcovství), je nepochybně vhodné, aby zákonodárce na takové jednání poukázal, pojmenoval jej, případně definoval, a zabránil tak obcházení zákona v budoucnu.

²⁹ Např. rozsudek Soudního dvora ve věci 175/78 R. v. *Saunders* [1979] ECR 1129, nebo rozsudek Soudního dvora ve spojených věcech 35 a 36/82 *Morson a Jhanjan v. Nizozemí* [1982] ECR 3723.

³⁰ Nic Shuibhne, N.: Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time to Move on? *Common Market Law Review*, č. 39, 2002, str. 731-771, ISSN 0165-0750.

³¹ Např. rozsudek Soudního dvora ve věci C-403/03 *Schempp v. Finanzamt München* [2005] ECR I-6421, nebo rozsudek Soudního dvora ve věci C-148/02 *Garcia Avello v. Belgie* [2003] ECR I-11613.

³² Např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 1. 2008, čj. 2 As 46/2007, ze dne 29. 4. 2008, čj. 5 As 36/2007-61, nebo ze dne 27. 11. 2008, čj. 3 As 53/2007-76, všechny dostupné na www.nssoud.cz.

³³ Nález Ústavního soudu ze dne 1. 4. 2003, sp. zn. II. ÚS 119/01, dostupný z <http://nalus.usoud.cz>.

Přes úspěšnou transpozici směrnic postrádá český právní řád definici účelového sňatku a vodítka pro jeho posuzování. Podle odborné literatury by mohlo být účelové manželství definováno například takto: „*fingované manželství je takový svazek, při jehož uzavření byly dány dva úmysly snoubenců: jednak úmysl negativní, totiž nevést společný rodinný život jako manželé, a pak úmysl pozitivní, totiž obejít předpisy přistěhovaleckého práva. Chybí-li negativní úmysl, jde pouze o výhodný sňatek, který jednomu ze snoubenců zajistí i právo pobytu v daném státu. Chybí-li naopak pozitivní úmysl, jedná se zřejmě rovněž o fingované manželství, které ovšem nespadá do oblasti přistěhovaleckého práva a které mohlo sledovat i jiné důvody (dle informací z denního tisku se v ČR vyskytl případ fingovaného manželství dvou nájemců, kteří svým sňatkem provedli výměnu svých bytů, ke které jim jejich pronajímatelé nechtěli dát souhlas).*“³⁴ S ohledem na znění cizineckého zákona se však zdá, že příslušné orgány policie se nebudou příliš zabývat negativním úmyslem a spíše se budou soustředit na naplnění úmyslu pozitivního – obejít cizineckého zákona.

Konečně pokud jde o rezoluci Rady, nedočkala se ani po několika letech jakéhokoliv odrazu v české legislativě či v prováděcích předpisech. I přes nejasný právní status je však její role v českém právním řádu podstatná. Nejen že se na ni odvolávají důvodové zprávy novel cizineckého zákona a že je zmiňovaná v judikatuře správních soudů, ale z této judikatury je zřejmé, že orgány policie, které se případy účelových sňatků zabývají, jsou si existence této rezoluce vědomy a používají ji ke zdůvodňování svých rozhodnutí. Tuto faktickou přímou aplikaci rezoluce lze na straně jedné uvítat, na straně druhé by mohlo být nesnadné najít pro ni přijatelné právní zdůvodnění.³⁵ To i s ohledem na skutečnost, že rezoluce nebyla přeložena a publikována v českém jazyce.³⁶

4. ZÁVĚR

Problematika potírání účelových manželství je celoevropským fenoménem. V rámci Evropské unie se objevuje ve dvou směrniciích a v rezoluci Rady, jejíž právní status nicméně není zcela zřejmý. Evropský soudní dvůr se doposud podrobněji otázkou účelových manželství nezabýval, avšak jeho judikatura potvrzuje, že se jedná o obcházení evropského práva, kterému Evropský soudní dvůr ochranu neposkytuje. Rozhodovací činnost Evropské komise pro lidská práva potvrzuje, že účelová manželství se zpravidla nebudou moci spolehnout na čl. 8 Úmluvy.

Transpozice evropských právních předpisů týkajících se účelových manželství do českého právního řádu byla postupná, případné nedostatky v mezidobí byly uspokojivě odstraněny judikaturou. V současné době obsahuje cizinecký zákon ustanovení, jež lze považovat za souladná se směrnicí. Rezoluce Rady nebyla konkrétně převzata do legislativního

³⁴ Čížinský, P.: Fingovaná manželství a možnosti jejich potírání, In: Čížinský, P., Jelínková, M.: Připomínky k cizineckému zákonu, Praha: Poradna pro občanství/Občanská a lidská práva, 2007, str. 46.

³⁵ Obdobně je však rezoluce v praxi implementována správními orgány Německa, Řecka a Finska. Viz Zhodnocení implementace rezoluce Rady ze dne 4. 12. 1997 o opatřeních, která je třeba přijmout pro potírání účelových sňatků, 13488/1/99 REV1, dostupné z <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/99/st13/13488-r1en9.pdf>.

³⁶ K možným důsledkům této situace srov. rozsudek Soudního dvora ve věci C-161/06 *Skoma-Lux s. r. o. v. Celní ředitelství Olomouc* [2007] ECR I-10841.

instrumentu, avšak je zřejmé, že policejní orgány řešící problematiku účelových manželství ji mají k dispozici a v praxi ji aplikují.

Literature:

- Čížinský, P., Jelínková, M.: Připomínky k cizineckému zákonu, Praha: Poradna pro občanství/Občanská a lidská práva, 2007, 56 stran, dostupný z http://www.diskriminace.cz/dp-migrace/text_a1.pdf.
- Čížinský, P.: Zákon o pobytu cizinců jako příklad negativních tendencí celého českého právního řádu, Právní rozhledy, č. 20, 2007, str. 756 – 757, ISSN 1210–6410.
- Karlová, H.: Omezení a ukončení práva na vstup a pobyt občanů unie z důvodu veřejného pořádku a bezpečnosti, Právník č. 8, 2008, str. 922 – 939, ISSN 0231–6625.
- Nic Shuibhne, N.: Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time to Move on? Common Market Law Review, č. 39, 2002, str. 731–771, ISSN 0165–0750.

Reviewer:

Vladimír Týč

Contact – email:

jan.jirasek@nssoud.cz

OBČANSTVÍ EVROPSKÉ UNIE Z POHLEDU NÁROKŮ NA FINANČNÍ PODPORU VŮČI VLASTNÍMU STÁTU

ONDŘEJ KÁBELA

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Zakotvení občanství Evropské unie v komunitárním právu a s tím spojené právo volného pohybu a pobytu na území členských států v souladu s čl. 17 ve spojení s čl. 18 SES předznamenalo významný posun v evropské integraci. Tato skutečnost s sebou přinesla i nové výzvy související se zvýšeným přeshraničním pohybem občanů Evropské unie. Jednou z nich je problematika poskytování sociálních dávek. Příspěvek se proto věnuje této oblasti, a to zejména z pohledu nároku jednotlivců vůči vlastnímu státu.

Key words in original language:

Občanství Evropské unie; právo volného pohybu a pobytu; sociální dávky; nároky vůči vlastnímu státu.

Abstract:

An implementation of citizenship of the European Union including in accordance with articles 17 and 18 EC Treaty also free movement and residence rights into Community law has represented a significant shift forward in the European integration. As consequence thereof, new challenges caused by an increase of a cross-border movement of EU citizens have arisen, among others those connected with granting of social benefits. This contribution deals with that issue, particularly focusing on claims of individuals from their own member states.

Key words:

Citizenship of the European Union; right to free movement; right of residence; social benefits; claims from own state.

1. ÚVOD

Maastrichtská smlouva z roku 1992, která nabyla účinnosti v roce následujícím, zajistila zavedením institutu občanství Evropské unie (EU) obecné právo pohybu a pobytu na území členských států Evropských společenství (ES), a to všem občanům těchto států bez rozdílu.

Zakotvením občanství EU v rámci komunitárního práva ES byla dovršena snaha členských států ES, jakož i jejich samotných orgánů, zatraktivnit a zejména pak „zlidštit“ probíhající (primárně) ekonomickou integraci evropských států. Občanům členských států ES, jejichž práva a povinnosti na etablovujícím se společném trhu ES byly odvozeny výlučně od jejich ekonomického potenciálu,¹ bylo umožněno stát se plnohodnotnými občany ES. Postavení občanů nemělo být nadále vázáno na ryze ekonomické aspekty, jakými jsou přeshraniční

¹ Srovnej Kadelbach, S. Die europäischen Bürgerrechte, in: Ehlers, D. (Hrsg.) Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, Berlin: de Gruyter, 2003, s. 554 – 555.

směna zboží či služeb,² příp. odvozeno od statutu zaměstnance vykonávajícího práci za hranicemi svého domovského státu. Občanům ES se nově dostalo možnosti účastnit se např. voleb do Evropského parlamentu, a spolupodílet se tak na politických procesech a rozhodování uvnitř ES. Pro obyčejného člověka bez politických ambicí však bylo mnohem větším přínosem vytvoření a zajištění nové dimenze jedné ze základních svobod garantovaných zakládajícími smlouvami ES, jmenovitě obecné svobody volného pohybu a pobytu osob.

2. OBECNÉ PRÁVO VOLNÉHO POHYBU A POBYTU OSOB

2.1 ÚVOD

Právo státního příslušníka členského státu ES pobývat a volně se pohybovat v rámci ES se opírá o ustanovení čl. 17 a čl. 18 Smlouvy o založení Evropského společenství (SES).

2.1.1 STATUT UNIJNÍHO OBČANSTVÍ

Pro vymezení širě občanství EU je rozhodující především čl. 17 SES, jenž zní následovně:

(1) Zavádí se občanství Unie. Každá osoba, která má státní příslušnost členského státu, je občanem Unie. Občanství Unie doplňuje státní příslušnost členského státu, ale nenahrazuje ji.

(2) Občané Unie mají práva a povinnosti stanovené touto smlouvou.

Z výše uvedeného lze vyvodit dva související aspekty občanství EU. Zaprvé čl. 17 SES upravuje okruh osob, které jsou oprávněny statut občana EU požívat, tj. vymezuje unijní občanství z pohledu „*ratione personae*.“ V souladu s tímto článkem jsou práva odvozená od unijního občanství zajištěna pouze občanům některého ze členských států ES. Státní příslušníci třetích států se tak zásadně nemohou těchto práv dovolávat. Obecně však platí, že není pravidlo bez výjimky. Unijní občanství je toho příkladem, jak ostatně potvrdil Evropský soudní dvůr (ESD) ve svém rozhodnutí ve věci „Chen“.³ V tomto případě rozhodoval ESD o možnosti státního příslušníka třetího státu, konkr. matky občana členského státu ES, dovolat se práv zakotvených SES. ESD tuto možnost za předpokladu, že jsou splněny určité podmínky, potvrdil.⁴

Vedle vymezení unijního občanství z pohledu „*ratione personae*“ upravuje čl. 17 SES rovněž rozsah poskytovaných práv, tj. vymezuje občanství EU z pohledu „*ratione materiae*“. V souladu s čl. 17 odst. 2 SES se tak mohou občané členských států ES dovolávat pouze těch práv, která jsou jim zaručena SES. Tato práva, stejně jako celý čl. 17 SES, je přitom nutné

² Srovnej Kadelbach, S. Die europäischen Bürgerrechte, in: Ehlers, D. (Hrsg.) Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, Berlin: de Gruyter, 2003, s. 555.

³ Rozhodnutí ESD ve věci C-200/02 (Chen a další / Secretary of State for the Home Department) ze dne 19.10.2004, Sběrka rozhodnutí ESD 2004, I-9925. Blíže Kunoy, B. A Union of National Citizens: The Origins of the Court's Lack of Avant-Gardisme in the Chen Case, in: Common Market Law Review, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006, svazek 1, s. 179 – 190.

⁴ Tamtéž, body 46 a 47.

chápat v úzkém spojení s ustanoveními čl. 18 SES, který blíže upravuje právě právo volného pobytu a pohybu občanů EU.

2.1.2 PRÁVO VOLNÉHO POHYBU A POBYTU OSOB DLE ČL. 18 SES

Jak již bylo zmíněno výše, stěžejní ustanovení upravující obecné právo volného pohybu a pobytu osob představuje čl. 18 SES, konkr. čl. 18 odst. 1 SES. Zbývající dva odstavce čl. 18 SES se věnují zejména procesním náležitostem úpravy volného pohybu osob, resp. výjimek z nich. S ohledem na zaměření příspěvku zde nebudou tato ustanovení dále rozebírána.

V souladu s čl. 18 odst. 1 SES „[má] [k]aždý občan Unie právo svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států s výhradou omezení a podmínek stanovených v této smlouvě a v opatřeních přijatých k jejímu provedení.“ Z textu tohoto ustanovení přitom není zcela jasné, o jaká omezení resp. podmínky se jedná, resp. zda toto ustanovení má přímý účinek.⁵ Určitou odpověď na tyto otázky poskytly až předpisy sekundárního práva ve spojení s rozhodovací činností ESD.

Až do smluvní úpravy obecné svobody volného pohybu a pobytu osob v rámci Maastrichtské smlouvy z roku 1992 byl volný pohyb příslušníků členských států ES v rámci společného trhu vázán na podmínku výkonu závislé (volný pohyb pracovních sil) nebo samostatné (volný pohyb samostatně výdělečně činných osob) hospodářské činnosti v některém z členských států ES, vyjma státu domovského. Se silící integrační snahou orgánů ES a za vydatného přispění ESD došlo k prolomení této obecné zásady ve prospěch osob, které se na ekonomickém životě hostujícího státu nikterak nepodílí. Do této skupiny můžeme zařadit vedle osob v důchodovém věku rovněž jejich protipól, tj. studenty.⁶ Všem těmto osobám tak bylo i přes tehdy chybějící jednoznačnou komunitární právní úpravu pohybu a pobytu osob v některém z jiných členských států ES toto právo za pevně stanovených podmínek zajištěno.

V souvislosti s postojem ESD k otázce volného pohybu a pobytu osob přijaly členské státy zpočátku tři nové směrnice upravující podmínky volného pohybu a pobytu ekonomicky neaktivních osob.⁷ Těmto osobám bylo v souladu s uvedenými předpisy garantováno právo volného pohybu a pobytu za předpokladu, že

- d. disponují dostatečnými finančními prostředky, jež zabrání, aby se stali během svého pobytu břemenem pro systém sociálního zabezpečení hostitelského členského státu,
- e. mají v hostitelském členském státu uzavřeno zdravotní pojištění proti všem rizikům.

⁵ Rozhodnutí ESD ve věci 26/62 (van Gend & Loos / Netherlands Inland Revenue Administration) ze dne 05.02.1963, Sbírka rozhodnutí ESD 1963, s. 27, 1.

⁶ Rozhodnutí ESD ve věci C-357/89 (V. J. M. Raulin / Minister van Onderwijs en Wetenschappen) ze dne 26.02.1992, Sbírka rozhodnutí ESD 1992, I-01027, bod 34.

⁷ Směrnice 90/364/EHS o právu pobytu, Úřední věstník č. L 180 ze dne 13.07.1990, s. 26 – 27; směrnice 90/365/EHS o právu pobytu zaměstnaných osob a osob samostatně výdělečně činných po skončení jejich pracovní činnosti, Úřední věstník č. L 180 ze dne 13.07.1990, s. 28 – 29; směrnice 90/366/EHS o právu pobytu pro studenty, Úřední věstník č. L 180 ze dne 13.07.1990, s. 30 – 31. Posledně jmenovaná směrnice byla zrušena a následně nahrazena směrnicí 93/96/EHS o právu pobytu pro studenty, Úřední věstník č. L 317 ze dne 18.12.1993, s. 59 – 60.

Tyto dvě podmínky upravené v předpisech sekundárního práva, které je třeba splnit kumulativně, představují právě ty podmínky a omezení volného pohybu a pobytu osob, o kterých hovoří čl. 18 odst. 1 SES.⁸ S platností od dubna 2004 byly sice tyto směrnice nahrazeny směrnicí č. 2004/38/ES,⁹ která tuto problematiku upravuje více komplexně, nicméně i přes drobné úpravy zůstal zásadní obsah nezměněn.¹⁰ I přes novou úpravu však zůstávají některé aspekty související s podmínkami, za nichž je možné omezit svobodu pohybu a pobytu, sporné. Týká se to zejména problematiky možné zátěže národních sociálních systémů.

Konkretizace čl. 17 a 18 SES formou sekundárního právního aktu znamenala nejen upřesnění podmínek, za nichž může být volný pohyb občanů členských států ES omezen, ale paradoxně i potřebu vyjasnění právního postavení těchto podmínek vůči obecné úpravě obsažené v SES, tj. v předpisu primárního práva. Interpretace tohoto vztahu nebyla zcela jasná. V úvahu přicházely zásadně dvě možné interpretace. Dle první z nich byl nárok na volný pohyb podmíněn splněním podmínek stanovených sekundárním právem, zatímco dle opačného názoru sama výhrada podmínek a omezení vzniku tohoto práva nestojí v cestě. Jednotlivec by se tak mohl dle tohoto pojetí volného pohybu a pobytu osob odvolat přímo na patřičné ustanovení SES.¹¹

Tyto názorové nejasnosti vyřešil ESD relativně se zpožděním až v roce 2002, a to svým rozhodnutím ve věci *Baumbast*.¹² ESD se zde přiklonil k druhé z interpretačních možností, tj. přímému účinku čl. 18 SES.¹³ V souladu s touto interpretací se tak mohou občané členského státu ES v případě, že hodlají uplatnit své právo volně se pohybovat a pobývat v hostitelském státě, opřít přímo o ustanovení čl. 18 odst. 1 SES, přičemž podmínky a omezení stanovené (nejen)¹⁴ sekundárními právními předpisy je nutné toliko zohlednit.¹⁵ Na vzniku samotného práva tento fakt však již nic nemění.

⁸ Srovnej Bode, S. Von der Freizügigkeit zur sozialen Gleichstellung aller Unionsbürger? Zur Wirkung und Reichweite von Art. 18 EG in der Rechtsprechung des EuGH, in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Mnichov: C. H. Beck, 2003, svazek 18, s. 554 – 555.

⁹ Směrnice 2004/38/ES o právu občanů Unie a jejich rodinných příslušníků svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států, o změně nařízení (EHS) č. 1612/68 a o zrušení směrnic 64/221/EHS, 68/360/EHS, 72/194/EHS, 73/148/EHS, 75/34/EHS, 75/35/EHS, 90/364/EHS, 90/365/EHS a 93/96/EHS, Úřední věstník č. L 158 ze dne 30.04.2004, s. 77 – 123. Blíže Hailbronner, K. Neue Richtlinie zur Freizügigkeit der Unionsbürger, in: *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2004, svazek 8, s. 259 – 265.

¹⁰ Srovnej čl. 7 odst. 1 písm. b) a c) ve spojení s čl. 24 odst. 2 směrnice 2004/38/ES, tamtéž.

¹¹ Srovnej Bode, S. Von der Freizügigkeit zur sozialen Gleichstellung aller Unionsbürger? Zur Wirkung und Reichweite von Art. 18 EG in der Rechtsprechung des EuGH, in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Mnichov: Beck, 2003, svazek 18, s. 554.

¹² Rozhodnutí ESD ve věci C-413/99 (*Baumbast / Secretary of State for the Home Department*) ze dne 17.09.2002, Sběrka rozhodnutí ESD 2002, I-7091, bod 84.

¹³ Srovnej Schwarze, J. (Hrsg.) *EU-Kommentar*, 2. vydání, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2009, s. 393 – 394.

¹⁴ Srovnej Reich, N., Harbacevica, S. Citizenship and Family on Trial: A Fairly Optimistic Overview of Recent Court Practice with Regard to Free Movement of Persons, in: *Common Market Law Review*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2003, svazek 3, s. 629 – 630.

3. OBČANSTVÍ EU A NÁROKY SOCIÁLNÍHO CHARAKTERU

Právní úprava volného pohybu osob dle čl. 17 a 18 SES si zaslouhuje zvýšenou pozornost nejen s ohledem na skutečnost, že její implementací do komunitárního práva došlo k přetržení úzkého pouta mezi volným pohybem osob v rámci jednotného vnitřního trhu existujícího mezi členskými státy ES a aktivním začleněním těchto osob do ekonomického života dotčených států. Významným aspektem volného pohybu a pobytu osob jsou rovněž i práva, která s těmito svobodami úzce souvisí. Mezi nejvýznamnější z těchto „doprovodných“ práv beze sporu patří právo osob, které využili práva svobodně se pohybovat v rámci členských států ES, uplatňovat nároky na poskytnutí sociálních dávek, a to jak vůči hostujícímu, tak i domovskému státu.¹⁶

Souvislost uplatňování nároků na vyplácení sociálních dávek občany ES vůči nejen domovskému, ale i hostujícímu státu, s unijním občanstvím a aktivním využitím práva volného pohybu osob v rámci ES je zářným příkladem postupného vývoje výkladu a pojetí tohoto právního institutu. Z původně převážně ideového pojetí vycházejícího z konceptu „Evropy občanů“ se občanství EU stalo společně s obecným zákazem diskriminace dle čl. 12 SES právní normou s širokým polem aplikace.¹⁷ V této souvislosti je možné setkat se v odborné literatuře dokonce s názorem, že začleněním čl. 18 SES do komunitárního práva a jeho následným širokým výkladem byl položen základ pro tzv. „pátou svobodu“ nebo též „svobodu bez vnitřního trhu“.¹⁸

Tomuto názoru dává za pravdu i stávající rozhodovací činnost ESD, který toto zcela nové pojetí unijního občanství potvrdil svým rozhodnutím ve věci Grzelczyk.¹⁹ ESD označil v tomto rozhodnutí status občana EU dokonce za „základní status státních příslušníků členských států umožňující těm z nich, kteří se nacházejí ve stejné situaci, požívat, bez ohledu na jejich státní příslušnost a s výhradou výjimek výslovně stanovených v tomto ohledu, stejného právního zacházení.“²⁰ Tento směr výkladu unijního občanství se v odborné

¹⁵ Rozhodnutí ESD ve věci C-356/98 (Arben Kaba / Secretary of State for the Home Department) ze dne 11.04.2000, Sběrka rozhodnutí ESD 2000, I-2623, bod 30; srovnej rovněž Anders, L., Semmelmann, C. Civis europaeus sum: Gewährleistung und Grenzen der Freizügigkeit der Unionsbürger, in: Zeitschrift für Europarechtliche Studien, Berlin: Berliner Wiss.-Verl., 2008, svazek 2, s. 296 – 300.

¹⁶ Srovnej Borchardt, K.-D. Der sozialrechtliche Gehalt der Unionsbürgerschaft, in: Neue Juristische Wochenschrift, Mnichov: C. H. Beck, 2000, svazek 29, s. 2058.

¹⁷ Srovnej rozhodnutí ESD ve věci C-85/96 (Maríou Martínez Sala / Freistaat Bayern) ze dne 12.05.1998, Sběrka rozhodnutí ESD 1998, I-2691, body 62 a 63. Tímto rozhodnutím bylo unijní občanství společně se zákazem diskriminace dle čl. 12 SES potvrzeno jako právní základ pro rovné zacházení v případě žádosti o přiznání podpůrných sociálních dávek.

¹⁸ Srovnej Hilpold, P. Unterhaltsstipendien für Unionsbürger - Die Rechtssache „Förster“ und die Grenzen mitgliedstaatlicher Solidarität, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Mnichov: C. H. Beck, 2009, svazek 2, s. 41.

¹⁹ Rozhodnutí ESD ve věci C-184/99 (Rudy Grzelczyk / Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve) ze dne 20.12.2001, Sběrka rozhodnutí ESD 2001, I-6193.

²⁰ Tamtéž, bod 31.

literatuře nesetkal vždy jen s pozitivní odezvou.²¹ To však nijak nebránilo ESD pokračovat v započatém směru výkladu tohoto institutu. Ve svých rozhodnutích ve věcech D'Hoop,²² Collins²³ a Trojani²⁴ tak navázal na svůj výklad unijního občanství, které se de facto stalo branou k uplatňování nároků na sociální dávky, a to toliko za podmínky aktivního využití práva volného pohybu osob v souladu s čl. 18 SES, tj. bez ohledu na výkon ekonomické činnosti. Tyto rozsudky ukázaly velmi zřetelným způsobem, jak velký potenciál, co se nároků na sociální dávky týče, aktivní využití svobody volného pohybu ve spojení se zákazem diskriminace občanům EU skýtá.

Tato finanční solidarita členských států ES, jak ji vykonstruoval ESD ve svém rozhodnutí Grzelczyk,²⁵ však není zcela bezbřehá. Z logiky věci končí tato solidarita minimálně tam, kde by mohlo dojít k jejímu zneužití. ESD navíc stanovil pro případ uplatnění této solidarity jistá kritéria. Tím nejdůležitějším kritériem je požadavek určitého vztahu, míry propojení mezi žadatelem o sociální dávku a státem, u kterého o ni žádá. Jako určitý důkaz tohoto skutečného vztahu je možné považovat bydliště žadatele v daném státě. Požadavek trvalého bydliště však nesmí být v rozporu s tím, co je v daném případě považováno za přiměřené²⁶ k prokázání skutečného vztahu žadatele ke státu, ve kterém o poskytnutí sociální dávky žádá.²⁷ Za dostačující pouto prokazující tento skutečný vztah tak v konkrétním případě může být chápána i jen určitá doby pobytu žadatele na území toho kterého státu,²⁸ případně jiné určující faktory. Mezi tyto lze zařadit např. studium nebo zapojení se po dostatečně dlouhou dobu do ekonomického života daného státu.²⁹

²¹ Srovnej Hailbronner, K. Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?, in: Neue Juristische Wochenschrift, Mnichov: C. H. Beck, 2004, svazek 31, s. 2185 – 2189; Höfler, R. Europa auf dem Weg zu einer sozialen Union? Die EuGH-Rechtsprechung zu unionsrechtlichen Ansprüchen auf Sozialhilfe, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, Mnichov: C. H. Beck, 2002, svazek 10, s. 1206 – 1208.

²² Rozhodnutí ESD ve věci C-224/98 (Marie-Nathalie D'Hoop / Office national de l'emploi) ze dne 11.07.2002, Sběrka rozhodnutí ESD 2002, I-6191.

²³ Rozhodnutí ESD ve věci C-138/02 (Brian Francis Collins/ Secretary of State for Work and Pensions) ze dne 23.03.2004, Sběrka rozhodnutí ESD 2004, I-2703.

²⁴ Rozhodnutí ESD ve věci C-456/02 (Michel Trojani / Centre public d'aide sociale de Bruxelles) ze dne 07.09.2004, Sběrka rozhodnutí ESD 2004, I-7573.

²⁵ Rozhodnutí ESD ve věci C-184/99 (Rudy Grzelczyk / Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve) ze dne 20.12.2001, Sběrka rozhodnutí ESD 2001, I-6193, bod 44.

²⁶ Rozhodnutí ESD ve věci C-406/04 (Gérald De Cuyper / Office national de l'emploi) ze dne 18.07.2006, Sběrka rozhodnutí ESD 2006, I-6947, bod 47.

²⁷ Rozhodnutí ESD ve věci C-192/05 (Tas-Hagen a Tas / Raadskamer WUBO van de Pensioen - en Uitkeringsraad) ze dne 26.10.2006, Sběrka rozhodnutí ESD 2006, I-10451, bod 30 an.

²⁸ Rozhodnutí ESD ve věci C-209/03 (Bidar / London Borough of Ealing) ze dne 15.03.2005, Sběrka rozhodnutí ESD 2005, I-2119, bod 63; rozhodnutí ESD ve věci C-158/07 (Jacqueline Förster / Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep) ze dne 18.11.2008, dosud nezveřejněné ve Sběrce rozhodnutí ESD, bod 39.

²⁹ Rozhodnutí ESD ve věci C-499/06 (Halina Nerkowska / Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Koszalinie) ze dne 22.05.2008, Sběrka rozhodnutí ESD 2008, dosud nezveřejněné ve Sběrce rozhodnutí ESD, bod 42.

4. SOCIÁLNÍ NÁROKY VŮČI VLASTNÍMU STÁTU³⁰

Jak již bylo zmíněno výše, problematika uplatňování nároků na sociální dávky ve spojení s volným pohybem osob se neomezuje pouze na vztah mezi žadatelem s občanstvím jiného než hostujícího státu a tímto státem. Tento vztah představuje pouze jednu stranu mince. Právo svobodného pohybu a pobytu dle čl. 17 a 18 SES a s ním spojené nároky mohou být uplatněny stejně tak i vůči domovskému státu, a to občanem tohoto státu. Podmínkou zde však je, že tento občan v danou chvíli pobývá či v minulosti určitý čas pobýval v jiném členském státě ES, a poté se do svého domovského státu vrátil. Podstatná je zde toliko existence přeshraničního prvku v tomto vztahu.³¹

Otázkou nároků občanů na plnění sociálních dávek vůči vlastnímu státu, resp. požadavkem zajištění nediskriminačního postavení těm občanům, kteří využili práva zaručeného jim čl. 17 ve spojení s čl. 18 SES, se poprvé ESD zabýval ve svém rozhodnutí ve věci D'Hoop.³² V tomto sporu, jehož předmětem bylo odepření finanční podpory v nezaměstnanosti poskytované domovským státem z důvodu absolvování a ukončení studia v jiném členském státě ES, ESD shledal danou právní úpravu ze diskriminující, a odporující tak záruce stejného zacházení, tj. zajištění shodného právního postavení bez ohledu na skutečnost, zda bylo právo volného pohybu a pobytu osob využito, či nikoliv.

Požadavek na zajištění nediskriminačního postavení je nutno v souladu se stávající judikaturou ESD aplikovat bez rozdílu dokonce i v tak specifických oblastech sociální soudržnosti jakou je poskytnutí finančního odškodnění za příkoří utrpěná během války. Jelikož se v těchto případech jedná mnohdy pro členské státy o velice specifické téma, kde rozhodující roli hraje míra vzájemné solidarity státu a jeho občanů, je zde problematika „vývozu“ sociálních dávek do zahraničí o to citlivěji vnímána. Není proto divu, že se členské státy v takovýchto případech snaží o omezení podobných transferů finančních prostředků stanovením přísných kritérií pro nárokování a konečně výplatu příslušných sociálních dávek. Nezřídka kdy však tyto požadavky kolidují právě se zásadou zákazu diskriminace spjatou s volným pohybem osob. Příkladem je možno zmínit např. požadavek trvalého bydliště v domovském státě v době podání žádosti o přiznání sociální dávky,³³ příp. po dobu jejího

³⁰ Srovnej Domröse, R., Kubicki, P. Das unionsbürgerliche Freizügigkeitsrecht und der Zugang zu sozialen Leistungen des Herkunftsstaates, in: *Europarecht*, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2008, svazek 6, s. 873 – 890; Düsterhaus, D. Nationalität - Mobilität - Territorialität - Gemeinschaftsrechtliche Ansprüche mobiler Unionsbürger gegen ihre Heimatstaaten, in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Mnichov: C. H. Beck, 2008, svazek 4, s. 103 – 107.

³¹ Srovnej Kubicki, P. Die subjektivrechtliche Komponente der Unionsbürgerschaft, in: *Europarecht*, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2006, svazek 4, s. 492 – 493.

³² Rozhodnutí ESD ve věci C-224/98 (Marie-Nathalie D'Hoop / Office national de l'emploi) ze dne 11.07.2002, Sběrka rozhodnutí ESD 2002, I-6191.

³³ Rozhodnutí ESD ve věci C-192/05 (Tas-Hagen a Tas / Raadskamer WUBO van de Pensioen - en Uitkeringsraad) ze dne 26.10.2006, Sběrka rozhodnutí ESD 2006, I-10451.

čerpání.³⁴ Tyto požadavky ESD kvalifikoval jako neslučitelné se stávajícími zárukami poskytovanými komunitárním právem.

S obdobně přísnými kritérii pro výplatu finančních dávek se můžeme setkat ve zcela odlišné oblasti, konkrétně v případě podpory při studiu. Tedy v odvětví, ve kterém není problematika poskytování finanční podpory žádnou neznámou.³⁵ Názorným příkladem budiž rozhodnutí ESD ve spojených věcech C-11/06 (Morgan) a C-12/06 (Bucher),³⁶ ve kterém se ESD měl možnost vyjádřit k otázce poskytování podpory domovským státem jeho občanům při jejich studiu v zahraničí. V daném případě se jednalo o finanční příspěvek na základě německého spolkového zákona na podporu vzdělání („Bundesausbildungsförderungsgesetz“ – BaföG). V obou projednávaných záležitostech se rozhodovalo o tom, zda je možné právoplatně požadovat výplatu této podpory při vzdělání i v případě, že část³⁷ studia je absolvována za hranicemi domovského státu. Rozhodující pro konečné posouzení této věci bylo, zda zákonem vyžadovaná podmínka kontinuity zahraničního studia a studia v domovském státě je, či není v rozporu s komunitárním právem, tj. zda nepředstavuje nepřiměřenou překážku volného pohybu osob. ESD tento požadavek odmítl s poukazem na to, že „podmínka první fáze studia, která vyžaduje, aby bylo vysokoškolské studium alespoň po dobu jednoho roku vykonáváno nejprve v členském státě původu, má v tomto ohledu příliš obecný a výlučný charakter. Nenáležitě totiž upřednostňuje prvek, který nezbytně neprokazuje stupeň integrace do společnosti tohoto členského státu v době žádosti o podporu. Překračuje tak meze toho, co je nezbytné pro dosažení sledovaného cíle, a nemůže být tedy považována za přiměřenou.“³⁸ ESD zde tak opět vyzvedl jako rozhodující prvek pro přiznání nároku na výplatu sociální dávky míru průkazné integrace jednotlivce ve společnosti.

Za zmínku stojí v této souvislosti rovněž uvést, že po vynesení tohoto rozsudku byl BaföG novelizován. Od akademického roku 2008/2009 je tak za splnění podmínek stanovených tímto zákonem mimo jiné možné požádat o příspěvek na studium rovněž v případě absolvování celého studia v některém z jiných členských států ES nebo ve Švýcarsku.³⁹

³⁴ Rozhodnutí ESD ve věci C-499/06 (Halina Nerkowska / Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Koszalinie) ze dne 22.05.2008, dosud nezveřejněné ve Sbírce rozhodnutí ESD.

³⁵ Rozhodnutí ESD ve věci 197/86 (Steven Malcolm Brown / The Secretary of State for Scotland) ze dne 21.06.1988, Sbírka rozhodnutí ESD 1988, s. 03205; rozhodnutí ESD ve věci C-357/89 (V. J. M. Raulin / Minister van Onderwijs en Wetenschappen) ze dne 26.02.1992, Sbírka rozhodnutí ESD 1992, I-01027.

³⁶ Rozhodnutí ESD ve spojených věcech C-11/06 (Rhiannon Morgan / Bezirksregierung Köln) a C-12/06 (Iris Bucher / Landrat des Kreises Düren) ze dne 23.10.2007, Sbírka rozhodnutí ESD 2007, I-9161.

³⁷ ESD se nezabýval otázkou, zda současná právní úprava občanství EU a s ní spojené právo volného pohybu a pobytu osob vyžaduje poskytnutí finanční podpory i v těch případech, je-li celé studium absolvováno v některém z ostatních členských států ES.

³⁸ Rozhodnutí ESD ve spojených věcech C-11/06 (Rhiannon Morgan / Bezirksregierung Köln) a C-12/06 (Iris Bucher / Landrat des Kreises Düren) ze dne 23.10.2007, Sbírka rozhodnutí ESD 2007, I-9161, bod 46.

³⁹ Viz § 5 BaföG. Znění zákona dostupné na <http://www.das-neue-bafog.de> [stránky naposledy navštíveny dne 10.5.2009].

5. ZÁVĚR

Jak dokládá současná soudní praxe ESD, není možné vztáhnout zákaz diskriminace v souvislosti s výkonem práv stanovených v čl. 17 ve spojení s čl. 18 SES pouze na vztah mezi osobami, které využili svého práva svobodně se pohybovat a pobývat v jiném členském státě, a tímto hostujícím státem. I když tento případ bude v praxi asi častějším jevem, nelze opomenout fakt, že práva související s volným pohybem a pobytem osob jsou zaručena podle stávající právní úpravy všem občanům EU bez rozdílu. Není tak možné rozlišovat mezi případy, kdy se občan rozhodl natrvalo se usadit na území jiného než svého domovského státu, a případy, ve kterých se občan po uplynutí určité doby strávené v některém z členských států ES opět vrátil zpět do státu původu. I této osobě by mělo být zajištěno stejné postavení s těmi, kteří svého práva volně pobývat a pohybovat se na území zbylých členských států ES nevyužili, oblast sociální podpory nevyjímaje.

V případě národních sociálních systémů se přitom jedná o obzvlášť citlivé téma. Jak dokládá rozhodnutí ve věci Morgan, je si této okolnosti vědom i ESD, který měl možnost se v daném případě vyjádřit podrobněji k otázce přeshraničního poskytování finanční podpory (při studiu) domovským státem, ale namísto toho se v dané věci spokojil s pouhým konstatováním rozporu národního a komunitárního práva. Tento poněkud „zdrženlivý“ přístup kontrastuje s praxí ESD při posuzování případů souvisejících s uplatňováním nároků na poskytnutí podpůrných dávek občany EU po hostujícím státu. Příkladem stačí uvést rozhodnutí ESD ve věci Grzelczyk.⁴⁰ Zůstává tak otázkou, jakým směrem se bude v budoucnu ESD při výkladu zejména čl. 18 odst. 1 SES a posuzování nároků na sociální dávky ubírat.

Literature:

- Anders, L., Semmelmann, C. Civis europaeus sum: Gewährleistung und Grenzen der Freizügigkeit der Unionsbürger, in: Zeitschrift für Europarechtliche Studien, Berlin: Berliner Wiss.-Verl., 2008, svazek 2, ISSN 1435-439X
- Bode, S. Von der Freizügigkeit zur sozialen Gleichstellung aller Unionsbürger? Zur Wirkung und Reichweite von Art. 18 EG in der Rechtsprechung des EuGH, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Mnichov: C. H. Beck, 2003, svazek 18, 776 s., ISSN 0937-7204
- Borchardt, K.-D. Der sozialrechtliche Gehalt der Unionsbürgerschaft, in: Neue Juristische Wochenschrift, Mnichov: C. H. Beck, 2000, svazek 29, 3808 s., ISSN 0341-1915
- Domröse, R., Kubicki, P. Das unionsbürgerliche Freizügigkeitsrecht und der Zugang zu sozialen Leistungen des Herkunftsstaates, in: Europarecht, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2008, svazek 6, 892 s., ISSN 0531-2485

⁴⁰ Rozhodnutí ESD ve věci C-184/99 (Rudy Grzelczyk / Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve) ze dne 20.12.2001, Sbíрка rozhodnutí ESD 2001, I-6193.

- Düsterhaus, D. Nationalität - Mobilität - Territorialität - Gemeinschaftsrechtliche Ansprüche mobiler Unionsbürger gegen ihre Heimatstaaten, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Mnichov: C. H. Beck, 2008, svazek 4, 776 s., ISSN 0937-7204
- Hailbronner, K. Neue Richtlinie zur Freizügigkeit der Unionsbürger, in: Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2004, svazek 8, 424 s., ISSN 0721-5746
- Hailbronner, K. Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?, in: Neue Juristische Wochenschrift, Mnichov: C. H. Beck, 2004, svazek 31, 3800 s., ISSN 0341-1915
- Hilpold, P. Unterhaltsstipendien für Unionsbürger - Die Rechtssache „Förster“ und die Grenzen mitgliedstaatlicher Solidarität, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Mnichov: C. H. Beck, 2009, svazek 2, 312 s. (neúplné), ISSN 0937-7204
- Höfler, R. Europa auf dem Weg zu einer sozialen Union? Die EuGH-Rechtsprechung zu unionsrechtlichen Ansprüchen auf Sozialhilfe, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, Mnichov: C. H. Beck, 2002, svazek 10, 1544 s., ISSN 0721-880X
- Kadelbach, S. Die europäischen Bürgerrechte, in: Ehlers, D. (Hrsg.) Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, Berlin: de Gruyter, 2003, 509 s., ISBN 3-89949-008-8
- Kubicki, P. Die subjektivrechtliche Komponente der Unionsbürgerschaft, in: Europarecht, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2006, svazek 4, 900 s., ISSN 0531-2485
- Kunoy, B. A Union of National Citizens: The Origins of the Court's Lack of Avant-Gardisme in the Chen Case, in: Common Market Law Review, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006, svazek 1, 1795 s., ISSN 0165-0750
- Reich, N., Harbacevica, S. Citizenship and Family on Trial: A Fairly Optimistic Overview of Recent Court Practice with Regard to Free Movement of Persons, in: Common Market Law Review, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2003, svazek 3, 1566 s., ISSN 0165-0750
- Schwarze, J. (Hrsg.) EU-Kommentar, 2. vydání, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2009, 2734 s., ISBN 978-3-8329-2847-6
- ESD, 26/62 (van Gend & Loos / Netherlands Inland Revenue Administration) ze dne 05.02.1963, Sbírka rozhodnutí ESD 1963, s. 27

- ESD, 197/86 (Steven Malcolm Brown / The Secretary of State for Scotland) ze dne 21.06.1988, Sbíрка rozhodnutí ESD 1988, s. 3205
- ESD, C-357/89 (V. J. M. Raulin / Minister van Onderwijs en Wetenschappen) ze dne 26.02.1992, Sbíрка rozhodnutí ESD 1992, I-01027
- ESD, C-85/96 (Maríou Martínez Sala / Freistaat Bayern) ze dne 12.05.1998, Sbíрка rozhodnutí ESD 1998, I-2691
- ESD, C-224/98 (Marie-Nathalie D'Hoop / Office national de l'emploi) ze dne 11.07.2002, Sbíрка rozhodnutí ESD 2002, I-6191
- ESD, C-356/98 (Arben Kaba / Secretary of State for the Home Department) ze dne 11.04.2000, Sbíрка rozhodnutí ESD 2000, I-2623
- ESD, C-184/99 (Rudy Grzelczyk / Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve) ze dne 20.12.2001, Sbíрка rozhodnutí ESD 2001, I-6193
- ESD, C-413/99 (Baumbast / Secretary of State for the Home Department) ze dne 17.09.2002, Sbíрка rozhodnutí ESD 2002, I-7091
- ESD, C-138/02 (Brian Francis Collins/ Secretary of State for Work and Pensions) ze dne 23.03.2004, Sbíрка rozhodnutí ESD 2004, I-2703
- ESD, C-200/02 (Chen a další / Secretary of State for the Home Department) ze dne 19.10.2004, Sbíрка rozhodnutí ESD 2004, I-9925
- ESD, C-456/02 (Michel Trojani / Centre public d'aide sociale de Bruxelles) ze dne 07.09.2004, Sbíрка rozhodnutí ESD 2004, I-7573
- ESD, C-209/03 (Bidar / London Borough of Ealing) ze dne 15.03.2005, Sbíрка rozhodnutí ESD 2005, I-2119 ESD ve věci C-158/07 (Jacqueline Förster / Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep) ze dne 18.11.2008, dosud nezveřejněné ve Sbířce rozhodnutí ESD
- ESD, C-406/04 (Gérald De Cuyper / Office national de l'emploi) ze dne 18.07.2006, Sbíрка rozhodnutí ESD 2006, I-6947
- ESD, C-192/05 (Tas-Hagen a Tas / Raadskamer WUBO van de Pensioen - en Uitkeringsraad) ze dne 26.10.2006, Sbíрка rozhodnutí ESD 2006, I-10451
- ESD, C-11/06 (Rhiannon Morgan / Bezirksregierung Köln) a C-12/06 (Iris Bucher / Landrat des Kreises Düren) ze dne 23.10.2007, Sbíрка rozhodnutí ESD 2007, I-9161

- ESD, C-499/06 (Halina Nerkowska / Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Koszalinie) ze dne 22.05.2008, dosud nezveřejněné ve Sbírce rozhodnutí ESD
- ESD, C-158/07 (Jacqueline Förster / Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep) ze dne 18.11.2008, dosud nezveřejněné ve Sbírce rozhodnutí ESD

Reviewer:
Filip Křepelka

Contact – email:
ondrej.kabela@seznam.cz

VZNIK NÁROKU NA PENĚŽITOU DÁVKU V NEMOCI JAKO PŘÍKLAD VÝKLADOVÝCH PROBLÉMŮ SEKUNDÁRNÍHO PRÁVA ES

PAVEL KANTOŘÍK

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Ve svém příspěvku se zabývám problémem vzniklým v praxi při aplikaci Nařízení 1408/71, který je poměrně úzce vymezen, nicméně poměrně dobře ukazuje na obecný problém provázející aplikaci sekundárního práva Evropského společenství – jeho obecnost, nepřehlednost a nesrozumitelnost. Potíže s aplikací sekundárního práva Evropského společenství provází většinu dávek koordinovaných Nařízením 1408/71, ať už se jedná o dávky důchodového pojištění, dávky dlouhodobé péče nebo třeba peněžité dávky v nemoci. V příspěvku poukážu na situaci, ve které ani za pomoci zmíněných koordinačních pravidel nedošlo k nespornému určení kompetentní instituce.

Key words in original language:

Peněžité dávky v nemoci; Nařízením Rady (EHS) 1408/71; ochranná lhůta.

Abstract:

This contribution deals with the matter resulting from the practical implementation of Council Regulation (EEC) 1408/71 that features rather a narrow extent; however, it quite well refers to the general problem that accompanies enforcement of the secondary legislation of the European Community – its generality, confusion and incomprehensibility. Problems related to implementation of the secondary legislation of the European Community accompanies a majority of allowances coordinated by Council Regulation 1408/71 – regardless of the fact whether such allowances are connected with pensions, long-term care or illnesses. This contribution is to describe a situation in which – in spite of enforcement of the aforementioned coordination rules – an indisputable determination of a competent authority did not occur.

Key words:

Sickness Benefits; Council Regulation (EEC) 1408/71; period of protection.

Jedním ze základních principů, na kterých je vystavěna Evropská Unie, je svoboda pohybu. Zmíněným termínem rozumíme volný pohyb zboží, osob, služeb a kapitálu. Podpora volného pohybu pracovníků byla jedním z pilířů Evropského hospodářského společenství už od jeho vzniku v roce 1957. Spočívala mimo jiné v přijetí koordinačních pravidel v oblasti práva sociálního zabezpečení, jejichž cílem bylo překonání obecného rysu systémů sociálního zabezpečení jednotlivých států Společenství, který je představován principem teritoriality. Národní právo sociálního zabezpečení často spojuje vznik nároku na dávku či její výplatu se státním občanstvím, popřípadě trvalým bydlištěm na území daného státu. Bez existence koordinačních pravidel v oblasti sociálního zabezpečení by docházelo ke konfliktům právních úprav jednotlivých zemí a to jak pozitivním (migrující pracovník by podléhal příslušným ustanovením sociálního zabezpečení více než jednoho státu), tak negativním (pracovník by nepodléhal žádnému systému sociálního zabezpečení). Koordinační pravidla jsou pravidla mezinárodního práva sociálního zabezpečení, určená k takovému vzájemnému provázání

systemů sociálního zabezpečení (i ve vztahu k dalším mezinárodním předpisům), které by umožňovalo úpravu mezinárodních otázek s cílem ochránit postavení migrujících pracovníků, jejich rodinných příslušníků a podobných skupin osob v sociálním zabezpečení.¹

Právní předpis sekundárního práva ES s největší právní silou je nařízení, které je přímo aplikovatelné v členských státech a není třeba znění nařízení přizpůsobovat žádnou část vnitrostátního práva. V oblasti volného pohybu pracovních sil a sociální ochrany migrujících pracovníků byla přijata nařízení opravdu v zápětí po založení EHS, nařízení č. 3 a 4, nabyla účinnosti dne 1. ledna 1959. Jejich následovníky představuje trojice nařízení, jež byla přijata na přelomu 60.tých a 70.tých let, a jsou účinná dodnes. Jedná se o nařízení Rady (EHS) č. 1612/68, nařízení Rady (EHS) č. 1408/71 a konečně nařízení Rady (EHS) č. 574/72. Jak vyplývá z výše uvedeného, zmíněné předpisy mezinárodního práva sociálního zabezpečení jsou účinné přes 30 let, a přes mnohé změny již nestačí současným potřebám Evropské Unie.

Potíže s aplikací sekundárního práva Evropského společenství provází většinu dávek koordinovaných Nařízením Rady (EHS) 1408/71 z 14. června 1971 o aplikaci soustav sociálního zabezpečení na osoby zaměstnané, samostatně výdělečně činné a jejich rodinné příslušníky pohybující se v rámci Společenství (dále jen „Nařízení“). Ať už se jedná o dávky důchodového pojištění², dávky dlouhodobé péče³ nebo třeba peněžité dávky v nemoci. Provázejí jak vznik nároku na dávku, tak určení její výše či podmínky její výplaty. V některých případech vnesl do provádění Nařízení jasno Evropský soudní dvůr, naopak s rozšiřováním Evropské Unie přicházejí nové a nové výkladové problémy. Ve svém příspěvku se zabývám problémem vzniklým v praxi při aplikaci Nařízení, který je poměrně úzce vymezen, nicméně poměrně dobře prezentuje obecný problém provázející aplikaci sekundárního práva Evropského společenství – jeho obecnost, nepřehlednost a nesrozumitelnost.

Peněžité dávky v nemoci představují peněžité dávky nahrazující ušlý příjem, který nemůže být v průběhu nemoci dosažen, a slouží tak k zajištění běžných životních potřeb nemocného. Z hlediska aplikace koordinačních pravidel dle Nařízení, určuje druh, výši a podmínky pro poskytnutí peněžitých dávek právní řád kompetentního státu. V České republice se jedná o nemocenské. V následujících řádcích poukážu na situaci, ve které ani za pomoci zmíněných koordinačních pravidel nedošlo k nespornému určení kompetentní instituce.

Kromě osob, které jsou zároveň zaměstnány na území jednoho členského státu a samostatně výdělečně činné na území jiného členského státu a státních úředníků současně zaměstnaných ve více než jednom členském státě a pojištěných v jednom z těchto států ve zvláštní soustavě, platí všeobecné pravidlo, podle kterého osoba, na níž se vztahuje Nařízení, podléhá právním

¹ Pennings Frans: Úvod do evropského práva sociálního zabezpečení, Praha: Ministerstvo práce a sociálních věcí, 2003, 179 str., ISBN 80-86552-55-1

² Viz například aktuální problém stanovení osobního vyměřovacího základu při výpočtu starobního důchodu podle čl. 47 odst. 1 písm. d) Nařízení, u osob, které byly dlouhodobě výdělečně činné v jiném členském státě EU.

³ Např. problematika výplaty příspěvku na péči pro osoby s dlouhodobým pobytem na území ČR, které pobírají důchodové dávky z jiného členského státu Evropských společenství (popř. z více států, z nichž ale žádným není Česká republika)

předpisům jen jednoho členského státu. Ten se určí podle Nařízení. Jedním z pravidel je, že osoba, která přestane podléhat právním předpisům členského státu, aniž se na ni počnou vztahovat předpisy jiného členského státu, bude podléhat právním předpisům členského státu, na jehož území bydlí a budou se na ni vztahovat pouze tyto předpisy (čl. 13 odst. 2 písm. f) Nařízení).

V tomto konkrétním případě byl pan XY zaměstnán v období od 1. ledna 2005 do 19. ledna 2005 u české organizace a práci pro ni vykonával na území České republiky. Dne 23. ledna 2005 byl uznán práce neschopným, přičemž pracovní neschopnost trvala do 22. ledna 2006. Adresu trvalého pobytu měl v době pracovní neschopnosti uvedenu ve Slovenské republice, ovšem při vzniku onemocnění vyhledal lékařskou péči v České republice, ve které byl rovněž opakovaně hospitalizován, a dokonce zde zůstal i v době, kdy byl propuštěn do domácího ošetřování, které mu poskytovali členové jeho rodiny s bydlištěm v ČR. Dle zákona o nemocenském pojištění zaměstnanců by za normálních okolností panu XY náležely dávky nemocenského pojištění z titulu ochranné lhůty. Okresní správa sociálního zabezpečení ovšem jeho žádost o přiznání nemocenského zamítla s odkazem na čl. 13 odst. 2 písm. f) Nařízení s tím, že se na pana XY vztahují právní předpisy Slovenské republiky. Slovenský nositel pojištění o přiznání nemocenského též zamítl.

Argumentace autorů a institucí, které zastávají obdobné stanovisko jako český nositel pojištění, stojí na tom, že je pro poskytování peněžitých dávek nemocenského pojištění u osob, které mají bydliště v jiném členském státě než je stát pojištění, rozhodující, zda sociální událost (onemocnění) vznikla za trvání jejich zaměstnání anebo až po jeho skončení. V prvním případě, pokud jsou splněny podmínky pro nárok na dávku podle předpisů státu pojištění, poskytne se vždy dávka po celou dobu trvání sociální události, nejdéle však do vyčerpání celkového nároku (podpůrčí doby). Jinak tomu ale bude, pokud sociální událost vznikla až po skončení zaměstnání a bydliště je v jiném členském státě. V tomto případě ze skončeného zaměstnání neplyne případná ochranná doba stanovená předpisy státu výkonu výdělečné činnosti. Důvodem je skutečnost, že se ode dne skončení zaměstnání na osoby vztahují ve smyslu čl. 13 odst. 2 písm. f) Nařízení právní předpisy státu bydliště. V tomto případě tedy tyto osoby mohou uplatnit nárok na peněžité nebo věcné dávky pouze podle svých právních předpisů státu bydliště.⁴

Osobně zaujímám odlišný právní názor, podle kterého panu XY nemocenské mělo být českým nositelem pojištění přiznáno. Na jeho právní postavení je třeba aplikovat Nařízení, protože je občanem členského státu EU, který vykonával po určitou dobu zaměstnání v jiném členském státě. Podle čl. 13 odst. 1 Nařízení podléhají osoby, na něž se Nařízení vztahuje, v určitém časovém okamžiku právním předpisům jen jednoho členského státu. Nikdy nepodléhají současně předpisům dvou nebo více členských států, s výjimkami uvedenými výše. Podle čl. 13 odst. 2 písm. a) Nařízení osoba zaměstnaná na území jednoho členského státu podléhá právním předpisům tohoto státu, i když bydlí na území jiného členského státu nebo když registrované ústředí nebo místo podnikání instituce, podniku nebo osoby, které ji zaměstnávají, je na území jiného členského státu. Z uvedeného nepochybně vyplývá, že po

⁴ Koldinská, Kristina...[et al.]: Sociální zabezpečení osob migrujících v EU, Praha: Nakladatelství C.H.Beck, 2007, 229 s., ISBN 978-80-7179-622-0

dobu výkonu zaměstnání v ČR podléhá zaměstnanec vždy českým právním předpisům, i když bydlí v jiném členském státě. Podle čl. 13 odst. 2 písm. f) Nařízení bude osoba, která přestane podléhat právním předpisům členského státu, aniž se na ni počnou vztahovat předpisy jiného členského státu, podléhat právním předpisům členského státu, na jehož území bydlí a budou se na ni vztahovat pouze tyto předpisy. V případě pana XY lze polemizovat se závěry uvedenými výše jak na základě ustanovení čl. 13 odst. 2 písm. a) Nařízení, tak čl. 13 odst. 2 písm. f) Nařízení.

V případě ustanovení čl. 13 odst. 2 písm. a) Nařízení je třeba především uvést, že okamžik, kdy osoba přestane podléhat českým právním předpisům, určují právě vnitrostátní české předpisy, v případě nemocenského do 31. 12. 2006 zákon č. 54/1956 Sb., o nemocenském pojištění zaměstnanců, ve znění pozdějších předpisů. Ten jednak stanovil počátek i konec účasti na nemocenském pojištění (nástupem do zaměstnání a skončením zaměstnání), jednak v určitých případech určil vznik nároku na dávku nemocenského pojištění i po skončení účasti na pojištění, pokud se nároky na dávku splnily v tzv. ochranné lhůtě. Ta v případě pana XY trvala 42 dnů ode dne skončení zaměstnání (viz ustanovení § 42 odst. 2 zákona o nemocenském pojištění, ve znění do 31. 12. 2006). Logickým výkladem lze dospět k závěru, že by dávky v takovýchto případech měly být vypláceny ze systému pojištění, kam pojištěnec odváděl pojistné ze své výdělečné činnosti, nikoliv ze systému, kam pojistné neodváděl.

Ani v případě, že by výše uvedené argumenty nepřesvědčily čtenáře, že na případ pana XY lze aplikovat zákon o nemocenském pojištění zaměstnanců jako celek, je třeba určit, kde měl ke dni, kdy byl uznán za dočasně práce neschopného, své bydliště. Bydliště je definováno v ustanovení čl. 2 písm. h) Nařízení jako místo obvyklého pobytu. Z toho vyplývá, že Nařízení klade důraz na fakticitu trvalého bydliště⁵ a neodvozuje rozhodný právní řád od místa trvalého pobytu, jak je vymezeno v českých či slovenských právních předpisech (kde má evidenční charakter, který se nemusí nutně shodovat s místem, kde pojištěnec skutečně dlouhodobě bydlí). Ustálená judikatura Evropského soudního dvora⁶ spojuje vznik nároku na dávky s tzv. střediskem zájmů. V těchto případech zkoumá, zda ten který pojištěnec měl k danému místu trvalejší vztah – např. zda zde hodlal dál pobývat, zda zde měl rodinu nebo byl k dispozici místně příslušnému úřadu práce. Jak již bylo řečeno, pan XY, přestože byl hlášen k trvalému pobytu na Slovensku, zůstal po skončení zaměstnání v ČR a při vzniku svého onemocnění vyhledal lékařskou péči v ČR. V ČR byl rovněž opakovaně hospitalizován, a dokonce zde zůstal i v době, kdy byl propuštěn do domácího ošetřování, které mu poskytovali členové jeho rodiny s bydlištěm v ČR. Dospívám proto k závěru, že v případě pana XY mohly být české právní předpisy aplikovány i na základě skutečnosti, že zde po skončení zaměstnání dále měl středisko svých zájmů.

Otázka poskytování dávek v nemoci a mateřství z ochranné lhůty byla několikrát na programu Administrativní komise pro sociální zabezpečení migrujících pracovníků⁷, ovšem jednání bylo vždy ukončeno konstatováním, že (komise) není schopna přijmout na věc

⁵ V textu Nařízení v anglickém jazyce se užívá termín „residence“ nebo v souvislosti s určením příslušného členského státu „member state in which he resides“.

⁶ Adanez – Vega v. Bundessozialgericht (Německo) C-372/02, Silvana di Paolo v. Office national de l'emploi Case 76-76

⁷ Srov. část IV. Nařízení

jednomyslný názor. Lze se proto domnívat, že řešení předmětné sporné otázky nalezne až Evropský soudní dvůr v rámci řízení o tzv. předběžné otázce. Tj. tehdy, pokud se některý krajský soud nebo Nejvyšší správní soud ČR v rámci řízení o správní žalobě proti rozhodnutí o neposkytnutí dávek nemocenského pojištění obrátí na Evropský soudní dvůr s žádostí o vyřešení předběžné otázky v rámci soudního řízení – který právní řád je rozhodný pro posouzení nároku na dávku nemocenského pojištění. S ohledem na probíhající vnitrostátní soudní spory se tomu tak v nepříliš vzdálené budoucnosti stane.

Literature:

- Pennings Frans: Úvod do evropského práva sociálního zabezpečení, Praha: Ministerstvo práce a sociálních věcí, 2003, 179 str., ISBN 80-86552-55-1
- Koldinská, Kristina....[et al.]: Sociální zabezpečení osob migrujících v EU, Praha: Nakladatelství C.H.Beck, 2007, 229 s., ISBN 978-80-7179-622-0

Reviewer:

Zdeňka Gregorová

Contact – email:

kantorik4@seznam.cz

VYBRANÉ ASPEKTY DOČASNÉHO VYSLANIA ZAMESTNANCOV V RÁMCI POSKYTOVANIA SLUŽIEB

VIKTOR KRIŽAN

Fakulta práva, Bratislavská vysoká škola práva, ústav súkromného práva, Slovenská republika

Abstract in original language:

Predložený článok pojednáva voľnom pohybe pracovných síl prostredníctvom inštitútu dočasného vyslania zamestnancov v prípade poskytovania služieb. Autor sa zamýšľa nad pojmom služba, na základe ktorej dochádza k dočasnému vyslaniu, a taktiež poskytuje porovnanie a odlišenie dočasného vyslania zamestnancov s voľným pohybom zamestnancov v Európskej únii.

Na dosiahnutie účelu právnych predpisov o dočasnom vyslaní je taktiež potrebné priblížiť pojem vyslaný zamestnanec, preto autor poukazuje aj na problematiku jeho definície, ako aj určenie rozhodného práva, ktorým sa dočasné vyslanie zamestnanca bude spravovať. Na záver svojho príspevku autor poskytuje náčrt pracovných podmienok tvrdého jadra smernice 96/71/ES a vybrané problémy jej aplikácie.

Key words in original language:

Smernica 96/71/ES; voľný pohyb zamestnancov; dočasné vyslanie zamestnancov; tvrdé jadro pracovných podmienok; pojem zamestnanec; pojem služba.

Abstract:

This contribution is concerned with the mobility of workers through the Institute of the posting of workers. An author brings the concept of service through may be posting of workers carried out, as well as provides a comparison of the secondment the employee with the freedom of free movement of workers.

To achieve the purpose of legislation, the posting of workers is important to define the concept posted worker and also reflect the problems of its definition. An author, in addition it explains determination of the law applied for posting. In conclusion, the author provides the basic elucidate of hard core conditions of the Directive 96/71/EC and certain selected problems of its transposition.

Key words:

Directive 96/71/ES; free movement of workers; posting of workers; hard core of working conditions; concept of service.

V súvislosti s globalizáciou a s ňou spojenou konkurenciou na voľnom trhu a taktiež v súvislosti s účasťou nadnárodných spoločností na jednotnom pracovnom trhu môže vyvstať potreba zamestnávateľa vyslať svojho zamestnanca na výkon určitých činností do iného členského štátu, avšak pri zachovaní dovtedajších pracovnoprávnych vzťahov a s nimi spojenými väzbami zamestnávateľa k zamestnancovi. Cezhraničné vysielanie zamestnancov tak patrí k najzložitejším problémom moderného pracovného práva, s ktorým sa môžu zamestnávateľa pri svojom podnikaní stretnúť.

1. POJEM SLUŽBA

V Európskej únii je problematika vysielania zamestnancov spojená so slobodou poskytovania služieb, nie s voľným pohybom osôb. Sloboda voľného poskytovania služieb zahŕňa vykonávanie ekonomickej aktivity počas určitej, časovo obmedzenej doby v členskom štáte, kde buď poskytovateľ služby alebo jej prijímateľ nemajú prevádzku. Dočasný charakter poskytovania služieb odlišuje tieto činnosti od podnikania, ktoré charakterizuje atribút sústavnosti. Aby sme mohli odlíšiť vyslanie zamestnancov v rámci voľného pohybu služieb od voľného pohybu zamestnancov, musíme si priblížiť pojem služba.

Pritom pojem služba nie je vôbec ľahké definovať, najmä s pohľadom na jej často abstraktný charakter. Podľa článku 50 Zmluvy o založení ES sa za služby v zmysle tejto zmluvy považujú plnenia poskytované spravidla za odplatu, pokiaľ nie sú upravené ustanoveniami o voľnom pohybe tovaru, kapitálu a osôb. Zmluva služby exemplifikatívne delí na priemyselné, obchodné, remeselné a služby v oblastiach slobodných povolání. Ide tak prevažne o plnenia nehmotnej povahy. Podľa ustálenej judikatúry Súdneho dvora ES platí, že poskytovanie služieb za odplatu je hospodárskou činnosťou relevantnou z hľadiska úloh Spoločenstva, avšak musí ísť o činnosť efektívnu a skutočnú, pričom sú vylúčené činnosti príliš malého významu a rozsahu, ktoré je možné považovať za okrajové a zanedbateľné.¹ Nie je pritom nevyhnutné, aby odplatosť spočívala v zaplatení odmeny príjemcov služby v prospech jej poskytovateľa, ale postačí, aby služba zodpovedalo plnenie majúce určitú hodnotu. Komplikácie pri výklade môže spôsobiť aj tenká deliaca čiara medzi pojmovým vymedzením voľného pohybu služieb a voľného pohybu zamestnancov.

Za službu v zmysle judikatúry Súdneho dvora ES môžeme z pohľadu pracovného práva považovať za relevantnú činnosť advokáta, činnosť poisťovacieho makléra, činnosť futbalového profesionála, sprostredkovanie práce, stavebné práce, ale i zdravotnícke služby, či vykonávanie poslednej vôle, ako aj činnosť obchodníka s cennými papiermi².

Slobodné poskytovanie služieb má dve zložky, a to osobnú, ktorá podlieha obmedzeniam voči poskytovateľom alebo príjemcom služieb, a výrobnú, ktorá sa stretáva s obmedzeniami samotných služieb.³ Voľný pohyb služieb môže mať formu práce vykonávanej podnikom vo vlastnej réžii alebo pod vlastným vedením na základe zmluvy uzatvorenej medzi týmto podnikom a stranou, pre ktorú sú uvedené služby určené, alebo formu prenajatia zamestnancov inému podniku v rámci verejnoprávnej, či súkromnoprávnej zmluvy.

¹ Pomahač, R.: *Evropské právo*, Univerzita Karlova, nakladatelství Karolinum, Praha 2003, ISBN 80-246-0576-7, s. 151

² C-33/74, Van Binsbergen, [1974], ECR 01299; C-39/75, Robert-Gerardus Coenen and others v Sociaal-Economische Raad, [1975], ECR 01547; C-13/76, Gaetano Donà v Mario Mantero, [1976] ECR 01333; C-111/78, Ministère public and "Chambre syndicale des agents artistiques et impresarii de Belgique" ASBL v Willy van Wesemael and others, [1979] ECR 00035; C-63/81, Société anonyme de droit français Seco et Société anonyme de droit français Desquenne & Giral v Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité, [1982], ECR 00223; C-286/82, a C-26/83, Graziana Luisi and Giuseppe Carbone v Ministero del Tesoro, [1984], ECR 00377; C-20/92, Anthony Hubbard (Testamentvollstrecker) v Peter Hamburger, [1993], ECR I-03777

³ Tichý, L. a kol.: *Evropské právo*, 3. Vydanie, C. H. Beck Praha 2006, ISBN 80-7179-430-9, s. 505

Na základe článku 55 ZES sa ustanovenia o voľnom pohybe služieb aplikujú subsidiárne k ustanoveniam o voľnom pohybe tovaru, pracovných síl a kapitálu, t.j. ustanovenia o voľnom pohybe služieb sa použijú na nehmotné plnenia alebo výkony, ktoré nepodliehajú pravidlám upravujúcim ostatné tri základné slobody Spoločného trhu.

Podstata voľného pohybu služieb spočíva v tom, že členské štáty nesmú vytvárať právne ani faktické prekážky, ktoré by spôsobili diskrimináciu alebo nerovné zaobchádzanie medzi poskytovateľmi služieb v rámci Spoločenstva.

Služby môžu podľa Zmluvy o založení ES poskytovať alebo prijímať rovnako fyzické, tak i právnické osoby.⁴ Služba je poskytovaná cezhranične, to znamená, že poskytovateľ služby prekračuje hranice za účelom poskytovania služby v inom členskom štáte. Ide o aktívnu slobodu voľného pohybu služieb. Naproti tomu, o pasívnej slobode voľného pohybu služieb hovoríme v prípade prijímateľov služieb, ktorí prekračujú hranice za účelom prijímania služieb v inom členskom štáte. Pre oblasť pracovného práva a pre ďalší účely ďalšej analýzy ja zaujímavá najmä aktívna sloboda poskytovania služieb, najmä ak je s ňou spojené vyslanie zamestnancov na územie iného členského štátu.

2. VOĽNÝ POHYB ZAMESTNANCOV VS. DOČASNÉ VYSLANIE ZAMESTNANCOV

Voľný pohyb zamestnancov spolu s dočasným vyslaním zamestnancov v rámci voľného poskytovania služieb majú významný vplyv na plnenie hospodárskych cieľov Únie.

Vzhľadom na to, že tieto dva inštitúty patria pod dva rôzne subsystemy základných slobôd voľného trhu, a to voľný pohyb osôb a voľný pohyb služieb, je dôležité predísť k zámene týchto inštitútov v praxi.

Pri dočasnom vyslaní zamestnancov v rámci EÚ sa zamestnanec individuálne nerozhoduje, či vstúpi na určitý dlhší alebo kratší čas na pracovný trh iného členského štátu EÚ ale naopak, zamestnávateľ ho vyšle na určitú dobu do niektorej z krajín EÚ pracovať v prospech iného podnikateľa bez toho, aby s ním skončil existujúci pracovnoprávny vzťah. Zamestnávateľ tak robí za účelom dosiahnutia zisku v rámci svojich komerčných aktivít vo vzťahu k zahraničnému obchodnému partnerovi. Zamestnanca tak v prípade vyslania na územie iného členského štátu za účelom poskytovania služieb možno považovať skôr za sprostredkovateľa, prostredníctvom ktorého dochádza k poskytovaniu služby. Na rozdiel od voľného pohybu osôb takíto zamestnanci nevstupujú na cudzí trh práce, neprenášajú do nového členského štátu svoje sociálne väzby a v neposlednom rade ide o dočasný charakter ich práce. Na rozdiel od voľného pohybu zamestnancov, sa zamestnanci, ktorí boli vyslaní do inej krajiny, aby vykonávali služby, po skončení vyslania vracajú do krajiny ich pôvodu bez toho, aby sa ocitli na trhu práce hostiteľského členského štátu. Z vyššie uvedeného dôvodu na týchto zamestnancov nemožno aplikovať predpisy o voľnom pohybe zamestnancov, ale predpisy o voľnom pohybe služieb. Aj v dôsledku toho sa úprava vysielania zamestnancov odlišuje od voľného pohybu zamestnancov a vytvára tak osobitnú oblasť voľného pohybu služieb.

⁴ Blanpain, R.: European Labour Law, 10th revisited edition, Kluwer Law International, Hague 2006, ISBN 90-411-2454-3, s. 353

Základ právnej úpravy vysielania zamestnancov pri poskytovaní služieb poskytuje primárne komunitárne právo v podobe zakladajúcich zmlúv, judikatúry Súdneho dvora ES, ktorý vo všeobecnosti zakazuje neprimerané obmedzovanie vysielania zamestnancov. Špecifickú oblasť pracovných podmienok upravuje sekundárne právo v podobe nariadení a smerníc, z ktorých najvýznamnejšie postavenie má Smernica Európskeho parlamentu a Rady 96/71/ES o vysielaní zamestnancov v rámci poskytovania služieb⁵, ktorej hlavným cieľom je zamedziť zvýhodneniu poskytovateľov služieb z členských štátov, ktoré majú nižší stupeň pracovnoprávnej ochrany zamestnancov.

Charakteristickou črtou vysielania, ako je už spomenuté vyššie je, trvanie pracovnoprávneho vzťahu medzi vysielajúcim zamestnávateľom a vyslaným zamestnancom, pričom uzatvorený pracovný pomer sa i naďalej riadi uzatvorenou pracovnou zmluvou.

Naproti tomu sa pri voľnom pohybe individuálne zamestnanec rozhoduje pracovať na území iného ako domovského štátu, pričom zamestnanec môže v hostiteľskom členskom štáte zotrvať neobmedzený čas. V dôsledku toho sa na jeho pracovnoprávne vzťahy spravujú ustanovením článku 39 ZES a nariadením 1612/68 v platnom znení. Zamestnanec, ktorý sa uchádza o pracovné miesto v inom členskom štáte EÚ sa na rozdiel od vyslaného zamestnanca stáva súčasťou pracovného trhu príslušnej krajiny.

V prípade *Rush Portuguesa*⁶ musel Súdny dvor ES rozhodnúť, či presun portugalských zamestnancov do Francúzska za účelom vykonania stavebných prác má byť charakterizovaný ako cezhraničný pohyb služieb, alebo voľný pohyb zamestnancov v rámci voľného pohybu služieb. V tomto prípade sa taktiež Súdny dvor v rámci konania o predbežnej otázke zaoberal, či je možné na situácie, k akým došlo v hlavnom konaní, použiť aj ustanovenia nariadenia 1612/68, ktoré sa zaoberá voľným pohybom zamestnancov, resp. dočasnú neuplatniteľnosť jeho ustanovení vyplývajúcu zo Zmluvy o pristúpení niektorého členského štátu.

Otázky, ktoré boli predložené Súdnemu dvoru na preskúmanie v tomto prípade, vznikli v rámci sporu medzi *Rush Portuguesa Lda*, ako zamestnávateľom so sídlom v Portugalsku, ktorý sa zaoberá stavebnými a verejnými prácami a Národným imigračným úradom Francúzska. Táto firma vstúpila do subdodávok s francúzskym podnikom za účelom vykonávania stavebných prác pri stavbe železničnej trate vo Francúzsku. Avšak podľa francúzskeho práva je na zamestnávanie zahraničných zamestnancov oprávnený iba Národný imigračný úrad. Nakoľko *Rush Portuguesa* nespĺnila túto požiadavku francúzskeho práva, Národný imigračný úrad od nej žiadal zaplatenie osobitného príspevku, ktorý je povinný platiť zamestnávateľ, zamestnávajúci občanov mimo Európskych spoločenstiev.⁷ *Rush Portuguesa* žiadal zrušiť rozhodnutie francúzskych orgánov o zaplatenie zvláštneho príspevku, nakoľko podľa ustanovení článkov 59 a 60 ZES (v súčasnosti články 49 a 50) sa vylučuje použitie právnych predpisov, ktoré majú za následok zákaz výkonu práce ich

⁵ O.J. C 018, 21. 1. 1997, s. 1-6

⁶ C-113/89, *Rush Portuguesa Lda* v *Office national d'immigration*, [1990], ECR I-01417

⁷ Aj keď Portugalsko v čase sporu už bolo členom Európskych spoločenstiev, ako si ďalej ukážeme, vzťahovala sa naň výnimka z ustanovení článkov 1 až 6 nariadenia 1612/68 a teda sa na portugalských štátnych príslušníkov v prípade voľného pohybu zamestnancov naďalej pozeralo ako na občanov štátov mimo Európskych spoločenstiev.

zamestnancov. Na druhej strane, Národný imigračný úrad argumentoval tvrdením, že nie je možné rozšíriť slobodu poskytovania služieb na všetkých zamestnancov poskytovateľa služieb, pretože v dôsledku uplatnenia prechodných ustanovení Zmluvy o pristúpení Portugalska do Európskych spoločenstiev sa na tieto osoby naďalej vzťahujú rovnaké ustanovenia ako na zamestnancov z iných nečlenských krajín Únie, pokiaľ ide o voľný pohyb zamestnancov. Sloboda poskytovať služby s výnimkou cestovných a turistických kancelárií pritom nebola Zmluvou o pristúpení obmedzená.

Francúzsky súd, ktorý riešil spor sa obrátil na Európsky súdny dvor ES celkovo s troma otázkami. Prvé dve otázky sa týkali situácií, kedy podnik so sídlom v Portugalsku poskytuje služby v členskom štáte EÚ, ktorý sa stal súčasťou Spoločenstva pred pristúpením Portugalska a zároveň si podnik za týmto účelom nasadzuje vlastné pracovné sily. Konkrétne prvou otázkou, sa francúzsky súd snažil zistiť, či sa takýto zamestnávateľ poskytujúci služby, môže sa domáhať práva vyplývajúceho z ustanovení o voľnom pohybe služieb. Účelom druhej otázky bolo zistiť, či členský štát, na území ktorého sa majú vykonávať práce, môže osobám poskytujúcim služby uložiť podmienku získať pracovné povolenie pre portugalské pracovné sily.

Podľa Súdneho dvora ES článku Zmluvy umožňujúce slobodný pohyb služieb bránia tomu, aby jeden členský štát zakazoval určitej osobe poskytovanie služieb na jej území spolu so všetkými jej zamestnancami a taktiež vylučujú, aby členský štát podmieňoval pohyb takýchto osôb na svojom území, či už príslušnosťou k miestu alebo získaním povolenia. Uplatnením niektorých z týchto obmedzení sa osoba poskytujúca služby pochádzajúca z iného členského štátu podľa Súdneho dvora ES diskriminuje vo vzťahu k svojim konkurentom sídlacim v hostiteľskom členskom štáte, ktorí môžu svojich zamestnancov využívať bez akýchkoľvek obmedzení. Takéto obmedzenia taktiež môžu negatívne ovplyvniť jeho schopnosť poskytovať služby.

Súdny dvor ES v odôvodnení svojho rozsudku tiež uviedol, že obmedzenia ustanovené v Zmluve o pristúpení týkajúce sa uplatňovania nariadenia 1612/68 platia pri vstupe portugalských zamestnancov na pracovný trh niektorého z členských štátov, ako aj pri vstupe a zaobstaraní bývania pre zamestnancov, ktorí sa o takýto vstup na pracovný trh usilujú. V našom prípade však išlo podľa Súdneho dvora ES o odlišnú situáciu, keďže portugalskí zamestnanci vyslaní na výkon práce do Francúzska sa po skončení práce vrátia do svojho domovského štátu a sa nestávajú súčasťou pracovného trhu hostiteľského štátu.

Ustanovenia Zmluvy o pristúpení, ktoré vylučujú aplikáciu ustanovení nariadenia 1612/68, a ktoré vylučujú právnu úpravu voľného pohybu zamestnancov, by bolo možné použiť za predpokladu, ak by vysielajúci zamestnávateľ vykonával činnosti, ktorých účelom by bolo umožnenie prístupu jeho zamestnancov na pracovný trh hostiteľského štátu. Táto skutočnosť však nemá vplyv na právo osoby poskytujúcej služby v stavebníctve a verejných službách na vyslanie svojich zamestnancov z domovského štátu počas doby, kedy pretrváva potreba výkonu práce.

Vzhľadom na uvedené preto Súdny dvor ES rozhodol, že podnik so sídlom v členskom štáte, môže za účelom poskytovania služieb dočasne vyslať svojich zamestnancov na územie iného členského štátu. V tom prípade orgány štátu, na území ktorého sa má práca vykonávať, nesmú na poskytovateľa služieb klásť žiadne podmienky pre nábor pracovnej sily alebo požadovať pracovné povolenie.

Toto rozhodnutie ESD je zaujímavé aj z pohľadu prístupivších členských štátov, voči ktorým boli zavedené prechodné obmedzenia pre voľný pohyb zamestnancov. Pokiaľ sa chcú osoby pochádzajúce z týchto členských štátov uchádzať o voľné pracovné miesta v niektorom členskom štáte Únie, ktorý voči tomuto členskému štátu uplatňuje prechodné obdobia vyplývajúce zo Zmluvy o prístúpení, hostiteľský členský štát od nich môže žiadať splnenie určitých podmienok potrebných na udelenie pracovného povolenia. Na druhej strane, v prípade vyslaných zamestnancov, ktorých vysielala príslušný zamestnávateľ z prístupivšieho členského štátu za účelom poskytovania služieb, títo zamestnanci nepodliehajú žiadnym dodatočným obmedzeniam, okrem obmedzení, ktoré pre poskytovateľov služieb vyplývajú zo Zmluvy o prístúpení.

3. VŠEOBECNE K DOČASNÉMU VYSLANIU ZAMESTNANCOV V PRÍPADE VOĽNÉHO POHYBU SLUŽIEB

Pri úvahách o voľnom pohybe služieb musíme mať ďalej na pamäti, že služby sa môžu poskytovať na území viacerých členských štátov súčasne, čo nás vedie k úvahám o tom, ktorý členský štát by mal mať právo a zodpovednosť regulovať poskytovateľa služieb, ale tiež k úvahám o hrozbe zneužitia komunitárneho práva, tak aby sa zabránilo národnej úprave.⁸

Ďalšiu kodifikáciu možných a zakázaných požiadaviek uplatňovaných v súvislosti s vysielaním zamestnancov mala obsahovať smernica o voľnom pohybe služieb na vnútornom trhu, čo sa však v konečnom dôsledku nestalo. Podľa článku 1 ods. 6 smernice č. 2006/123/ES o službách na vnútornom trhu smernica neovplyvňuje pracovné právo. Pracovným právom sú podľa nej akékoľvek právne alebo zmluvné ustanovenia o podmienkach zamestnávania, pracovných podmienkach vrátane ochrany zdravia a bezpečnosti pri práci a vzťahy medzi zamestnávateľmi a zamestnancami, ktoré členské štáty uplatňujú v súlade s vnútroštátnym právom, ktoré rešpektuje právo Spoločenstva. Táto smernica rovnako neovplyvňuje právne predpisy členských štátov o sociálnom zabezpečení. V nadväznosti na to článok 3 ustanovuje, že ak existuje rozpor medzi ustanoveniami smernice 2006/123/ES a ustanovením iného aktu Spoločenstva, ktorý upravuje osobitné aspekty prístupu k činnosti v oblasti služieb alebo jej výkonu, v osobitných oblastiach alebo v osobitných povolaniach, má ustanovenie tohto iného aktu Spoločenstva prednosť a uplatní sa na tieto vzťahy. Pritom je výslovne uvedená aj smernica 96/71/ES.

Smernica 96/71/ES bola prijatá základe článku 57 ods. 2 ZES a za účelom predchádzania hrozbe zneužitia komunitárneho práva a zabráneniu národnej úpravy, ako aj za účelom odstránenia prekážok voľného pohybu osôb a služieb medzi členskými štátmi. Definuje podmienky zamestnávania v hostiteľskom štáte, ktoré musia byť zabezpečené pre zamestnancov v hostiteľskom štáte a to bez ohľadu na pracovnú zmluvu medzi zamestnancom a zamestnávateľom, čím sa snaží predísť sociálnemu dumpingu – importu lacných pracovných síl zo zahraničia s cieľom znížiť náklady zamestnávaním lacnejšej pracovnej sily.

Koncepcia smernice vychádza zo zásady, že každá podpora nadnárodného poskytovania služieb si vyžaduje primerané konkurenčné prostredie a opatrenia, ktoré zaručujú rešpektovanie práv zamestnancov. Preto zakotvuje povinnosť členských štátov, ktoré

⁸ Steiner, J., Woods, L., Twigg-Fleshner, Ch.: EU Law, Oxford University Press, Oxford 2006, ISBN 978-0-19-927959-3, s. 468

vysielajú svojich zamestnancov spravovať sa právom štátu, v ktorom sa práca vykonáva. Účelom smernice je koordinácia členských štátov za účelom vytvorenia záväzných pravidiel minimálnej požadovanej ochrany zamestnancov, ktoré majú dodržiavať zamestnávateľa vysielajúci zamestnancov na dočasnú prácu na území členského štátu, v ktorom poskytujú služby.⁹ Povinnosť spravovať sa právom štátu, v ktorom sa práca vykonáva neplatí pre celý obsah pracovného pomeru zamestnanca dočasne vyslaného do hostiteľského štátu, ale len pre tzv. „tvrdé jadro“ pracovných podmienok, t.j. pre podstatný a najvýznamnejší obsah pracovného pomeru a z jeho rámca smernica nedovoľuje použiť kolízne právo. Aplikácia kolízneho práva v zmysle Rímskeho dohovoru je možná len nad obsahový rámec „tvrdého jadra“. Tvrdé jadro tvorí:

- a) maximálna dĺžka pracovného času a minimálna doba odpočinku,
- b) minimálna ročná dĺžka platenej dovolenky,
- c) minimálne mzdové tarify vrátane sadzby za nadčasy; toto sa však nevzťahuje na zamestnanecké systémy doplnkového dôchodkového poistenia,
- d) podmienky prenájmu zamestnancov, najmä dodanie zamestnancov agentúrami pre dočasné zamestnávanie;
- e) zdravie, bezpečnosť a hygiena pri práci;
- f) ochranné opatrenia, týkajúce sa podmienok zamestnávania tehotných žien, alebo žien, ktoré nedávno porodili, detí a mladistvých;
- g) rovnaké zaobchádzanie medzi mužmi a ženami a iné protidiskriminačné ustanovenia.¹⁰

Smernica 96/71/ES sa vzťahuje na všetkých zamestnávateľov zriadených v niektorom z členských štátov, ktorí vysielajú zamestnancov na územie iného členského štátu za účelom poskytovania služieb. Aj keď smernica 96/71/ES používa terminológiu vysielajúci zamestnávateľ, zriadený v členskom štáte, výslovne nerieši otázku, ako široko sa má právne interpretovať problém sídla zamestnávateľa v nadväznosti na požiadavku zriadenia podniku v členskom štáte. Na úroveň týchto zamestnávateľov však smernica kladie aj zamestnávateľov- podniky z tretích krajín, ktorí dočasne vysielajú svojich zamestnancov do členskej krajiny EÚ, nakoľko podnikom založeným v inom ako členskom štáte nesmú byť poskytnuté výhodnejšie podmienky, než podnikom zriadeným v členskom štáte.

Smernica 96/71/ES sa vzťahuje na zamestnávateľov ak ide o niektorú z nasledujúcich situácií:

vysielanie zamestnancov na územie iného členského štátu v réžii a pod vedením zamestnávateľa na základe zmluvy uzatvorenej medzi vysielajúcim zamestnávateľom a stranou pôsobiacou na území daného členského štátu, pre ktorú sú tieto služby určené a to za

⁹ Porovnaj Barancová, H.: Slovenské a európske pracovné právo, Poradca podnikateľa spol. s r. o., Žilina 2004, ISBN 80-88931-32-0, s. 157

¹⁰ čl. 3 ods. 1 smernice 96/71/ES

splnenia predpokladu, že medzi vysielajúcim zamestnávateľom a jeho zamestnancom existuje počas doby vyslania pracovnoprávny vzťah, alebo

vysielanie zamestnancov do organizácie alebo podniku v skupinovom vlastníctve na území členského štátu za predpokladu, že medzi vysielajúcim zamestnávateľom a jeho zamestnancom existuje počas doby vyslania pracovnoprávny vzťah, alebo

prenájom zamestnancov zo strany podniku, ktorý je dočasným zamestnávateľom alebo sprostredkovateľskou agentúrou, užívateľskému zamestnávateľovi zriadenému alebo činnému na území členského štátu, za predpokladu, že medzi takýmto dočasným zamestnávateľom alebo sprostredkovateľom práce a jeho zamestnancom existuje počas doby vyslania pracovnoprávny vzťah.¹¹

Smernica 96/71/ES sa nevzťahuje na prípady dočasného vyslania zamestnancov z členských krajín EÚ do tretích štátov, ani na prípady dočasného vyslania zamestnancov medzi inými štátmi než sú členské štáty EÚ. V týchto právnych situáciách sa pracovnoprávne vzťahy spravujú medzinárodným kolíznym právom.

4. POJEM VYSLANÝ ZAMESTNANEC

Kľúčovým problémom pre dosiahnutie účelu smernice je definovať pojem zamestnanca. Vyslaným zamestnancom sa na účely smernice považuje zamestnanec, ktorý počas vymedzeného obdobia vykonáva prácu na území iného členského štátu, než je štát, v ktorom bežne pracuje.¹² Dĺžku obdobia, ktorá sa ešte považuje za dočasné vyslanie smernica neupravuje. Vyžaduje však, aby išlo o časovo obmedzený výkon práce, aj keď jeho dĺžka môže byť aj dlhodobá. Počas dočasného vyslania zamestnanca by nemal skončiť pracovný pomer, pretože dočasne vyslaní zamestnanci ostávajú v pracovnoprávnom vzťahu k subjektu, pre ktorý vykonávajú prácu v niektorom z členských štátov Únie.¹³ Podľa rozhodnutia Súdneho dvora ES vo veci Schnitzer¹⁴ sa má dočasná povaha činnosti osoby určiť s ohľadom nielen na dobu trvania poskytovania služieb, ale taktiež na ich pravidelnú povahu alebo kontinuitu.

V prípade časovo neobmedzeného výkonu práce zamestnancom v niektorom z členských štátov sa majú uplatňovať ustanovenia primárneho práva a sekundárneho komunitárneho práva upravujúce voľný pohyb zamestnancov.

Odlišná situácia je v prípade sociálneho zabezpečenia takéhoto zamestnanca. Na účely sociálneho zabezpečenia sa podľa článku 14 nariadenia č.1408/71/EHS o uplatňovaní

¹¹ porovnaj čl. 1 ods. 3 smernice 96/71/ES

¹² čl. 2 ods. 1 smernice 96/71/ES

¹³ Porovnaj Barancová, H.: Zákoník práce, komentár, Sprint v.f.r.a., Bratislava 2005, ISBN 80-89085-48-2, s. 104

¹⁴ C-215/01, Reference for a preliminary ruling from the Amtsgericht Augsburg): Bruno Schnitzer, OJ C 212 of 28.7.2001

systémov sociálneho zabezpečenia na zamestnancov a ich rodiny, ktorí sa pohybujú v rámci Spoločenstva, obmedzuje dočasné vyslanie na obdobie dvanásť mesiacov.

Vo vzťahu slovenského a európskeho práva sa podobne ako pri voľnom pohybe zamestnancov, môžeme stretnúť s nejednoznačnou terminológiou. Slovenské pracovné právo používa pojem zamestnanec, kým smernica 96/71/ES v prevažnej miere používa pojem pracovník. V rovine de lege ferenda by bolo za vhodné zjednotiť terminológiu v tejto oblasti. Malo by dôjsť k zjednoteniu pojmu pre fyzickú osobu vykonávajúcu v pracovnoprávných vzťahoch, prípadne v obdobných pracovnoprávných vzťahoch, závislú prácu pre zamestnávateľa podľa jeho pokynov za mzdu alebo inú odmenu. Treba pri tom zvážiť nielen zaužívané tradície týchto pojmov v jednotlivých krajinách Európskeho hospodárskeho priestoru, ale aj ich etymologický základ. S prihliadnutím na slovenské právo budem v nasledujúcom texte používať pojem zamestnanec.

Pojem zamestnanec sa pre účely smernice odvodzuje z definície zamestnanca, tak ako je upravený v práve členského štátu, na územie ktorého je zamestnanec vyslaný. Takáto úprava nie je optimálna, nakoľko každý členský štát má odlišnú definíciu pojmu zamestnanec/pracovník. Môže totiž nastať situácia, kedy v niektorom členskom štáte sa bude smernica vzťahovať na inú skupinu osôb, ako v ďalšom členskom štáte (napr. fyzická osoba sa nebude považovať za zamestnanca podľa právnych predpisov vysielajúceho štátu, avšak bude mať právny status zamestnanca podľa právnych predpisov prijímajúceho štátu a naopak). Tým nie je daná jednotná osobná pôsobnosť smerníc na úrovni Európskej únie, čo môže ovplyvniť aj zásadu rovnakého zaobchádzania so zamestnancami a úrovňou ich pracovnoprávnej ochrany v závislosti od ich štátnej príslušnosti¹⁵.

Takto zakotvený pojem vyslaného zamestnanca sa nakoniec ukázal ako problematický pri transpozícii do právnych poriadkov členských štátov, keď napríklad vo Francúzsku právna úprava neobsahovala definíciu pojmu vyslanie¹⁶.

Za zamestnanca v zmysle Smernice možno považovať občana nečlenského štátu (tretieho štátu), v prípade, že ho zamestnávateľ, ktorý má sídlo v členskom štáte EÚ, vyšle na územie iného členského štátu EÚ. V zmysle judikatúry Súdneho dvora ES¹⁷, zamestnanci v prípade, že sú zamestnaní v súlade s právnym poriadkom štátu, kde sídli poskytovateľ (zamestnávateľ), môžu byť vyslaní do iného, hostiteľského, štátu bez toho, aby v tomto druhom štáte podliehali administratívnym formalitám, analogickým povinnosti mať pracovné povolenie.

¹⁵ porovnaj Barancová, H.: Zachovanie nárok zamestnancov pri prechode podnikov, častí podnikov a závodov a častí závodov v judikatúre Európskeho súdneho dvora. In: Pracovné právo v zjednotenej Európe, sympóziu s medzinárodnou účasťou, Trenčianske Teplice, Poradca podnikateľa, Žilina 2004, s.220

¹⁶ Správa Európskej komisie o implementácii smernice Európskeho parlamentu a Rady 96/71/ES o vysielaní pracovníkov v rámci poskytovania služieb, január 2003

¹⁷ C-445/03 Komisia Európskych spoločenstiev proti Luxemburskému veľkovoľvodstvu, [2004], ECR I-10191; C-244/04 Komisia Európskych spoločenstiev proti Spolkovej republike Nemecko, [2006] ECR I-00885

5. URČENIE ROZHODNÉHO PRÁVA PRI DOČASNOM VYSLANÍ ZAMESTNANCOV

Základný rámec právnej úpravy dočasného vyslania zamestnancov, ako vzťahov s cudzím prvkom tvorí popri všeobecne záväzných právnych predpisoch Rímsky dohovor o rozhodnom práve pre zmluvné záväzky z 19. júna 1980 a už spomínaná smernica 96/71/ES o vysielaní zamestnancov v rámci poskytovania služieb, ktorej aplikácia prichádza do úvahy ako prvá.

Pracovné podmienky tvrdého jadra vyplývajú z právneho poriadku platného v členskom štáte vykonávania práce a sú zakotvené v zákonoch, iných právnych predpisoch alebo správnych opatreniach a/alebo v kolektívnych zmluvách alebo v arbitrážnych nálezoch vyhlásených za všeobecne uplatniteľné. Neberie pritom ohľad na určenie právneho poriadku určeného Rímskym dohovorom.

Na pracovné podmienky presahujúce rámec „tvrdého jadra“ smernice 96/71/ES sa uplatňujú ustanovenia Rímskeho dohovoru. Ten má ako medzinárodná zmluva prednosť pred zákonmi členských štátov upravujúcich rozhodné právo v pracovnoprávných vzťahoch s cudzím prvkom. Aj napriek tomu, že Rímsky dohovor má pred týmito vnútroštátnymi predpismi prednosť, dohovor vnútroštátne právne predpisy nenahradil. Preto tieto vnútroštátne predpisy, v prípade Slovenskej republiky zákon č. 97/1963 Zb. o medzinárodnom práve súkromnom a procesnom v znení neskorších predpisov, aj napriek tomu, že prakticky stratili význam, platia na tie vzťahy, ktoré nie sú Rímskym dohovorom upravené. Svojou povahou pôsobí Rímsky dohovor voči smernici 96/71/ES ako *lex generalis*, keďže stanovuje všeobecný rámec na určenie uplatniteľného práva. V prípade Rímskeho dohovoru tiež ide o jediný nástroj v oblasti medzinárodného práva súkromného na úrovni európskeho spoločenstva, ktorý má formu medzinárodnej zmluvy.

Základným pravidlom Rímskeho dohovoru je možnosť slobodnej voľby rozhodného práva. Strany pracovnej zmluvy si môžu určiť, či voľba práva sa bude vzťahovať na pracovnú zmluvu, alebo len na jej časť. Dohovor taktiež pripúšťa zmenu už uskutočnenej voľby práva a to aj počas trvania pracovnoprávneho vzťahu.

Podľa ustanovenia článku 6 Rímskeho dohovoru, ktorý sa vzťahuje na individuálne pracovné zmluvy, však nesmie voľba práva zmluvnými stranami pracovnej zmluvy zbavovať zamestnanca ochrany, ktorú mu poskytujú imperatívne normy práva, ktoré by sa použili pri neexistencii voľby práva. Toto ustanovenie má za cieľ ochraňovať zamestnanca a znamená, že pri voľbe práva ktoréhokoľvek členského štátu je zamestnancovi poskytnutá ochrana.¹⁸ Porovnávanie konkurujúcich si právnych poriadkov by sa podľa Barancovej malo sústrediť len na tú ich časť, ktorá upravuje ochranu zamestnanca a od ktorých sa zmluvne účastníci nemôžu odchýliť.¹⁹

¹⁸ Ondřej, J.: *Medzinárodní právo veřejné, soukromé, obchodní, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, Plzeň 2004, ISBN 80-86898-02-4, s. 289*

¹⁹ *Barancová, H.: Barancová, H. a kol.: Vysielanie zamestnancov, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, Plzeň 2008, ISBN 978-80-7380-156-4, s. 78 a nasl.*

Pojem imperatívna norma Rímsky dohovor neobsahuje. Podľa Barancovej sú to donucujúce predpisy hostiteľského štátu, ktoré sa majú aplikovať vo verejnom záujme, v záujme zdravia zamestnancov a ďalších sociálnopolitických cieľov.²⁰

Ak voľba práva nebola zmluvnými stranami uskutočnená, Rímsky dohovor pripúšťa dve alternatívy, podľa ktorých sa má rozhodné právo pracovnoprávneho vzťahu určiť a to:

pracovná zmluva sa bude riadiť právom štátu, kde zamestnanec svoju prácu zvyčajne vykonáva na základe pracovnej zmluvy a to aj keď prechodne pracuje v inom štáte, alebo

pracovná zmluva sa riadi právnym poriadkom štátu, v ktorom sa nachádza prevádzkareň, ktorá tohto zamestnanca najala.

Dohovor taktiež stanovuje tzv. únikovú klauzulu, na základe ktorej platí, že ak z celkových okolností nevyplýva, že zmluva má užšiu väzbu s iným štátom, potom sa zmluva spravuje právom tohto štátu.

Pojem zamestnávateľa je podľa Rímskeho dohovoru veľmi široký, nakoľko sa má pri určení rozhodného práva v prípade absencie voľby vychádzať zo sídla prevádzkarne zamestnávateľa, ako hospodárskej jednotky zamestnávateľa a to bez ohľadu na to, či jej právo priznáva právnu subjektivitu alebo nie.

Dňa 17. júna 2008 bolo prijaté nové Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 593/2008 o rozhodnom práve pre zmluvné záväzky (Rím I).²¹ Toto nariadenie nahrádza v členských štátoch doteraz platný Rímsky dohovor²². Svoju účinnosť podľa slovenského prekladu nadobudlo 24. júla 2008, avšak uplatňuje sa až od 17. decembra 2009.²³

Nové nariadenie 593/2008 podobne ako Rímsky dohovor vychádza zo zásady, že jedným zo základných prvkov systému kolíznych noriem v oblasti zmluvných záväzkov by mala byť sloboda zmluvných strán zvoliť si rozhodné právo. Naďalej preto platí, že zmluva sa spravuje právnym poriadkom, ktorý si zvolia zmluvné strany. Taktiež sa tieto zmluvné strany môžu kedykoľvek dohodnúť, že sa zmluva bude spravovať iným právom, aký bol uplatňovaný na základe predchádzajúcej voľby.

²⁰ Tamtiež

²¹ O. J. L 177, 4.7.2008, s. 6 a nasl.

²² S výnimkou území členských štátov, ktoré spadajú pod územnú pôsobnosť Rímskeho dohovoru a na ktoré sa toto nariadenie nevzťahuje

²³ Domnievam sa, že v tomto prípade ide o zlý preklad nariadenia, keďže anglická verzia používa spojenie „entry into force“, ktoré znamená nadobúda platnosť. Mám za to, že aj v slovenskom preklade nariadenia by malo byť uvedené, že svoju platnosť nadobúda 20 dní odo dňa uverejnenia, t.j. 24. júla 2008. Ak by sme sa mali držať slovenského prekladu, došlo by k absurdnej situácii, kedy by sme mali účinné nariadenie, ktoré by však nebolo možné aplikovať, čo by bolo v rozpore s pojmom účinnosť. Ide o dosť vážne zistenie v nepresnosti prekladu nariadenia, ktoré môže osoby neznalé práva, ktoré si neuvedomujú rozdiel medzi platnosťou a účinnosťou, uviesť do neistoty. A to o to viac, že nariadenia Rady Európskej únie sú priamo aplikovateľné a na ich aplikáciu nie je potrebná legislatívny činnosť členských štátov.

Voľba práva by nemala zamestnanca zbaviť ochrany, ktorú mu poskytujú tie ustanovenia, od ktorých sa nemožno odchyliť dohodou podľa práva, ktoré by platilo v prípade absencie voľby práva. V prípade voľby práva nemožno odchyliť od imperatívnych noriem. Na rozdiel od Rímskeho dohovoru však nové nariadenie č. 593/2008 prináša aj legálnu definíciu imperatívnych noriem.

Za imperatívne považuje normy, ktorých dodržiavanie pokladá krajina za rozhodujúce pre ochranu svojich verejných záujmov, ako je politické, sociálne alebo hospodárske zriadenie, až do takej miery, že vyžaduje ich uplatnenie v každej situácii, na ktorú sa norma vzťahuje, bez ohľadu na právo, ktoré je inak rozhodným pre zmluvu podľa nariadenia.²⁴

Pokiaľ si zmluvné strany nezvolili rozhodné právo pre individuálnu pracovnú zmluvu, zmluva sa spravuje právnym poriadkom krajiny, v ktorej zamestnanec obvykle vykonáva prácu na základe zmluvy, alebo ak tomu tak nie je, právnym poriadkom krajiny, z ktorej takúto prácu vykonáva. Za zmenu krajiny obvyklého miesta výkonu práce sa nepovažuje, ak zamestnanec dočasne pracuje v inej krajine.²⁵

Nariadenia môžeme privítať vymedzuje pojem dočasnosť, ktoré v doterajšej právnej úprave absentovalo. Výkon práce v inom členskom štáte tak možno považovať za dočasný, ak sa očakáva, že zamestnanec znova nastúpi do práce v krajine pôvodu po skočení svojej úlohy v zahraničí.

Ak rozhodné právo pracovnej zmluvy v prípade absencie voľby nemožno učiť na základe miesta výkonu práce, pracovná zmluva sa spravuje právom miesta podnikania zamestnávateľa, kde bol zamestnanec zamestnaný.

Nariadenie 593/2008 zachováva použiteľnosť únikovej doložky. Ak z celkovej situácie vyplýva, že zmluva má užšiu väzbu s inou krajinou, než ktorá je určená na základe objektívneho statusu pracovnej zmluvy, uplatní sa právny poriadok tejto inej krajiny.

6. K NE/APLIKÁCII PRACOVNÝCH PODMIENOK UPRAVENÝM SMERNICOU 96/71/ES

Spomenuli sme, že hlavným cieľom smernice 96/71/ES o dočasnom vysielaní zamestnancov v rámci poskytovania služieb je zamedziť zvýhodneniu poskytovateľov služieb z členských štátov s nižšou úrovňou pracovnoprávnej ochrany zamestnancov. Preto smernica 96/71/ES zavádza tzv. tvrdé jadro pracovných podmienok, obsahujúce minimálne pracovné podmienky zamestnaných na výkon práce do iného členského štátu Únie. Členské štáty sú povinné zabezpečiť, aby zamestnávateľa bez ohľadu na rozhodné právo pre pracovnoprávne vzťahy, zaručili zamestnancom, vyslaným na územie členských štátov, nasledovné pracovné podmienky, platné v členskom štáte vykonávania práce a zakotvené v zákonoch, iných právnych predpisoch alebo správnych opatreniach a/alebo v kolektívnych zmluvách alebo v arbitrážnych nálezoch vyhlásených za všeobecne uplatniteľné.

²⁴ Pozri článok 9 ods. 1 Nariadenia č. 593/2008 o rozhodnom práve pre zmluvné záväzky (Rím I)

²⁵ Ide o novú formuláciu, ktorá umožňuje aplikáciu napríklad na zamestnancov, ktorý tvoria letový personál v leteckej doprave a ak existuje pevná základňa, z ktorej sa ich práca organizuje a kde títo zamestnanci plnia svoje pracovné povinnosti.

Smernica 96/71/ES nevyklučuje, aby členské štáty upravili pracovné podmienky pre zamestnanca výhodnejšie. Rovnako nevyklučuje uplatňovanie iných pracovných podmienok než sú uvedené v smernici 96/71/ES, pokiaľ ide o ustanovenia politiky verejného záujmu a uplatňovanie pracovných podmienok upravených v kolektívnych zmluvách a arbitrážnych nálezoch, ak sa týkajú činností, ktoré nie sú uvedené v prílohe smernice.

Taktiež smernica 96/71/ES upravuje rôzne odchýlky od všeobecných pravidiel v nej stanovených a umožňuje poskytovať aj rôzne výnimky. Tie sa týkajú predovšetkým najcitlivejšej oblasti, ktorou sú mzdové záležitosti a v menšej miere tiež oblasti dovolenky.

Určité odlišnosti sa uplatnia v prípade počiatočnej montáže a / alebo prvej inštalácie tovaru, ktorá je integrálnou súčasťou zmluvy o dodávke tovaru a je potrebná na uvedenie dodaného tovaru do užívania a je vykonávaná škoľenými zamestnancami a / alebo odborníkmi dodávateľského podniku. Za týchto okolností sa na vyslaných zamestnancov nebudú vzťahovať predpisy hostiteľskej krajiny upravujúce dovolenku a mzdové tarify vrátane sadzby za nadčasy, ak doba vyslania nepresiahne osem dní. To však neplatí pre oblasť stavebných prác, uvedených v prílohe smernice.

Právnu úpravu hostiteľského členského štátu v oblasti regulácie minimálnych mzdových taríf, v rátane odmeny za prácu nadčas, nemusí členský štát po porade so sociálnymi partnermi uplatniť ani v prípade, že doba vyslania nepresahuje jeden mesiac, ak ide o dočasné vyslanie pod vedením a v réžii vysielajúceho podniku alebo o vysielanie v rámci nadnárodných koncernov. V žiadnom prípade však nie je možné vylúčiť aplikáciu mzdových predpisov hostiteľskej krajiny za predpokladu, že doba vyslania presiahne jeden mesiac.

Smernica umožňuje členským štátom poskytovanie výnimiek z určitých ustanovení. Prostredníctvom kolektívnych zmlúv je možné poskytovať výnimky ohľadne uplatňovania mzdových taríf vrátane odmien za nadčasy v prípade dočasného vyslania pod vedením a v réžii vysielajúceho podniku alebo vyslania v rámci nadnárodných koncernov, ak doba vyslania nepresiahne jeden mesiac.

Druhou možnosťou sú výnimky na základe skutočnosti, že ide o nevýznamné množstvo práce. V tomto prípade ide opäť o možnosť poskytnúť výnimky ohľadom regulácie mzdových taríf a sadzieb za nadčasy v prípade dočasného vyslania pod vedením a v réžii vysielajúceho podniku alebo vyslania v rámci nadnárodných koncernov, ale výnimku je možné poskytnúť aj ohľadne dovolenky. Ak členské štáty využijú možnosť poskytovať takýto druh výnimiek, sú povinné ustanoviť kritériá, podľa ktorých sa bude určovať, aké množstvo práce bude možné považovať za nevýznamné.

7. TRANSPOZÍCIA DOČASNÉHO VYSLANIA ZAMESTNANCOV DO SLOVENSKEHO PRÁVNEHO PORIADKU

Ustanovenia smernice 96/71/ES boli transponované vo viacerých právnych predpisoch. Tzv. „tvrdé jadro“ smernice bolo implementované do ustanovenia § 5 Zákonníka práce²⁶, podľa ktorého sa pracovnoprávne vzťahy zamestnancov, ktorých zamestnávateľa vysielajú na výkon prác k inému zamestnávateľovi z územia členského štátu Európskej únie na územie

²⁶ Zákon 311/2001 Z. z. Zákonník práce v znení neskorších predpisov

Slovenskej republiky, sa spravujú Zákonníkom práce, osobitnými predpismi alebo príslušnou kolektívnou zmluvou, ktoré upravujú bezpečnosť a ochranu zdravia pri práci.²⁷ Vyslaným zamestnancom pre účely dočasného vyslania je zamestnanec, ktorý počas určitej doby vykonáva prácu na území iného členského štátu, ako je štát, v ktorom bežne pracuje.²⁸

Slovenský zákonodarca pri implementácii pozabudol na výnimku spočívajúcu umožňujúcu členským štátom, po porade so zamestnávateľmi a zamestnancami a v súlade s obvyklými zvyklosťami a praxou jednotlivých členských štátov, rozhodnúť nepoužiť ustanovenia tvrdého jadra týkajúcich sa limitov pracovného času a minimálnej dĺžky dovolenky, ak doba vyslania nepresahuje jeden mesiac. Na porovnanie, český zákonodarca podobne pri implementácii smernice nezohľadnil skutočnosť, že v prípade počítačovej montáže alebo prvej inštalácie tovaru, ktorá je integrálnou súčasťou zmluvy o dodávke tovaru a je potrebná na uvedenie dodaného tovaru do užívania a vykonávaná školenými zamestnancami alebo odborníkmi dodávateľského podniku, sa nepoužijú ustanovenia týkajúce sa limitov pracovného času a minimálnej dĺžky dovolenky, ak doba ich vyslania nepresahuje osem dní.

Smernica 96/71/ES bola implementovaná do slovenského právneho poriadku taktiež prostredníctvom zákona č. 125/2006 Z. z. o inšpekcii práce. Podľa ust. § 23 tohto zákona sa preberajú právne akty Európskych spoločenstiev a Európskej únie uvedené v prílohe a výslovne aj smernica 96/71/EHS.

Za implementáciu smernice 96/71/EHS treba považovať aj ustanovenie §6 ods. 1 písm. m) a n) zákona o inšpekcii práce, podľa ktorého Národný inšpektorát práce poskytuje informácie občanom Slovenskej republiky a občanom členských štátov Európskej únie o pracovných podmienkach uvedených v „tvrdom jadre“ smernice 96/71/EHS v Slovenskej republike a v členských štátoch Európskej únie a spolupracuje s príslušnými orgánmi Európskej únie a členských štátov Európskej únie pri zisťovaní, kontrole a hodnotení týchto pracovných podmienok a rovnako im poskytuje príslušné informácie o pracovných podmienkach v Slovenskej republike.

Smernica 96/71/ES platí pre prípady dočasného výkonu práce zamestnanca z jedného členského štátu na území iného členského štátu. V prípade časovo neobmedzeného výkonu práce zamestnanca v niektorom z členských štátov Únie sa majú uplatňovať ustanovenia primárneho a sekundárneho práva o voľnom pohybe zamestnancov.²⁹

8. ZÁVER

Základ právneho pozadia dočasného vysielania zamestnancov poskytujú zmluvy, ktorými sa zakladajú Európske spoločenstvá, a ktoré sú predmetom výkladu Európskeho súdneho dvora. Všeobecne platí, že Súdny dvor ES dočasné vysielanie zakazuje neprimerane obmedzovať.

²⁷ § 5 ods. 2 Zákonníka práce

²⁸ § 5 ods. 4 Zákonníka práce

²⁹ Barancová, H.: Slovenské a európske pracovné právo, Poradca podnikateľa spol. s r. o., Žilina 2004, ISBN 80-88931-32-0, s. 157

Špecifickú oblasť pracovných podmienok - maximálna dĺžka pracovného času a minimálna doba odpočinku, minimálna ročná dĺžka platenej dovolenky, minimálne mzdové tarify vrátane sadzby za nadčasy, podmienky prenájmu zamestnancov, najmä dodanie zamestnancov agentúrami pre dočasné zamestnávanie, zdravie, bezpečnosť a hygiena pri práci; ochranné opatrenia, týkajúce sa podmienok zamestnávania tehotných žien, alebo žien, ktoré nedávno porodili, detí a mladistvých; rovnaké zaobchádzanie medzi mužmi a ženami a iné protidiskriminačné ustanovenia - upravuje Smernica 96/71/ES o dočasnom vysielaní zamestnancov v rámci poskytovania služieb, ktorej hlavným účelom je zamedziť zvýhodneniu poskytovateľov služieb z členských štátov s nižšou úrovňou pracovnoprávnej ochrany zamestnancov. Ďalšiu kodifikáciu možných a zakázaných požiadaviek uplatňovaných v súvislosti s vysielaním zamestnancov mala obsiahnuť smernica o službách na vnútornom trhu, k čomu však nedošlo. Určitou náhradou za vypustenie ustanovenia v smernici o službách na vnútornom trhu sa stalo vyjadrenie Komisie, ktoré sa kriticky postavilo k formalitám a povolovaciemu režimu vyžadovanému členskými štátmi v súvislosti s vysielaním zamestnancov.

Reviewer:

Saskia Poláčková

Contact – email:

viktor.krizan@gmail.com

PRINCIP UZNÁVÁNÍ V PRÁVU ES, UZNÁVÁNÍ ROZHODNUTÍ VE VĚCECH VYŽIVOVACÍ POVINNOSTI

VERONIKA KUDROVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language:

Příspěvek se zabývá principem uznávání v právu Evropské unie, krátce zmiňuje též nejčerstvější legislativu upravující uznávání. Uznávání jako jeden z principů, na němž je postaven evropských právní prostor, rozděluje na dvě kategorie, a to uznávání jako prostředek, tedy jeden z prostředků k dosažení základních svobod, a dále na uznávání jako důsledek jejich realizace, který má zajistit výkon práva napříč státy Evropské unie. Tyto dvě linie dále sleduje a uvádí stěžejní právní akty upravující uznávání a komentuje způsoby, jimiž je v nich uznávání provedeno.

Key words in original language:

Právo ES, princip uznávání, vyživovací povinnost.

Abstract:

Contribution deals with the principle of recognition within the European Union Law, it also briefly mentions the recent legislation on recognition. It divides the principle of recognition into two dimensions. First one is represented by recognition purposed to create favourable conditions for an efficient achievement of the basic freedoms, the second dimension, vice-versa, is sort of reaction at realization of the free movement freedom. Thenceforth the contribution follows given lines, while making comments on the main acts on recognition.

Key words:

EC Law; principle of recognition; maintenance obligations.

1. ÚVOD

Volný pohyb osob jakožto jedna ze základních svobod Evropského společenství (dále jen „Společenství“) s sebou přináší řadu pozitivních efektů, a to jak pro Společenství jako celek, tak též pro jednotlivce na jeho území žijící, zejména tedy pro státní příslušníky členských států. Společenství vycházejícímu primárně z idey hospodářského rozvoje umožňuje v první řadě efektivní alokaci lidských zdrojů. Příslušníkům členských státu potom rozšiřuje prostor, v němž se mohou realizovat, ať již pracovní (studijně), sociálně či rekreačně. Přechod přes hranice států s sebou ale nutně přináší i řadu problémů.

Z právního hlediska je pochopitelně nejvýznamnějším jevem doprovázejícím stěhování osob ze státu do státu na hranicích končící teritoriální působnost jednotlivých právních řádů. Tu Společenství v mezích daných přenesenými pravomocemi překonává nejčastěji vytvářením *jednotného práva* (právních řádů určitých odvětví¹) a vytvářením *podobného práva* (harmonizací). Základní princip ovládající právní úpravu v tomto duchu přijatou lze označit

¹ Typickým příkladem je evropské právo hospodářské soutěže.

jako *princip similarity*.² Jeho podstatou je takové sblížení právních norem dopadajících na vybrané instituty, které vytváří situaci, v níž pro daný skutkový stav platí prakticky totožná (či do potřeby míry obdobná) pravidla v jednom členském státě jako v kterémkoli jiném. Takové právní prostředí usnadňuje jak pohyb z domácího právního řádu do právního řádu jiného členského státu, tak též přechod mezi dalšími právními řády navzájem. Druhým důležitým principem, s jehož pomocí právo Společenství překonává rozdílnosti právních řádů je *princip uznávání*.

2. PRINCIP UZNÁVÁNÍ

Zatímco princip similarity představuje pro aplikující subjekt určitou jistotu, že pravidla, jimiž se daný právní vztah řídí v jednom členském státě, budou *v podstatných rysech totožná s pravidly danými v kterémkoli jiném členském státě* (subjekt má představu o obsahu jiného právního řádu), princip vzájemného uznávání je založen na *důvěře v obsahově jiný právní řád jiného členského státu*. Tato důvěra je vkládána zejména ve skutečnost, že nároky kladené na určitý subjekt, službu, právní úkon, akt, apod. v jiném členském státě (státě původu) nejsou ve vztahu k chráněným zájmům mírnější než nároky stanovené ve státě, kde působení těchto veličin dochází.

Princip (vzájemného) uznávání nachází své uplatnění ve dvou druhých situacích. V prvním případě jde o situace mající přímý vztah k některé ze základních svobod, nejčastěji v kontextu s hospodářskou aktivitou (prací, poskytováním služby, obchodem se zbožím), a to v tom smyslu, že uznávání slouží jako prostředek umožňující či usnadňující jejich faktickou realizaci. V druhém případě slouží uznávání jako nástroj důsledného vynucování práva, které by jinak bylo realizací některé ze základních svobod podstatně ohroženo.

3. UZNÁVÁNÍ ZA ÚČELEM EFEKTIVNÍHO UMOŽNĚNÍ VÝKONU ZÁKLADNÍCH SVOBOD

Uznávání za účelem efektivního umožnění výkonu základních svobod probíhá na dvou úrovních, které se rozvíjí paralelně vedle sebe od 70. let. Vzájemně se však ovlivňují. V oblasti volného pohybu zboží a částečně i služeb jde o *uznávání doktrinní*. Jeho podstatou je, že princip uznávání vychází přímo z principů a pravidel vyjádřených v zakládajících smlouvách; tedy principů, na nichž je Společenství vystavěno. O uvedení principu uznávání do reality se pak zasloužila judikatura Evropského soudního dvora. Naproti tomu povinnost směřující k vzájemnému *uznávání právnímu* je založena akty sekundárního práva a týká se zejména volného pohybu osob, a částečně též volného pohybu služeb (zejména tam, kde má pohyb služeb složku osobní (poskytovatel je fyzická osoba)). U vzájemného uznávání právního lze pak dále rozlišovat, zda k uznání dochází na základě správního řízení (řízení o uznání) či automaticky (bez řízení).

Uznávání doktrinní

² Pojem „similarita“ nepatří do české slovní zásoby. V tomto kontextu je znásilněnou variací k anglickému slovu similar, které vyjadřuje, že je něco stejné či podobné. Protože čeština slovo shrnující rozsah podobnosti od částečné do 100% neobsahuje, rozhodla se autorka pro použití této nečeské variace.

Jak podrobněji rozvíjí Tomášek³, doktrína vzájemného uznávání doprovázející realizaci základních svobod má svůj původ v oblasti **volného pohybu zboží**. Své vyjádření našla poprvé v rozhodnutí Evropského soudního dvora ve věci Cassis de Dijon⁴, a to konstatováním (pokud jde o normy zabezpečující určitý nezbytný standard) povinnosti připustit na trh výrobek vyrobený v jiném členském státě, pakliže splňuje normy v zemi výrobce, v níž je obchodován. Jinými slovy byla založena povinnost státu uznat standard norem v zemi výrobce za odpovídající standardu místnímu; alespoň pokud jde o výsledek, jehož má být dosaženo (veřejná bezpečnost, ochrana spotřebitele či životního prostředí).

Další rozšíření doktríny uznávání nastalo nutně do oblasti **volného pohybu služeb**. „Obchod se službami“ se totiž v relevantních rysech podobá obchodu se zbožím: v obou případech jde o přechod věcí či činností přes hranice, jehož vstupní podmínky (kvalita zboží, oprávnění k poskytování služby) jsou regulovány státem původu (udělení oprávnění). *Platí-li tedy v oblasti volného obchodu, že bez řádného důvodu nesmí být bráněno tomu, aby zboží vyrobené a obchodované v souladu s právem v jednom členském státě mohlo být uvedeno na trh jiného členského státu, pak může stejně dobře platit v oblasti volného pohybu služeb, že nesmí být bez řádného důvodu bráněno tomu, aby služba poskytovaná v souladu s právem v jednom členském státě mohla být přijímána v jiném členském státě.*⁵ Teze o aplikovatelnosti pravidla vzájemného uznávání i na služby byla potvrzena výrokem Evropského soudního dvora v případě Evropská komise vs. Německo⁶, který navíc (jako protipól) stanovil povinnost státu při vytváření domácích norem brát v úvahu i možné legitimní požadavky ostatních členských států.

Uznávání právní

V době, kdy rozsudek Cassis de Dijon položil základy doktríny vzájemného uznávání⁷ pro oblast volného pohybu zboží a později též služeb, byly již položeny základy uznávání právního: oblasti **volného pohybu osob** existovaly již některé z tzv. „*sektorových směrnic*“ o vzájemném uznávání kvalifikací⁸; později byly doplněny o další oblasti⁹. Úprava uznávání ve

³ Tomášek, M. Expanze doktríny vzájemného uznávání v evropském právu. Právník. 2001, č. 3, s. 238 – 254.

⁴ Případ 120/78 Rewe-Zentral AG vs. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein.

⁵ Tomášek, M. Expanze doktríny vzájemného uznávání v evropském právu. Právník. 2001, č. 3, s. 240.

⁶ Případ 205/84 Komise vs. Německo.

⁷ Rozsudek byl vyhotoven dne 20. února 1979.

⁸ Směrnice Rady 75/362/EHS o vzájemném uznávání diplomů, osvědčení a jiných dokladů o dosažené kvalifikaci v oboru lékařství, zahrnující opatření k usnadnění účinného výkonu práva usazování a poskytování služeb (nahrazena směrnicí Rady 93/16/EHS o usnadnění volného pohybu lékařů a vzájemného uznávání jejich diplomů, osvědčení a jiných dokladů o dosažené kvalifikaci), směrnice Rady 77/452/EHS o vzájemném uznávání diplomů, osvědčení a jiných dokladů o dosažené kvalifikaci zdravotních sester a ošetřovatelů odpovědných za všeobecnou péči, obsahující opatření pro usnadnění účinného výkonu práva usazování a volného pohybu služeb, směrnice Rady 78/686/EHS o vzájemném uznávání diplomů, osvědčení a jiných dokladů o dosažené kvalifikaci zubních lékařů obsahující opatření k usnadnění účinného výkonu práva usazování a volného pohybu služeb a směrnice Rady 78/1026/EHS o vzájemném uznávání diplomů, osvědčení a jiných dokladů o dosažené kvalifikaci veterinárních lékařů obsahující opatření k usnadnění účinného výkonu práva usazování a volného pohybu služeb.

směrnících z konce 70. let je postavena na taxativním výčtu kvalifikací a jejich základních parametrů (název kvalifikace, subjekt vydávající doklad o jejím dosažení, případně název osvědčení doplňujícího doklad o obdržené kvalifikaci). Každý členský stát je povinen uznat diplomy, osvědčení a jiné doklady o dosažené kvalifikaci (dále též jen „doklady o kvalifikaci“) uvedené v daném výčtu vydané státním příslušníkům členských států ostatními členskými státy a přiznat jim na svém území stejné účinky jaké mají doklady o kvalifikaci, které sám vydává. V *později vydávaných sektorových směrnících* dochází postupně k přesunu důrazu z taxativního výčtu kvalifikací a jejich přesně stanovených charakteristik na obsahové náležitosti studia, a též obecnější stanovení institucí studium poskytujících. Pro regulovaná povolání¹⁰ sektorovými směrnici neupravená byly vytvořeny *směrnice obecného systému*¹¹, které upravovaly podmínky, za nichž členský stát musí uznat kvalifikaci získanou příslušníkem jiného členského státu v jiném členském státě. Šlo zejména o podmínky spočívající v získání příslušného dokladu o kvalifikaci a ve vykonané praxi (resp. době, po kterou bylo v minulosti dané povolání vykonáváno). Postupem času se úprava rozložená v řadě směrníc stala nepřehlednou a zastaralou, zmíněný systém uznávacích směrníc byl proto v roce 2005 zkonsolidován do jediné uznávací směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/36/ES o uznávání odborných kvalifikací. Obecný systém uznávání je i v *nové směrnici* založen na vzájemné důvěře mezi členskými státy v to, že členský stát, v němž dotyčný získal odbornou kvalifikaci, nestanovil příliš měkké podmínky k jejímu získání, a tím nedopustil, aby regulované povolání mohla vykonávat osoba, jejíž kvalifikace není dostatečná, čímž by mohlo dojít ke škodám na majetku, životu či zdraví. Není již vyžadován předchozí výkon daného povolání, hostitelskému státu je však dovoleno za určitých podmínek požadovat po žadateli tzv. vyrovnávací opatření spočívající buď v absolvování adaptačního období, nebo složení zkoušky způsobilosti.

Směrnice o uznávání odborných kvalifikací obsahuje i speciální úpravu týkající se uznávání kvalifikací v oblasti **poskytování služeb**. Jejím základem je stanovení zvláštních pravidel pro rozšíření možnosti vykonávat činnosti pod původním profesním označením, a dále, vzhledem k různým systémům pro dočasné nebo příležitostné přeshraniční poskytování služeb, vyjasnění kritérií pro rozlišování mezi těmito dvěma koncepty v případě přestěhování poskytovatele služeb na území hostitelského členského státu.

⁹ Směrnice Rady 80/154/EHS o vzájemném uznávání diplomů, osvědčení a jiných dokladů o dosažené kvalifikaci porodních asistentek a o opatřeních pro usnadnění účinného výkonu práva usazování a volného pohybu služeb a směrnice Rady 85/384/EHS o vzájemném uznávání diplomů, osvědčení a jiných dokladů o dosažené kvalifikaci v oboru architektury obsahující opatření k usnadnění účinného výkonu práva usazování a volného pohybu služeb, směrnice Rady 85/432/EHS o koordinaci právních a správních předpisů ohledně některých činností v oblasti farmacie.

¹⁰ Regulované povolání představuje takovou odbornou činnost nebo soubor činností, u níž je přístup k ní nebo její výkon nebo jeden ze způsobů jejího výkonu v členském státě vyhrazen přímo nebo nepřímo na základě právních předpisů držitelům určité odborné kvalifikace.

¹¹ Směrnice Rady 89/48/EHS o obecném systému pro uznávání vysokoškolských diplomů vydaných po ukončení nejméně tříletého odborného vzdělávání a přípravy, (dále jen "Směrnice 89/48/EHS"), směrnice Rady 92/51/EHS ze dne 18. června 1992 o druhém obecném systému pro uznávání odborného vzdělávání a přípravy, kterou se doplňuje směrnice 89/48/EHS, a směrnice Evropského parlamentu a Rady 1999/42/ES, kterou se zavádí postup pro uznávání dokladů o dosažené kvalifikaci pro profesní činnosti upravené směrnici o liberalizaci a o přechodných opatřeních a kterou se doplňuje obecný systém uznávání dokladů o dosažené kvalifikaci.

Čtvrtá svoboda – **volný pohyb kapitálu** – se od ostatních svobod výrazně liší. Není svobodou sama pro sebe, vytváří spíše předpoklad pro účinné fungování ostatních svobod. Jako taková není oddělitelná od ostatních svobod a též její právní úprava zasahuje v mnohém i do ostatních oblastí.¹² Proto není na tomto místě předmětem samostatného popisu.

4. UZNÁVÁNÍ ZA ÚČELEM PŘEKONÁNÍ NEGATIVNÍCH DŮSLEDKŮ VÝKONU ZÁKLADNÍCH SVOBOD

Jak bylo již uvedeno, vedle uznávání usnadňujícího výkon některé ze základních svobod, tedy uznávání jako prostředku, lze postavit též potřebu uznávání jako reakci na výkon některé ze základních svobod, tedy *uznávání jako důsledek*.

Uznávání v tomto pojetí se týká veřejnoprávních rozhodnutí, nejčastěji soudních, a má zajistit, aby rozhodnutí vydané v jednom členském státě bylo uznáno a následně i vykonáno v členském státě jiném. Kdyby taková možnost (povinnost) neexistovala, teritoriální omezenost výkonu státní (veřejné) moci na určité území (území, na němž došlo k vydání rozhodnutí) by znamenala podstatné oslabení vynutitelnosti práva, neboť pouhým překročením státních hranic (vyjmutím sebe sama z jurisdikce určitého státu) by bylo možno se dosahu práva vyhnout. Naznačená situace není v současném nazírání na Evropskou unii jako na *prostor práva* přípustná, postupně proto dochází k právnímu zakotvení uznávání cizích rozhodnutí. Ustanovení týkající se uznání jsou projevem snahy o zavedení volného pohybu soudních rozhodnutí, jehož smyslem je vytvoření situace, kdy rozhodnutí soudu jednoho členského státu má na území ostatních členských států stejné účinky jako ve státě vydání, a to automaticky.¹³ Způsoby konkrétních právních opatření se pochopitelně odvíjí od pravomocí, jimiž Evropská unie disponuje.

Níže bude stručně pojednáno o uznávání v rámci justiční spolupráce v civilních a trestních věcech. Přestože právo Evropské unie zasahuje v současné době více či méně do všech právních disciplín, je si autorka vědoma, že justiční spolupráce v civilních věcech je spíše než věcí evropského práva předmětem zájmu mezinárodního práva soukromého a stejně tak trestněprávní spolupráce spadající do unijního pilíře nalézají své místo v oblasti práva trestního. Přesto lze mít za to, že v kontextu tohoto příspěvku lze institut uznávání považovat za spojnicí evropského práva v užším smyslu (práva, které nepřesahuje či přesahuje jen minimálně do ostatních právních odvětví) se zmíněnými právními disciplínami, proto se lze na tomto místě zmínit i o oblastech úpravy, jejichž zkoumání jinak přísluší jiným právním disciplínám. Bude tak ovšem s ohledem na právě konstatované zasahování do jiných disciplín činěno výlučně ve vztahu k institutu uznávání.

Justiční spolupráce v civilních věcech

Za účelem uznání a výkonu soudních a mimosoudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech je Společenství oprávněno vydávat akty sekundárního práva; jimi jsou s ohledem na

¹² Srov. Tichý, L., Arnold, R., Svoboda, P., Zemánek, J., Král, R. Evropské právo, 3. vydání, Praha: C. H. Beck, 2006, s. 516 a násl.

¹³ Týč, V. in Rozehnalová, N., Týč, V. Evropský justiční prostor. Brno: Masarykova univerzita, 2007, s. 303.

komunitární povahu regulovaných otázek¹⁴ nařízení. Platná nařízení upravují otázku uznání v zásadě následujícími způsoby:

1. K uznání rozhodnutí dochází automaticky, tedy bez zvláštního řízení a rozhodnutí, a to tím, že k němu dotyčný orgán přihlédne. Uznání nelze napadnout a nejsou dány ani důvody pro jeho odepření.¹⁵

2. K uznání rozhodnutí dochází automaticky, (ne)možnost napadení není upravena. Je ovšem dána možnost odepření uznání a to toliko z důvodu rozporu s veřejným pořádkem.¹⁶

3. K uznání rozhodnutí dochází automaticky, tedy bez zvláštního řízení a rozhodnutí, a to tím, že k němu dotyčný orgán přihlédne; je-li ovšem otázka uznání vznesena u soudu jako předběžná, lze o ní rozhodnout. *Důvody pro neuznání* mohou být jak na straně samotného rozhodnutí (neslučitelnost s jiným rozhodnutím mezi týmiž stranami, neslučitelnost s dřívějším (pozdějším) rozhodnutím v téže věci), tak na straně nepřipustného procesního postupu při rozhodování o nároku, jenž má být uznán. Třetím důvodem pro neuznání rozhodnutí je pak výhrada veřejného pořádku jako překážka na straně státu, v němž má k uznání dojít.¹⁷

V zásadě kombinací způsobu prvního a třetího je úprava v nařízení Rady 4/2009/ES o příslušnosti, rozhodném právu, uznávání a výkonu rozhodnutí a o spolupráci ve věcech vyživovacích povinností.

Justiční spolupráce v trestních věcech

Justiční spolupráce v trestních věcech spadá do třetího pilíře Evropské unie, nelze proto při jejím budování využít právní nástroje Společenství. Z nástrojů právní úpravy tak připadají v úvahu mezinárodní smlouvy, společné postoje, rámcová rozhodnutí a rozhodnutí. Pro zakotvení zásady vzájemného uznávání, jedné ze základních zásad spolupráce v trestních věcech, byla zvolena forma právně závazných aktů sloužících ke sblížení práva členských států – **rámčových rozhodnutí**.¹⁸

¹⁴ Srov. Týč. V. in Rozehnalová, N., Týč, V. Evropský justiční prostor. Brno: Masarykova univerzita, 2007, s. 23.

¹⁵ Tento způsob úpravy platí pro evropský exekuční titul pro nesporné nároky (nařízení Evropského parlamentu a Rady č. 805/2004/ES, kterým se zavádí evropský exekuční titul pro nesporné nároky) a pro evropský platební rozkaz (nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1896/2006 ze dne 12. prosince 2006, kterým se zavádí řízení o evropském platebním rozkazu).

¹⁶ Nařízení Rady 1346/2000/ES o úpadkovém řízení.

¹⁷ Takto je uznávání upraveno v nařízení Rady 44/2001/ES o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech (Brusel I) a nařízení Rady 2201/2003/ES o příslušnosti a uznávání a výkonu rozhodnutí ve věcech manželských a ve věcech rodičovské zodpovědnosti a o zrušení nařízení č. 1347/2000/ES (Bruselu II).

¹⁸ Uznávání je v oblasti justiční spolupráce v trestních věcech aktuálně stanoveno těmito rámcovými rozhodnutími Rady: 2005/214/SVV o uplatňování zásady vzájemného uznávání peněžitých trestů a pokut 2006/783/SVV o uplatňování zásady vzájemného uznávání příkazů ke konfiskaci, 2008/909/SVV o uplatňování zásady vzájemného uznávání rozsudků v trestních věcech, které ukládají trest odnětí svobody nebo opatření

I v oblasti trestního práva platí, že k uznávání rozhodnutí dochází automaticky, bez zvláštního řízení. Jeho základní formální podmínkou je *osvědčení* vydané na předepsaném formuláři předané příslušnými orgány vydávajícího státu. Vzhledem k závažné povaze trestněprávních rozhodnutí není překvapující, že *důvody k odmítnutí uznání* (a výkonu) jsou širší, než je tomu v případě uznání v civilních věcech. Stejně jako v případě civilních rozhodnutí i pro oblast trestního práva platí, že lze odmítnout uznání v případě překážky věci rozhodnuté a došlo-li v řízení, o jehož uznání se jedná, k tzv. nepravděpodobnosti řízení. Výhradu veřejného pořádku lze pak nepřímým způsobem spatřovat v důvodech pro odepření spočívajících v nedostatku oboustranné trestnosti a v nedostatku věku. Lze-li institut promlčení chápat jako podstatný prostředek k zabezpečení právní jistoty, který patří mezi základní principy, na jejichž zachování musí členské státy bezpodmínečně nutno trvat, lze ke skupině důvodů připodobněných k výhradě veřejného pořádku zařadit též promlčení výkonu trestu. Důvodem k neuznání (nevykonání) je též případná imunita (popř. výsada) osoby, která by mohla výkonu trestu bránit (právní překážka). Technickou (popř. též právní) překážkou může být nedostatečná vybavenost státu, v němž má k uznání a výkonu dojít, k výkonu specifického druhu trestu. Poslední z ustálených důvodů pro odmítnutí by bylo možno označit jako *de minimis*, totiž situaci, kdy by výkon, jehož by mělo být po uznání docíleno, by nebyl takového rozměru, aby bylo efektivní řízení konat.

Právě nastíněná koncepce uznání a neuznání je společná pro zmíněná rámcová rozhodnutí. Výrazněji se odlišuje pouze rámcové rozhodnutí týkající se vzájemného uznávání rozsudků v trestních věcech, které ukládají trest odnětí svobody nebo opatření spojená se zbavením osobní svobody, neboť zavádí institut *částečného uznání a výkonu*. Jeho podstatou je materiální změna v rozsudku a trestu, neboť daný institut připouští možnost uznat rozsudek a vykonat trest jen částečně. Z povahy věci tak nelze stanovit vyšší rozsah trestu (přesněji prodloužení trestu), než je uložen rozhodnutím ve věci, lze ale uložit trest rozsahu nižšího. Formálním předpokladem takového postupu je konzultace zamýšleného částečného uznání a výkonu s příslušným orgánem vydávajícího státu, která vede k dosažení shody o tomto postupu. K zahájení konzultace a vyjednávání o výsledku je ovšem třeba přistoupit pouze v případě, že by stát, v němž je o uznání (a výkon) žádáno, jinak toto odmítl.

5. NEJNOVĚJŠÍ LEGISLATIVA – UZNÁVÁNÍ ROZHODNUTÍ VE VĚCECH VYŽIVOVACÍ POVINNOSTI

Nejnovějším aktem v oblasti právní spolupráce, který operuje s principem uznávání, je nařízení Rady 4/2009/ES ze dne 18. prosince 2008 o příslušnosti, rozhodném právu, uznávání a výkonu rozhodnutí a o spolupráci ve věcech vyživovacích povinností (dále jen „nařízení“). Zajímavá je na něm jednak kombinace způsobů právní úpravy uznávání, ale zejména způsob spojení nařízení s mezinárodní smlouvou.

Cílem nařízení je *vytvoření prostoru pro snadnou dosažitelnost rozhodnutí ve věci vyživovací povinnosti*, které bude automaticky vykonatelné v jiném členském státě. Za tímto účelem nařízení upravuje řadu aspektů justiční spolupráce, z nichž lze s ohledem na téma příspěvku vyzdvihnout zejména uznávání a výkon a rozhodnutí o vyživovací povinnosti.

spojená se zbavením osobní svobody, za účelem jejich výkonu v Evropské unii a 2008/947/SVV o uplatňování zásady vzájemného uznávání na rozsudky a rozhodnutí o probaci za účelem dohledu nad probačními opatřeními a alternativními tresty.

Nařízení se vztahuje na všechny vyživovací povinnosti, které vyplývají z rodinných poměrů, a je určeno členskými státy s výjimkou Dánska, neboť to obecně odmítlo¹⁹ podílet se na přijímání opatření Rady v rámci vytváření Prostoru svobody, bezpečnosti a práva. V tomto konkrétním případě však Dánsko (na zasedání Výboru pro občanské právo v únoru 2009) vyjádřilo svůj záměr se na aplikaci tohoto nařízení podílet,²⁰ proto se v tuto chvíli vztahuje na všechny členské státy. Protože je však nařízení koncipováno tak, že jím daná právní úprava se v řadě věcí doplňuje s Haagskou úmluvou²¹ a Haagským protokolem²², jehož přijetí odmítlo Spojené království a není jisté u Irska a Dánska, je v nařízení patrný dvojitý režim týkající se uznávání, a to právě s ohledem na vázanost státu zmíněným protokolem.

Předmětem uznávání je rozhodnutí vydané soudem členského státu, popř. soudním úředníkem (pokud jde o výši nákladů řízení). Takto definuje pojem rozhodnutí čl. 2 nařízení, a to navzdory jednomu z principů zakotveném v preambuli, dle něhož by se nařízení mělo za určitých předpokladů (záruky nestrannosti) vztahovat též na rozhodnutí správních orgánů. Předmětem uznání je toliko stanovená vyživovací povinnost. Nelze uznávat rodinné vztahy, rodičovství, manželství či švagrovství, a jejich uznání nelze ani dovozovat z uznání vyživovací povinnosti.

Pro samotné uznávání rozeznává nařízení dva různé režimy, a to, jak bylo naznačeno, s ohledem na další smluvní příslušnost členských států. Zvolený způsob právní úpravy uznávání – *propojení nařízení s mezinárodní smlouvou* – je v oblasti civilní justiční spolupráce poměrně netradiční. Zvláštní přitom je, že mezinárodní smlouva jako pramen práva odlišného charakteru neslouží v případě uznávání jako podpůrný pramen pro případy, na něž se nařízení nevztahuje, či pro státy, jichž se netýká, ale jako skutečnost určující právní postavení určitých států, které ospravedlňuje nižší nároky na právní úpravu pro dané státy. Ospravedlním rozdílnosti odlišné – mírnější – úpravy pro státy vázané Haagským protokolem²³ je záruka vyplývající z uplatňování kolizních norem daná právě vázaností Haagským protokolem. Co by nastalo v případě, že by došlo ke změně Haagského protokolu, byť je taková možnost velmi teoretická, není zřejmé.

Uznávání rozhodnutí vydaných v členském státě vázaným haagským protokolem

Jak bylo již uvedeno, Haagský protokol obsahuje kolizní pravidla, která dle autorů nařízení poskytují dostatečnou záruku pro uznatelnost a vykonatelnost rozhodnutí ve věcech vyživovací povinnosti ve všech ostatních členských státech, není proto potřebná podrobnější úprava uznávání.

¹⁹ V Protokolu o postavení Dánska k Ústavě pro Evropu.

²⁰ Herboczková, J. Nařízení Rady (ES) č. 4/2009 o příslušnosti, rozhodném právu a o spolupráci ve věcech vyživovací povinnosti. Právo a rodina. 2009, č. 4, s. 14.

²¹ Úmluva o mezinárodním vymáhání výživného k dětem a dalších druhů vyživovací povinnosti z 23. 11. 2007.

²² Protokol o právu použitelném na vyživovací povinnosti z 23. 11. 2007.

²³ Podle informací na stránkách Haagské konference mezinárodního práva soukromého (www.hcch.net) k Haagské úmluvě a Haagskému protokolu není k 31. 5. 2009 zatím smluvní stranou kteréhokoli z těchto dokumentů žádný člen Evropských společenství.

Pro uznání není vyžadováno žádné zvláštní řízení – dochází k němu automaticky (při samotné aplikaci). V členském státě výkonu přitom není možná jakákoli forma věcného přezkumu a nařízení nestanoví ani důvody pro případné odmítnutí uznání. Za určitých podmínek je však možné odmítnutí či odložení výkonu.

Rozhodnutí je vykonatelné, aniž by bylo třeba prohlášení o jeho vykonatelnosti.

Uznávání rozhodnutí vydaných v členském státě, který haagským protokolem vázán není

Též pro státy nevázané Haagským protokolem platí automatické uznání bez zvláštního řízení, ovšem s možností (nutností) uznání odmítnout. Důvody pro neuznání mohou být, jak již bylo stanoveno, jak na straně samotného rozhodnutí (neslučitelnost s jiným rozhodnutím mezi týmiž stranami, neslučitelnost s dřívějším rozhodnutím v téže věci), tak na straně nepřijatelného procesního postupu při rozhodování o nároku, jenž má být uznán (jde o přesně vymezenou situaci, v níž *nebyl odpůrci dán přiměřený prostor pro procesní obranu* ve sporu). Třetím důvodem pro neuznání rozhodnutí je pak *výhrada veřejného pořádku* jako překážka na straně státu, v němž má k uznání dojít.

Pro výkon rozhodnutí v tomto režimu je třeba **prohlášení vykonatelnosti**.

Nařízení vstoupilo v platnost dne 30. ledna 2009, datum počátku použitelnosti ustanovení o uznávání je ovšem stanoveno až na 18. června 2011, a to za předpokladu, že ve Společenství bude k tomuto dni použitelný Haagský protokol z roku 2007. V opačném případě se použitelnost odsouvá až ke dni použitelnosti daného protokolu ve Společenství.

6. ZÁVĚR

Princip uznávání nabývá v právu Evropské unie, ale i samotném právu Společenství řady různých podob. V oblasti vnitřního trhu se lze setkat jak s uznáváním doktrinálním, které vychází přímo z primárního práva Společenství (týká se zejména volného pohybu zboží a částečně i služeb), tak též s uznáváním právně zakotveným sekundárním právem (jde hlavně o volný pohyb osob a pro něj potřebné uznávání kvalifikací), které předpokládá určitý správní postup vedoucí k uznání. Bližší právní zakotvení je typické též pro oblast justiční spolupráce, a to jak v civilní otázkách, které spadají pod rozsah pravomocí Společenství, tak pro spolupráci v trestních věcech, která je regulována unijními prameny práva. V oblasti justiční spolupráce dochází k automatickému uznávání, které je v zásadě doplněno okruhem okolností, za nichž může stát, v němž je o uznání žádáno, uznání odepřít. Výjimkou je v tomto směru zejména nařízení o příslušnosti, rozhodném právu, uznávání a výkonu rozhodnutí a o spolupráci ve věcech vyživovacích povinností, které pro určitý stanovený okruh států (jde o státy, které jsou smluvními stranami Haagského protokolu) možné důvody odmítnutí uznání nestanovuje. Zmíněné nařízení je zvláštní též použitou legislativní metodou, která jej propojuje s mezinárodní smlouvou, a to nikoli co do přímých norem dopadajících na určitý právní vztah, ale co do postavení smluvních států v rámci nařízení, které je odvozeno z „přihlášení se“ ke kolizní úpravě dané úmluvou.

Literature:

- Tomášek, M. Expanze doktríny vzájemného uznávání v evropském právu. Právník. 2001, č. 3, s. 238 – 254, 17 s.
- Tichý, L., Arnold, R., Svoboda, P., Zemánek, J., Král, R. Evropské právo, 3. vydání, Praha: C. H. Beck, 2006, 928 s.
- Rozehnalová, N., Týč, V. Evropský justiční prostor. Brno: Masarykova univerzita, 2007, 410 s.

Reviewer:

Filip Křepelka

Contact – email:

veronikakudrova@law.muni.cz

REVIEW OF THE LAW RELATING TO THE FREE MOVEMENT OF LAWYERS WITHIN THE EU

KATARZYNA LECHFOROWICZ

University of Silesia, Faculty of Law and Administration, Poland

Abstract:

The European Union law offers lots of opportunities to legal professionals, who want to benefit from internal market possibilities. The article contains a review of the provisions of the directives regulating the issue of the free movement of legal professionals within the European Communities. The article's main aim is to give a general idea of how the system is constructed and how it is working.

Key words:

Legal profession; free movement; establishment; provision of services; recognition of diplomas.

1. BACKGROUND ISSUES

The Treaty of Rome 1957 established four fundamental freedoms of the internal market. Workers, including professionals were granted the right to move freely within the borders of the European Communities [EC]. Lawyers were one of the first groups that started to benefit from the rights that were provided for by the provisions of EC Treaty and consequently started moving around Europe.

The development of the rules regulating the free movement of legal professionals within the EU illustrates the expansion and enlargement of the EC, as both processes run parallel to each other. Deriving from judgments of the European Court of Justice, an extensive set of legal rules has been established. Currently, the legal professional who wants to practice law in one of the EC Member States, can choose from a wide range of possibilities.

The aim of this article is to review the provisions of the directives regulating the free movement of legal professionals within the EU, giving a general idea of how the system is constructed and how it is working. The article does not focus on the relevant rulings of the European Court of Justice, as those in general mirror the Directives rationale.

2. PARTICULAR REGULATIONS

In general, the provisions on the free movement of lawyers come down to the basic dichotomy, which differentiates between the temporary provision of services and permanent establishment in a host Member State [MS]. In the latter situation, one deals either with the law relating to the recognition of the professional qualifications, or with the rules regulating legal practice in the host MS under one's home professional title.

2.1 PROVISION OF SERVICES

The provision of legal services is covered by the principles of the Council Directive 77/249/EEC of 22 March 1977 *to facilitate the effective exercise by lawyers of freedom to*

*provide services*¹, which applies to the activities of lawyers pursued by way of provision of services and defines a notion of a 'lawyer' by referring to the list of designations under which the legal profession is pursued in a different Member States². Consequently, it applies to Polish '*adwokat*' or '*radca prawny*' as well as to Hungarian '*Ügyvéd*', or British '*barrister*' or '*solicitor*'. Note however, that some discretion was left to the Member States, which may reserve to prescribed categories of lawyers the preparation of formal documents for obtaining title to administer estates of deceased persons, and the drafting of formal documents creating or transferring interests in land (for example Polish '*notariusz*')³.

The host MS may require the lawyer providing services to establish his qualifications as a lawyer with the local competent authority⁴. According to the Directive, the incoming lawyer must use a professional title as used in the MS from which he comes, indicating the membership to the professional organisation or the court of law before which he is entitled to practise⁵. In general the incoming lawyer is entitled to represent the clients in legal proceedings or before public authorities under the same conditions as the local lawyers, being subject to the professional rules of conduct of the host MS, yet without prejudice to obligations in his country⁶. However, in a situation when the lawyer is exercising other activities than the representation of the client, he/she remains subject to his home MS rules of conduct, though at the same time shall respect the rules of conduct of the legal profession in the host MS, especially those concerning the incompatibility of the exercise of the activities of a lawyer with the exercise of other activities in that State, professional secrecy, relations with other lawyers, the prohibition on the same lawyer acting for parties with mutually conflicting interests, and publicity⁷. According to the provisions of the Directive the latter rules are applicable only if they are capable of being observed by a lawyer who is not established in the host MS and to the extent to which their observance is objectively justified to ensure, in that State, the proper exercise of a lawyer's activities, the standing of the profession and respect for the rules concerning incompatibility⁸. It is so-called '*double deontology*' rule.

Under the Directive, host Member States are vested with some special powers in respect of lawyers providing the services. Firstly, the host MS may require the incoming lawyer to be

¹ Directive 77/249/EEC of 22 March 1977 to facilitate the effective exercise by lawyers of freedom to provide services (OJ L 70/100). Note that under the Lisbon Strategy the horizontal Directive 2006/123/EC of 12 December 2006 on services in the internal market (OJ L 376/36) was adopted. It also covers a provision of legal services, but in accordance with its Article 3 in the case of conflict of the provisions of the horizontal directive with other pieces of EC law, the provisions of specific sectoral acts prevail.

² *Ibid.*, Article 1 (2).

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*, Article 7 (1).

⁵ *Ibid.*, Article 3.

⁶ *Ibid.*, Article 4 (2).

⁷ *Ibid.*, Article 4 (4).

⁸ *Ibid.*

introduced, in accordance with local rules or customs, to the court and/or the relevant Bar⁹. Secondly, it may require the lawyer to work in conjunction with a local lawyer, who would be answerable to the local Bar. Thirdly, those Member States, which exclude lawyers in salaried employment from the representation of its companies/entities, may impose similar restrictions on the incoming lawyers¹⁰.

Finally, in a situation of non-compliance with the local rules of conduct and professional obligations, the local Bars may determine according to the local rules and procedures the consequences of such non-compliance, and when necessary may notify the competent authority in the home MS of the decision taken against the incoming lawyer¹¹. However such a decision is not binding for the lawyer's home Bar and does not oblige the home MS authorities to take appropriate actions in accordance with national rules and procedures. As a result it seems that a practitioner may return home and carry on with his legal practice with no adverse implications of the unfavourable decisions of the host MS authorities.

2.2 RECOGNITION OF LEGAL QUALIFICATIONS

The issue of the recognition of legal qualifications is covered by the horizontal Directive 2005/36/EC *on the recognition of professional qualifications*¹². The Directive covers the recognition of professional qualifications for lawyers whose purpose is the immediate establishment under the professional title of the host MS.

The Directive applies to all EU nationals wishing to pursue a regulated profession in a MS other than that in which they obtained their professional qualifications, on either a self-employed or employed basis¹³. The purpose of the Directive is to establish the rules under which Member States will allow the access to or pursuit of a regulated profession in their territory (hereinafter referred to as the host MS) and the rules according to which host MS shall recognise professional qualifications obtained in one or more other Member States (referred to hereinafter as the home MS)¹⁴.

The Directive sets out the basic rules for qualifications' recognition process, indicating documents and certificates that might be demanded by the competent authorities of the host MS which decide on an application for recognition of professional qualifications¹⁵.

⁹ *Ibid.*, Article 5.

¹⁰ *Ibid.*, Article 6.

¹¹ *Ibid.*, Article 7 (2).

¹² Directive 2005/36/EC of 7 September 2005 on recognition of professional qualifications (OJ L 255/22). Note that the system of the recognition of the professional qualifications was established under the provisions of the Directive 89/48/EEC of 21 December 1988 on general system for recognition of higher-education diplomas awarded on completion of professional education and training of at least 3 years' duration (OJ L 19/16) and in large it remained unchanged in the 2005 Directive, which was passed under the Lisbon Strategy.

¹³ *Ibid.*, Article 2 (1).

¹⁴ *Ibid.*, Article 1.

¹⁵ *Ibid.*, Article 50.

In case of legal professionals a ‘*professional qualification*’ is understood as a ‘*a diploma certifying that the holder has successfully completed a post-secondary course of at least four years’ duration, or of an equivalent duration on a part-time basis, at a university or establishment of higher education [...and] that he has successfully completed the professional training required in addition to the post-secondary course*’¹⁶.

Under Article 13 the competent authority of the host MS shall permit access to and pursuit of that profession, under the same conditions as it applies to its nationals. However, the Member States are also provided for with the compensation measures. Namely host MS has a right to decide on either an adaptation period or aptitude test that would be required to take by the applicants representing ‘*professions whose pursuit requires precise knowledge of national law and in respect of which the provision of advice and/or assistance concerning national law is an essential and constant aspect of the professional activity*’¹⁷.

The ‘*adaptation period*’ is defined as a period of a supervised practice under the responsibility of a qualified member of the profession, which is subject to an assessment and might be accompanied by further training¹⁸.

The ‘*aptitude test*’ is a test limited to the professional knowledge of the applicant, aiming at assessment of his/her abilities to pursue a regulated profession in the host MS. The list of subjects covered by the test shall be set up on the basis of comparison of the education and training required in the host MS and that already received by the applicant. The test must take account of the fact that the applicant is already a qualified professional in his home MS and therefore it should only verify the knowledge of those subjects and professional rules, which are essential to practice as a lawyer in host MS¹⁹.

As a result of the process of recognition of the professional qualification, the applicant shall be granted with an access to the same profession of the host MS, as that for which he/she was qualified in his/her home MS. Consequently he/she has a right to pursue the profession under the same conditions as local professionals²⁰. Persons whose professional qualifications were recognised may use the professional title of the host MS and make use of any associated initials²¹.

It is worth mentioning that the Directive establishes a certain novelty, determining that professionals who are benefiting from the recognition of professional qualifications shall have a knowledge of languages necessary for practicing the profession in the host MS²². Peculiarly,

¹⁶ *Ibid.*, Article 11 (c).

¹⁷ *Ibid.*, Article 14 (3).

¹⁸ *Ibid.*, Article 3 (1) (g).

¹⁹ *Ibid.*, Article 3 (1) (h).

²⁰ *Ibid.*, Article 4.

²¹ *Ibid.*, Article 52 (1).

²² *Ibid.*, Article 53.

the provisions of the Directive do not reach beyond that bare statement, i.e. do not establish a system of verification of language proficiency.

Summing up, the fundamental assumption standing behind the Directive is that the recognition should be granted automatically to the *'finished/end products'*, i.e. the fully qualified lawyers, and not solely to the university degrees²³.

2.3 ESTABLISHMENT IN A HOST MEMBER STATE

The situation of a legal professional who wants to practice the profession on a permanent basis in a self-employed or salaried capacity in a Member State other than in which the professional qualification was obtained is regulated under so-called Establishment Directive (Directive 98/5/EC)²⁴.

According to Article 2 any lawyer is entitled to practice on a permanent basis in another MS under the home-country professional title, once fulfilling the formal obligation of the registration with the competent local authority²⁵. The professional title must be expressed in the official language of his home MS, in a manner which will avoid the confusion with the professional title of the host MS²⁶. The incoming lawyer is entitled to carry on the same professional activities as local lawyers and may, inter alia, give advice on the law of his home MS, on Community law, on international law and on the law of the host MS²⁷, complying with the local rules of the procedure. In respect of the activities pursued in the territory of the host MS, the lawyers are subject to the local rules of the professional conduct, notwithstanding the obligations he is subject to from his home Bar. Accordingly, the lawyer may be requested to prove that he is covered by the appropriate indemnity insurance or a professional guarantee fund, and if not shall be obliged to do so²⁸. In case of disciplinary proceedings taken against the incoming lawyer in relation to his professional activities in the host MS, the rules of the procedure, penalties and remedies provided for in the host MS shall apply²⁹. Yet, the Directive imposes the obligation on the MS to cooperate with each other before and during the proceedings³⁰.

²³ Note however that the ruling of the European Court of Justice in *Morgenbesser case* undermines this principle, as it extends the right of recognition of qualifications to those who are still in training and are not yet a fully-qualified lawyers. For details see: Case C-313/01 *Christine Morgenbesser v. Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Genova* [2003] ECR I-13467.

²⁴ Directive 98/5/EC of 16 February 1998 to facilitate practice of profession of lawyer on a permanent basis in a Member State other than in which the qualification was obtained (OJ L 77/36).

²⁵ *Ibid.*, Article 3.

²⁶ *Ibid.*, Article 4 (1).

²⁷ *Ibid.*, Article 5.

²⁸ *Ibid.*, Article 6.

²⁹ *Ibid.*, Article 7 (1).

³⁰ *Ibid.*, Article 7 (2-5).

The rules set out in the Directive give some more opportunities to incoming lawyers. The Directive enables to circumvent the strict requirements on compensation measures set out in Directive *on the recognition of professional qualifications* – in principle, it is possible to gain admission to the local Bar without the need to sit the aptitude test or to undertake the adaptation period. According to Article 10 a lawyer, who practices effectively and regularly for a period of at least three years the law of the host MS, shall be exempted from the obligation to take compensation measures. According to the procedure established under the Directive, the interested party shall provide the competent authority of the MS with any relevant and appropriate documents and information on the nature of the activities undertaken by him/her in the last 3 years time period. After the verification process, a positive decision of the competent authority means that the lawyer may use both professional titles, i.e. his home-country professional title expressed in his home MS language, as well as the professional title corresponding to the profession of lawyer in the host MS³¹.

3. SUMMARY

Nowadays the EU law offers a basket full of opportunities to legal professionals, who want to benefit from internal market possibilities. One might either decide to move his/her legal practice to another MS or just to provide temporary services.

The development of EC law within the area of free movement of workers removed major impediments for those courageous individual lawyers, who want to practice law in different Member States. It seems that currently it is relatively easy for legal professionals to move from one MS to another, and the only restraint is one's willingness.

Literature:

- Directive 77/249/EEC of 22 March 1977 to facilitate the effective exercise by lawyers of freedom to provide services (OJ L 78/10);
- Directive 89/48/EEC of 21 December 1988 on a general system for recognition of higher-education diplomas awarded on completion of professional education and training of at least 3 years' duration (OJ L 19/16);
- Directive 98/5/EC of 16 February 1998 to facilitate practice of profession of lawyer on a permanent basis in a Member State other than in which the qualification was obtained (OJ L 77/36);
- Directive 2005/36/EC of 7 September 2005 on the recognition of professional qualifications (OJ L 255/22);
- Directive 2006/123/EC of 12 December 2006 on services in the internal market (OJ L 376/36);

³¹ *Ibid.*, Article 10.

*Dávid R., Neckář J., Sehnálek D., (Editors). COFOLA 2009: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4821-8*

- Case C-313/01 *Christine Morgenbesser v. Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Genova*
[2003] ECR I-13467.

Reviewer:
Kenneth Swinton

Contact – email:
katarzyna.lechforowicz@gmail.com

SYSTEM INFORMACJI WIZOWEJ (VIS) I WYMIANA INFORMACJI POMIĘDZY PAŃSTWAMI CZŁONKOWSKIMI W PRZEDMIOCIE WIZ JEDNOLITYCH KRÓTKOTERMINOWYCH

ARTUR MODRZEJEWSKI

University of Białystok, Faculty of Law, Poland

Abstract in original language:

Celem niniejszej publikacji będzie przybliżenie zasady funkcjonowania systemu VIS, a także analiza problemów jakie wiążą się z jego działaniem. Szczególna uwaga poświęcona zostanie problematyce wymiany danych osobowych pomiędzy państwami członkowskimi i określeniu zasad dostępu do systemu i umieszczonych w nim informacji.

Key words in original language:

System Informacji Wizowej (VIS), wiza jendolite krótkoterminowe, wymiana danych.

Abstract:

The purpose of this article is to present problem, how to ensure the need for using the data processing records in order to ensure the security of data, and details the respective responsibilities to ensure this security level.

Key words:

Visa Information System (VIS), short stay visa, data exchange.

1. UTWORZENIE SYSTEMU INFORMACJI WIZOWEJ

Obok SIS (Systemu Informatycznego Schengen) i EURODAC, System Informacji Wizowej (VIS) jest trzecią największą platformą informatyczną mającą służyć do przechowywania i wymiany danych osobowych. VIS ma magazynować dane osób starających się o wydanie wiz, by następnie dane te mogły być konsultowane i sprawdzane przez organy odpowiedzialne za ochronę granic zewnętrznych Unii Europejskiej.

Utworzenie Systemu Informacji Wizowej (VIS) stanowi ważną część wspólnej polityki wizowej UE i jest objęte wieloma powiązаныmi instrumentami. W kwietniu 2003 r. na zlecenie Komisji zostało opracowane studium wykonalności w odniesieniu do VIS¹. We wrześniu 2003 r. Komisja zaproponowała wprowadzenie zmiany do poprzedniego rozporządzenia ustalającego jednolity format wiz². Zasadniczym celem było wprowadzenie do nowego formatu wiza danych biometrycznych (zdjęcie twarzy i dwa odciski palców). Dane biometryczne miałyby być przechowywane w mikrochipie. W czerwcu 2004 r. decyzją Rady został rozpoczęty proces tworzenia Systemu Informacji Wizowej poprzez zapewnienie podstawy prawnej do włączenia do budżetu UE środków na rozwój VIS³. W decyzji tej

¹ System Informacji Wizowej, sprawozdanie w wersji ostatecznej, zlecone przez WE i przeprowadzone przez Trasy kwiecień 2003 r.

²COM(2003)558 wersja ostateczna oraz 2003/0217 (CNS) i 2003/0218 (CNS).

³ Dz.U. L 213, z 15.06.2004, 2004/512/WE, s. 5.

zapropozowano utworzenie centralnej bazy danych złożonej z informacji związanych z wnioskami o wydanie wiz i uruchomienie procedury "komitologii"⁴ w celu opracowania rozwiązań technicznych stosowanych do VIS. W grudniu 2004 r. Komisja przyjęła wniosek dotyczący rozporządzenia w sprawie VIS oraz wymiany danych pomiędzy państwami członkowskimi na temat wiz krótkoterminowych⁵. Jednakże jednocześnie podkreśla się, że dla prawidłowego działania VIS konieczne będzie przedsięwzięcie dalszych instrumentów prawnych, w tym:

- A) Poprawienie Wspólnych Instrukcji Konsularnych w sprawie wiz dla misji dyplomatycznych i urzędów konsularnych Stron Umawiających się do Konwencji z Schengen, związane z obligatoryjną rejestracją danych biometrycznych, łącznie z określeniem przypadków, w których nastąpi zwolnienie z tego obowiązku;
- B) Opracowanie nowych mechanizmów wymiany danych z Irlandią i Zjednoczonym Królestwem;
- C) Wymiana danych dotyczących wiz długoterminowych, ze szczególnym uwzględnieniem wiz długoterminowych, które nie są równocześnie ważne jako wizy krótkoterminowe.⁶

Zgodnie z decyzją podjętą przez Radę ds. Wymiaru Sprawiedliwości i Spraw Wewnętrznych w skład VIS będą wchodziły dwie bazy danych, gdzie kumulowane będą wnioski o wydanie wizy: Centralny System Informacji Wizowej (CS-VIS) i Krajowy Interfejs (NI-VIS) znajdujący się w państwach Schengen. Obowiązkiem państw Schengen będzie wyznaczenie krajowego organu centralnego połączonego z Krajowym Interfejsem, za pośrednictwem, którego właściwe organy będą mieć dostęp do CS-VIS⁷.

Wciąż toczą się prace nad regulacjami prawnymi, dającymi podstawy legislacyjne do podejmowania działań faktycznych. Do nowszych aktów należą decyzja Komisji z dn. 22.09.2006 r. ustanawiająca specyfikacje techniczne dotyczące norm przyjętych dla cech

⁴ „komitologia”- współpraca komitetów powołanych przez Radę Unii Europejskiej z Komisją Europejską nad wdrażaniem postanowień Rady Unii Europejskiej. Traktat o Europejskiej Wspólnocie Gospodarczej na mocy artykułu 145 powierza Komisji Europejskiej kompetencje wykonawcze do uchwalonych przez Radę aktów prawnych. Rada monitoruje działania wykonawcze Komisji poprzez ustanowione komisje doradcze, zarządzające oraz regulujące, które składają się z ekspertów narodowych. Komisje doradcze mają tylko możliwość wydawania niewiążących zaleceń Komisji Europejskiej. Komisje zarządzające mogą się zwrócić do Rady UE o zbadanie środków wykonawczych zastosowanych przez Komisję w określonym terminie, podczas którego procedura wdrażania jest zawieszona. Jeśli Rada nie podejmie w tym terminie decyzji, Komisja może kontynuować proces wykonawczy. Komisje regulujące mają również prawo zawieszenia działań wykonawczych Komisji i zwrócenia się do Rady UE w celu zbadania środków wykonawczych. Jeśli Rada w określonym terminie nie podejmie decyzji Komisja może kontynuować proces wykonawczy tylko, jeśli Rada nie odrzuciła prostą większością głosów środków wykonawczych. Komitologia daje Radzie UE kontrolę nad władzą wykonawczą pozostającą w rękach Komisji Europejskiej.

⁵ Bruksela dn. 28.12.2004r., COM(2005)835 końcowy, 2004/0287 (COD).

⁶ Tamże, s.3.

⁷ Decyzja Rady z dn.08.06.2004r. w sprawie Ustanowienia Wizowego Systemu Informacyjnego VIS, (2004/512/WE), art.1 i 2.

biometrycznych na potrzeby rozwoju Wizowego Systemu Informacyjnego⁸, decyzja ta określa normy techniczne, które umożliwią sprostanie wymogom jakości i wiarygodności identyfikatorów biometrycznych. Istotna jest również decyzja Komisji z dn. 03.11.2006 r. ustanawiająca lokalizację Wizowego Systemu Informacyjnego (VIS) w fazie jego rozwoju.⁹ W fazie rozwoju centralna jednostka VIS będzie zlokalizowana w Strasburgu (Francja), zaś centralna jednostka rezerwowa zlokalizowana będzie w Sankt Johann w Pongau (Austria).¹⁰

Celem niniejszej publikacji będzie przybliżenie zasady funkcjonowania systemu VIS, a także analiza problemów jakie wiążą się z jego działaniem. Szczególna uwaga poświęcona zostanie problematyce wymiany danych osobowych pomiędzy państwami członkowskimi i określeniem zasad dostępu do systemu i umieszczonych w nim informacji.

2. CEL FUNKCJONOWANIA VIS

Rozwój wspólnej polityki wizowej wymaga skutecznej wymiany odpowiednich danych. VIS jest jednym z mechanizmów, który może zapewnić niezakłócony przepływ informacji. Jednakże ten nowy instrument powinien ograniczać się do gromadzenia i wymiany danych, pod warunkiem, że gromadzenie i ich wymiana są konieczne do rozwoju wspólnej polityki wizowej. Ograniczony cel systemu odgrywa zasadniczą rolę w określaniu właściwej zawartości i wykorzystania systemu zgodnie z prawem, a zatem również w udzielaniu prawa dostępu do VIS organom państw Schengen dla ochrony interesu publicznego.¹¹

Cel VIS ma olbrzymie znaczenie, zarówno w świetle art. 8 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka, jak i w szerszym kontekście ochrony danych osobowych. Zgodnie z art. 6 dyrektywy 95/46/WE dane osobowe muszą być "gromadzone do określonych, wyraźnych i legalnych celów oraz nie będą poddawane dalszemu przetwarzaniu w sposób niezgodny z tymi celami"¹². Tylko precyzyjne określenie celów, jakie VIS ma realizować, pozwoli na właściwą ocenę proporcjonalności i adekwatności przetwarzania danych osobowych, która jest niezwykle istotna z powodu charakteru danych, skali operacji przetwarzania, ochrony praw cudzoziemców, których dane dotyczą.

Cel VIS jest określony w art. 2 rozporządzenia: Celem VIS jest poprawa realizacji wspólnej polityki wizowej, poprawa współpracy konsularnej i procesu konsultacji pomiędzy

⁸ Decyzja Komisji z dn. 22.09.2006 r. ustanawiająca specyfikacje techniczne dotyczące norm przyjętych dla cech biometrycznych na potrzeby rozwoju Wizowego Systemu Informacyjnego (2006/648/WE).

⁹ Decyzja Komisji z dn. 03.11.2006 r. ustanawiająca lokalizację Wizowego Systemu Informacyjnego (VIS) w fazie jego rozwoju Nr C(2006) 5161.

¹⁰ Europejski Inspektor Ochrony Danych: Opinia w sprawie wniosku dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Systemu Informacji Wizowej (VIS) oraz wymiany danych pomiędzy Państwami Członkowskimi na temat wiz krótkoterminowych (COM(2004)835 wersja ostateczna).

¹¹ Europejski Inspektor Ochrony Danych: Opinia w sprawie wniosku dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie... (COM(2004)835 wersja ostateczna,

¹² Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dn.24.10.1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych, DZ. U. W. E. L 281/31.

centralnymi organami wizowymi poprzez ułatwienie wymiany danych pomiędzy państwami członkowskimi o wnioskach i związanych z nimi decyzjach.¹³ Zatem wszystkie elementy składające się na VIS muszą być koniecznymi i proporcjonalnymi instrumentami służącymi osiągnięciu tego celu.

Ideą przewodnią konstruowania systemu VIS było usprawnienie realizacji wspólnej polityki wizowej. Art. 2 rozporządzenia w sprawie VIS przedstawia wykaz dodatkowych korzyści płynących z usprawnienia polityki wizowej, takich jak:

- A) uproszczenia procedury składania wniosków wizowych;
- B) zapobieżenia omijaniu kryteriów służących do określania, które państwo członkowskie odpowiada za rozpatrzenie wniosku;
- C) ułatwienia walki z nadużyciami;
- D) ułatwienia odpraw w przejściach granicznych na granicach zewnętrznych państw członkowskich i na terytorium państw członkowskich;
- E) pomocy w identyfikacji osób, które mogą nie spełniać warunków wjazdu, pobytu lub zamieszkania na terytorium państw członkowskich lub też przestały spełniać te warunki;
- F) ułatwienia stosowania rozporządzenia (WE) nr 343/2003;
- G) przyczynienia się do zapobiegania zagrożeniom bezpieczeństwa
- H) wewnętrznego każdego z państw członkowskich¹⁴

Wskazane zadania, dla których realizacji powołany został system VIS, stanowią jednocześnie pozytywne przykłady jego funkcjonowania.

Głównym celem funkcjonowania VIS jest więc usprawnienie wspólnej polityki wizowej, poprzez ułatwienie wymiany danych pomiędzy państwami Schengen dzięki utworzonej centralnej bazie danych. Istotnym elementem funkcjonowania systemu jest wprowadzanie danych biometrycznych (fotografia i odcisk palca) do procedury składania wniosków oraz przechowywanie tych danych w centralnej bazie danych. Dane biometryczne mogą być również wykorzystywane na naklejce wizowej.¹⁵

¹³ Rozp. Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) NR 767/2008 z dn. 09.07.2008 r. w sprawie Wizowego Systemu Informacyjnego (VIS) oraz wymiany danych pomiędzy państwami członkowskimi na temat wiz krótkoterminowych (rozporządzenie w sprawie VIS), Dz. Urz. UE L 218.

¹⁴ Rozp. Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) NR 767/2008 z dn. 09.07.2008 r. w sprawie Wizowego Systemu Informacyjnego (VIS) oraz wymiany danych pomiędzy państwami członkowskimi na temat wiz krótkoterminowych (rozporządzenie w sprawie VIS)

¹⁵ Rozp. Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) NR 767/2008 z dn. 09.07.2008 r. w sprawie Wizowego Systemu Informacyjnego (VIS) oraz wymiany danych pomiędzy państwami członkowskimi na temat wiz krótkoterminowych (rozporządzenie w sprawie VIS)

Jednocześnie nie można przeceniać celu, dla którego VIS powstaje. Podstawowym jego zadaniem jest ograniczenie handlu wizami i rozpowszechnianiu się oszustw wizowych, jak również wzmocnienie współpracy konsularnej. Ochrona bezpieczeństwa i porządku publicznego będzie realnie realizowana jedynie w niewielkim stopniu. Choćby, dlatego że w systemie, jako jednostki niebezpieczne będą zarejestrowani tylko ci cudzoziemcy, którzy już w przeszłości w sposób legalny dostali się na terytorium Unii i tam popełnili czy niedozwolony, zagrażający bezpieczeństwu powszechnemu. W odniesieniu do powyższego warto również zauważyć, że "Wytyczne do wprowadzenia wspólnego systemu wymiany danych wizowych" przyjęte przez Radę ds. WSiSW w dniu 13 czerwca 2002 r. umieszczają zapobieganie zagrożeniom dla bezpieczeństwa wewnętrznego na końcu listy¹⁶. Co określa miejsce „zapewnienia bezpieczeństwa wewnętrznego” w hierarchii celów realizowanych przez VIS.

W rozszerzonej ocenie wpływu zostaje jednoznacznie stwierdzone, że: „brak skuteczności w zwalczaniu handlu wizami, oszustw i w przeprowadzaniu odpraw pociąga za sobą również brak skuteczności w odniesieniu do bezpieczeństwa wewnętrznego Państw Schengen”.¹⁷ To oznacza, że zagrożenia dla bezpieczeństwa częściowo wynikają z nieskutecznej polityki wizowej. Pierwszą rzeczą do zrobienia w tej sprawie jest usprawnienie polityki wizowej, głównie poprzez zwalczanie oszustw i skuteczniejsze przeprowadzanie odpraw. Poprawa stanu bezpieczeństwa będzie wynikiem usprawnienia polityki wizowej. W oparciu o te przesłanki należy skoncentrować się na następujących kwestiach:

- A) Proporcjonalności i adekwatności danych i ich wykorzystywaniu (np. kategorie danych, dostęp do danych dla zainteresowanych organów, okres przechowywania);
- B) Korzystaniu z systemu (np. zakres odpowiedzialności i bezpieczeństwo);
- C) Prawie osób, których dane dotyczą (np. informacje, możliwość zmian lub usunięcia niedokładnych lub nieistotnych danych);
- D) Monitorowaniu i nadzorze nad systemem.

System VIS, zgodnie z Rozporządzeniem VIS, może służyć do celów innych niż tylko rozpatrzenie wniosku wizowego i wydanie decyzji wizowej w sprawie wizy Schengen. Wyszukanie danych cudzoziemca w systemie centralnym VIS może posłużyć kompetentnym organom także do sprawdzenia autentyczności wizy.

Dla potrzeb dokonania weryfikacji tożsamości cudzoziemca oraz sprawdzenia autentyczności wizy lub w celu sprawdzenia czy spełnione zostały warunki legalnego wjazdu lub pobytu cudzoziemca na terytorium państwa członkowskiego właściwe organy odpowiedzialne za przeprowadzanie kontroli granicznej lub kontroli wewnątrz kraju będą miały dostęp do danych zawartych w Systemie Informacji Wizowej.

¹⁶ Decyzja ramowa Rady z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie zwalczania terroryzmu (2002/475/WSiSW), Dz.U. L 164 z 22.06.2002, str. 3.

¹⁷ Analiza rozszerzonej oceny wpływu systemu informacji wizowej, sprawozdanie EPEC (European Policy Evaluation Consortium - Europejskie Konsorcjum ds. Oceny Polityki Europejskiej) w wersji ostatecznej grudzień 2004 r., s. 6, §2.7.

System ułatwia również będzie identyfikację cudzoziemca. Zadaniem systemu będzie również pomoc w wyszukiwaniu danych koniecznych dla rozpatrywania wniosków o nadanie statusu uchodźcy. W tym celu, zgodnie z art. 9 Rozporządzenia (WE) nr 343/20032, właściwe organy będą miały dostęp do danych zawartych w VIS za pośrednictwem „Systemu Pobyt” - komponentu stanowiącego część VIS. W ten sposób organy wewnętrzne będą w stanie sprawdzić, czy w bazie zarejestrowana jest wiza posiadająca datę wygaśnięcia w terminie nie dłuższym niż sześć miesięcy przed datą złożenia wniosku o nadanie statusu uchodźcy, lub wiza o przedłużonym okresie ważności z datą wygaśnięcia w terminie nie dłuższym niż sześć miesięcy przed datą złożenia wniosku o nadanie statusu uchodźcy. VIS ma być również używany do celów sprawozdawczo – statystycznych, jako doskonałe źródło informacji na temat złożonych i rozpatrzonych wniosków wizowych.

Funkcjonowanie VIS ma wpływ na poprawę i zbliżenie standardów w zakresie przeciwdziałania oszustwom wizowym i fałszowaniu dokumentów. VIS stymulował będzie również rozwój współpracy konsularnej i pomiędzy organami krajowymi odpowiedzialnymi za system. Zarówno w obszarze wspólnej realizacji szkoleń z zasad funkcjonowania systemu, jak i konieczności tworzenia jednolitych baz danych i jednolitych systemów informatycznych, tak by wszelkie dane wprowadzane do VIS mogły być bez problemu tam przesyłane a w dalszej konsekwencji weryfikowane.

Państwa członkowskie pozytywnie odnosiły się do samej idei utworzenia systemu VIS. W szczególności, jeśli chodzi o te kraje, które wcześniej miały własne krajowe systemy zawierające dane wizowe. Dla przykładu Szwecja już wcześniej dysponowała krajowym systemem zarządzania wizami o nazwie Wilma, w którym rejestrowało się wszystkie wnioski o wize do Szwecji ze wszystkich szwedzkich konsulatów na świecie. We Włoszech, podobnie jak w Szwecji, istniał krajowy system kontroli wiz, podobnie w Niemczech czy Francji. Konsulaty wszystkich tych państw oczekiwały i oczekują od VIS znacznego ułatwienia w swej pracy związanej z rozpatrywaniem wniosków wizowych.¹⁸

Zastosowanie biometrii w systemach informatycznych nie jest wyborem bez znaczenia, zwłaszcza w sytuacji, w której system obejmuje tak wielką liczbę osób. Biometria¹⁹ to nie tylko jedna z technologii informatycznych. Zmienia ona w sposób nieodwracalny stosunek pomiędzy ciałem a tożsamością. Cechy ciała ludzkiego stają się przedmiotem odczytu maszynowego i mogą być dalej wykorzystywane. Dlatego też tak istotna jest potrzeba wprowadzenia rygorystycznych zabezpieczeń w odniesieniu do wykorzystania danych

¹⁸ H. Lax: *Sprawozdanie delegacji komisji LIBE z wizyty w Algierii*, Parlament Europejski, Komisja Wolności Obywatelskich, Sprawiedliwości i Spraw Wewnętrznych, Bruksela, 16. 11.2006r., www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/pv/638/638724/638724pl.pdf.

¹⁹ Biometrią - ogólnie można nazwać badanie i rozwijanie statystycznych i matematycznych metod stosowanych do analizy danych w naukach biologicznych. Nazwa biometria pochodzi od greckich słów *bio*-życie, *metric*-miara. Klasyfikacja metod biometrycznych: 1. Statyczne (fizjologiczne): metoda Bertillona, odciski palców, rozpoznawanie twarzy, skan tęczówki, skan siatkówki, geometria dłoni, dopasowywanie wzorców naczyń krwionośnych. 2. Dynamiczne (behawioralne): rozpoznawanie mowy, rozpoznawanie pisma odręcznego, odstępny między kliknięciami klawiszy klawiatury podczas pisania (Keystrokedynamics). Pomędzy danymi, które mogą być użyte do celów identyfikacji znajdują się również fotografie. Jednakże przy obecnym poziomie technologii związanej z automatycznym rozpoznawaniem twarzy dla systemów informatycznych o tak dużej skali, fotografie samodzielnie nie mogą być używane do identyfikacji. Nie mogą zapewnić wiarygodnego wyniku. Zatem nie należy traktować ich za dane adekwatne do celów identyfikacyjnych.

biometrycznych oraz dokładnego zastanowienia się i przeprowadzenia dyskusji w trakcie procesu legislacyjnego.

Dane biometryczne gwarantują prawie absolutnie pewne rozróżnienie, tj. każda osoba posiada niepowtarzalne dane biometryczne. Prawie nigdy nie ulegają zmianie na przestrzeni całego życia, co zapewnia trwałość tych cech. Każda osoba posiada takie same "elementy" fizyczne, co nadaje danym biometrycznym wymiar uniwersalny. Równocześnie usunięcie danych biometrycznych jest prawie niemożliwe. Ten pozytywny aspekt, w przypadku kradzieży „tożsamości” stanowić może dużą wadę. Przechowywanie odcisków palców i fotografii w bazie danych, w powiązaniu ze skradzionym dokumentem może prowadzić do poważnych i trwałych problemów dla prawdziwego posiadacza danej tożsamości. Ponadto dane biometryczne ze swojej natury nie stanowią tajemnicy i mogą nawet zostawiać ślady (odciski palców, DNA), które pozwalają na gromadzenie tych danych bez wiedzy ich posiadacza.

Ze względu na opisane ryzyko, jakie niesie za sobą wykorzystywanie danych biometrycznych, należy wprowadzić w życie istotne zabezpieczenia (zwłaszcza w odniesieniu do zasady ograniczonego celu, ograniczeń dostępu i środków bezpieczeństwa). Konstrukcja takiego systemu zawierającego dane biometryczne powoduje konieczność postawienia pytania o granicę ingerencji administracji w sferę indywidualnej ochrony praw jednostki, w szczególności o granicę naruszania jej prywatności. Systemy ewidencyjne można podzielić na te, których główną funkcją jest ewidencjonowanie danych osób niebezpiecznych, czy takie, które zawierają dane osobowe wszystkich identyfikujących się danym dokumentem. Główną funkcją, jaką spełnia np. SIS jest ewidencjonowanie danych osób niebezpiecznych, system ten jest swego rodzaju rejestrem karnym. Chodzi o lepszą identyfikację osób poszukiwanych, gromadzenie danych osobowych w bazach danych zawierających rejestr karny jest uzasadnione ze względu na przeszłe i rzeczywiste bądź podejrzewane zachowanie jednostki. Jednak w przypadku EURODAC lub VIS sytuacja jest inna. Ubieganie się o azyl, ani złożenie wniosku wizowego, w żaden sposób nie wskazuje na to, że osoba dotychczas niewinna popełni przestępstwo lub akt terrorystyczny. Dlatego też zasada proporcjonalności wymaga, by bazy te konsultowane były wyłącznie dla celów zapobiegania poważnym przestępstwom karnym lub terrorystycznym, prowadzenia śledztw w takich sprawach lub identyfikacji osoby podejrzewanej o popełnienie przestępstwa lub czynu terrorystycznego. Dlatego też próg wymagań, które organy odpowiedzialne za bezpieczeństwo wewnętrzne muszą spełnić, by uzyskać dostęp do EURODAC, VIS, musi być zawsze znacznie wyższy niż próg wymagań w przypadku konsultacji baz danych zawierających rejestr karny²⁰. Dlatego, aby zapewnić pełne przestrzeganie praw określonych w Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej, zakres dostępu powinien być ograniczony do określonego rodzaju czynów, np. przestępstw terrorystycznych²¹, oraz przestępstw wchodzących w zakres kompetencji Europolu.

Wprowadzenia danych biometrycznych we wcześniejszym etapie było konsultowane z konsulami poszczególnych państw członkowskich. Urzędnicy konsulatów wyrażali dość otwarte stanowisko. Biometria uważana jest za użyteczną, zwłaszcza w przypadku odmiennych alfabetów, gdy identyfikacja nazwiska danej osoby jest bardzo trudna, lub w

²⁰ A. Modrzejewski: *Dokumenty tożsamości i systemy ewidencji ludności – rozwiązania polskie na tle rozwiązań unijnych*, „Wspólnoty Europejskie” nr 5 (192) 2008, s. 30.

²¹ Decyzja ramowa Rady 2002/475/WSiSW

krajach takich jak latynoamerykańskie, w których osoby posiadają różne nazwiska ze względu na podwójne obywatelstwo. Jednocześnie jednak znaleźć można głosy, że w przypadku, gdy wymaga się od obywateli państw trzecich, aby poddali się identyfikacji biometrycznej, należałoby zaoferować im coś w zamian, np. uproszczenie procedury lub krótszy czas oczekiwania.²²

Dane biometryczne są czymś ponadnarodowym, interpretacja ich nie zależy od państwa członkowskiego, są one obiektywnym czynnikiem identyfikującym cudzoziemca. Ich wprowadzenie do wiz można uznać za pozytywny przejaw działań w kierunku stworzenia jednolitego unijnego systemu wizowego.

3. DOSTĘP DO DANYCH I ICH WYKORZYSTYWANIE

Prawidłowe określenie zasad dostępu do danych i ich wykorzystania ma duże znaczenie ze względu na ochronę interesów praw jednostki. Utworzenie takiego rejestru jak VIS przewidywać należy jedynie wtedy, jeżeli dostęp do niego byłby ściśle ograniczony oraz jeżeli przeszukanie rejestru uzasadnione byłoby nadrzędną i bezwzględną potrzebą zagwarantowania bezpieczeństwa publicznego. Tu z kolei pojawia się problem nie tylko jednolitego określenia katalogu organów posiadających uprawnienie do wglądu do systemu, ale również precyzyjne wskazanie sytuacji, w których można korzystać z zawartych w systemie danych osobowych. Można spotkać opinie Europejskiego Inspektora Ochrony Danych odnoszące się do zasad funkcjonowania jednolitego wzoru dokumentów pobytowych²³, czy Systemu Informacji Wizowej²⁴, w których szczególną uwagę zwraca się właśnie na precyzyjne określenie katalogu organów uprawnionych do wglądu w dane biometryczne, osobowe, posiadaczy tych dokumentów. Zwraca się również uwagę na konieczność ustanowienia jednolitych i precyzyjnych zasad sprawowania kontroli nad tymi organami w zakresie przetwarzania danych.

W przypadku VIS każdy organ ma dostęp do różnych danych do różnych celów. Jest to słuszne podejście. Identyfikacja ma bowiem dwa znaczenia. Po pierwsze "sprawdzenie tożsamości osoby", które oznacza porównanie "indywidualne". Jak również "sprawdzenie autentyczności wizy". Zgodnie ze normami Organizacji Międzynarodowego Lotnictwa Cywilnego (ICAO) mikrochip znajdujący się na wizie może korzystać z

²² H. Lax: *Sprawozdanie delegacji...*(*op. cit.*), s.3.

²³ Opinia Europejskiego Inspektora Ochrony Danych w sprawie zmienionego wniosku dotyczącego rozporządzenia Rady zmieniającego rozporządzenie (WE) nr 1030/2002 ustanawiające jednolity wzór dokumentów pobytowych dla obywateli państw trzecich. 28.12.2006, 2006/C 320/10, Dz. Urz. C 320/21.

²⁴ Europejski Inspektor Ochrony Danych: Opinia w sprawie wniosku dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Systemu Informacji Wizowej (VIS) oraz wymiany danych pomiędzy Państwami Członkowskimi na temat wiz krótkoterminowych (COM(2004)835 wersja ostateczna)

publicznego/prywatnego "systemu klucza" (PKI — Public Key Infrastructure)²⁵ w celu sprawdzenia autentyczności wizy²⁶.

Dlatego też dostęp do chronionego mikrochipu, a co za tym idzie do danych zawartych w VIS powinny mieć wyłącznie organy właściwe do przeprowadzania kontroli wiz. Pozostaje pytanie o liczbę i kompetencje tych organów. Wykaz organów, posiadających dostęp do VIS, wyznaczonych przez każde Państwo Schengen, ma być corocznie publikowany w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.²⁷

Większa liczba organów posiadająca połączenie z VIS, może zwiększać ryzyko nadużyć. Zbytne rozszerzenie zakresu organów uprawnionych do wglądu do systemu mogłoby być również rozwiązaniem droższym, zważywszy, że pociągnie za sobą znaczny wzrost liczby bezpiecznych i kontrolowanych dostępów do VIS oraz zapotrzebowania na szkolenia dotyczące takiego dostępu.

Organy uprawnione posiadające dostęp do systemu określone są za pomocą zakresu przypisanych im zadań. Są to:

- A) Organy właściwe do przeprowadzania kontroli wizowych na granicach zewnętrznych i w obrębie terytorium państwa Schengen,
- B) Właściwe organy imigracyjne,
- C) Właściwe organy zajmujące się sprawami azylu.²⁸

Należy stwierdzić, że definicja dotycząca organów posiadających dostęp (do danych) powinna być dokładniejsza. W szczególności nie jest jasne, jakich organów dotyczy określenie "organy właściwe do przeprowadzania kontroli na terytorium państwa Schengen". Należałoby być może przyjąć, że dotyczy to organów właściwych do przeprowadzania kontroli wiz.

Jednocześnie powstaje pytanie o to, czy dostęp do danych zawartych w systemie powinny mieć organy, które nie są zaangażowane w postępowanie w przedmiocie wydania wizy, a ich zadaniem jest zapewnienie bezpieczeństwa na obszarze państw członkowskich. Chodzi tu o głównie organy ścigania.

²⁵ Infrastruktura Klucza Publicznego- jest to szeroko pojęty kryptosystem, w skład którego wchodzi urzędy certyfikacyjne (CA, wystawiające certyfikaty), urzędy rejestracyjne (RA, zbierające wnioski certyfikatów wydanie certyfikatu, weryfikują tożsamość subskrybentów), subskrybenci certyfikatów (użytkownicy, właściciele certyfikatu), oprogramowanie i sprzęt.

²⁶ W.J. Hughes Technical Center: *Public Key Infrastructure for Air Traffic Management Systems*, Federal Aviation Administration, www.icao.int/icao/en/ro/apac/ATN/SP24.pdf, 05.10.2006r.

²⁷ Rozp. Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) NR 767/2008 z dn. 09.07.2008 r. w sprawie Wizowego Systemu Informacyjnego (VIS) oraz wymiany danych pomiędzy państwami członkowskimi na temat wiz krótkoterminowych (rozporządzenie w sprawie VIS), art.6.

²⁸ Rozp. Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) NR 767/2008 z dn. 09.07.2008 r. w sprawie Wizowego Systemu Informacyjnego (VIS) oraz wymiany danych pomiędzy państwami członkowskimi na temat wiz krótkoterminowych (rozporządzenie w sprawie VIS).

Z punktu widzenia podstawowego celu, jakim ma być usprawnienie działania systemu wizowego, należy zwrócić uwagę na fakt, że stały dostęp organów ścigania nie realizowałby tego celu. Zgodnie z art. 13 dyrektywy 95/46/WE dostęp taki może być udzielany ad hoc, w określonych okolicznościach i przy zastosowaniu odpowiednich zabezpieczeń, nie powinien to być jednak dostęp stały. Ogólnie mówiąc, przy podejmowaniu w przyszłości decyzji o udzieleniu lub nie dostępu do VIS innym organom niezbędna jest ocena proporcjonalności i konieczności²⁹.

Wskazany katalog podmiotów mających dostęp do VIS powoduje, że jest to w pewnym zakresie katalog otwarty. Determinantem, który określa możliwość dostępu do zawartych w systemie informacji, jest posiadanie kompetencji, przez organ państwa Schengen, w przedmiocie spraw wizowych i kontroli granicznych, jednakże w praktyce poszczególne państwa Schengen wprowadzają określone zmiany w zakresie podmiotowym organów uprawnionych do decydowania w sprawach wizowych. Zbyt liczna grupa podmiotów uprawnionych, nie tylko do analizy danych zawartych w systemie, ale również do ich weryfikowania i wprowadzania nowych informacji, wpływa negatywnie na konstrukcję VIS, przede wszystkim, jeśli chodzi o ochronę danych osobowych i ponoszenie odpowiedzialności ze ewentualne błędne informacje wprowadzone do systemu. Ponadto powstawać mogą wątpliwości w odniesieniu do adekwatności dostępu do danych. Przewiduje się, że jeżeli po pierwszym zapytaniu okaże się, iż dane osoby ubiegające się o wizę znajdują się w VIS (co powinno być regułą), właściwy organ może mieć dostęp do pozostałych danych, nadal w celu sprawdzenia tożsamości. Dane te dotyczą wszystkich informacji związanych z wnioskiem, fotografiami, odciskami palców, jak również z każdą uprzednio wydaną, anulowaną, cofniętą lub przedłużoną wizą. Jeżeli sprawdzenie tożsamości powiodło się, nie jest jasne, z jakiego powodu potrzebne miałyby być nadal pozostałe dane. Powinny być one udostępniane wyłącznie pod ściśle określonymi warunkami, w sytuacji, w której sprawdzenie tożsamości nie powiodło się. W takiej sytuacji dane osobowe będą wykorzystane w procedurze awaryjnej mającej na celu pomoc w ustaleniu tożsamości danej osoby. Zatem nie powinny być one dostępne dla wszystkich funkcjonariuszy przejścia granicznego.

Skomplikowana jest również sytuacja osób zidentyfikowanych jako "członkowie grupy", przez co rozumieć należy " oznaczają osoby ubiegające się o wizę, które ze względów prawnych są zobowiązane do wspólnego wjazdu na terytorium państw członkowskich i wspólnego opuszczenia tego terytorium"³⁰. Zestawiając tą definicję z definicją „wizy grupowej”, zawartą we Wspólnych Instrukcjach Konsularnych, należy stwierdzić, że terminy te nie są jednoznaczne.³¹ W przypadku członków tej samej grupy podróżnych chodzi o osoby ubiegające się o wizę, podróżujące w grupie razem z innymi osobami ubiegającymi się o wizę, np. w ramach umowy ADS (Approved Destination Status) lub razem z członkami rodziny". Precyzyjne określenie tego, kto jest członkiem tej samej grupy podróżnych ma bezpośredni związek z określeniem zasad dostępu do danych dotyczących tych osób. Chodzi

²⁹Europejski Inspektor Ochrony Danych: Opinia w sprawie wniosku dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ..., (COM(2004)835 wersja ostateczna).

³⁰ Rozp. Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) NR 767/2008 z dn. 09.07.2008 r. w sprawie Wizowego Systemu Informacyjnego (VIS) oraz wymiany danych pomiędzy państwami członkowskimi na temat wiz krótkoterminowych (rozporządzenie w sprawie VIS), art. 4 pkt. 6.

³¹Dz. Urz. UE, 2005/C326/01, s.6.

o to, że w takiej sytuacji plik danych dotyczących wniosku wizowego osoby ubiegającej się o wizę będzie powiązany z plikami danych dotyczących wniosku wizowego pozostałych członków tej samej grupy podróżnych.³²

Rozporządzenie powinno zawierać dokładną i zrozumiałą definicję "członków tej samej grupy podróżnych". W obecnej formie definicja ta jest zbyt nieprecyzyjna ze względu na brak konkretnego odniesienia do Traktatu lub dorobku Schengen.

Istotnymi aktami prawnymi określającymi zasady działania VIS będą dyrektywa 95/46/WE³³, która będzie mieć zastosowanie do przetwarzania danych osobowych przez państwa Schengen dokonywanego w ramach stosowania rozporządzenia, oraz rozporządzenie 45/2001³⁴, które będzie mieć zastosowanie do działań Komisji powiązanych z ochroną danych osobowych. Stosowanie prawa krajowego zgodnie z dyrektywą 95/46/WE zazwyczaj zakłada istnienie administratora danych ustanowionego w danym państwie Schengen, natomiast stosowanie rozporządzenia 45/2001 zależy od przetwarzania danych osobowych³⁵ przez instytucję lub organ Wspólnoty w ramach wykonywania czynności, których część lub całość jest objęta zakresem prawa wspólnotowego.

W tym kontekście powstaje pytanie o rolę Komisji w obszarze funkcjonowania VIS. Dane mają być bowiem przetwarzane przez VIS w imieniu państwa Schengen. Zgodnie z art. 41 państwa Schengen wyznaczają organy traktowane jako administratorów danych³⁶. Wydaje się zatem, iż Komisja powinna być uważana za przetwarzającego³⁷. Trudno dokładnie połączyć rolę Komisji z pojęciem administratora danych lub przetwarzającego. Albo jest ona przetwarzającym posiadającym nadzwyczajne uprawnienia (w tym również do tworzenia

³² Rozp. Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) NR 767/2008 z dn. 09.07.2008 r. w sprawie Wizowego Systemu Informacyjnego (VIS) oraz wymiany danych pomiędzy państwami członkowskimi na temat wiz krótkoterminowych (rozporządzenie w sprawie VIS).

³³ Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dn. 24.10.1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych, Dz. U. L 281 z 23.11.1995r.

³⁴ Rozporządzenie (WE) nr 45/2001 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 18 grudnia 2000 r. w sprawie ochrony osób prywatnych w odniesieniu do postępowania z danymi osobowymi przez instytucje i organy wspólnotowe oraz w sprawie swobodnego przepływu tych danych Dziennik Urzędowy L 8/1 z 12.01.2001r.

³⁵ „przetwarzanie danych osobowych” („przetwarzanie”) oznacza każdą operację lub zestaw operacji dokonywanych na danych osobowych przy pomocy środków zautomatyzowanych lub innych, jak np. gromadzenie, rejestracja, porządkowanie, przechowywanie, adaptacja lub modyfikacja, odzyskiwanie, konsultowanie, wykorzystywanie, ujawnianie poprzez transmisję, rozpowszechnianie lub udostępnianie w inny sposób, układanie lub kompilowanie, blokowanie, usuwanie lub niszczenie.

³⁶ „administrator danych” - oznacza osobę fizyczną lub prawną, władzę publiczną, agencję lub inny organ, który samodzielnie lub wspólnie z innymi podmiotami określa cele i sposoby przetwarzania danych; jeżeli cele i sposoby przetwarzania danych są określone w przepisach ustawowych i wykonawczych lub przepisach wspólnotowych, administrator danych może być powoływany lub kryteria jego powołania mogą być ustalone przez ustawodawstwo krajowe lub wspólnotowe. Dyrektywa 95/46/WE, art. 2 lit. d.

³⁷ „przetwarzający” - oznacza osobę fizyczną lub prawną, władzę publiczną, agencję lub inny organ przetwarzający dane osobowe w imieniu administratora danych.

systemu) lub administratorem danych posiadającym ograniczone uprawnienia (zważywszy, że dane są wprowadzane i wykorzystywane przez państwa Schengen)³⁸. Ta istotna rola powinna zostać uznana poprzez zrozumiałe opisanie zadań Komisji, a nie poprzez używanie sformułowań, które niezupełnie odpowiadają rzeczywistości, ponieważ wydają się być zbyt restrykcyjne, przez co nie zmieniają niczego w korzystaniu z VIS, a jedynie prowadzą do nieporozumień. Jest to również istotne ze względu na spójny i skuteczny nadzór nad VIS.

Zadania nadzoru nad VIS rozdzielone są pomiędzy krajowe organy nadzorcze oraz EIOD. Krajowe organy nadzorcze monitorują zgodność z prawem przetwarzania danych osobowych przez państwa Schengen, w tym przesyłanie tych danych do i z VIS. EIOD monitoruje działania Komisji, w tym zapewnienie tego, by dane osobowe przesyłane były w sposób zgodny z prawem pomiędzy interfejsami krajowymi i Centralnym Systemem Informacji Wizowej. To może skutkować pokrywaniem się kompetencji, jako że zarówno krajowy organ nadzorczy jak i EIOD w tym samym czasie są odpowiedzialni za monitorowanie zgodności z prawem przesyłania danych pomiędzy interfejsami krajowymi i Centralnym Systemem Informacji Wizowej. Istotne jest podkreślenie, że działania w zakresie nadzoru prowadzone przez krajowe organy nadzorcze i EIOD powinny być skoordynowane celem zapewnienia wystarczającego poziomu spójności i ogólnej skuteczności.

4. WNIOSKI

Dalszy rozwój wspólnej polityki wizowej wymaga skutecznej wymiany odpowiednich danych. VIS jest jednym z mechanizmów, który może zapewnić niezakłócony przepływ informacji. Wydaje się, że istnieją wystarczające powody uzasadniające utworzenie VIS w celu usprawnienia wspólnej polityki wizowej. Uznać należy korzyści płynące z wykorzystania danych biometrycznych, ale jednocześnie podkreślenia wymagają poważne konsekwencje wynikające z ich wykorzystania. Dlatego pożądane jest wprowadzenie bardziej rygorystycznych ograniczeń w tym zakresie. Ponadto niedoskonałości techniczne w odniesieniu do wykorzystania danych biometrycznych wymagają ustanowienia procedur awaryjnych. Konieczne wydaje się również konieczne bardziej jednolite określenie kryteriów jakimi kierować się mają państwa członkowskie ustanawiając dla organów wewnętrznych dostęp do danych zawartych w systemie. Brak jednolitych norm postępowania w tym przedmiocie oraz niejasne zasady co do zakresu dostępnych danych mogą powodować poważne naruszenia.

Literature:

- W.J. Hughes: Public Key Infrastructure for Air Traffic Management Systems, Federal Aviation Administration, www.icao.int/icao/en/ro/apac/ATN/SP24.pdf, 2006r.
- H. Lax: Sprawozdanie delegacji komisji LIBE z wizyty w Algierii, Parlament Europejski, Komisja Wolności Obywatelskich, Sprawiedliwości i Spraw Wewnętrznych, Bruksela, 2006r., www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/pv/638/638724/638724pl.pdf.

³⁸ Definicja administratora danych zawarta w dyrektywie 95/46/WE i w rozporządzeniu 45/2001 przewiduje również możliwość istnienia większej liczby administratorów danych posiadających różny zakres obowiązków.

*Dávid R., Neckář J., Sehnálek D., (Editors). COFOLA 2009: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4821-8*

- A. Modrzejewski: Dokumenty tożsamości i systemy ewidencji ludności – rozwiązania polskie na tle rozwiązań unijnych, „Wspólnoty Europejskie” nr 5 (192) 2008, s. 30

Reviewer:

Dariusz R. Kijowski

Contact – email:

amodrzej@uwb.edu.pl

CONNECTING CRITERIA AFTER CARTESIO

PETRA NOVOTNÁ

Faculty of Law, Masaryk University, the Czech Republic

Abstract in original language:

Tento příspěvek si klade za cíl analýzu judikatury ESD v oblasti svobody usazování obchodních společností na základě článků 43 a 48 SES. Judikatura je systematicky rozdělena do dvou kapitol vážících se k uznávání obchodních společností (*Centros, Inspire Art, Überseering*) a změně lex societatis (*Daily Mail, SEVIC*). Zvláštní část je věnována změně „daňového“ statutu (*De Lasteyrie du Saillant, Marks and Spencer, Cadbury Schweppes*). V druhé části příspěvku autorka analyzuje rozhodnutí ESD ve věci *Cartesio* na pozadí judikatury rozebrané v první části.

Key words in original language:

Svoboda usazování, hraniční určovatel, teorie skutečného sídla, inkorporační teorie, zneužití práva, lex societatis.

Abstract:

This contribution aims to analyze the case law of the ECJ in which it interpreted the scope of articles 43 and 48 of the ECT in relation to corporate mobility. The cases are divided in two systemic sub-chapters dealing with two major issues of freedom of establishment: recognition of companies (*Centros, Inspire Art, Überseering*) and change of applicable law (*Daily Mail, SEVIC*). Besides change of lex societatis, a special sub-chapter is devoted to change of applicable tax law (*De Lasteyrie du Saillant, Marks and Spencer, Cadbury Schweppes*). Finally, all cases are put into perspective with the latest decision of the ECJ in *Cartesio*.

Key words:

Freedom of establishment, connecting criterion, real seat theory, incorporation theory, abuse of law, lex societatis.

1. INTRODUCTION

Twenty years after the *Daily Mail* case, the ECJ comes back full circle to decide again on the same issue in *Cartesio*¹. Despite the long line of case law standing between the two decisions, some questions asked in and after *Daily Mail* have never been fully answered. In *Cartesio*, both the Advocate General Poiares Maduro and the ECJ took opportunity to revisit the existing decisions in the area of corporate mobility which were invoked by both parties to the dispute. Yet again, like in *Daily Mail*, the Advocate General and the ECJ took opposing opinions. The purpose of this contribution is to analyze and compare the opinion of the Advocate General and the decision of the ECJ in *Cartesio* with regard to the previous case law in the area of corporate mobility. In order to be able to assess the impact and consequences of the *Cartesio* judgment, previous case law will be discussed first.

¹ Judgment of 16.12.2008, in case C-210/06, *CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt* (not yet reported).

The aim of this contribution will therefore be the analysis of the power of the Member States to define connecting factors which are relevant to determination of law applicable on companies and their “nationality” in the light of the EC law. The discussion on the impact of the EC law on the national substantive company law and private international law provisions will focus on the issues of recognition and change of applicable law which are inherently linked to formation and dissolution of companies.

2. RECOGNITION OF COMPANIES

2.1 CENTROS¹

In *Centros* the issue put forward was whether a host Member State can refuse to register a branch of validly incorporated foreign company where the branch is de facto a primary establishment (i. e. real seat) and where such company does not exercise any activity in its home state.

The UK does not restrict opening of branches of its companies abroad.² Here, a de facto transfer of real seat by establishing a branch did not entail a change of lex societatis since the UK uses only registered office as a connecting criterion. Since Centros was validly created in its home Member State, it has consequently acquired the status of company under articles 43 and 48 of the ECT and the host Member State could not impose restrictions to its establishment on its territory.³ However, the host Member State was entitled to raise justifications of its measures in order to be able to prevent fraudulent behavior of its nationals.⁴ ECJ then held that the measures failed to satisfy the *Gebhard* justification test because they were not suitable to attain the objective pursued and were disproportionate.⁵ In particular, the fact that a company does not exercise any activity in its home state cannot per se constitute an abuse.⁶

EJC thereby made an important distinction between what is considered fraud and abuse of national or EC law. Centros sought to avoid application of Danish company law but not the application of requirements related to exercise of trade, profession or business. Unlike the latter, taking advantage of more favorable company law is fully in accordance with ECT.⁷

¹ Case C-212/97, *Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, [1999] ECR I-01459, hereinafter, Centros.

² See Case 81/87, *The Queen v H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, [1988] ECR 05483, paragraphs 17-18.

³ *Centros*, paragraphs 21-22.

⁴ *Id.*, paragraph 24, citing numerous case law therein.

⁵ *Centros*, paragraphs 34-37, referring test in Case C-55/94 *Gebhard* [1995] ECR I-4165, paragraph 37.

⁶ *Centros*, paragraph 29.

⁷ *Id.*, paragraph 27.

In this regard *Centros* is sometimes compared to *TV10* case.⁸ However, the focus of that case is not exactly the establishment in another Member State or changing of *lex societatis*. It is rather a fraudulent avoidance of national legislation on providing of services (TV broadcasting). It could be argued that a company may still choose any company law it likes most.⁹ However, in case of a fraud or abuse it cannot prevent the application of foreign mandatory norms.

The measures put into question were only Danish mandatory substantive company law provisions (in particular provisions on minimum capital).¹⁰ It was confirmed later in *Inspire Art*¹¹ that mandatory substantive company law provisions cannot be applied vis-a-vis incoming companies not only in situations where there has been harmonization of requirements, but also in absence of such harmonization.¹² *Centros* thus did not deal with question of what impact the EC law has on private international law rules since both Denmark and England allegedly applied incorporation theory. Applicability of private international law rules on foreign companies was addressed in *Überseering*.

2.2 ÜBERSEERING¹³

The issue put before the ECJ in *Überseering* was whether a host state (real seat country) can deny recognition of legal personality of a foreign company (moving from incorporation country) where such company moved its real seat into the host country by the way of acquisition of its shares by the host country nationals residing in host country.

Under Dutch law a company does not change its *lex societatis* even if its central administration moves to another Member State. Indeed, *Überseering* did not intend to change its *lex societatis* and was validly incorporated in the Netherlands. In this case ECJ established an important principle that mutual recognition of companies cannot be made dependent on existence of a convention under article 293 of the ECT.¹⁴ German measures therefore constituted a restriction under article 43. Even though the ECJ accepted the justifications based on protection of employees, creditors, minority shareholders or taxation authorities as

⁸ Case C-23/93, *TV10 SA v. Commissariaat voor de Media*, [1994] ECR I-04795.

⁹ Besides, there is no reason to assume that company laws of one Member State are inferior to superior to company laws of another Member State. See E. Micheler, "The Impact of the *Centros* Case on Europe's Company Laws", (2000) 21 *Comp. Law*. 180.

¹⁰ W. H. Roth, "From *Centros* to *Überseering*: Free Movement of Companies, Private International Law, and Community Law", (2003) 52 *I.C.L.Q.* 188.

¹¹ Case C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd.*, [2003] ECR I-10155, hereinafter, *Inspire Art*.

¹² *Inspire Art*, paragraphs 69, 72, 100, 105.

¹³ Case C-208/00, *Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)* (hereinafter, *Überseering*), [2002] ECR I-09919.

¹⁴ *Id.*, paragraph 60.

legitimate, they were clearly disproportionate in this case. Denying legal capacity¹⁵ of a company validly incorporated in other Member State would amount to “an outright negation of the freedom of establishment”.¹⁶

Consequently, the private international law rules of the host Member State applicable to companies have to be considered as subject to scrutiny by Community provisions on freedom of establishment.¹⁷ As long as the home Member States allows for transfer of seat without dissolution, the host Member State is bound to recognize such transfer and further existence of a company as such on its territory. Situation might have been different if Überseering was for example a German company (or a company from other real seat country). It would have lost its legal personality upon exit from home Member State and would not have to be recognized under the laws of another Member State either.

In conclusion, a host Member State can apply neither its substantive nor private international rules for determination of legal personality of a foreign company coming from another Member State in so far as they would refer to other criteria than those required by the state of origin.¹⁸ However, such obligation of recognition depends exclusively on the position of the host Member State towards cross-border transfer of seats (either primary or secondary) of its companies. It seems that there is no right to enter if there is no right to leave. The above mentioned decisions particularly favor companies coming from incorporation theory countries. Even if they de facto transfer their real seats, the ECJ treated them as branches. As established in *Centros* and confirmed later, recognition could be refused only in case of abuse or fraud by the incoming company provided the *Gebhard* test is fulfilled.

The decisions related to recognition of foreign companies by host Member States have been accepted as a norm in relatively short period of time after *Centros*. Nowadays, it is mainly the decisions related to change of applicable law of companies or transfer of primary seat without change of applicable law that bring major controversies. In the following part I will address the development of the issue during last 20 years from *Daily Mail* till *Cartesio*.

3. CHANGE OF APPLICABLE LAW

3.1 DAILY MAIL¹⁹

UK company Daily Mail seeking more suitable tax law regime,²⁰ wanted to move its central management and control out of UK into the Netherlands. Whilst the Netherlands allows such

¹⁵ But see discussion on less restrictive measures in W. H. Roth, "From Centros to Überseering: Free Movement of Companies, Private International Law, and Community Law", (2003) 52 I.C.L.Q. 205-208.

¹⁶ *Überseering*, paragraphs 92-93.

¹⁷ *Id.*, paragraphs 52, 62.

¹⁸ See e.g. P. J. Omar, "Centros, Überseering and Beyond: A European Recipe for Corporate Migration: Part 2", (2005) 16 I.C.C.L.R. 23. P. Dyrberg, "Full Free Movement of Companies in the European Community at Last", (2003) 28 *E.L. Rev.* 535.

¹⁹ Case 81/87, *The Queen v H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, [1988] ECR 05483, paragraphs 17-18 (hereinafter, *Daily Mail*).

transfer, the UK law on the other hand requires consent of Treasury in advance for transfers of tax residence outsider of the UK.

Decision in *Daily Mail* is very interesting for its totally different approaches in the opinion of the advocate general and final decision of the ECJ. Advocate General Darmon based his analysis on the question whether a transfer of tax domicile constitutes an establishment under the ECT provisions on freedom of establishment, and whether Member State may impose any conditions on such type of establishment where a company is as a result subject to *lex societatis* of its home state and tax statute of another Member State.²¹

Advocate General refers to establishment as “*integration into a national economy*” which involves an “*exercise of an economic activity and physical location, at least on durable basis.*”²² Primary establishment can be defined as “*the setting-up of a new company or the transfer of the central management and control of the company, often regarded as its real head office.*”²³ Secondary establishment includes setting up of subsidiaries, branches or agencies. The ECJ has previously recognized that a permanent presence of “*an office managed by the undertaking's own staff or by a person who is independent but authorized to act on a permanent basis for the undertaking, as would be the case with an agency*” amounts to an establishment.²⁴ Consequently, under this view an establishment is rather an economic concept which implies an existence of a genuine economic link between the state and the company.²⁵

Given the later development of the concept of abuse of EC law in the area of direct taxation,²⁶ he interestingly continues to analyze the concept of central management. Determination whether central management constitutes a genuine establishment is a question of facts and a national court should assess whether such links exist between the company and the host Member State.²⁷

²⁰ Company would be subject to Netherlands corporation tax, but the transactions envisaged would be taxed only on the basis of any capital gains which accrued after the transfer of its residence for tax purposes.

²¹ Opinion of the Advocate General Darmon delivered on 7 June 1988 in Case 81/87, *The Queen v H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, [1988] ECR 05483, paragraphs 1-3, (hereinafter *Daily Mail* opinion).

²² *Id.*, paragraph 3, see also the doctrine referred to therein.

²³ *Id.*, paragraph 4.

²⁴ *Daily Mail* opinion, paragraph 4, citing the ECJ judgment of 4 December 1986, in Case 205/84, *Commission v. Federal Republic of Germany*, [1986] ECR 3755, paragraph 21.

²⁵ See authors cited in *Daily Mail* opinion, paragraph 5. In theory establishment may also refer to a legal concept or form. See e. g. p. J. B. Blaise, “*Une cohabitation difficile: Nationalité des sociétés et libre établissement dans la Communauté européenne.*”, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux a la fin du 20eme siècle A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI*. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, Dijon, Université de Bourgogne, CNRS Litec, 2000 ISBN 2-7111-3268-4, p. 595.

²⁶ This concept is discussed separately further down in the text.

²⁷ *Daily Mail* opinion, paragraphs 7-9.

Unlike the Advocate General, the ECJ held that transfer of central management and control being a primary establishment falls out of scope of the EC law and has to be resolved by future legislation or conventions. In its reasoning it recalled divergent legislations of Member States related to determination of connecting factors and possibility to modify them.²⁸ There is no order of priority among the connecting factors in article 48 ECT (registered office, principal place of business, central administration).²⁹ Companies exist only as “creatures of national law” and thus depend on existence of relevant legislation governing the cross-border transfers.³⁰

As regards the qualification of the transfer of tax residence³¹ as primary establishment, central management and control can indeed be assimilated to the central administration criterion in article 48 ECT. However, under UK law, connecting criterion determining the *lex societatis* is the registered office. Therefore, transfer of central management and control out of the UK does not bring the question of change of *lex societatis*, or it should not.³² Arguably, transfer of tax residence should not result in dissolution where the connecting criterion relevant for the determination of *lex societatis* remains in the state of origin. The transfer however brings a change of applicable tax law. It is then necessary to ask a following question. When *Daily Mail* uses the term connecting factor, is it strictly in the logic of private international law or does it include substantive laws too? Does it matter whether there is a change in applicable company law as opposed to change in applicable tax law? The decision was indeed criticized mainly by tax lawyers.³³ From today's point of view it could be argued that 20 years later *Daily Mail* would have been treated differently. In order to entertain such analysis, I shall briefly introduce few relevant tax law cases related to exercise of freedom of establishment.

3.2 CHANGE OF APPLICABLE TAX LAW

3.2.1 DE LASTEYRIE DU SAILLANT, MARKS AND SPENCER, CADBURY SCHWEPPE

ECJ has previously held that ECT provisions on freedom of establishment apply even in the area of direct taxation which falls within the competence of Member States. In other words,

²⁸ *Daily Mail*, paragraph 20.

²⁹ *Id.*, paragraph 21.

³⁰ *Id.*, paragraph 19.

³¹ More on central management and control see P. Owen, "Can Effective Management be Distinguished from Central Management and Control", (2003) 4 B.T.R. 296-305.

³² However, a transfer of tax residence without permission of the Treasury would result in imposing sanctions – fines or imprisonment. The Treasury had also suggested it would consent to the transfer in case *Daily Mail* disposed of part of assets affected by the transfer prior to such transfer. See J. Lever, "Case 81/87, The Queen v H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte *Daily Mail* and General Trust plc.", (Judgment of 27 September 1988 [1988] 3 CMLR 713)", (1989) 26 CMLR 328.

³³ See e.g. "Case Comment *Daily Mail* Loses in the European Court", [1988] J.B.L. 454-455. The comment recalled old precedents according to which an English company can escape the UK taxation by transferring its central management abroad. This was later made impossible by enacting the tax legislation which was precisely in question in *Daily Mail*.

Member States have to respect the ECT principles and are not absolutely immune from the effects of the EC law when it comes to exit taxation of its nationals.³⁴ In *De Lasteyrie du Saillant*³⁵ the ECJ recognized a right of a natural person to transfer its tax residence to another Member State.

When we draw a line back to *Daily Mail*, the significance of *de Lasteyrie* is obvious. If the application of *de Lasteyrie* could be extended to legal persons, a transfer of tax residence would fall within the scope of the ECT and as such would be subject to justification test. In *de Lasteyrie* French government raised justifications based in particular on prevention of tax avoidance, preservation of fiscal coherence and balanced allocation of powers to impose taxes. Even though the justifications could be accepted as legitimate, none of them were proportionate in that particular case.³⁶ Similarly to *Centros*, the ECJ held that transfer of tax residence cannot be per se regarded as tax avoidance.³⁷

De Lasteyrie was later cited by the ECJ in cases dealing with companies. Some authors and also the Commission argue that *de Lasteyrie* is indeed applicable to companies. They refer e.g. to the concept of taxpayer used in the judgment. Besides, if the ECJ had wanted to limit *de Lasteyrie* to natural persons, it could have used a different and more limited notion.³⁸

The cases *Marks and Spencer*³⁹ and *Cadbury Schweppes*⁴⁰ could be used in order to support the argument that *de Lasteyrie* applies also to legal persons. In the same time, the latter reopens a question of abuse of law which might represent an important qualification to exercise of freedom of establishment. This tax law decision thus might have impact not only on exit taxation cases but also on interpretation of *Centros* and *Inspire Art*.

Although abuse of EC law is in general prohibited, using more favorable legislation, including tax advantages is allowed.⁴¹ In a logic similar to *Centros*, the ECJ in *Cadbury Schweppes* held that mere setting up of secondary establishment (here a subsidiary) in another Member State

³⁴ See e. g. Case C-279/93 *Schumacker*, [1995] ECR I-225, paragraph 21 and Case C-436/00 *X and Y*, [2002] ECR I-10829, paragraph 32.

³⁵ Case C-9/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant v Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, [2004] ECR I-02409, (hereinafter *de Lasteyrie*).

³⁶ *De Lasteyrie*, paragraphs 60-69.

³⁷ *Id.*, paragraph 51.

³⁸ See e. g. L. Cerioni, *EU Corporate Law and EU Company Tax Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Ltd., 2007, p. 79. See also Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee - Exit taxation and the need for co-ordination of Member States' tax policies, COM/2006/0825 final, points 3-3.1.

³⁹ Case C-446/03, *Marks & Spencer plc v David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, [2005] ECR Page I-10837.

⁴⁰ Case C-196/04, *Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue*, [2006] ECR I-07995, hereinafter, *Cadbury Schweppes*.

⁴¹ *Cadbury Schweppes*, paragraphs 35-38.

cannot constitute tax avoidance and abuse of freedom of establishment.⁴² On the other hand, the objectives of the ECT would not be fulfilled if the exercise of establishment was a “wholly artificial arrangement”.⁴³ In other words, the objective of freedom of establishment is to allow participation on “stable and continuing basis in the economic life of other [Member State]”. Therefore, in order to benefit from freedom of establishment, a company must exercise a “genuine economic activity” and “actual pursuit of economic activity by fixed establishment” for indefinite period in the host Member State.⁴⁴

Based on its previous tax case law, the ECJ specified a test in order to help the national courts in assessing the genuine nature of establishment.⁴⁵ The test comprises two elements, subjective and objective one, the latter being the decisive one. Where company seeks to avoid application of national legislation but its activity related to establishment reflects economic reality (e. g. there are premises, staff and equipment in the territory of the Member State), Member States cannot impose restrictions to such establishment.⁴⁶ Letterbox companies or front subsidiaries are considered prima facie examples of artificial arrangements abusing EC law.⁴⁷

Despite of *Centros* and *Inspire Art*, some authors suggest that a right to incorporate a company which carries all of its business in another Member State goes against the objective of the freedom of establishment.⁴⁸ The present author respectfully disagrees. What is the difference between those cases and *Cadbury Schweppes* which requires an exercise of genuine activity in order to benefit from freedom of establishment?

First of all, in *Centros* and *Inspire Art*, the incentive behind incorporation and creation of primary establishment was to benefit from more favourable company law. In *Cadbury Schweppes*, the incentive was to take advantage of tax regime applicable to subsidiaries incorporated elsewhere (and thus governed by different company law) when calculating the tax base of the parent company in its home state.⁴⁹

⁴² *Cadbury Schweppes*, paragraph 50.

⁴³ *Id.*, paragraph 51.

⁴⁴ *Id.*, paragraphs 52-54.

⁴⁵ *Id.*, paragraph 72. See e.g. Case C-110/99 *Emsland-Stärke*, [2000] ECR I-11569, paragraphs 52-53, Case C-255/02 *Halifax and Others*, [2006] ECR I-0000, paragraphs 74 -75.

⁴⁶ *Cadbury Schweppes*, paragraphs 64-67.

⁴⁷ *Cadbury Schweppes*, paragraph 68.

⁴⁸ See V. Edwards, P. Farmer, “The Concept of Abuse in the Freedom of Establishment of Companies: a Case of Double Standards?”, in A. Arnall, P. Eeckhout, T. Tridimas (ed.), *Continuity and Change in EU Law : Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, 2008, p. 205, at 218.

⁴⁹ *Cadbury Schweppes*, paragraph 75. More precisely, profits made by subsidiaries are taxed in State A which has a lower level of taxation than State B. The Parent company is established in State B and wishes to include in its tax base the profits made by subsidiaries in State A.

Secondly, as long as we accept the premise from *Daily Mail* that only national law governs the conditions of incorporation and choice of *lex societatis*,⁵⁰ it is exclusively up to Member States to require exercise of at least some activity within their territory in order to be considered as validly incorporated there. By choosing a state which applies incorporation theory and does not require its companies to exercise any activity within its territory, the founders are thus only effectively taking advantage lawfully offered by such Member State. The argument that objective of ECT is not fulfilled does not stand. Given the fact that the conditions of acquiring the status of company are governed by national laws, such situation in fact falls out of the scope of the ECT and therefore the objective of the ECT cannot be in question.

On the other hand, right to set up branches, agencies and subsidiaries is ancillary to valid incorporation of *de iure* primary establishment. There can obviously be no secondary establishment if the primary one did not take place. Also, under current state of EU law⁵¹ it is not possible to require a certain quality to primary establishment (namely superior to the one required by the home Member State of primary establishment) in order to be able to exercise secondary establishment. However, it is possible to require a genuine establishment and certain quality of the link in the country of secondary establishment.

Indeed, in this regard *Cadbury Schweppes* does not bring anything new. A company must carry out business at place of its secondary establishment. In *Centros* and *Inspire Art*, this condition would have been fulfilled too since they exercised all of their activity via a branch.⁵²

The confusion might also arise due to the fact that from the point of applicable *lex societatis* subsidiary is an independent legal entity. For the purposes of applying company law, both subsidiary and parent are allowed to be mere letterbox companies if established in Member State like the UK. For the purposes of applying the same tax law, however, the threshold is set higher. In fact, the parent and subsidiary (legally independent subjects from the point of company law) are treated in the same way as if they were in the situation of parent and a branch (subject to the same company law regime).⁵³ Both branch and subsidiary have to exercise some genuine activity in the state where they are established. It seems that the ECJ has again given priority to economic nature of establishment. It is after all the parent company who wishes to benefit from more favourable tax law, thereby extending application of foreign tax laws. In conclusion, it is submitted that such treatment cannot be extended beyond the application of the same law (here being the tax law) in subordination scenario (here being the parent-subsidiary relation).

⁵⁰ The author is not considering the European forms of companies.

⁵¹ Or more appropriately, under current state of case law of the ECJ which avoids attacking any of the national theories.

⁵² Besides, the authors do agree with this conclusion, see V. Edwards, P. Farmer, *op. cit.*, p. 218.

⁵³ See on that matter Opinion of Mr Advocate General La Pergola delivered on 16 July 1998, in case C-212/97, *Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, [1999] ECR I-01459, paragraph 15.

Outside of subordination scenario, this principle could also apply in case of transfer of tax residence to another Member State. Transfer of tax residence brings question of change of applicable tax law and consequently a question of a relevant connecting factor. When *Daily Mail* uses the term connecting factor, is it strictly in the logic of private international law or does it include substantive laws too? Does it matter whether there is a change in applicable company law as opposed to change in applicable tax law?

It is submitted that the scope of ECT could be extended to include transfers of tax residences where change of *lex societatis* is not in question. Applying this approach today, *Daily Mail* would fall within the scope of ECT.⁵⁴ Measures preventing it from leaving the UK for tax reasons would therefore be considered restriction and they would have to meet the justification test. Unlike it was originally decided in *Daily Mail*, the concept of connecting factor would also include elements relevant to change of applicable tax law and would not be limited to determination of company laws of a particular Member State. By analogy, all transfers involving change of applicable law (e. g. tax or company law) are within the scope of ECT and Member States cannot restrict them without considering the freedom of establishment provisions. With this conclusion in mind the presented hypothesis shall be later analyzed in the light of the decision in *Cartesio*.

Coming back from tax oriented cases to the classical freedom of establishment cases, the following case represents another way of transferring company seat abroad and changing *lex societatis*: a cross-border merger.

3.3 SEVIC⁵⁵

In *SEVIC*, the ECJ was asked to hold on whether difference in treatment between internal and cross-border mergers constitutes a restriction contrary to articles 43 and 48 of the ECT.

Firstly, the ECJ concluded a cross-border merger constitutes “*a particular method of exercise of freedom of establishment*”⁵⁶. This is valid also for any other company transformation and “*all measures which permit or even merely facilitate access to another Member State and the pursuit of an economic activity in that State by allowing the persons concerned to participate in the economic life of the country effectively and under the same conditions as national operators.*”⁵⁷ More importantly, the ECJ promotes the idea of enabling companies to pursue activities in “*new forms and without interruption*”, in other words without them being forced to undergo dissolution with liquidation and to form a new company in another Member State.⁵⁸

⁵⁴ Compare e. g. P. Cussons, "Member States Ignore European Tax Decisions", [2005] *European Lawyer* 14-15, quoting a decision by Dutch Hague Court of Appeal in the corporate exit tax case BK-01/01905.

⁵⁵ Case C-411/03, *SEVIC Systems AG*, [2005] ECR I-10805, hereinafter, *SEVIC*.

⁵⁶ *Id.*, paragraph 19.

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ *Id.*, paragraph 21. See to that effect also Commission Staff Working Document, Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office, SEC(2007) 1707, p. 7.

ECJ also concluded that exercise of freedom of establishment by cross-border merger cannot depend on existence of relevant secondary legislation, since such legislation has merely facilitating function.⁵⁹

Similarly to *Überseering*, German government raised several justifications of its restrictive measures relying on protection of creditors, minority shareholders and employees, preservation of the effectiveness of fiscal supervision and the fairness of commercial transactions. Whilst all of these justifications might be acceptable per se (also due to problems specific to mergers), a general refusal of cross-border mergers is disproportionate.⁶⁰

In *Überseering*, recognition of an incoming foreign company by the host Member State was due to the fact that such incoming company did not cease to exist under its home state laws. In *SEVIC* German government submitted that dissolution of the absorbed company is exactly what prevents it from being able to enjoy the right of establishment.⁶¹ Advocate General Tizzano however, pointed out that dissolution is a mere consequence of a merger, not its cause. As such it cannot be a reason to deprive a merging company from enjoying its rights under articles 43 and 48 of the ECT.⁶²

Unlike in *Überseering*, by merging with a foreign company the absorbed company is changing its *lex societatis*. It is therefore submitted that a host Member State is not *stricto sensu* “recognizing” an existing foreign company. It is rather “accepting” a transformation of its own company which participates in the merger, and/or accepting assets and liabilities of the absorbed foreign company with the view of change of its applicable law.

Advocate General also suggested that a cross-border merger can qualify not only as primary but also as a secondary establishment insofar as the absorbed company can constitute a branch.⁶³ References to secondary establishment indeed seem to be an almighty tool in promoting migration of companies. Even though *SEVIC* was directly concerned with an inbound merger only, the Advocate General submitted that same principle should be applied to outbound mergers.⁶⁴ This argument and its consequences will be also discussed below in relation to *Cartesio* case.

⁵⁹ *SEVIC*, paragraph 26, referring to much earlier decision in Case C-204/90 *Bachmann*, [1992] ECR I-249, paragraph 11.

⁶⁰ *SEVIC*, paragraphs 27-28, 30.

⁶¹ Opinion of Mr Advocate General Tizzano delivered on 7 July 2005 in *SEVIC Systems AG*, [2005] ECR I-10805, paragraphs 22-23, (hereinafter, *SEVIC* opinion).

⁶² *SEVIC* opinion, paragraphs 25-27.

⁶³ *Id.*, paragraphs 35-38.

⁶⁴ *Id.*, paragraphs 45-50, referring to restrictions upon entry and exit. For detailed analysis see P. Behrens, "Case C-411/03, *SEVIC Systems AG*, Judgment of the Grand Chamber of the Court of Justice of 13 December 2005, [2005] ECR I-10805", (2006) 43 CMLR 1669.

4. CARTESIO⁶⁵

4.1 FACTS AND INTRODUCTION

Cartesio, a Hungarian limited partnership, had two Hungarian partners residing in Hungary. The partners decided to move central administration⁶⁶ to Italy and filed an application to that effect with Hungarian registry of commerce. The court dismissed Cartesio's application holding that a cross-border transfer of central administration is not possible under Hungarian law insofar as the company wishes to maintain a status of a company governed by Hungarian laws.⁶⁷ As transfer of central administration out of Hungary entails dissolution, Cartesio would have to re-incorporate itself as a new company under Italian law.⁶⁸ In the subsequent proceedings the Court of Appeal referred to the ECJ four questions related to cross-border transfer of central administration⁶⁹

Similarly to *Daily Mail*, the Advocate General and the ECJ in *Cartesio* reached rather opposite conclusions. In his opinion the Advocate General finds that the present case falls within the scope of articles 43 and 48 of the ECT,⁷⁰ and that the national measures constitute restrictions to freedom of establishment. Whilst such restrictions might be justified, in this case they are not. Unlike the Advocate General, the ECJ chose a different approach. It argued that the situation in *Cartesio* falls outside of the scope of the articles 43 and 48 of the ECT. These two approaches and their consequences shall be analyzed and compared together. Before considering this issue, I shall briefly address the relevant provisions of Hungarian substantive company law and private international law.

4.2 HUNGARIAN SUBSTANTIVE AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Advocate General Maduro labelled Hungary as a real seat theory country as it prohibits a cross-border transfer of central administration and thus the “*export of a Hungarian legal person to the territory of another Member State.*”⁷¹

More detailed summary of Hungarian law related to determination of seat of a company is given in the ECJ's judgment. Hungarian Law on commercial companies specifies the limits of

⁶⁵ Judgment of 16.12.2008, in case C-210/06, *CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt* (not yet reported), hereinafter, *Cartesio*.

⁶⁶ Opinion of Mr Advocate General Poiares Maduro delivered on 22 May 2008, in case C-210/06, *CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt* (not yet reported), hereinafter, *Cartesio* opinion. Note that in the Advocate's General opinion a different notion is used – operational headquarters as translation from Hungarian ‘központi ügyintézés helye’, paragraph 22

⁶⁷ *Cartesio* opinion, paragraphs 2 - 3, 26.

⁶⁸ *Id.*, paragraph 3.

⁶⁹ *Id.*, paragraph 8. Besides cross-border transfer of central administration the court asked another three questions related to other legal issues.

⁷⁰ *Cartesio* opinion, paragraph 25.

⁷¹ *Id.*, paragraph 23.

lex societatis by including national law provision on incorporation, organisation and functioning of such company, the rights, duties and responsibilities of its founders and shareholders, the conversion, merger, demerger and liquidation.⁷²

Law on the commercial register and in private international law decree provides for more details on seat of a company. For Hungarian companies, the registered seat must coincide with the place of its central administration.⁷³ Registry of commerce is authorized to decide on matters involving the change and transfer of a seat.⁷⁴ Under Hungarian private international law, “personal law” of a company is governed by the law of the state, where it has its registered office.⁷⁵ In case of multiple registrations or absence of registration, the connecting factor is the seat designated in articles of association. In case of multiple designated seats or absence of a designated seat, the relevant connecting factor is the central administration.⁷⁶

Hungarian company law provisions clearly require Hungarian companies to have both their registered office and central administration within the territory. On the contrary, Hungarian private international law is in principle grounded in incorporation theory.⁷⁷ Since the registered seat and central administration have to be situated at the same place, Hungarian legal system might also be classified as applying a mixed theory.⁷⁸ Indeed, the indivisibility of a seat in Hungarian substantive law has caused some problems during the proceedings before the ECJ. Ireland unsuccessfully requested re-opening of the oral procedure based on claim that the issue in question was not a transfer of central administration but a transfer of registered office.⁷⁹ It is argued that such distinction is immaterial given the factual and legal background of the case explained above.

Moreover, based on *Centros*, *Überseering* or *Inspire Art*, any incompatible domestic private international law rules as well as substantive company law provisions are inapplicable on foreign companies. Indeed, a foreign company fulfilling the conditions of article 48 ECT must be recognized in host Member State. Determination of its lex societatis is then governed by the principle of origin.⁸⁰

⁷² *Cartesio*, paragraph 11.

⁷³ *Id.*, paragraph 17.

⁷⁴ *Id.*, paragraphs 18-19.

⁷⁵ *Id.*, paragraph 20.

⁷⁶ *Id.*, paragraph 20.

⁷⁷ Possible case law limitations to determination of “personal law” are beyond scope of this contribution.

⁷⁸ KPMG European Business Centre, Study on Transfer of the Head Office of a Company From One Member State to Another, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities 1993, p. 7.

⁷⁹ *Cartesio*, paragraphs 41-53.

⁸⁰ This must be differentiated from the situation where such foreign company wishes to immigrate and thus change is lex societatis.

4.3 OPINION OF THE ADVOCATE GENERAL

In his opinion the Advocate General took opportunity to revisit existing case law on freedom of establishment.

Firstly, he addressed the question whether the situation of *Cartesio* falls outside of scope of the ECT or not. Similarly to *SEVIC* or *de Lasteyrie du Saillant*, he found that a difference in treatment between internal and cross-border transfers of seat has to be regarded as discriminatory.⁸¹ Like Advocate General Darmon in *Daily Mail*, Maduro concludes that transfer of *Cartesio*'s central administration constitutes an establishment as it seeks “an actual pursuit of an economic activity through a fixed establishment in another Member State for an indefinite period”.⁸²

Secondly, Maduro suggests that Member States' company law provisions are no longer immune from the application of the ECT.⁸³ In support of this argument he cites a line of constant case law, apart from *Daily Mail*.⁸⁴ Similarly to area of direct taxation, Member States have competence to determine nationality and *lex societatis* of their companies. However, such competence is not unlimited and has to be exercised in respect of the ECT and freedom of establishment.⁸⁵

Thirdly, he invites the ECJ to reconsider the way it distinguishes the cases. In particular, he finds that the distinctions based on primary vs. secondary establishment, inbound vs. outbound establishment, or restrictions imposed by home vs. host Member State have never been “*entirely convincing*”.⁸⁶

Finally, the Advocate General concludes that the general principles established in each of the rulings cannot be successfully relied upon under any circumstances.⁸⁷ On one hand, freedom of establishment may be limited in case of abuse of EC law.⁸⁸ On the other hand, effects of the national laws are subject to assessment of their conformity with the ECT. This implies that neither incorporation theory nor real seat theory “*can be applied to its fullest logical extension*”.⁸⁹

⁸¹ *Cartesio* opinion, paragraph 25.

⁸² *Id.*, paragraph 25.

⁸³ *Id.*, paragraph 27.

⁸⁴ *Cartesio* opinion, paragraph 27. Citing opinion in *Daily Mail* and decisions in *Centros*, *Überseering* and *Inspire Art*.

⁸⁵ *Id.*, paragraph 31.

⁸⁶ *Id.*, paragraph 28. See also M., Garcia-Riestra, "The Transfer of Seat of the European Company v. Free Establishment Case-law", [2004] EBLR 1297.

⁸⁷ *Cartesio* opinion, paragraphs 29-30.

⁸⁸ *Id.*, paragraph 29. Arguing that *Inspire Art* and *Centros* were qualified by *Cadbury Schweppes*.

⁸⁹ *Id.*, paragraph 30.

4.3.1 JUSTIFICATIONS OF RESTRICTIONS TO FREEDOM OF ESTABLISHMENT

Since *Kraus* and *Gebhard* case law, the ECJ has constantly applied a specific case law based justification test.

*[...]national measures liable to hinder or make less attractive the exercise of fundamental freedoms guaranteed by the Treaty must fulfil four conditions: they must be applied in a non-discriminatory manner; they must be justified by imperative requirements in the general interest; they must be suitable for securing the attainment of the objective which they pursue; and they must not go beyond what is necessary in order to attain it [...]*⁹⁰

In *Cartesio* the Advocate General considered that the following justifications based on grounds of general public interest could be relevant: prevention of abuse or fraudulent conduct, protection of the interests of creditors, minority shareholders, employees and the tax authorities.⁹¹

By the way of example, Member States could make transfer of seat subject to conditions such as forced change of *lex societatis*, especially where they can no longer “*exercise any effective control over the company*”.⁹² On the other hand, in absence of any justifications an automatic dissolution of a company upon the cross-border transfer of its seat amounts to an “*outright negation of the freedom of establishment*”.⁹³

4.4 THE ECJ RULING

The ECJ started its answer to the fourth question by reciting parts of its *Daily Mail* judgment, referring also to their confirmation in *Überseering*. Legislations of the Member States define connecting factors (e. g. registered office and real head office) in different ways. The same can be said about whether and how connecting factors can be modified.⁹⁴ Criteria introduced by article 48 ECT (i. e. registered office, central administration, principal place of business) are “*placed at the same footing*”.⁹⁵ However, since there is no uniform EC law definition of a “*single connecting factor*”, the applicability of article 43 on a company depends on national law only. According to the ECJ, a company must first acquire the right to enjoy the freedom

⁹⁰ Case C-55/94 *Gebhard*, [1995] ECR I-4165, paragraph 37, Case C-19/92 *Kraus v Land Baden-Wuerttemberg*, [1993] ECR I-1663, paragraph 32; Case C-293/06, *Deutsche Shell GmbH v Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg*, [2008] ECR I-01129, paragraph 28; Case C-442/02, *Caixa Bank France*, [2004] ECR I-08961, paragraph 11; Opinion of the Advocate General Mischo delivered on 13 March 2003 in case C-9/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant v Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie* [2004] ECR I-2409, paragraph 26.

⁹¹ *Cartesio* opinion, paragraph 32.

⁹² *Id.*, paragraph 33, referring to Council Regulation (EC) No 1435/2003 of July 22, 2003, on the Statute for a European Cooperative Society (SCE), [2003] O.J. L 207/1, Council Regulation (EC) No 2157/2001 of October 8, 2001, on the Statute for a European company (SE) [2001] O.J. L 294/1, as well as by the Hungarian legislation adopted subsequent to those regulations.

⁹³ *Cartesio* opinion, paragraph 34.

⁹⁴ *Cartesio*, paragraphs 105, 107, 108.

⁹⁵ *Id.*, paragraph 106.

of establishment before considering whether there is a restriction to the exercise of the said freedom.⁹⁶ Member States not only define the conditions necessary in order for a company to acquire such right but also in order for a company to maintain its status.⁹⁷

ECJ then moved on to distinguish transfer of seat without change of *lex societatis* from transfer of seat with change of *lex societatis*. Where transfer of seat entails change of *lex societatis*, Member States are not immune from the ECT provisions on freedom of establishment. Especially, they cannot impose liquidation or winding-up⁹⁸ in order to prevent their companies from “emigration”. A company is allowed to convert itself “into a company governed by the law of the other Member State, to the extent that it is permitted under that law to do so”.⁹⁹ In other words, measures preventing such conversion constitute a restriction which is subject to justification test.¹⁰⁰ Furthermore, the ECJ notes that existing secondary legislation governing transfer of the seat of “European forms” of companies might be relevant only where a company wishes to change its *lex societatis*.¹⁰¹

Despite Maduro's point, the ECJ then tries to distinguish its case law based on the two step logic it outlined few paragraphs above in the judgment. In “exit cases” (*Daily Mail, Cartesio*) the ECJ starts with the first step, i. e. inquiry whether a company has the right to benefit from the freedom of establishment.¹⁰² In “entry cases” (*Centros, Überseering, Inspire Art and SEVIC*) the validity and existence of a company is not questioned by its home Member State and therefore the ECJ starts straight with the second step, i. e. the question whether there is a restriction to the exercise of the said right.¹⁰³

As it is clear from the foregoing, the main points of controversy in *Cartesio* concern the different reading of scope of articles 43 and 48, the ambiguous scope of the concept of connecting factor and distinguishing between exit and entry cases.

⁹⁶ *Cartesio*, paragraph 109.

⁹⁷ *Id.*, paragraph 110.

⁹⁸ Note that winding up here stands for dissolution.

⁹⁹ *Cartesio*, paragraphs 111-112.

¹⁰⁰ *Id.*, paragraph 113.

¹⁰¹ *Id.*, paragraphs 115-120. Referring to possibility to substitute absence of Conventions under article 293 and secondary legislation envisaged in article 44(2)(g) ECT by relevant provisions of Council Regulation (EEC) No 2137/85 of July 25, 1985, on the European Economic Interest Grouping (EEIG), [1985] *O.J. L 199/1*, and Council Regulation (EC) No 1435/2003 of July 22, 2003, on the Statute for a European Cooperative Society (SCE), [2003] *O.J. L 207/1*, as well as by the Hungarian legislation adopted subsequent to those regulations.

¹⁰² *Cartesio*, paragraph 123. ECJ bases the existence of the right on the company possessing the nationality of its home Member State.

¹⁰³ *Id.*, paragraphs 122-123.

4.5 SCOPE OF ARTICLES 43 AND 48 OF THE ECT AFTER CARTESIO

Literal reading of article 48 suggests that only valid incorporation is required, not the further existence of a company. Coming into existence is therefore a question of national law only, while the national rules governing the exercise of the existence should be subject to ECT scrutiny.¹⁰⁴ What is the rationale behind treating the transfers with change of *lex societatis* and without such change differently? In both cases there is a transfer, and the home Member State ceases to recognize the company's existence.¹⁰⁵ Logically, both operations should be within the scope of the ECT as suggested by the Advocate General. Right to exit and enter should not be guaranteed separately, the “right to transfer a seat should be a consequence of the right to pursue economic activity on cross-border basis”.¹⁰⁶

It seems that the ECJ sacrificed internal logic of its decision in order to prevent opening flood gates. If any transfer of company seat were subject to EC law scrutiny, the ECJ might be put into a position where it has to assess the compatibility of the Member States requirements on maintaining the status of a validly incorporated company. For example, like Advocate General Darmon in *Daily Mail*, it would have to assess whether there is a genuine establishment, whether the Member State can justify their restrictions and on which grounds. Member States would have to defend their versions of incorporation or real seat theories and related substantive company law provisions on case by case basis. Despite the negative answer of the ECJ, it is submitted that the principle of emigration without barriers established in *Cartesio* should not lead to a *contrario* application in case where transfer of seat does not involve change of *lex societatis*.

Firstly, Member State cannot deprive natural persons of their nationality simply because they transfer their tax residence or domicile out of the country. It can, on the other hand, prevent its citizens from having a double nationality. Unlike companies which generally cannot exist outside of a particular national law,¹⁰⁷ natural persons do not cease to exist if they do not have a nationality. Nevertheless, were the home country allowed to dissolve and liquidate its companies automatically upon any transfer of seat without emigration, article 48 would lose its sense by reducing the right to emigrate to individuals-shareholders.¹⁰⁸ In the same logic

¹⁰⁴ See M. Szydło, "Case C-210/06, *CARTESIO Okató és Szolgáltató bt*, Judgment of the Grand Chamber of the Court of Justice of 16 December 2008, not yet reported.", (2009) 46 CMLR 715-716 (hereinafter, Szydło). Szydło suggests that in order to cover also further existence of a company, the article 48 would have to be worded as following: “*Companies or firms formed and existing in accordance with the law of a Member State and having their registered office, central administration or principal place of business within the Community.*” See also analysis of the opinion of Advocate General in the same case in M. Szydło, "Emigration of Companies under the EC Treaty: Some Thoughts on the Opinion of the Advocate General in the *Cartesio* Case", [2008] *European Review of Private Law* 992-994.

¹⁰⁵ Szydło, op. cit., p. 717.

¹⁰⁶ Szydło, op. cit., p. 719.

¹⁰⁷ The author is leaving aside question of European forms of companies.

¹⁰⁸ Mucciarelli, F. M., "Companies Emigration and EC Freedom of Establishment", 2007, p. 27. Available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1078407 [27/4/2009]. Mucciarelli used this argument for supporting the thesis that companies are allowed to emigrate under article 48, as was indeed confirmed in *Cartesio*. This argument could be used by analogy for situations where it is difficult to distinguish whether it is a company or an individual who is exercising the freedom of establishment.

and by the way of example, a company's central administration should not be deemed transferred just because the shareholders change place of their residence. Imposing an automatic sanction (e.g. dissolution) upon such transfer from the real seat country would not only be in breach of the company's freedom of establishment but before all in breach of the individual person's right to freedom of establishment. A thorough analysis would have to lead to proper differentiation between the right of an individual to set up a company, manage or take part in a company, and the right of the same company to set up secondary establishment or transfer its primary establishment.¹⁰⁹

Secondly, question remains whether a company may choose to emigrate from certain tax regime without being forced to change its *lex societatis* at the same time. It was previously submitted that this question should be answered in affirmative. After *Cartesio* it is not sure whether a transfer of tax residence without change of *lex societatis* is considered a form of primary establishment, which supposedly falls within the exclusive powers of Member States.

4.6 CONCEPT OF CONNECTING FACTOR IN CARTESIO

An answer could be found in analysis of the term “connecting factor” as used by the ECJ in its case law. It could be argued that this term refers to both national conflict of law rules and substantive law provisions.¹¹⁰

Breaking of “connecting factor” thus might also constitute breaking of link required for application of tax statute. Applying *Cartesio* logic, company transferring its tax domicile seeks to change its applicable tax law. Consequently, home Member State should not impose dissolution and liquidation upon such transfer. As explained above, existence of a genuine economic link with a Member State should suffice to allow transfers of tax residences even in cases like *Daily Mail*. Moreover, moving out of “connecting factor” relevant for determination of tax law does not necessarily entail consequences in *lex societatis* of the company, i. e. in its ability to maintain the status as validly incorporated company under article 48 ECT.

Strict interpretation of *Cartesio* and *Daily Mail* nevertheless suggests that a transfer of connecting criteria determining the tax statute can be limited by Member States in situations where it interferes with transfer of connecting criteria relevant for determination of *lex societatis* (e. g. When combining the tax elements of *Daily Mail* case and company law elements of *Cartesio* case).

4.7 DISTINGUISHING ENTRY AND EXIT CASES

It is submitted that the logic behind the distinction (exit cases - right, entry cases - exercise of the right) as explained by the ECJ in *Cartesio* does not work to its full extent. *SEVIC* for example deals with recognition by home Member State of establishment operation (i. e. cross-

¹⁰⁹ See V. Edwards, P. Farmer, op. cit., at 216. Referring to the *Segers* case.

¹¹⁰ For the same conclusion see e. g. C. Gerner-Buerle, M. Schilling, "The Mysteries of Freedom of Establishment After *Cartesio*", 2008, p. 16, available at <http://ssrn.com/abstract=1340964>, [27/4/2009]. T. Bachner, "Case Comment: Freedom of Establishment for Companies: A Great Leap Forward", (2003) 62 *Cambridge Law Journal* 47-50.

border merger) carried out in another Member State. As explained above, Advocate General Tizzano suggested that outbound mergers should be also governed by the ruling. In case of emigration with change of *lex societatis*, the ECJ held that it is the host country that may impose conditions related to creation of the new company. Lastly and this is the most obvious example, in the area of exit taxes where tax residence is transferred without change of *lex societatis*, the validity of company is not necessarily in question either.

In spite of the fact that ECJ distinguished *SEVIC* from *Cartesio*, it is submitted that an important principle established in *SEVIC* should be extended to *Cartesio*. Not only the companies do not have to form a new company or merge with an existing one in order to get access to another market,¹¹¹ they should also be enabled to transform themselves via other operation than merger. This would significantly decrease the costs and complexity of a transformation when compared to current options.¹¹² Changing *lex societatis* would be similar to a change of legal form as it is nowadays provided for by national legislations (e. g. instead of French SA becoming French SARL, a French SARL. becomes a Belgian SARL). Like during a merger, the company would retain its legal personality, i. e. it would changed its “nationality” but not its identity.¹¹³

In other words, the host Member State has to recognize a foreign company based on *Überseering*, to accept a transformation by inbound merger based on *SEVIC*, but also accept a transformation by cross-border conversion based again on *SEVIC*. Under such interpretation of *Cartesio*, a host Member State cannot impose conditions related to such transformation other than those imposed on transformation of its domestic companies. Naturally, an incoming company has to comply with all relevant requirements related to its formation under new company law. Similarly to *SEVIC*, existence of special national legislation or harmonized secondary legislation cannot be a prerequisite for such conversion.

After *Cartesio* it is clear that home Member State cannot prevent its companies from emigration (with change of *lex societatis*) by imposing dissolution and liquidation. The actual conversion of emigrating company could be governed by the laws of its original home state. This is in fact justified in both situations, when the emigration is voluntary or not. Some authors suggest that forced emigration constitutes a restriction to transfers of a seat and therefore the home Member State should facilitate such transfer by enacting rules that would “lead to a smooth conversion”.¹¹⁴

¹¹¹ *SEVIC* opinion, paragraph 50.

¹¹² G. J. Vossestein, "Transfer of the Registered office. The European Commission's decision not to submit a proposal for a Directive", (2003) 4 *Utrecht Law Review* 65, 60. Bernardeau, L., *Droit communautaire d'établissement et transfert du siège des sociétés*, [2003] *Gazette du Palais* 38, 2102. See also Commission Staff Working Document, Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office, SEC(2007) 1707, p. 38. As an interesting detail, the present author points out that American companies are only allowed to change their applicable law by transfer of their registered office which can only be done by a cross-border merger, *Id.*, 24.

¹¹³ Vossestein, *op. cit.*, 54-55.

¹¹⁴ W. H. Roth, "From Centros to *Überseering*: Free Movement of Companies, Private International Law, and Community Law", (2003) 52 *I.C.L.Q.* 196-197, 208.

Similarly, in case of voluntary emigration, the home Member State would not lose control over the emigrating company. Even though dissolution and liquidation is prohibited as being disproportionate, *Cartesio* might have left some space for other restrictions that would be justified and proportionate. It could for example apply the requirements based on the secondary legislation dealing with change of *lex societatis* of European forms of companies. Nevertheless, it is submitted that possibility of justifying a measure based on protection of creditors might be quite limited. For example and without going into detailed analysis, given the existence of secondary legislation governing determination of international jurisdiction in cross-border insolvency proceedings, a company might be allowed to escape from its home state shortly before filing for bankruptcy. On the other hand, it is important to note that a determination of applicable insolvency law is independent of determination of *lex societatis* in such cases.¹¹⁵ Under certain circumstances both host and home Member States could also raise the issue of abuse of law as discussed above in *Centros*, *TV10* and *Cadbury Schweppes*.

5. CONCLUSION

It is submitted that ECJ's decision in *Cartesio* brings a new approach to the Member States competence to in the area of determination of "nationality" and *lex societatis* of a company.

After *Centros*, *Überseering* and *Inspire Art*, substantive and private international law provisions of the host Member State do not apply to incoming foreign companies unless there is a proof of abuse of law. However, an unconditional recognition is required only if the home Member State allows the company to leave its territory without imposing dissolution and liquidation.

Furthermore, it is submitted that *Cadbury Schweppes* qualified *Centros* and *Inspire Art* only in a limited way regarding the principle of abuse of law. In order to be able to benefit from more favorable tax regime a company must have a genuine economic link with the territory on which it is established. However, this requirement should be limited to situations of secondary establishment (e. g. imposed on a subsidiary and branch in relation to the "primary seat" or parent company being established in another Member State).

Arguably, after *Daily Mail*, *SEVIC* and *Cartesio* a company may change its *lex societatis* by the way of cross-border merger or a transfer of the seat (connecting factor) without dissolution. Even though *Cartesio* vests the power to accept emigrating company in the host Member State, the present author suggests that such power is limited to enforcing application of its company laws governing formation of domestic companies. *Überseering* case law is therefore limited to recognition of foreign companies (entering the territory with no change in *lex societatis*), while *SEVIC* case law should be applied to situations of conversion or "acceptance" of emigrating companies (entering the territory and changing its *lex societatis*).

Despite *Daily Mail*, developments in the exit taxation case law of the ECJ suggest that company might be allowed to change its applicable tax law under the *Cartesio* principle. Where the transfer of tax residence and transfer of the connecting factor relevant for determination of *lex societatis* coincide, the latter is of greater importance. The concept of

¹¹⁵ Council regulation (EC) No 1346/2000 of May 29, 2000, on insolvency proceedings, [2000] *O.J. L 160/1*.

connecting factor used by the ECJ in its case law thus has to be interpreted as referring broadly to both substantive and private international law provisions.

The EC law does not have influence on the Member States competence to define requirements related to formation of companies. As confirmed in *Cartesio*, national laws are under the scrutiny of the EC law only if it was already established that a company acquired the right to freedom of establishment under national laws. A controversial point of *Cartesio* lies in the fact that it distinguishes between migrating companies according to whether they wish or do not wish to change their *lex societatis*. Whilst the first situation falls within the scope of ECT, the latter does not. Despite this logical flaw, the solution adopted by the ECJ seems to be the only acceptable one under the current state of law.

Cartesio has answered many questions and yet at the same time has left some of them open. Will it do the same to the infinite project of the so called 14th Directive on cross-border transfers of seat, as *SEVIC* did to the Tenth Directive¹¹⁶ on cross-border mergers?

Works on the directive stopped when the *Cartesio* case was pending before the ECJ. After the ECJ rendered its decision in December 2008, it seemed that a new initiative would start. Indeed, the European Parliament requested the Commission to submit to it a legislative proposal for a directive by March, 31st, 2009.¹¹⁷ However, until the present day no such proposal has been submitted. The core of the problem might also lie in the fact that the latest version of recommendations submitted by the European Parliament spoke about the transfer of registered office with obligatory change in *lex societatis* but without liquidation and dissolution.

Such transformation is now possible by relying directly on *Cartesio*. It could be argued that the directive is no longer necessary. Meanwhile, Germany has introduced elements of incorporation theory into its company law legislation, Spain in reaction to *Cartesio* enacted special legislation dealing with inbound and outbound cross-border transfers of registered office.¹¹⁸ Only future will show whether the EU is heading towards accepting the incorporation theory as the leading theory the same way as the U.S. did before.

Literature:

Legislation and other official documents

- Treaty Establishing the European Community, [2006] OJ C 321E/37
- Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee - Exit taxation and the need for co-ordination of Member States' tax policies, COM/2006/0825 final.

¹¹⁶ Directive 2005/56/EC of the European Parliament and of the Council of October, 26, 2005, on cross-border mergers of limited liability companies, [2005] O.J. L310/1.

¹¹⁷ See Report and Motion for European Parliament Resolution with recommendations to the Commission on the cross-border transfer of the registered office of a company, 2008/2196(INI), PE 414.360v02-00, A6-0040/2009, Committee on Legal Affairs, p. 4.

¹¹⁸ See M. Torres, "Spain: Company Law – Relocation of Registered Office", (2009) 20 I.C.C.L.R. 8.

- Council regulation (EC) No 1346/2000 of May 29, 2000, on insolvency proceedings, [2000] O.J. L 160/1.
- Council Regulation (EC) No 1435/2003 of July 22, 2003, on the Statute for a European Cooperative Society (SCE), [2003] O.J. L 207/1.
- Council Regulation (EC) No 2157/2001 of October 8, 2001, on the Statute for a European company (SE) [2001] O.J. L 294/1.
- Council Regulation (EEC) No 2137/85 of July 25, 1985, on the European Economic Interest Grouping (EEIG), [1985] O.J. L 199/1.
- Directive 2005/56/EC of the European Parliament and of the Council of October, 26, 2005, on cross-border mergers of limited liability companies, [2005] O.J. L310/1.
- Report and Motion for European Parliament Resolution with recommendations to the Commission on the cross-border transfer of the registered office of a company, 2008/2196(INI), PE 414.360v02-00, A6-0040/2009, Committee on Legal Affairs

Case Law

Opinions of Advocate Generals

- Opinion of the Advocate General Mischo delivered on 13 March 2003 in case C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant v Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie [2004] ECR I-2409,
- Opinion of the Advocate General Darmon delivered on 7 June 1988 in Case 81/87, The Queen v H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc., [1988] ECR 05483
- Opinion of the Advocate General Tizzano delivered on 7 July 2005 in SEVIC Systems AG, [2005] ECR I-10805
- Opinion of the Advocate General Poiares Maduro delivered on 22 May 2008, in case C-210/06, CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt (not yet reported),
- Opinion of the Advocate General La Pergola delivered on 16 July 1998, in case C-212/97, Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, [1999] ECR I-01459

ECJ

- Case C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant v Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, [2004] ECR I-02409

- Case C-110/99, Emsland-Stärke, [2000] ECR I-11569
- Case C-167/01, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd., [2003] ECR I-10155
- Case C-19/92, Kraus v Land Baden-Wuerttemberg, [1993] ECR I-1663
- Case C-196/04, Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue, [2006] ECR I-07995
- Case C-208/00, Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), [2002] ECR I-09919.
- Case C-212/97, Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, [1999] ECR I-01459
- Case C-23/93, TV10 SA v. Commissariaat voor de Media, [1994] ECR I-04795
- Case C-255/02, Halifax and Others, [2006] ECR I-0000
- Case C-264/96, ICI, [1998] I-4695
- Case C-270/83, Commission v France, [1986] ECR 273
- Case C-411/03, SEVIC Systems AG, [2005] ECR I-10805
- Case C-446/03, Marks & Spencer plc v David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes), [2005] ECR Page I-10837
- Case C-55/94, Gebhard , [1995] ECR I-4165
- Case C-79/85, Segers v Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringwegen, Groothandel en Vrije Beroepen [1986] ECR 2375
- Case C-81/87, The Queen v H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc., [1988] ECR 05483
- Judgment of 16.12.2008, in case C-210/06, CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt (not yet reported)

Books and articles

- "Case Comment Daily Mail Loses in the European Court" [1988] J.B.L. 454-455.
- Bachner, T., "Case Comment: Freedom of Establishment for Companies: A Great Leap Forward", (2003) 62 Cambridge Law Journal 47-50.
- Behrens, P., "Case C-411/03, SEVIC Systems AG, Judgment of the Grand Chamber of the Court of Justice of 13 December 2005, [2005] ECR I-10805", (2006) 43 CMLR 1669-1688.

- Blaise, J. B., "Une cohabitation difficile: Nationalité des sociétés et libre établissement dans la Communauté européenne.", in *Souveraineté étatique et marchés internationaux a la fin du 20eme siècle A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Dijon, Université de Bourgogne, CNRS Litec, 2000 ISBN 2-7111-3268-4, 728 p.
- Cerioni, L., *EU Corporate Law and EU Company Tax Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Ltd., 2007, 263 p.
- Cussons, P., "Member States Ignore European Tax Decisions", [2005] *European Lawyer* 14-15.
- Dyrberg, P., "Full Free Movement of Companies in the European Community at Last", (2003) 28 *E.L. Rev.* 528-537.
- Edwards, V., Farmer, P., "The Concept of Abuse in the Freedom of Establishment of Companies: a Case of Double Standards?", in A. Arnulf, P. Eeckhout, T. Tridimas (ed.), *Continuity and Change in EU Law : Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, 2008, p. 205-227.
- Garcia-Riestra, M., "The Transfer of Seat of the European Company v. Free Establishment Case-law", [2004] *EBLR* 1295-1323.
- Gerner-Beuerle, C., Schilling, M. "The Mysteries of Freedom of Establishment after *Cartesio*", 2008, Available at <http://ssrn.com/abstract=1340964>, [27/4/2009].
- Lever, J. , "Case 81/87, *The Queen v H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, (Judgment of 27 September 1988 [1988] 3 *CMLR* 713) ", (1989) 26 *CMLR* 327-334.
- Micheler, E., "The Impact of the *Centros* Case on Europe's Company Laws", (2000) 21 *Comp. Law.* 179-182.
- Mucciarelli, F. M., "Companies' Emigration and EC Freedom of Establishment", 2007, Available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1078407 [27/4/2009].
- Omar, P. J., "Centros, Uberseering and Beyond: A European Recipe for Corporate Migration: Part 2", (2005) 16 *I.C.C.L.R.* 18-27.
- Owen, P., "Can Effective Management be Distinguished from Central Management and Control", (2003) 4 *B.T.R.* 296-305.

- Study on Transfer of the Head Office of a Company from one Member State to Another. KPMG European Business Centre, Luxembourg, Brussels, 1993, 66 p.
- Szydło, M., "Emigration of Companies under the EC Treaty: Some Thoughts on the Opinion of the Advocate General in the Cartesio Case", [2008] European Review of Private Law 973-994.
- Szydło, M., "Case C-210/06, CARTESIO Okató és Szolgáltató bt, Judgment of the Grand Chamber of the Court of Justice of 16 December 2008, not yet reported.", (2009) 46 CMLR 703-722.
- Torres, M. "Spain: Company Law – Relocation of Registered Office", (2009) 20 I.C.C.L.R. 8-11.
- Vossestein, G. J., "Transfer of the Registered office. The European Commission`s decision not to submit a proposal for a Directive", (2003) 4 Utrecht Law Review 53-65.

Reviewer:
Zdeněk Kapitán

Contact – email:
petra.novotna@law.muni.cz

THE ELECTORAL RIGHTS OF THE CITIZENS OF THE EUROPEAN UNION IN THE REPUBLIC OF POLAND

ARTUR OLECHNO

Faculty of Law, University of Białystok, Poland

Abstract in original language:

Art. 19 ust. 1 I 2 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską wprowadził czynne i bierne prawo wyborcze w wyborach do Parlamentu Europejskiego oraz samorządu lokalnego. Poza samym traktatem szczegółowe rozwiązania dotyczące praw wyborczych do samorządu lokalnego i Parlamentu Europejskiego zostały określone odpowiednio w dyrektywach 93/109/WE oraz 94/80/WE. Wstąpienie Polski do UE wiązało się z obowiązkiem dostosowania przepisów prawnych w tym zakresie do unormowań wspólnotowych. Celem niniejszego opracowania jest przedstawienie rozwiązań przyjętych w polskich ordynacjach wyborczych do organów samorządowych oraz PE na tle przepisów wspólnotowych.

Key words in original language:

Wybory; Unia Europejska; prawa wyborcze.

Abstract:

Art. 19 paragraphs 1 and 2 of the Treaty establishing the European Community introduced active and passive electoral rights in elections to the European Parliament and local government units. Apart from the Treaty itself, detailed solutions regarding electoral rights to local government units and EP have been stipulated in the Directive 93/109/EC and 94/80/EC. Poland's accession to the EU was connected with the obligation to adapt legal provisions to the Community laws in this aspect as well. In my article, I would like to present solutions adopted in Polish electoral ordinance to self-government organs and the EP in the background of the Community laws.

Key words:

Election; EU citizenship; electoral rights.

Art. 19 ust. 1 I 2 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE) wprowadził czynne i bierne prawo wyborcze w wyborach do Parlamentu Europejskiego oraz samorządu lokalnego. Zaznaczyć przy tym należy, iż Europejski Trybunał Sprawiedliwości orzekł, iż prawo wyborcze przynajmniej w odniesieniu do wyborów do PE, nie są ograniczone jedynie do obywateli UE¹. Oznacza to, że państwa członkowskie mogą przepisami wewnętrznymi rozszerzyć czynne i bierne prawa wyborcze na osoby, które nie będąc obywatelami UE, pozostają w ścisłym związku z tym państwem². Poza samym traktatem szczegółowe

¹ Zob. szerzej A. Gubrynowicz, Obywatelstwo Unii Europejskiej – stan obecny i perspektywy; A. Bodnar, Obywatelstwo Unii Europejskiej a ochrona praw podstawowych obywateli państw członkowskich [w:] Obywatelstwo Unii Europejskiej, „Zeszyty OIDE” nr 9, Warszawa 2004, s. 28-33 i 80-89.

² Europejski Trybunał sprawiedliwości w sporze pomiędzy Hiszpanią a Wielką Brytanią, w sprawie dotyczącej praw wyborczych dla osób nieposiadających obywatelstwa UE, a zamieszkujących Gibraltar orzekł, iż choć „celem obywatelstwa UE jest ustanowienie podstawowego statusu obywatela państw członkowskich (...) to stwierdzenie to wcale nie oznacza jeszcze, że prawa określone przez Traktat ograniczają się do obywateli UE”.

rozwiązania dotyczące praw wyborczych do samorządu lokalnego i Parlamentu Europejskiego zostały określone odpowiednio w dyrektywach 93/109/WE z 6 grudnia 1993 r. oraz 94/80/WE z 19 grudnia 1994 r. Wstąpienie Polski do Unii Europejskiej wiązało się z obowiązkiem dostosowania przepisów prawnych również i w tym zakresie do unormowań wspólnotowych.

Celem niniejszego opracowania jest właśnie przedstawienie rozwiązań przyjętych w polskich ordynacjach wyborczych do organów samorządowych oraz Parlamentu Europejskiego na tle przepisów wspólnotowych.

Akt dotyczący wyborów członków Parlamentu Europejskiego w powszechnych wyborach bezpośrednich z 1976 r. regulował jedynie ogólne zasady (bezpośredniość, proporcjonalność), odsyłając w kwestiach szczegółowych do ordynacji wyborczych państw członkowskich³. Przepisy te uszczegółowiła dopiero w 1993 r. wspomniana dyrektywa⁴. Zgodnie z dyrektywą 93/109/WE prawo głosowania w wyborach do PE winno przysługiwać osobom będącym obywatelem UE w rozumieniu art. 17 TWE i spełniającym pozostałe warunki prawa głosowania, jakie odnośne państwo stawia swoim obywatelom (art. 3). Dyrektywa unijna dopuściła możliwość przyznania tego prawa pod warunkiem, pewnego minimalnego okresu zamieszkania na terytorium wyborczym tego państwa, jednakże warunek ten powinien być uznany za spełniony, również w przypadku zamieszkiwania przez ten okres w innym państwie członkowskim (art. 5)⁵. Dodatkowo państwo członkowskie miejsca zamieszkania może sprawdzić, czy obywatela UE, który wyraził chęć wykonywania prawa głosowania w tym państwie, nie pozbawiono tego prawa w państwie jego pochodzenia. (art. 7). Bierne prawo wyborcze dyrektywa przyznała natomiast osobie, która jest obywatelem UE w rozumieniu art. 17 TWE i spełnia pozostałe warunki prawa głosowania, jakie odnośne państwo stawia swoim obywatelom i uznała, iż jeżeli obywatele państwa zamieszkania mogą kandydować w wyborach jedynie pod warunkiem, że posiadali jego obywatelstwo przez pewien minimalny okres, to uznaje się, że obywatele UE spełniali ten warunek, jeżeli przez ten okres byli obywatelami jednego z państw członkowskich oraz jeżeli obywatele państwa zamieszkania mogą kandydować w wyborach jedynie pod warunkiem, pewnego minimalnego

C-45/04: królestwo Hiszpanii przeciwko Zjednoczonemu Królestwu Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej, zbiory orzecznictwa Trybunału Europejskiego 2006, s. I-07917, pkt 74 i 78.

³ Zob. też A. Grzelak, Wybory do Parlamentu Europejskiego w prawie Unii Europejskiej [w:] Parlament Europejski. Wybrane zagadnienia, „Zeszyty OIDE” nr 4, Warszawa 2004, s.24-53.

⁴ Dyrektywa Rady 93/109/WE z dnia 6 grudnia 1993 r. ustanawiająca szczegółowe warunki wykonywania prawa głosowania i kandydowania w wyborach do Parlamentu Europejskiego przez obywateli Unii mających miejsce zamieszkania w Państwie Członkowskim, którego nie są obywatelami. Zob. też Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zastosowania dyrektywy 93/109/WE w wyborach do Parlamentu Europejskiego z czerwca 1999 r. COM(2000)843 końcowy, 18.12.2000.

⁵ W świetle postanowień dyrektywy kraj Unii może wprowadzić dodatkowe obostrzenia, polegające na wymogu zamieszkiwania w tym kraju przez pewien czas, nieprzekraczający 5 lat odnośnie głosowania i 10 lat odnośnie kandydowania, jeżeli liczba osób w wieku wyborczym w kraju, którego nie są obywatelami, przekraczała 1 stycznia 1993 r. 20% wszystkich obywateli Unii w wieku wyborczym zamieszkałych w danym kraju (art. 14).

okresu zamieszkania na terytorium wyborczym tego państwa, to uznaje się ten warunek za spełniony, jeżeli zamieszkiwali oni przez ten okres w innym państwie członkowskim. Ponadto obywatel UE pozbawiony praw wyborczych w państwie zamieszkania lub pochodzenia, nie może wykonywać biernego prawa wyborczego (art. 6). Państwo zamieszkania może domagać się od państwa pochodzenia otrzymania informacji na ten temat.

Art. 9 dodatkowo zobowiązuje państwo zamieszkania do umieszczenia w spisie wyborców osoby wyrażającej chęć skorzystania z prawa wyborczego do PE, w oparciu o dokumenty wymagane w przypadku swoich obywateli. Analogiczne zasady stosuje się do kandydowania (art. 10). Odmowa wpisu wiąże się z możliwością skorzystania z takich samych środków prawnych jakie przysługują obywatelom państwa zamieszkania (art. 11).

W odpowiedzi ustawa z dnia 23 stycznia 2004 r. Ordynacja wyborcza do Parlamentu Europejskiego przyznała czynne prawo wyborcze obywatelom Polski oraz obywatelom UE, którzy stale zamieszkują na terytorium RP i najpóźniej w dniu głosowania ukończyli 18 lat i są umieszczeni w spisie wyborców (art. 7 i 8) jednocześnie pozbawiając prawa wybierania osoby pozbawione praw wyborczych w państwie pochodzenia. (art. 8 ust. 2). Biernie prawo wyborcze przyznając zaś osobom mającym prawo wybierania, które najpóźniej w dniu głosowania ukończyły 21 lat i od 5 lat stale zamieszkują na terytorium RP lub innego państwa członkowskiego (art. 9) oraz pozbawiając prawa kandydowania osoby pozbawione praw wyborczych.

Stały rejestr wyborców obejmuje osoby stale zamieszkałe na obszarze gminy, którym przysługuje prawo wybierania, przy czym można być ujętym tylko w jednym rejestrze wyborców⁶. Część B rejestru wyborców obejmuje obywateli Unii Europejskiej niebędących obywatelami polskimi, stale zamieszkałych na obszarze gminy i uprawnionych, na podstawie i w zakresie określonych w innych ustawach, do korzystania z praw wyborczych w Rzeczypospolitej Polskiej. Wyborcę, o ile nie jest już wpisany do rejestru (w związku z zameldowaniem na pobyt stały), wpisuje się do rejestru, na jego wniosek, nie później niż 30. dnia po zarządzeniu wyborów, w których zamierza uczestniczyć. Do wniosku, o którym mowa, muszą być załączone stosowne dokumenty, m.in. deklaracja, w której wnioskodawca podaje swój adres stałego zamieszkania. Ani dyrektywa, ani Ordynacja wyborcza do Parlamentu Europejskiego nie zdefiniowała pojęcia "stałego zamieszkiwania". Trybunał Konstytucyjny w uchwale z 21 sierpnia 1991 r., ustalił, że "stałe zamieszkiwanie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej co najmniej przez 5 lat oznacza przebywanie z zamiarem stałego pobytu w jakiegokolwiek miejscowości położonej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w tym czasie. Stałe zamieszkanie jest sprawą faktu i jego ustalenie zależy od okoliczności danego przypadku" (W. 7/91, OTK w 1991 r., poz. 24). Przyjęta wówczas interpretacja art. 8 ustawy z 28 czerwca 1991 r. - Ordynacja wyborcza do Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej może być pomocna przy ustaleniu znaczenia pojęcia "stałe zamieszkuje" użytego w Ordynacji wyborczej do Parlamentu Europejskiego.

⁶ Zob. orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego (K 15/04, OTK-A 2004/5/47).

Stały rejestr wyborców prowadzi na bieżąco gmina. Każdy może wnieść do wójta lub burmistrza (prezydenta miasta) reklamację na nieprawidłowości w rejestrze wyborców, a w szczególności w sprawie pominięcia wyborcy w rejestrze. Na decyzję o nieuwzględnieniu reklamacji można wnieść w terminie 3 dni od doręczenia decyzji, skargę do właściwego miejscowo sądu rejonowego (art. 15).

Obywatele UE, którzy zostali wpisani na listy wyborców w kraju zamieszkania, pozostają na tych listach, dopóki spełniają wymogi wykonywania prawa do głosowania. Jeśli zostali wpisani na listy na własne żądanie, mogą również na własne żądanie być z niej usunięci.

W przypadku biernego prawa wyborczego, wobec obywatela Unii Europejskiej niebędącego obywatelem polskim wymagane jest stałe zamieszkanie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub na terytorium innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej od co najmniej 5 lat (art. 9 ordynacji wyborczej do Parlamentu Europejskiego). W razie zgłoszenia kandydatury obywatela Unii Europejskiej, kandydat - do pisemnej zgody na kandydowanie, obowiązany jest dołączyć: oświadczenie stwierdzające, że został on wpisany do rejestru wyborców w gminie, w której stale zamieszkuje, oraz oświadczenie, że nie kandyduje w wyborach do Parlamentu Europejskiego w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej. Ponadto obowiązany jest przedstawić zaświadczenie wydane przez właściwy organ państwa członkowskiego Unii Europejskiej, którego jest obywatelem, że nie pozbawiono go prawa do kandydowania w wyborach do Parlamentu Europejskiego w tym państwie lub że organ ten nie posiada informacji o pozbawieniu go tego prawa (art. 64 ust. 3 ordynacji).

W przypadku wyborów lokalnych szczebla podstawowego dyrektywa 94/80/WE wprowadziła możliwość czynnego i biernego udziału w głosowaniu obywateli UE w państwach członkowskich, których nie są obywatelami, przy okazji w identyczny sposób rozumiejąc zasadę domicylu oraz dodatkowo dopuszczając w art.5: po pierwsze fakultatywność wykluczenia z możliwości kandydowania osób pozbawionych praw wyborczych w państwie pochodzenia⁷. Po drugie możliwość zastrzeżenia, iż tylko obywatele tych państw członkowskich mogą być wybierani na kierownika organu wykonawczego, jego zastępcy lub członków kolegiального organu wykonawczego jednostki samorządu terytorialnego. państwa członkowskie mogą ponadto zastrzec, że obywatele UE wybrani na członków organów przedstawicielskich nie będą brali udziału ani w wyznaczaniu delegatów do głosowania w zgromadzeniu parlamentarnym, ani w wyborach członków takiego zgromadzenia. Wreszcie w sprawie warunków zakazu łączenia funkcji dyrektywa stwierdziła, iż obowiązują takie same, jak w prawie państwa zamieszkania w stosunku do własnych obywateli. Można je jednak rozszerzyć na sprawowanie urzędów w innych państwach, a podlegających zakazowi łączenia w państwie zamieszkania.

W zgodzie z powyższym polski ustawodawca przyznał czynne prawo wyborczego do rady gminy również obywatelom Unii Europejskiej niebędącym obywatelami polskimi, którzy najpóźniej w dniu głosowania ukończyli 18 lat, stale zamieszkują na obszarze działania tej

⁷ Dyrektywa 94/80/WE ustanawiająca szczegółowe warunki wykonywania prawa głosowania i kandydowania w wyborach lokalnych przez obywateli Unii mających miejsce zamieszkania w państwie członkowskim, którego nie są obywatelami. Dz. Urz. UE wyd. spec. 2004, rozdz. 20, t. 1, s. 12. Zob. też Raport Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady na temat zastosowania dyrektywy 94/80/WE w sprawie wykonywania prawa głosowania i kandydowania w wyborach lokalnych COM(2002)260 końcowy, 30.5.2002.

gminy oraz którzy, zostali wpisani do prowadzonego w tej gminie stałego rejestru wyborców najpóźniej na 12 miesięcy przed dniem wyborów.

Prawo kandydowania przyznano zaś obywatelom Unii Europejskiej niebędącym obywatelami polskimi także w przypadku, gdy zostali wpisani do stałego rejestru wyborców w okresie 12 miesięcy poprzedzających dzień głosowania i jeżeli ukończyli 18 lat w okresie 12 miesięcy poprzedzających dzień wyborów lub najpóźniej w dniu głosowania. Prawa wybierania nie ma obywatel Unii Europejskiej niebędący obywatelem polskim pozbawiony prawa wybierania w państwie członkowskim Unii Europejskiej, którego jest obywatelem. Dodatkowo można zażądać oświadczenia, że nie zajmują stanowisk publicznych w kraju ojczystym, które byłyby niezgodne z zajmowaniem stanowiska, na które kandydują w kraju zamieszkania.

Na zakończenie należy zaznaczyć, iż obywatele Unii jak dotychczas niezbyt chętnie korzystają z omówionych powyżej uprawnień. Frekwencja udziału obywateli UE w wyborach lokalnych i do PE poza państwem pochodzenia nie przekracza 30-40 %, co jest skutkiem tak rozwiązań wewnętrznych państw członkowskich jak i dostępu do informacji potencjalnych wyborców. Z drugiej strony liczby te nie odbiegają w sposób znaczący od frekwencji obywateli UE głosujących w swoich krajach, co oznacza, iż problem dotyczy generalnie udziału w wyborach (szczególnie właśnie lokalnych i do PE) a nie wad omawianych rozwiązań prawnych.

Literature:

- Bodnar A., Obywatelstwo Unii Europejskiej a ochrona praw podstawowych obywateli państw członkowskich, [w:] Obywatelstwo Unii Europejskiej, „Zeszyty OIDE” nr 9, Warszawa 2004, s. 28-33
- A. Grzelak, Wybory do Parlamentu Europejskiego w prawie Unii Europejskiej [w:] Parlament Europejski. Wybrane zagadnienia, „Zeszyty OIDE” nr 4, Warszawa 2004, s.24-53.
- Gubrynowicz A., Obywatelstwo Unii Europejskiej – stan obecny i perspektywy; [w:] Obywatelstwo Unii Europejskiej, „Zeszyty OIDE” nr 9, Warszawa 2004, s. 80-89.

Reviewer:

Marian Grzybowski

Contact – email:

a.olechno@uwb.edu.pl

THE EUROPEAN ARREST WARRANT

EVA ŽATECKÁ - KATEŘINA PŘEPECHALOVÁ

Faculty of law, Masaryk University, the Czech Republic

Abstract in original language:

Evropský zatýkací rozkaz je to první z větších zásahů do tradiční suverenity národních právních řádů prolamující a omezující taková historická tabu jako zásadu nevydávání vlastních občanů do jiného státu, zásadu reciprocity (vzájemnosti) nebo zásadu oboustranné trestnosti. Evropský zatýkací rozkaz je sice relativně mladým institutem trestního práva, ovšem i přes původní rozpaky se s úspěchem zapojil do praxe soudů všech stupňů. Chce-li stát být nazýván demokratickým státem musí chtít bojovat s kriminalitou a spolupracovat s ostatními státy.

Key words in original language:

Evropský zatýkací rozkaz; Evropská unie; tradiční suverenity národních právních řádů; princip reciprocity; princip oboustranné trestnosti; princip vzájemného uznávání soudních rozhodnutí; trestní právo; Trestní řád.

Abstract:

The European Arrest Warrant is one of the main interventions to the traditional suverenity of the national regulations which break and restrict so historical things as the principle of non-citizens to another state, principle of reciprocity or dual criminality principle. The European Arrest Warrant is still the young institute of the criminal law, but after some first embarrassments is the full institute of criminal law and it is used by courts all levels. Every state wants to fight against the criminality and has to cooperate with other state if it could be stated as democratic state.

Key words:

The European Arrest Warrant; European Union; the traditional suverenity of the national regulations; principle of reciprocity; principle of dual criminality; principle of mutual recognition of judicial decisions; criminal law; the Criminal Procedure Act.

1. ÚVOD

Evropský zatýkací rozkaz je jedním z nejkontroverznějších témat evropského práva poslední doby. Je považován za jeden z klíčových prvků budovaného prostoru svobody, bezpečnosti a práva coby jednoho z cílů evropské integrace.

Základní myšlenkou bylo zajistit předávání potřebných osob přímo mezi justičními orgány různých států místo zdlouhavého zasahování ze strany správních institucí. A to všechno za přísného dodržení veškerých lidských práv a svobod občanů, tak aby mohlo dojít k co nejrychlejšímu a nejefektivnějšímu postihu pachatelů závažných trestných činů.

Právě z výše uvedených důvodů a po dlouhých letech jednání a příprav bylo dne 13. 6. 2002 schváleno Radou Evropy Rámcové rozhodnutí o evropském zatýkacím rozkazu a postupech předávání mezi jednotlivými členskými státy (Rámcové rozhodnutí č. 2002/584/JVV).

2. HISTORIE EVROPSKÉHO ZATÝKACÍHO ROZKAZU

V průběhu poslední dekády minulého století došlo k velmi zásadnímu vývoji v oblasti vydávání osob v rámci Evropské unie. V San Sebastianu byla v roce 1989 přijata Dohoda o zjednodušení a modernizaci způsobů doručování žádostí o vydání, jež umožnila zasílání žádostí i faxem. Následovalo přijetí Úmluvy o postupném rušení kontrol na společných hranicích, již se provedla Schengenská dohoda ze dne 14. 6. 1990. nebo došlo k přijetí Úmluvy o vydávání mezi členskými státy EU ze dne 10. 3. 1996, jež sice nenahrazovaly Úmluvu o vydávání z roku 1957, ale jen ji doplňovaly případy, jež v té době nebyly známy. Tyto úmluvy z roku 1995 a 1996 však již byly nahrazeny rozhodnutím o Evropském zatýkacím rozkazu.¹

Již v úvahách o vytvoření jednotného kodexu trestního tzv. Corpus iuris byla zmínka o evropském zatýkacím rozkazu. Zde se v čl. 24 odst. 1 písm. b) hovoří o evropském příkazu k zatčení, který má být vydán úřadem evropského generálního prokurátora národním soudcem a lze jej vykonat na celém území Evropské unie.²

Již v plánech Amsterodamské smlouvy a během zasedání Rady EU ve finském Tampere v říjnu 1999 se projevila vzrůstající nespokojenost s omezenou úpravou a úspěšností kooperace založené na mezinárodních smlouvách v rámci III. pilíře, které nedosáhly očekávané a požadované pružnosti justiční spolupráce. V bodě 35 závěrů z tohoto setkání byl zformulován požadavek na zrušení formálního postupu vydávání osob, jež se vyhýbají spravedlnosti a na urychlení postupu vydávání osob, jež jsou podezřelí ze spáchání trestného činu. Základním kamenem byla zásada vzájemného uznávání justičních rozhodnutí.

Po tragických událostech v USA 11. září 2001 byla tato potřeba více než evidentní. Za této situace schválila Rada Evropy Rámcové rozhodnutí o evropském zatýkacím rozkazu a procesu předávání mezi členskými státy. Toto rozhodnutí významně modifikuje zásadu nevydávání vlastních občanů, postupy předávání a nahrazuje ustanovení některých mezinárodních smluv.

Byť je velmi často uváděno, že rychlému přijetí evropského zatýkacího rozkazu dopomohly teroristické útoky v USA ze dne 11. 9. 2001, je zřejmé, že jeho samotnému přijetí předcházela dlouhá a komplikovaná vývoj.³

3. EVROPSKÝ ZATÝKACÍ ROZKAZ

Evropský zatýkací rozkaz je rozhodnutím vydaným soudem členského státu za účelem zatčení a předání požadované osoby jiným členským státem s cílem jejího trestního stíhání nebo výkonu nepodmíněného trestu odnětí svobody. Zatýkací rozkaz může být vydán na osoby podezřelé ze spáchání trestných činů, za něž je možno uložit trest odnětí svobody (nebo jiné

¹ Srovnej např. Kloučková, S. Evropský zatýkací rozkaz dostupné z <http://www.euractiv.cz/evropske-pravo/analiza/evropsk-zatkac-rozkaz>

² Srovnej např. Fenyk, J., Jílek, D.: Corpus Iuris. Základní trestněprávní ustanovení k zajištění ochrany finančních zájmů Evropské unie. Brno: Petr Sypták, 1998, str. 21.

³ Byť je nepochybné, že právě tento teroristický útok byl velkým impulsem celého procesu.

opatření omezující svobodu) s horní hranicí sazby alespoň dvanáct měsíců, nebo na odsouzené k trestu odnětí svobody (nebo k ochrannému opatření) v délce alespoň čtyř měsíců.

Je to první z větších zásahů do tradiční suverenity národních právních řádů prolamující a omezující taková historická tabu jako zásadu nevydávání vlastních občanů do jiného státu, zásadu reciprocity (vzájemnosti) nebo zásadu oboustranné trestnosti. Jedná se však o unikátní řešení problematiky extradice, kdy došlo k vytvoření přímého a méně formalizovaného právního rámce předávání stíhaných osob odbouráním nadbytečné rigidity a zjednodušením postupu při vydávání osob k jejich trestnímu stíhání nebo výkonu trestu odnětí svobody.

Evropský zatýkácí rozkaz je založen na zásadě vzájemného uznávání soudních rozhodnutí a důležitý je i jeho vztah vůči třem základním zásadám, které za běžných podmínek vytyčují provádění tradiční extradice. Jedná se o:

- a. zásadu nevydávání vlastních občanů do jiného státu,
- b. zásadu reciprocity,
- c. zásadu oboustranné trestnosti.

Ad a) Zásada nevydávání vlastních občanů k jejich trestnému stíhání či výkonu trestu do cizího státu stále ještě patří mezi nejzákladnější principy ovládající tradiční extradici. Není těžké pochopit, že suverénní státy těžko opouští představu své jedinečné územní svrchovanosti a výlučné pravomoci ve věcech spadajících do oblasti trestního práva. Evropský zatýkácí rozkaz tak představuje jeden z největších zásahů do již zavedeného systému a možno říci i ustálené tradice.

V rámci Evropského zatýkácího rozkazu je však ponechána možnost předání svého občana k trestnímu řízení do druhého státu podmínit jeho navrácením k výkonu uloženého trestu v domovském státě. Mimo to může předávající stát vázat předání svých občanů na splnění dalších podmínek.

Ad b) Zásada vzájemnosti se zde projevuje ve vymezení určitých trestných činů, u nichž je možné vydání pachatele mezi dvěma suverénními státy. Oproti klasickému pojetí extradice, která se převážně nevztahovala na trestné činy politické, vojenské nebo fiskální, znamená Evropský zatýkácí rozkaz velké pozitivum, kdy Evropská rada vyjádřila svůj názor, že pryč je doba, kdy byly politické trestné činy výlučnou doménou vnitrostátních úprav a byly tak často předmětem neprůhledných praktik a korupce. Obdobně je tomu u fiskálních deliktů, které mohou ohrožovat ekonomické zájmy všech členských států EU.

Ad c) Třetí zásadou, která výrazně ovlivňuje předávání osob do zahraničí je podmínka oboustranné trestnosti. Ta je prolomena v případech 32 výslovně uvedených trestných činů v případě, že je za ně možno uložit trest odnětí svobody s horní hranicí sazby alespoň tři let. Článek 2 odst. 2 Rozhodnutí vypočítává tyto nejzávažnější trestné činy, u kterých, jsou-li ve státě vydávajícím Evropský zatýkácí rozkaz trestné a zákon za ně stanoví odnětí svobody s horní hranicí nejméně 3 let, nebude vyžadována podmínka oboustranné trestnosti.

Kromě trestného činu terorismu a dalších trestných činů klasicky spojovaných s terorismem mezi ně lze dále zařadit např. útoky proti lidskému životu, zdraví, svobodě a důstojnost, finančním a majetkovým zájmům členských států i EU, obecným zájmům členského státu

nebo EU nebo proti nejzranitelnější skupině obyvatel – dětem. Zvláštní postavení má problematika rasismu a xenofobie, které jsou absolutně neslučitelné se zájmy EU a jejím zákazem diskriminace.

Pro ostatní trestné činy pak platí stále zásada, že předání předmětné osoby může být vázáno na požadavek, aby ve vykonávajícím státě bylo takové jednání rovněž trestným činem.

Nelze se ubránit dojmu, že trestné činy výslovně zmíněné v rámcovém rozhodnutí jsou natolik závažné, že není možné si představit stát, kde by nebyly kriminalizovány, obzvlášť chce-li mít tento stát přívlastek demokratický a právní.

Mezi členskými státy EU Evropský zatýkací rozkaz zcela nahrazuje:

- Evropskou úmluvu o vydávání ze dne 13. 12. 1957, její Dodatkový protokol ze dne 15. 10. 1975 a Druhý dodatkový protokol ze dne 17. 3. 1978;
- Evropskou úmluvu o potlačování terorismu ze dne 27. 1. 1977, pokud jde o vy dávání;
- Dohodu mezi 12 členskými státy Evropských společenství ze dne 26. 5. 1989 o zjednodušení a modernizaci způsobů doručování žádostí o vydání;
- Úmluvu ze dne 10. 3. 1995 o zjednodušeném postupu vydávání mezi členskými státy Evropské unie;
- Úmluvu ze dne 27. 9. 1996 o vydávání mezi členskými státy Evropské unie;
- hlavu III kapitoly 4 Úmluvy ze dne 19. 6. 1990, kterou se provádí Schengenská dohoda ze dne 14. 6. 1985 o postupném zrušení kontrol na společných hranicích.

Důsledkem toho je, že státy, které přijmou vnitrostátní právní úpravy o evropském zatýkacím rozkazu, mají tak učinit prohlášení (například podle § 28 odst. 3 Evropské úmluvy o vydávání ze dne 13. 12. 1957) o tom, že vypovídají tuto úmluvu, pokud jde o členské státy Evropské unie, protože budou mezi sebou nadále uplatňovat jednotnou právní úpravu týkající se evropského zatýkacího rozkazu.⁴

Rámcové rozhodnutí stanoví možnost členských států na základě uvážení, odvíjejícího se od základních principů, jakými jsou zejména *ne bis in idem* a *res iudicata*, nepředat požadovanou osobu do jiného státu. Rámcové rozhodnutí o evropském zatýkacím rozkazu v sobě ukrývá celkem 17 možností, jak se nejrůznějšími způsoby úplně vyhnout povinnosti předání či předání pozdržet. Tato skutečnost působí dojmem, že se státy jen neochotně vzdávají tradičních mechanismů spolupráce, které jim zajišťují přeci jen o něco větší míru suverenity. Nicméně v praxi se institut evropského zatýkacího rozkazu osvědčuje a dává většinou zapomenout na zdlouhavé několikaměsíční extradiční průtahy.

⁴ Kloučková, S. Evropský zatýkací rozkaz dostupné z <http://www.euractiv.cz/evropske-pravo/analyza/evropsk-zatkac-rozkaz> dne 24.5.2009

Při celkovém posouzení lze konstatovat, že byl členským státům ponechán rozsáhlý manévrovací prostor, jenž na jedné straně přispěje k zefektivnění trestněprávní spolupráce v Evropě, ale na straně druhé akceptuje požadavky států na zachování jejich národní suverenity v rámci trestního práva.

4. REALIZACE EVROPSKÉHO ZATÝKACÍHO ROZKAZU

Základní realizace evropského zatýkacího rozkazu spočívá ve dvou fázích a to v jeho vydání a následném vykonání. Obě fáze zajišťují justiční orgány, které mohou na jedné straně zatýkací rozkaz vydat nebo naopak vykonat. Nejčastěji se bude jednat o soudy a státní zastupitelství (prokuratury). Evropský zatýkací rozkaz musí splňovat nezbytné náležitosti, jakými jsou mimo jiné konkretizace požadované osoby; název, adresa a spojení na orgán, který zatykač vydal; popis skutku a jeho právní kvalifikaci a délku a druh uloženého trestu nebo trestu hrozícího. Výkon zatýkacího rozkazu spočívající v zajištění požadované osoby pak probíhá plně v souladu s ustanoveními vnitrostátního trestního práva. Osoba musí být po zatčení vyslechnuta a poučena o obsahu evropského zatykače, o právu na obhájce a tlumočníka, stejně jako o možnosti vyslovit souhlas s předáním do jiného státu.

Samostatnou pozornost je třeba věnovat konečnému rozhodnutí o předání nebo jeho odmítnutí. Rámcové rozhodnutí stanovilo lhůty, které mají zajistit rychlost a hospodárnost celého řízení. V případě, že zatčená osoba udělí souhlas se svým vydáním, činí lhůta pro předání pouze 10 dní od udělení tohoto souhlasu. Při absenci jejího souhlasu bude soud rozhodovat o předání ve lhůtě 60 dnů od zatčení. Tyto lhůty lze ve zvlášť závažných případech prodloužit o 30 dnů.

Důraz klade rámcové rozhodnutí na dodržování zásady speciality, stanovící možnost trestního stíhání nebo trestání v podobě odnětí svobody pouze a jen za trestný čin, pro jehož spáchání byla zatčená osoba předána.

Rámcové rozhodnutí umožňuje, aby členský stát odmítl výkon Evropského zatýkacího rozkazu:

1. jestliže se na trestný čin, na němž je zatýkací rozkaz založen, vztahuje ve vykonávajícím členském státě amnestie, pokud měl tento stát pravomoc tento trestný čin stíhat podle svého vlastního trestního práva;
2. pokud má vykonávající soudní orgán informace, že hledaná osoba byla pravomocně odsouzena za stejný čin členským státem za předpokladu, že v případě odsouzení byl trest vykonán, právě je vykonáván nebo podle právních předpisů členského státu, který vynesl rozsudek, ho již nelze vykonat – jedná se tedy o realizaci zásady *ne bis in idem* v této oblasti mezi členskými státy Evropské unie;
3. jestliže osobu, na níž byl Evropský zatýkací rozkaz vydán, nelze podle právních předpisů vykonávajícího státu vzhledem k věku považovat za trestně odpovědnou za jednání, na němž je zatýkací rozkaz založen.

Rámcové rozhodnutí umožňuje dále odmítnout výkon evropského zatýkacího rozkazu též v případech:

4. kdy existuje nedostatek oboustranné trestnosti – pokud nejde o druh trestné činnosti, který je vyjmenován v článku 2 odst. 2 tohoto Rámcového rozhodnutí, avšak v případě daní, cel nebo měny nelze odmítnout výkon Evropského zatýkacího rozkazu z toho důvodu, že právní předpisy vykonávajícího členského státu neukládají tentýž druh daní nebo cel nebo neobsahují stejná ustanovení, co se týče daní, cel a měny, jako právní předpisy vystavujícího státu;
5. jestliže osoba, na níž se rozkaz vztahuje, je ve vykonávajícím členském státě stíhána za stejný čin jako trestný čin, na němž je zatýkací rozkaz založen ;
6. jestliže soudní orgány vykonávajícího členského státu rozhodly buď nezačít trestní stíhání kvůli trestnému činu, na němž je založen Evropský zatýkací rozkaz, nebo zastavit řízení, či pokud byl v členském státě vynesena proti hledané osobě za stejné jednání konečný rozsudek, který zamezuje dalšímu trestnímu stíhání;
7. je-li trestní stíhání hledané osoby nebo výkon trestu podle právních předpisů vykonávajícího členského státu promlčen a jednání spadá do pravomoci tohoto členského státu na základě jeho vlastního trestního práva;
8. pokud má vykonávající soudní orgán informace, že hledaná osoba byla pravomocně odsouzena za stejný čin třetím státem za předpokladu, že v případě odsouzení byl trest vykonán, právě je vykonáván nebo podle právních předpisů členského státu, který vynesl rozsudek, ho již nelze vykonat;
9. pokud byl Evropský zatýkací rozkaz vydán za účelem výkonu trestu odnětí svobody nebo ochranného opatření, hledaná osoba se zdržuje ve vykonávajícím členském státě, je jeho státním příslušníkem nebo zde má trvalé bydliště a tento stát se zavázal provést výkon trestu odnětí svobody nebo ochranného opatření v souladu se svými vnitrostátními právními předpisy;
10. pokud byl Evropský zatýkací rozkaz vydán za účelem výkonu trestu odnětí svobody nebo ochranného opatření, hledaná osoba se zdržuje ve vykonávajícím členském státě, je jeho státním příslušníkem nebo zde má trvalé bydliště a tento stát se zavázal provést výkon trestu odnětí svobody nebo ochranného opatření v souladu se svými vnitrostátními právními předpisy.

Vztahuje-li se Evropský zatýkací rozkaz na trestné činy, které:

- byly podle právních předpisů vykonávajícího členského státu spáchány zcela nebo zčásti na území vykonávajícího členského státu nebo na místě, které se za toto území považuje;
- byly spáchány mimo území členského státu, jehož příslušný orgán evropský zatýkací rozkaz vydal, a právní předpisy vykonávajícího členského státu neumožňují stíhání za stejné trestné činy, pokud byly spáchány mimo jeho území – tato možnost byla stanovena zejména pro potřeby členských států uplatňujících angloamerický systém trestního řízení,

které neuplatňují v trestním řízení zásadu aktivní personality (tj. Velká Británie a z přístupových zemí Malta).⁵

5. EVROPSKÝ ZATÝKACÍ ROZKAZ A ČESKÁ REPUBLIKA

Česká republika, která nebyla v době přijímání evropského zatýkacího rozkazu členem EU, se nemohla (aktivně) podílet na jeho tvorbě, nicméně byla podrobně obeznámena s celým procesem a jeho významem pro kandidátské země. Přistoupení k EU 1. května 2004 se zavázala transponovat závazky rámcového rozhodnutí. Po dlouhých a notně emotivních politických diskusích byla nakonec s účinností od 1. listopadu 2004 přijata zákonem č. 539/2004 Sb., novela trestního řádu, jež pozměnila hlavu XXV.

Nejvíce byly diskutovány otázky ochrany lidských práv a zejména omezení zásady nevydávání vlastních občanů k trestnímu stíhání do zahraničí. Avšak možnost že by některý z členských států EU, které vycházejí z principů demokratismu a právního státu, vydal zatykač směřující k diskriminaci předávané osoby, je nulová.

Druhou a ještě více diskutovanou otázkou zůstal spor o propojení zákonné úpravy s ústavní rovinou ohledně předávání českých občanů k trestnímu stíhání nebo výkonu trestu do zahraničí.

Čl. 14 odst. 4 Listiny: *Občan nemůže být nucen k opuštění své vlasti.*“

Hovoří-li Listina o zákazu nucení občanů k opuštění republiky, jde o donucení k vyhoštění ze strany státu nebo nucení ze strany jakékoliv právnické či fyzické osoby. Klíčovým pojmem je zde vyhoštění. Tímto je třeba chápat trvalé opuštění země a zároveň bránění donucujícími orgány k opětovnému návratu do vlasti. Musí tedy dojít k naplnění obou podmínek – nucenému vyvezení za hranice a bránění v návratu. Musíme nutně vidět rozdíl ve vyhoštění za hranice a bránění v návratu. Musíme nutně vidět rozdíl ve vyhoštění osoby z území a jeho předáním pro účely trestního řízení do jiného členského státu. Ve druhém případě totiž Česká republika žádným způsobem nebrání předmětné osobě, aby se po skončení trestního stíhání nebo výkonu trestu navrátila zpět do republiky a nikterak jí přitom nebude bráněno. Naopak, vykonávající stát (zde tedy Česká republika) podmiňuje předání zatčeného jeho vrácením k případnému výkonu uloženého trestu.

Zvláštní ustanovení pro předávání osob mezi členskými státy Evropské unie na základě evropského zatýkacího rozkazu jsou obsažena v oddílu třetím hlavy dvacáté páté (§ 403 až § 422) trestního řádu⁶. **Jde vlastně o zvláštní úpravu vydávání pachatelů trestným činů mezi určitými stranami, jejímž cílem je takový postup zjednodušit a urychlit. Vydání pachatele je zde nahrazeno procesem předání. Ustanovení oddílu druhého o vyžádání z ciziny a o vydání do ciziny se na předávání osob mezi členskými státy užijí jen tehdy, pokud tato zvláštní úprava nestanoví jinak. Významnou změnou oproti extradici je nový způsob spolupráce mezi justičními orgány. Evropský zatýkací rozkaz je adresován přímo justičním orgánem. Role ústředního orgánu, Ministerstva spravedlnosti, je**

⁵ Kloučková, S. Evropský zatýkací rozkaz dostupné z <http://www.euractiv.cz/evropske-pravo/analyza/evropsk-zatkac-rozkaz> dne 24.5.2009

⁶ Zákon č. 141/1961 Sb., trestní řád ve znění pozdějších předpisů (dále jen TR).

omezena na administrativní a technologickou pomoc. Správní orgán, ministr spravedlnosti, se v tomto řízení na rozdíl od řízení extradičního nepodílí na rozhodovacím procesu. Důležitým průlomem do dosavadních pravidel zajišťování osoby pachatele trestného činu pro řízení v cizím státě je stanovení povinnosti předávat vlastní občany na vyžádání jiného členského státu. Česká republika může vlastního občana předat jinému členskému státu jen za podmínek vzájemnosti (§ 403 odst. 2). Přitom je však podle § 411 odst. 7 nutno předání k trestnému stíhání podmínit tím, že předaná osoba bude vrácena k výkonu trestu odnětí svobody do České republiky, pokud po vynesení rozsudku ve vyžadujícím státě nevysloví souhlas s výkonem trestu v tomto státě.

Pro účely předání je také prolomena zásada oboustranné trestnosti, a to ve výše zmíněných případech 32 trestních jednání, pokud je za ně možno v členském státě, který požaduje předání, uložit trest odnětí svobody s horní hranicí nejméně 3 roky (§ 412 TR). O předání z České republiky do jiného členského státu rozhoduje příslušný krajský soud na návrh státního zástupce, který ve věci provedl předběžné šetření, jehož účelem je zjistit, zda jsou podmínky pro předání na základě evropského zatýkacího rozkazu.

Náležitostmi Evropského zatýkacího rozkazu jsou dle ust. § 405 TR:

1. jméno a příjmení obviněného, další osobní údaje umožňující jeho identifikaci a údaje o státní příslušnosti, jeho popis, případně fotografii a otisky prstů,
2. název, adresu, číslo telefonu a faxu a elektronickou adresu orgánu, který vydal evropský zatýkací rozkaz,
3. údaj o tom, zda existuje vykonatelný rozsudek, příkaz k zatčení podle § 69, mezinárodní zatýkací rozkaz podle § 384 nebo jiné vykonatelné rozhodnutí mající též účinek, které se týká téhož činu, pro nějž je evropský zatýkací rozkaz vydán,
4. zákonné pojmenování trestného činu s doslovným zněním příslušných zákonných ustanovení, včetně stanovené trestní sazby pro daný trestný čin podle právních předpisů vyžadujícího členského státu,
5. vylíčení skutkového děje s přesným vyznačením doby, místa, způsobu spáchání, míry účasti obviněného na trestném činu a následky trestného činu, pokud je možno je uvést, a
6. ustanovení o promlčení a dále popis úkonů ovlivňujících plynutí promlčecí doby, pokud od spáchání trestného činu do vydání evropského zatýkacího rozkazu uplynula doba více jak 3 roky.

Evropský zatýkací rozkaz pro účely vyžádání odsouzeného k výkonu trestu odnětí svobody musí kromě údajů uvedených v odstavci 2 písm. a) až d) obsahovat též údaj, kterým soudem a k jakému trestu byl odsouzen, a dále údaje o způsobu zajištění práv obhajoby obviněného v řízení, pokud byl rozsudek vydán v řízení proti uprchlému nebo v jeho nepřítomnosti, s připojením znění § 306a. Evropský zatýkací rozkaz musí obsahovat také ustanovení o promlčení a dále popis úkonů ovlivňujících plynutí promlčecí doby, pokud od právní moci rozsudku do vydání evropského zatýkacího rozkazu uplynula doba více jak 5 let.

Pokud některý z trestných činů, pro které je vyžadováno předání, je trestným činem podle § 412 TR, soud tuto skutečnost na evropském zatýkacím rozkazu označí.

Poté doručí soud, který vydal Evropský zatýkací rozkaz, tento Policejnímu prezidiu České republiky k pořízení záznamu v Schengenském informačním systému za účelem zatčení a předání osoby, stejnopis evropského zatýkacího rozkazu současně doručí Ministerstvu spravedlnosti. Je-li známo, kde se osoba nachází, doručí soud evropský zatýkací rozkaz příslušnému orgánu předávajícího státu v souladu s právním řádem předávajícího státu v úředním nebo v jednom z úředních jazyků předávajícího státu či v jiném jazyce, v němž je předávající stát ochoten evropský zatýkací rozkaz přijmout. Ministerstvo spravedlnosti stanoví vyhláškou vzor evropského zatýkacího rozkazu. (§ 405 odst. 5 TR). Přičemž ohledně pořízení záznamu v Schengenském informačním systému pojednává ust. § 404a TR.

6. ZÁVĚR

Každý stát, chce-li být ztotožňován s přívlastkem demokratický, musí s projevy kriminality účinně bojovat a přitom spolupracovat s ostatními státy bez ohledu, zda jsou přímo dotčeny jeho vlastní zájmy nebo zájmy jiných subjektů. A přesně o to se snaží Evropský zatýkací rozkaz.

Přínos Evropského zatýkacího rozkazu ve srovnání s mezinárodním zatýkacím rozkazem je jednak v procesu vydávání (extradice) z jednoho státu do druhého, kdy z úrovně výkonné moci (tj. ministrů a vlád) je nahrazen předáváním přímo mezi justičními orgány a je tedy vyloučena účast výkonné moci (zejména ministra spravedlnosti) na rozhodování o předání. Dále se v jeho případě uplatňuje zásada vzájemného uznávání, tj. dožádaný orgán nezkoumá trestní řízení vedené dožadujícím státem - pouze posuzuje splnění podmínek pro realizaci Evropského zatýkacího rozkazu. Dochází tak k významnému omezení zásady oboustranné trestnosti a za stanovených podmínek je možno k trestnímu stíhání předat i vlastního občana. Není tedy již možné se schovat před spravedlností v domovském státě, což výrazně zjednodušuje stíhání nadnárodních organizovaných skupin zločinců. Justiční orgány mají ohledně rozhodnutí o předání a o jeho samotné realizaci pevně stanovené lhůty, což znamená menší zásah do práv předávané osoby (při nedodržení lhůty na předání musí být osoba propuštěna). Byl zaveden jednotný formulář, jenž nejen urychluje, ale i zjednodušuje administrativní a překladatelskou složku, kdy jsou veškeré oficiální jazykové mutace formuláře soudům dostupné též v elektronické podobě. A konečně došlo k využití tzv. Schengenského informačního systému (SIS) k šíření Evropského zatýkacího rozkazu s tím, že záznam v SIS je roven originálu Evropského zatýkacího rozkazu.

I přes některé praktické problémy s rozdílnou implementací Rámcového rozhodnutí o Evropském zatýkacím rozkazu v členských státech je zavedení Evropského zatýkacího rozkazu hodnoceno jako velký úspěch. Počet předaných osob výrazně vzrostl proti minulosti, předávací procedura se zásadním způsobem zkrátila (rekordmany jsou Španělé a Portugalci, kteří zvládli předání i za dva dny) a zjednodušila. Skrývat se před spravedlností už není tak snadné jako v minulosti, což je dobrá zpráva pro všechny poctivé občany.

Evropský zatýkací rozkaz je sice relativně mladým institutem trestního práva, ovšem i přes původní rozpaky se s úspěchem zapojil do praxe justičních orgánů napříč celou Evropou.

Literature:

- Universitatis Carolinae: Vybrané otázky europeizace trestního procesu, Iuridica 2/2008, Univerzita Karlova v Praze
- Fenyk, J., Jílek, D.: Corpus Iuris. Základní trestněprávní ustanovení k zajištění ochrany finančních zájmů Evropské unie. Brno: Petr Sypták, 1998, str. 2
- Jelínek J. a kolektiv: Trestní právo procesní, 5. aktualizované vydání Linde Praha, 2007
- Kloučková, S.: Evropský zatýkací rozkaz dostupné z <http://www.euractiv.cz/evropske-pravo/analyza/evropsk-zatkac-rozkaz-dne-24.5.2009>
- Kmec, J. Evropské trestní právo. Mechanismy europeizace trestního práva a vytváření skutečného evropského trestního práva. 1. vydání.
- Praha: C.H.Beck, 2006, 230 s.
- Lyčka, M.: Caso Goicoechea: Boj s Evropským zatýkacím rozkazem, ze dne 30.10.2008, Jurisprudence r. 2008, číslo 6, str. 55
- Vantuch, P.: Evropský zatýkací rozkaz, Právní rádce r. 2004, číslo 4, str. 61
- Zákon č. 141/1961 Sb., trestní řád ve znění pozdějších předpisů (dále jen TR)

Reviewer:

Jaroslav Fenyk

Contact – email:

eva.zatecka@law.muni.cz - prepechalovakaterina@seznam.cz

CONSUMER PROTECTION IN THE EC/EU – FROM MINIMUM TO MAXIMUM HARMONIZATION?

KATEŘINA SKŘIVÁNKOVÁ

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Tento příspěvek se věnuje vývoji principů minimální a maximální (úplné) harmonizace v oblasti ochrany spotřebitele v právu ES/EU. Příspěvek představuje a analyzuje klíčové legislativní dokumenty spotřebitelského *acquis* a snaží se kriticky zhodnotit současné snahy Evropské komise zavést v oblasti ochrany spotřebitele princip úplné harmonizace.

Key words in original language:

Ochrana spotřebitele, ES, EU, spotřebitelské *acquis*, harmonizace.

Abstract:

This paper deals with the development of the principles of minimum and maximum (full) harmonization in the field of consumer protection in EC/EU law. The paper presents and analyses key legislative documents of consumer *acquis* and seeks to critically examine current efforts of the European Commission to introduce principle of full harmonization into the area of consumer protection.

Key words:

Consumer protection, EC, EU, consumer *acquis*, harmonization.

Introduction

The EU consumer policy is often regarded as chaotic, heterogeneous and above all ineffective. Minimum harmonization, the key principle of consumer protection in the EU, is mentioned as the main reason for this state of affairs, and has been repeatedly subject to criticism. One of the last initiatives of the European Commission concerning minimum harmonization has been the so-called Green Paper on the Review of Consumer *Acquis*¹ which tried to seek solutions of the most obvious problems caused by minimum harmonization, i. e. fragmentation of rules on consumer protection among different member states and lack of confidence of both consumers and professionals.² The Commission suggested three different alternatives how to deal with the above mentioned problems, two of them based on minimum, one on maximum harmonization. Following the outcome of public hearing on proposal of the Green Paper, a horizontal legislative instrument based on maximum harmonization and applicable to national and cross-border transactions concerning areas of EU consumer

¹ COM (2006) 744 final, Brussels, 8. 2. 2007.

² For more detailed analysis of the topic see point 3. of the Green Paper on the Review of the Consumer *Acquis* (COM (2006) 744 final, Brussels, 8. 2. 2007).

protection regulated by the eight revised directives³ seems to be the one most preferred by stakeholders across Europe.

The concept of full harmonization has therefore been getting more and more popular as can be further seen in provisions of Consumer Policy Strategy 2007 - 2013⁴ as well as in the 2008 Proposal of a Directive on Consumer Rights.⁵ However, the concept of maximum harmonization in the area of EU consumer protection is not a new one – it already appeared in the Consumer Policy Strategy 2002 – 2006⁶ in which it was presented as a suitable method of regulation for issues related to timeshare and package travel.⁷

Summing up, one can conclude that the maximum harmonization principle seems to be prevailing existing methods of EU consumer protection regulation. It is nonetheless necessary to remark that even if the principle of maximum harmonization definitely prevails, it is not going to rule all issues of consumer protection – as mentioned above, the principle is only supposed to apply areas covered by the eight to-be revised directives (and in the case of the proposal for a directive on consumer rights only by four sector directives). It is therefore questionable whether the adoption and application of maximum harmonization principle in some issues of consumer protection will contribute to more coherent and stronger consumer protection in the EU, or whether the fragmentation of rules will be removed in some areas, but maintain in others. In this paper, the above mentioned question is discussed together with some major developments of the regulation of consumer protection. As for the methodology, it is necessary to add that exclusively documents of the Commission are discussed.

³ Council Directive 85/577/EEC to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises, Council Directive 90/314/EEC on package travel, package holidays and package tours, Council Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts, Directive 94/47/EC of the European Parliament and the Council on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis, Directive 97/7/EC of the European Parliament and the Council on the protection of consumers in respect of distance contracts, Directive 98/6/EC of the European Parliament and the Council on consumer protection in the indication of the prices of products offered to the consumer, Directive 98/27/EC of the European Parliament and Council on injunctions for the protection of consumer interests, Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees.

⁴ Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee – EU Consumer Policy Strategy 2007 – 2013 – Empowering consumers, enhancing their welfare, effectively protecting them, COM (2007) 99 final, Brussels, 13. 3. 2007.

⁵ Proposal in a Directive of the European Parliament and the Council on consumer rights, COM (2008) 614 final, Brussels, 8. 10. 2008.

⁶ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of Regions, - Consumer Policy Strategy 2002 – 2006, COM (2002) 208 final, Brussels, 7. 5. 2002.

⁷ The two directives, 94/47/EC and 90/314/EEC, were expressly mentioned in the Strategy paper. According to part 3.1.2.2. of the Strategy, others were to follow. For more detailed information, see the Consumer Policy Strategy 2002 – 2006, especially part 3.1.

1. THE MINIMUM HARMONIZATION PRINCIPLE IN EU CONSUMER POLICY

It is well known that consumer protection in the EU⁸ is ruled by the principle of minimum harmonization which enables the member states to maintain their own – higher – standards while introducing into their national law minimum standard of protection required by the EU. The legal basis for minimum harmonization in matters of consumer protection is set in Art. 153 of the Treaty establishing the European Communities (TEC) which expressly reads in its subparagraph 5 that *measures adopted pursuant to paragraph 4 shall not prevent any Member State from maintaining or introducing more stringent protective measures. Such measures must be compatible with this Treaty. The Commission shall be notified of them.*⁹

The provision of Art. 153 TEC clearly demonstrates the core of minimum harmonization principle – the member states are allowed to maintain their own national rules on consumer protection on the condition that EU (or more precisely spoken Community) rules are respected. Moreover, national measures must observe the Community ones and must be in compliance with the TEC, i. e. especially must not constitute obstacles to the internal market and free movement of the so-called four freedoms. Problems in the area of EU consumer protection, caused by minimum harmonization, are well-known and widely discussed; apart from the ones mentioned above in the text, as some more negative results of minimum harmonization divergences in laws applied to business-consumer commercial practices and heterogeneous use of self-regulation and codes of conduct can be named.¹⁰

2. DEVELOPMENT OF THE PRINCIPLES OF MINIMUM AND MAXIMUM (FULL) HARMONIZATION

The European Commission has been quite active in naming and seeking for solution of problems connected with minimum harmonization; however, consumer policy did not get the necessary attention of the Commission earlier than at the turn of the 20th and 21th century.¹¹ One of the very first Commission documents on consumer protection was Consumer Policy Action Plan 1999 – 2001;¹² nevertheless, the Action Plan just stated needs for better consumer

⁸ More correctly spoken, we should speak about Community (not EU) consumer policy as the EU itself has no legal power to legislate in the matter, but for simplification, the term EU consumer policy will be used.

⁹ The whole provision of Art. 153 reads as follows: 1. In order to promote interests of consumers and to ensure a high level of consumer protection, the Community shall contribute to protecting the health, safety and economic safety of consumers, as well as promoting their right to information, education and to organize themselves in order to safeguard their interests. 2. Consumer protection interests shall be taken into account in defining and implementing other Community policies and activities. 3. The Community shall contribute to the attainment of the objectives referred to in paragraph 1 through: a) measures adopted pursuant to Article 95 in the context of the completion of the internal market; b) measures which support, supplement and monitor the policy pursued by the Member States. 4. The Council, acting in accordance with the procedure referred to in Article 251 and after consulting the Economic and Social Committee, shall adopt measures referred to in paragraph 3 (b). 5. see the provision supra in the text.

¹⁰ See The Green Paper on European Union Consumer Protection, COM (2001) 531 final, Brussels 2. 10. 2001.

¹¹ Actually, this fact is not that surprising as the Directorate General for Health and Consumer Protection (the so-called DG SANCO) was not created until 1999.

¹² COM (98) 696 final, Brussels, 1. 12. 1998.

protection in the EU and did not even express the principle of minimum harmonization.¹³ Therefore, the 2001 Green Paper on European Union Consumer Protection¹⁴ can be regarded as the first Commission document dealing with minimum harmonization. The Commission not only named the most burning issues of consumer protection but also presented two possible solutions – a specific approach based on the adoption of a series of further directives or a mixed approach of a comprehensive framework directive, possibly supplement by targeted directives where necessary.¹⁵ The first option is actually based on updating of existing directives and perhaps adoption of new and highly specified ones. On the one hand, such approach is already a known and established method of regulation of consumer protection. On the other hand, it is quite obvious that when adopting the specific approach, the existing problems caused by minimum harmonization could not be solved. The other option is based on an adoption of a framework directive which would be comprehensive and technology-neutral and would harmonize national fairness rules for business-consumer commercial practices.¹⁶ According to the 2001 Green Paper, the framework directive should not substitute existing sector-specific directives; it should rather build a set of rules applicable to all cross-border business-consumer relations in the internal market and removing all possible restrictions not covered by sector-specific directives.

The idea of creating a framework directive which would cover issues inherent to all possible problems regulated by individual and specified directives shows a shift in the viewing of consumer protection in the EC/EU. Comparing the attitude taken in the Action Plan (in which the Commission made quite clear that the issue of consumer protection in Europe is a new one and as such will be regulated rather on an administrative level than a legislative one) and in the 2001 Green Paper, one can observe a certain level of change. Whereas in the former document the Commission did not even mention minimum harmonization and put administrative cooperation and informal relations between businesses and consumers (based probably to a great extent on self-regulation) in the first place, in the latter one it expressly spoke about insufficient level of consumer protection and troubles caused by heterogeneous rules across Europe – a result – in the Commission's point of view – of minimum clauses in directives on consumer protection. It also proposed a framework directive; nevertheless, there was no notice of maximum harmonization.

3. FROM MINIMUM TO FULL HARMONIZATION

Activities of the Commission in the field of consumer protection continued by the Consumer Policy Strategy 2002-2006. In this document, the Commission defined a high common level

¹³ The Action Plan – being the first communication from the Commission to other institutions in the field of consumer protection on EU level – demonstrated the realisation that consumer protection constitutes a new EC/EU policy. However, the Plan is rather proclamatory and highlights the need of cooperation between businesses and consumer. At the same time, the Commission calls for a better administrative cooperation with the member states and mentioned a need for some kind of framework to manage such cooperation on a base of non-legislative issues. For more detailed information, see the Action Plan (bibliographic information under note 11 supra).

¹⁴ For bibliographic information see note 10 above.

¹⁵ Par. 3.2 of the Green Paper, p. 10.

¹⁶ Par. 3.4 of the Green Paper, p. 11.

of consumer protection across the EU as one of the mid-term objectives of the new consumer policy strategy.¹⁷ Based on the results of the 2001 Green Paper, the Strategy warned that the application of principle of mutual origin without sufficient degree of harmonization is not appropriate for some consumer protection issues, namely services.¹⁸ In relation to existing EU legislation on consumer protection the Commission focused mainly on the directives on timeshare and on package travel and package holidays¹⁹ for which it – for the first time in the legislative history of EC/EU consumer policy - proposed full harmonization to prevent further fragmentation of the internal market and variations of consumer protection rules across Europe. The Commission also proclaimed to report on implementation of several of the existing directives, which require it²⁰ - thus it indicated that full harmonization might not stop at the two directives mentioned above. This step – however in reality perhaps rather proclamatory – can be definitely regarded as positive as it demonstrates several important things concerning the relation of the Commission – or more broadly the EU – to consumer policy. Firstly, it is a clear evidence that the EU is aware of the problems caused by minimum harmonization attitude in the field of consumer protection and at the same time that it is willing not only to name such problems, but also to deal with them. Secondly, it proves a changing character of EU consumer policy – it is obvious that from a supplementary field of Community (and EU) activity, consumer policy has developed into if not that important (in comparison with other policies), at least independent area of EU activity. Even though consumer protection belongs to fields that do not fall within exclusive powers of the EC/EU, the Strategy showed the shift of attitude, namely the realization that sheer coordination of activities of the member states is not sufficient and that a Community action (and thus a strong one) is needed. The chosen method of full harmonization also demonstrates a strong will to overcome possible objections of those member states which rely on the minimum clauses in directives on consumer protection and do not wish to maintain or introduce more stringent rules. However, we should not be too optimistic as there is still a long way from words to action.

As already mentioned above, one of the recently most discussed Commission documents regarding consumer protection was the Green Paper on Revision of the Consumer Acquis. In comparison with previous Commission documents, the Paper was revolutionary because it tried to encompass the issues regulated so far by eight different directives and it offered several various solutions, differing from preservation of current state of affairs, creation of a so-called horizontal instrument covering the main definitions and institutes applicable to all issues concerned to different levels of harmonization, one of them being the full one. As usual, the Commission asked general public as well as professionals in the field and stakeholders to express their opinion on suggested models of future regulation of consumer acquis. The message which resulted from the public hearing was quite clear – an adoption of a horizontal legislative instrument applicable both to domestic and cross-border transactions, based on full targeted harmonization, preferably combined with revision of existing sector

¹⁷ Par. 3.1 of the Strategy, p. 8.

¹⁸ Par. 3.1.2.1 of the Strategy, p. 9.

¹⁹ Directives 94/47/EC and 90/314/EEC.

²⁰ Par. 3.1.2.2, p. 9-10.

directives.²¹ The chosen solution once again reflects the shift of perception of consumer issues in Europe and proves that full harmonization together with some kind of framework legislative instrument (the so-called horizontal instrument, in the words of the 2007 Green Paper) is inevitable. It can be optimistically assumed that the points taken by the Commission already in the 2001 Green Paper and 2002 Consumer Policy Strategy were the right one as the key ideas (i. e. the need for full harmonization, however in the Strategy meant only for two sector directives, and an adoption of a framework directive proposed in the Green Paper) not only appeared in the new Green Paper on the Review of the Consumer Acquis, but also – and particularly – were approved by the stakeholders and general and professional public as the best model for regulation of the issues of consumer protection.

The trend was further strengthened in recent Commission documents on the topic, the EU Consumer Policy Strategy 2007 – 2013 and the Proposal for a Directive on Consumer Rights. In the Strategy, the Commission expressly referred to the previous Strategy (the 2002 – 2006 one) and its concept of full harmonization and declared the will to use full harmonization as a means of consumer protection regulation. According to the new Strategy, each regulatory problem and the need for any proposals will continue to be judged on its own merits and the full range of regulatory instruments considered. If legislative proposals are identified as the appropriate response, targeted full harmonisation of consumer protection rules at an appropriately high level will tend to be the Commission's approach.²²

In Art. 4 of the proposed directive, full harmonization is clearly expressed²³ and the member states are officially discouraged from any action breaching this principle. Nevertheless, as the Commission itself admits in the explanatory memorandum to the directive in par. 56, traders can offer consumers contractual arrangements going beyond the protection offered by the directive. This is on the one hand clear, as the impossibility to impose duties on individuals by directives belongs to one of the key principles of EU law. On the other hand, one can ask a rather philosophical question whether full harmonization in the field of consumer protection (or in any other area of EC/EU activity) is really possible. We can imagine full harmonization *de iure*, but it is highly questionable *de facto* as professionals (traders) from different member states will keep on offering different contractual conditions (and – not to be mistaken – this is their right which should be fully respected). Another painful issue in this aspect is the scope of planned full harmonization. Unlike the 2007 Green Book, the proposed directive is aimed at four directives connected mainly with sales of goods and services, namely directive 85/577/EEC to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises, directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts, directive 97/7/EC on the protection of consumers in respect of distance contracts and directive 1999/44/EC on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees. The idea is obvious, that is to create a framework for logically bound issues; it is nonetheless surprising that the proposed directive ignores issues of timeshare and package holidays. Naturally, these fields

²¹ For detailed outcome see Commission Staff Working Paper: Report on the Outcome of the Public Consultation on the Green Paper on the Review of the Consumer Acquis.

²² Part 4, p. 16.

²³ The article reads as follows: *Member States may not maintain or introduce, in their national law, provisions diverging from those laid down in this Directive, including more or less stringent provisions to ensure a different level of consumer protection.*

are quite specific and cannot be subsumed under categories of pure sales of goods and services, on the other hand, they were the first issues to be regulated by full harmonization (as results from the Consumer Policy Strategy 2002-2006) and still no development in this area can be observed. Furthermore, even if a general framework for sales of goods and services is created, it is highly questionable whether the area will be fully covered – what about for example the directive on e-commerce²⁴ and others, which concern sales, even to a smaller extent? The wording of Art. 4 also leaves some doubt as to the time period it is focused on. As V. Mak warns in her example of Product Liability Directive²⁵ and case Commission v. France,²⁶ maximum harmonization would [...] apply also to pre-existing legislation, precluding national laws from diverting from the Directive's regime.²⁷ The example dealt with a different directive, but the wording of Art. 4 of the proposed framework directive is clearly calling for an interpretation of the European Court of Justice. Current wording of Art. 4 – taking into consideration the fact that it is based on maximum, not minimum harmonization – looks certainly retroactive.

4. CONCLUSION

Summing up, full harmonization is not a new means of regulation of EU consumer protection as a brief overview of relevant Commission documents on consumer protection showed. Within time, the notion of full harmonization has varied from a mere idea in Consumer Policy Strategy 2002-2006 to a proposal for a framework directive actually built on full harmonization, even if only for consumer contracts. The idea per se is a good one as maximum harmonization has the potential to remove problems caused by minimum harmonization and above all is capable of creating a similar, if not the same, level of consumer protection across Europe. However, if the method presented in the last Consumer Policy Strategy and the proposed Directive on Consumer Rights is adopted, a certain level of uniformity of rules can be achieved, at least in the field of consumer contract law (or more correctly spoken, in most aspects of consumer contract law). Still, there are many issues of consumer protection not covered and not to be covered by full harmonization, and these are going to be fragmented even in the future. It is nevertheless a necessary consequence of a fact that consumer policy belongs to harmonized and not unified fields of EC/EU activities.

Literature:

- Mak, V.; Review of the Consumer Acquis: Towards Maximum Harmonization? European Review of Private Law, Vol. 17, No. 1, 2009, 19 p., ISSN: 0928-9801.
- Consumer Policy Action Plan 1999 – 2001, COM (98) 696 final, Brussels, 1. 12. 1998

²⁴ Directive 2000/31/EC on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market.

²⁵ 85/374/EEC.

²⁶ Judgement of the European Court of Justice of 25. 4. 2002, C 52/00.

²⁷ See Mak, V. Review of the Consumer Acquis: Towards Maximum Harmonization? European Review of Private Law, 2009, Vol. 17, No. 1, pp. 55-73. Once again it must be noted that the case dealt with the Produkt Liability Directive; in my opinion, however, the remark is applicable to the proposed framework directive as it concerns full harmonization.

- Green Paper on European Union Consumer Protection, COM (2001) 531 final, Brussels 2. 10. 2001
- Consumer Policy Strategy 2002 – 2006, COM (2002) 208 final, Brussels 7. 5. 2002.
- Green Paper on the Review of Consumer Acquis, COM (2006) 744 final, Brussels, 8. 2. 2007.
- The European Commission: EU Consumer Policy Strategy 2007 – 2013. Empowering consumers, enhancing their welfare, protecting their rights. Luxembourg : Office for Official Publications of the European Communities, 2007, 26 p., ISBN: 978-92-79-06115-8.
- Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Consumer Rights, COM (2008) 614 final, Brussels 8. 10. 2008
- Commission Staff Working Paper: Report on the Outcome of the Public Consultation on the Green Paper on the Review of the Consumer Acquis, 16 p., available at: http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/acquis_working_doc.pdf (accessed on 7. 6. 2009).

Reviewer:
Filip Křepelka

Contact – email:
katerina.skrivankova@gmail.com

**REFLECTION ON THE APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF
MUTUAL RECOGNITION IN CRIMINAL MATTERS,
DEMONSTRATED ON THE IMPLEMENTATION OF THE EUROPEAN
ARREST WARRANT IN THE EU MEMBER STATES**

MICHAEL ŠVARC

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, ČR

Abstract in original language:

This paper will focus on the possible problems with the application of the principle of mutual recognition in criminal matters, as demonstrated on the problems encountered while implementing the European Arrest Warrant (EAW), as the most well-known, ambitious and striking instrument, giving effect to the principle of mutual recognition in the EU. First and foremost the position of the three constitutional courts (in the Czech Republic, Poland and Germany) adjudicating on the constitutionality of the national legislation implementing the EAW will be examined. The ECJ judgement on the validity of the EAW framework decision will then be also briefly remembered. Finally, looking at the Commission report on the implementation of the EAW, great advantages and successes of the EAW will be stressed. However, at the same time some shortcomings in the implementation of the EAW will be mentioned as well. In this respect, some practical instances of problems will be also emphasized, particularly from the perspective of the protection of fundamental rights, proportionality and legal certainty, in order to come to the conclusion that although the instrument of the EAW itself contributed a lot to the more effective and speedy judicial cooperation in criminal matters in the matter at stake (surrendering persons within the EU for criminal prosecution and/or serving imprisonment), it shall not be implemented mechanically by the competent judicial authorities, but due account should be rather taken to the proportionality, while protecting the fundamental rights and freedoms, especially where other competing instruments to bring criminals to justice may be at disposal and the genuine mutual trust, based on common standards (both in procedural and substantive criminal law) between the EU member states, is still largely missing.

Key words in original language:

European arrest warrant, free movement of persons, extradition/surrender of nationals, double criminality, implementation, proportionality, fundamental rights' observance

1. INTRODUCTION

The Tampere European Council in 1999 recognized the principle of mutual recognition as the cornerstone of judicial cooperation both in civil and criminal matters. The idea of mutual recognition stemming from the well-known *Cassis de Dijon* judgement of the ECJ should therefore extend beyond the area of free movement of goods etc. and stretch itself to the area of free movement of judicial decisions (particularly judgements) within the area of freedom, security and justice.¹ In criminal matters, the Tampere European Council urged member states (amongst others) to abolish formal extradition procedures and replace them by simple transfer of the persons fleeing from justice.² This succeeded on 13 June 2002, when the Council framework decision on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States (EAW) was adopted. The fast adoption of this instrument, regarded as the first and most striking example of the extensive judicial cooperation in criminal matters adopted within the EU third pillar, was facilitated also by the political atmosphere in the aftermath of 11th September 2001, where the demonstration of ability to combat cross-border crime was a “must”.³

The EAW brought a number of novelties. The general aim was to simplify and expedite procedures for extradition, respectively surrender, of persons convicted or accused of crimes between the EU Member States. Direct contact between the competent issuing and executing judicial authorities was put to the forefront. The general obligation to recognize and execute the EAW issued by another Member State was established, while allowing only limited grounds for refusal to execute the EAW (see art. 3, 4 of the EAW framework decision). The real executive powers of the central authorities in the extradition process diminished and in principle only the technical and administrative assistance remained in their hands. The main controversial issues which attracted the attention of the national constitutional courts, as will be shown below, include the duty to extradite its own nationals (upon the certain conditions) and the abolishment of double criminality as regards the 32 categories of criminal acts, if criminalized by 3 years of imprisonment at least in the state issuing EAW (see art. 2 par. 2 of the EAW framework decision).

In this paper firstly, I will try to point to the key “messages” arising from the judgements of the three constitutional courts (Czech, Polish, German) on the constitutionality of the

¹ See elaborated thesis on this subject in the field of criminal cooperation within the EU: Peers, S.: Mutual recognition and criminal law in the European Union: Has the Council got it wrong? *Common Market Law Review*, 2004, č. 41, s. 5 – 36.

² See: http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/criminal/recognition/doc_criminal_recognition_en.htm

³ See: Komárek, J.: European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: Contrapunctual Principles in Disharmony, *Jean Monnet Working Paper* 10/05, 2005, p. 7, 8; Alegre, S., Leaf, M.: Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon? *Case Study — the European Arrest Warrant*. *European Law Journal*, 2004, č. 2, sv. 10, p. 201, 202.

legislation implementing the EAW framework decision (EAW FD), which will also reveal the problems behind this instrument. I will briefly remember the ECJ ruling on the validity of the EAW FD at the same time.

Then the Commission report evaluating the implementation of the EAW FD will be examined, while stressing the advantages but noticing also the shortcomings of the operation of the EAW within the EU.

Finally some critical remarks will be expressed, especially as regards the respect to fundamental rights of individuals, legal certainty and proportionality, while implementing the EAW and some of its problematic concepts (disproportionate use even when more useful and proportionate means might be at disposal, abolishment of double criminality). This will be illustrated on some “real-life” examples.

The conclusion will summarize the content of the whole thesis and emphasize the main ideas of the paper.

2. EAW TRANSPOSITION UNDER THE SCRUTINY OF THE CONSTITUTIONAL COURTS AND EAW AT ECJ

The issue of extraditing its own nationals was common to all the three Constitutional Courts – in Poland, Germany and the Czech Republic.

In Poland the relevant provision of the Polish Constitution (art. 55 par. 1) did prohibit the extradition of Polish nationals. The Polish Constitutional Court⁴ rejected the argument that the extradition and surrender procedure are of different nature, respectively that the explicit prohibition of extradition does not mean at the same time the prohibition of the surrender procedure. It pointed to the fact that both procedures involve the transfer of a person to another country to be prosecuted or to serve a sentence which had been imposed.⁵

The Polish Constitutional Court did not also take advantage of the possibility to interpret the above mentioned prohibition to extradite Polish citizens in the light of another provision of the Polish Constitution (art. 33 par. 3), which provided for the possibility to limit the constitutional rights by statute when it is necessary for the protection of democracy, public security or public order.⁶ It might well have been argued that the interests of public security could allow to limit the Polish citizens’ rights not to be extradited, especially when the essence of that right would be untouched, if we consider the possibility of a time-limited surrender for criminal prosecution to another Member State, where the fair trial is guaranteed while the possibility to serve afterwards the imposed imprisonment at home exists.⁷

⁴ See: Judgement of the Polish Constitutional Tribunal on the European arrest warrant, in English available at: http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/summaries_assets/documents/P_1_05_full_GB.pdf

⁵ See: Doobay, A., Peters & Peters: Implementation of the European Arrest Warrant Scheme. Justice Conference on Extradition, Deportation and Rendition 31st March 2006 (document available at web), p. 3.

⁶ See: Komárek, J.: European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: Contrapunctual Principles in Disharmony, Jean Monnet Working Paper 10/05, 2005, p. 12.

⁷ See: Ibid, p. 12

Moreover, it seems to me this would be perfectly in line with the Pupino judgement⁸ of the ECJ, which requires member states to interpret the whole body of national legislation in line with the European law, including Union law. However, to be fair, it must be said that such a ruling was not yet delivered at that time and also the divergent view, which observed the full prohibition of extraditing/surrendering its own nationals as the essence of that right, particularly when formulated as the rule, is similarly legitimate.

As a result, the Polish Constitutional court held the implementing legislation in the respect of extraditing its nationals as unconstitutional. However, it did so in a very “pro-European fashion” by postponing the effects of such a decision, while taking advantage of the maximum period of 18 months of prospective temporal limitation.⁹

In Germany, where the Federal Constitutional Court (FCC)¹⁰ was called to rule on the constitutionality of the domestic legislation implementing the EAW FD, the situation was a little bit different from that in Poland. There was no absolute prohibition of extraditing German nationals. However, such a possibility between the EU member states was subject to the statutory regulation and the condition that the rule of law is upheld. While bearing in mind such a limitation, the FCC examined the challenged legislation and found it unconstitutional, when stressing that the legislative discretion offered by the EAW FD was not properly exercised in order to ensure for the German nationals the constitutional safeguards, which must be afforded to them under the German constitution, i.e. the Basic Law (BL).¹¹ Particularly, it was criticized that some important optional grounds for refusal of an EAW were not transposed, especially the one which makes possible to refuse the execution of the EAW, if the offence at stake was in whole or in part committed in the territory of the executing member state (see Art. 4/7 of the EAW FD).¹² Another reason for declaring the relevant implementing legislation void was the alleged breach or possibility of breach of the non-retroactivity of criminal norms as understood by the FCC. Moreover, the FCC went further in its reasoning and did beg to raise doubts over the mutual trust among the member states as the criminal matters are concerned. It stated that there might be in fact only a limited mutual recognition in the analyzed field and mutual trust is only founded on art. 6, 7 TEU, but does not prove it as such. Therefore, the FCC urged the German legislator to construe the extradition procedure as a ‘discretionary process of application of law’ and to assess every

⁸ C-105/03, „Pupino“, 16. 6. 2005.

⁹ See: Doobay, A., Peters & Peters: Implementation of the European Arrest Warrant Scheme. Justice Conference on Extradition, Deportation and Rendition 31st March 2006 (document available at web), p. 3; Komárek, J.: European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: Contrapunctual Principles in Disharmony, Jean Monnet Working Paper 10/05, 2005, p. 13, 14.

¹⁰ Judgement of the the German Constitutional Court on the European arrest warrant, available at: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20050718_2bvr223604.html

¹¹ See: Doobay, A., Peters & Peters: Implementation of the European Arrest Warrant Scheme. Justice Conference on Extradition, Deportation and Rendition 31st March 2006 (document available at web), p. 4; Komárek, J.: European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: Contrapunctual Principles in Disharmony, Jean Monnet Working Paper 10/05, 2005, p. 15, 16.

¹² See: Ibid,

single case very carefully, while examining all the relevant circumstances of the case and also the system of criminal justice of the member state issuing the EAW.¹³

Finally, the Czech Constitutional Court (CCC),¹⁴ when adjudicating on the EAW domestic implementation, came to different conclusions in comparison to the negative conclusions of the above mentioned constitutional tribunals. It held in affirmative that the national legislation implementing the EAW FD is in conformity with the Czech constitutional legal order. It is however worth mentioning that the decision was delivered in different environment, both as the national legal order and the European case-law developments are concerned. As regards the former, there was no absolute prohibition of extradition of the Czech nationals as was the case in Poland. The relevant provision of Art. 14 (4) of the Charter of Fundamental Rights and Freedoms, forming part of the Czech constitution, only prohibited the Czech national “to be forced to leave their homeland”. While pointing to the historical circumstances, when the constitutional rule at stake was adopted, the CCC showed that the extradition was not meant by the “historic” legislator. Nor could according to the CCC such a view be upheld successfully nowadays in an environment of the EU, where all the EU member states are members of the Council of Europe and are bound by the European Convention on the protection of human rights and fundamental freedoms and more importantly share the common standards and values.

As regards, the recent developments of the ECJ case-law the CCC reflected fully the ECJ Pupino judgement. When arriving to the problems in domestic legislation (which quite similarly to the German one did not take full advantage of implementing the optional grounds for refusing to execute the EAW), threatening in several situations to conflict with the constitutionally protected legal certainty principle, the CCC examined the whole body of the relevant Czech legislation and found a provision (par. 377 of the Czech Code of criminal procedure), allowing him to rule on the constitutional conformity of the challenged domestic legislation transposing the EAW, because such a provision in fact enabled to broaden the grounds for refusal to execute the EAW in line with the EAW FD in a manner compatible with the Czech constitutional legal order as well.

Also other reasons for annulment, such as the breach of “*nullum crimen sine lege, nulla poenena sine lege*,” were rejected, by the argument that the procedural criminal cooperation is regulated and not the substantive criminal law and that the reviewed instrument is only in fact a tool to help the criminal cooperation among the EU member states.

To sum up. The CCC rejected on the merits to annul the challenged domestic legislation transposing the EAW. From a European law point of view, it is interesting to note its reasoning, when referring to the “European” principle of loyalty, european citizenship, mutual trust and the “Euroconform” interpretation.

However, the judgement delivered was not unanimous. The dissenting judges (E. Wagnerová, V. Formánková, S. Balík) raised their objections as regards the mutual trust, sufficient level of

¹³ See: Komárek, J.: European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: Contrapunctual Principles in Disharmony, Jean Monnet Working Paper 10/05, 2005, p. 17, 18.

¹⁴ See: Judgement of the Czech Constitutional Court on the European arrest warrant, Pl. ÚS 66/04, 434/2006 Coll., available in English at: http://angl.concourt.cz/angl_verze/doc/pl-66-04.php

common norms and stressed the duty, particularly in criminal matters where the liberty is at stake, to properly control the observance of the fundamental rights, freedoms and principles. The “tone” of the FCC echoed in their dissenting opinions in my view.

Finally, just for the completeness, it must be remembered that after the delivery of the judgements, as referred to above, also the ECJ¹⁵ delivered its ruling on the validity of the EAW FD. Without any surprise it confirmed its validity and found no reason to declare this instrument void. The reasoning was rather slim and not elaborated sufficiently in my view. As regards the legal basis, respectively choosing the FD instead of the convention for the EAW, the reasoning was based on the principle of effectiveness, without any attempt to deliver more profound justification considering the relationship of the third pillar measures, respectively framework decisions, to the international obligations.

Finally also the allegations of the breaches of fundamental principles such as the principle of legality of criminal offences and criminal sanctions and non-discrimination and equality, which related to the abolishment of the requirement of double criminality and the introduction of the list of 32 categories of criminal offences, were rejected as well. Here the “magic words” of “mutual trust” and “mutual recognition” played the crucial role.

3. EVALUATION OF THE IMPLEMENTATION OF THE EAW – MAIN SUCCESSES AND SHORTCOMINGS

The report of the Commission on the implementation of the EAW FD by the member states of the EU¹⁶ stresses first and foremost that the implementation of the EAW represents a great success, because there is no doubt that the “extraditing” procedures have simplified and speeded thanks to the implementation of the EAW. The figures showed that in 2005 some 6900 EAWs were issued and in 1770 cases, the person wanted was traced and arrested. Of those arrested over 86% were actually surrendered to the issuing Member State (1 532 persons surrendered). As regards the time limits the figures show that on average the time taken to execute requests, which used to be around a year under the old extradition procedure, has been reduced to under 5 weeks (43 days to be precise), and even 11 days in the frequent case, where the person consents to the surrender.¹⁷

As regards filling in the EAW and finding the competent judicial authorities the European judicial network (EJN) proves to be a lot helpful. As regards dealing with the competing EAWs, Eurojust plays a very positive role.

¹⁵ See: C-303/05, „*European arrest warrant*,” (Advocaten voor de Wereld VZW), 3. 5. 2007.

¹⁶ See: REPORT FROM THE COMMISSION on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, Brussels, 11. 7. 2007, doc. COM(2007) 407 final (document available at web). Unfortunately, no up-to-date Report from the Commission is available. However, it is expected that the Final report on the fourth round of mutual evaluations – The practical application of the European Arrest Warrant and corresponding surrender procedures between Member States will be adopted within the Justice and Home Affairs Council (JHA Council) on 5 June 2009.

¹⁷ See, *Ibid*, p. 4.

However, also a few shortcomings have been also detected and criticized. These often result from the false or improper implementation of the EAW. For instance Ireland has great difficulties to observe the time limits prescribed for the execution of the EAWs (let's remember Půta, Šulej cases, which attracted the attention of the Czech media, where it took years to surrender them to the Czech Republic). There are also some EU member states, which treat their own nationals preferentially in conflict with the requirements of the EAW (Poland which tests double criminality; Czech Republic which does not surrender its nationals for the offences committed before 1. 11. 2004; requirement of reciprocity or conversion of the sentence imposed are also criticized; seemingly also the German implementing legislation following the FCC ruling, which stipulates that in "mixed" cases for which there is no clear national or foreign reference a double criminality check should be carried out and that the seriousness of the alleged offence should be weighed against the effectiveness of any proceedings). In addition there are a number of other national peculiarities, which divert from the requirements of the EAW FD, such as the incorrect transposition as regards the position of central authorities, time limits or the grounds for the refusal of execution of the EAW, or even their extension etc..¹⁸

4. SHORTCOMINGS OR LEGITIMATE INCOMPATIBILITIES? PRACTICAL REFLEXION

Finally, it may be summarized that the EAW works, and thus in general very well. In spite of this fact, however, we lack the precise and proper implementation of the EAW FD in many respects in various EU member states. In my view, however, not all these incompatibilities do amount to the real shortcomings. Sometimes, in my opinion, these incompatibilities might derive from the legitimate legal traditions of the member states and the effort to apply the EAW in a proportionate way, and thus in conformity with the fundamental rights and principles. If for example the preferential treatment of the national citizens (and residents) is well founded upon good reasoning and at the same time does not lead to the unjust impunity of the offenders/criminals, then in my view it is not adequate to name such incompatibilities shortcomings.

To be specific, in my view, if for instance the Czech judge is considering for some minor offence, where a custodial sentence for a maximum period of at least 12 (and more) months is virtually threatening, to issue an EAW, he should assess all the circumstances of the case very carefully, and weigh other alternative solutions to give the best affect to the purpose of criminal proceedings (which shall be at best effective, cheap and give a good prospect of delivering the just criminal judgement), but also the interests of the affected persons as well (be it the accused, victim and their interest, e.g. on right to family life, respectively the most effective social rehabilitation), especially bearing in mind the possibility of lengthy custodial criminal prosecution in the member state issuing EAW (compare the maximum duration provided in for in the Czech Code of criminal procedure, i.e. art. 71/8). Typically, for example, the judge trying the prosecuted Slovak, living and working with his family in the Slovak Republic, who committed the criminal offence of a minor seriousness, while staying

¹⁸ See, *Ibid*, p. 5, 6, 8, 9.

on holiday in the Czech Republic, should in my view rather stick to the transfer of criminal proceedings (if possible) than applying “blindly” the EAW.

A great advantage in this context of the so-called proportionality test, which in my view shall be exercised by the competent judicial authority issuing the EAW, in the Czech legal order is the provision of article 385 of the Czech Code of Criminal Procedure. This provision *inter alia* provides that the court would not issue an arrest warrant, if the imprisonment sentence to be imposed is supposed to be only a conditional one or unconditional one not exceeding 4 months or if the issuing of an arrest warrant could be disproportionate for various reasons (to simplify the matter, be it the disproportionate costs in the light of a minor criminal offence at stake or particular circumstances of the case at hand).

In my view, such a provision could prove to be well inspiring for other member states or even the EU as a whole, when considering the possible amendments of the EAW FD and could reasonably solve the problem of loads of EAWs being issued in some member states even for minor offences (e.g. Poland).

On the other hand some incompatibilities might represent real shortcomings and problems rather than legitimate incompatibilities or even reasonable advancements or developments, as demonstrated above. Let's name one example from the Czech Republic in the position of the executing judicial authority. If the surrender immunity for the Czech nationals for the crimes committed before 1.11. 2004 (which clearly contradicts the EAW FD and is in my view rightly criticized) leads either by the unfortunate combination of the relevant laws, both the domestic and foreign ones, or the practice, again both the domestic and foreign one, to the real and unjust impunity, then the adequate steps should be taken, either in the change of legislation at hand and/or at least in the practice in order to solve such dissatisfactory situations (also media reported on some “real-life” examples, which might be of significance here, for example about the EAWs issued on the businessman Štáva, the chief of the firm Diag Human, trading with blood, where probably the only theoretical possibility to solve the case might be offered by the transfer of criminal proceeding; another example communicated within the practitioners in the criminal cooperation represent the Czech traders/traffickers in drugs, who although convicted in Italy cannot be surrendered there to serve their sentence, and it also seems there is no effective possibility to transfer the sentence, and also the criminal proceedings due to the *ne bis in idem* rule in our § 11 of the Code of Criminal Procedure, respectively its strict implementation, where the condition of the sentence is missing, which does neither follow the current wording of the relevant Art. 54 of the Schengen Implementing Agreement).

5. PRACTICAL INSTANCES OF THE POSSIBLE BREACHES OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND PRINCIPLES IN THE CONTEXT OF IMPLEMENTATION OF THE EAW

Although it is largely recognized that the EU Member States, as the members of the Council of Europe and the signatories of the European convention on the protection of human rights and fundamental freedoms (ECHR) and its Protocols, developed into the area where the serious breaches of human rights, fundamental freedoms and principles do not occur, and if yes, then only exceptionally, this fact in my view should not result in a mechanical application of the EAWs, without examining particular circumstances of the case, especially, if there might be a risk of serious breach of human rights (even though an exceptional one).

Which kinds of the possible human rights breaches do I mean? While executing the EAW, some fundamental human rights and principles might be affected. Lets´ enumerate the most important a serious examples: the prohibition of torture (art. 3 ECHR), the right to liberty (art. 5 ECHR), very important – the right to a fair trial (art. 6 ECHR), double criminality and retrospective application (art. 7 ECHR).¹⁹

Now, I will try to illustrate briefly on a few “real-life” examples that such breaches might well occur also in the area of freedom, security and justice within the EU.

As regards double criminality and the prohibition of retrospective application, it might be assumed that the removal of the principle of double criminality in relation to the list of 32 categories of offences, particularly in conjunction with the possibility to apply the EAW to the offences that occurred prior to the implementation of the EAW, might result in the breach of such a principle. Lets´ imagine, as Alegre, S. and Leaf, M. suggest, the EAW being issued for the abortion, classified as the infanticide, respectively, the murder, committed before the implementation of the EAW in issuing state, while being completely legal in the executing state.²⁰

Other instances of possible breaches of fundamental rights, specifically for example the right to a fair trial and the prohibition of torture are also showed in the thesis of Alegre, S. and Leaf, M.. Let´s remind these cases briefly. In the extradition case of ex p. Rachid Ramda²¹ the defendant, who should be subject of extradition, argued that the basis of the French government´s case against him was a confession obtained by a co-defendant (Bensaid) that might have been obtained by means of torture or inhuman or degrading treatment. A similar case of I. Dorronsoro²² concerned a request for extradition to Spain of a suspected ETA terrorist. Again, the defendant alleged that his extradition was requested solely on the basis of declarations that were obtained from another person (I.S. Diaz) through torture. The competent French court consequently refused the request and discharged the suspect.

Finally, the last case, which is worth mentioning, is the case of Abdallah Kinai.²³ In this case the competent German court refused an extradition request by France based on a conviction in absentia. The court held that the conviction was based on evidence, which was utterly insufficient for a conviction of conspiring in the attempted murder of the Imam of the Paris

¹⁹ See: Alegre, S., Leaf, M.: Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon? Case Study — the European Arrest Warrant. *European Law Journal*, 2004, N. 2, V. 10, p. 202–213, the thesis elaborated this subject more in detail.

²⁰ See: Alegre, S., Leaf, M.: Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon? Case Study — the European Arrest Warrant. *European Law Journal*, 2004, N. 2, V. 10, p. 208, 209.

²¹ See: *Ibid* , p. 210 – 212.

²² See: *Ibid*, p.212, 213.

²³ See: *Ibid*, p. 213.

Mosque. The French case namely rested primarily on a witness testimony that Kinai had responded to the news that Imam had been „taken care of“ with „a little smile.“

The above-mentioned cases show well in my view, that also within the EU the courts shall be rightly supposed to examine properly the observance of fundamental rights in each individual case. In my opinion, this holds true also within the implementation of the EAW. Although there might be a general presumption of the observance of fundamental rights within the EU area of freedom, security and justice, the competent courts shall in my view nevertheless in no way resign to check carefully the real fundamental rights observance in each individual case, especially when serious doubts in this respect arise. Practically, this should in my view mean that the executing judicial authority when deciding on the execution of the EAW shall assess the refusal grounds as provided for in art. 3 and 4 of the EAW FD in the context of the presumed observance of international fundamental rights' standards (especially those derived from the ECHR), as emphasized in art. 1 par. 3 and point 12 of the preamble of the EAW FD. This should mean in my view, that especially when serious doubts occur as regards the full observance of such standards, the execution of the EAW should be carefully considered, respectively refused, if necessary for the proper fundamental rights' observance (in my view, however, such a refusal on fundamental rights' grounds should be only exceptional in the EU area of freedom, security and justice, where fundamental rights are generally fully and well protected).

This holds true the more, if till now no unified standard of procedural rights in criminal proceedings within this EU area of freedom, security and justice has been adopted and therefore mutual trust (although generally recognized, because based i.a. on ECHR's standards, which however, are not always fully respected and may sometimes lack the effective control mechanisms as well) might be questioned (in individual cases).

6. CONCLUSION

In this thesis I tried to deal with various problematic aspects of the EAW implementation. Firstly, I sketched the case-law of the constitutional tribunals in Poland, Germany and the Czech Republic on the constitutionality of the domestic transposition of the EAW FD. Then I remembered the ECJ judgement on the validity of the EAW FD. Afterwards, I tried to stress the main advantages and successes of the operation of the EAW within the EU, which brought about great simplification and speeded a lot the whole procedure, which strengthens the fight against criminals across the borders.

However, I also critically pointed to a few shortcomings and incompatibilities in the implementation of the EAW. I attempted to show that while implementing the EAW the proportionality as well as the fundamental rights should be fully observed and protected. In this respect I argued, that some “first-sight” incompatibilities might be rather regarded as developments and advancements in the context of the full respect for fundamental rights and principles rather than the shortcomings of strictly read and implemented EAW FD.

Literature:

- Alegre, S., Leaf, M.: Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon? Case Study — the European Arrest Warrant. *European Law Journal*, 2004, č. 2, sv. 10, s. 200–217.

- Doobay, A., Peters & Peters: Implementation of the European Arrest Warrant Scheme. Justice Conference on Extradition, Deportation and Rendition 31st March 2006 (document available at web).
- Komárek, J.: European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: Contrapunctual Principles in Disharmony, Jean Monnet Working Paper 10/05, 2005.
- Maršálková, Z., Bříza, P.: Vztah rámcových rozhodnutí a mezinárodních smluv. Právní rozhledy, 2006, č. 20, s. 742 – 750.
- Peers, S.: Mutual recognition and criminal law in the European Union: Has the Council got it wrong? Common Market Law Review, 2004, č. 41, s. 5 – 36.
- Polák, P.: Rámcová rozhodnutí a zásada vzájemného uznávání rozhodnutí v trestních věcech. Praha: LexisNexis CZ s.r.o., 2007.
- REPORT FROM THE COMMISSION on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, Brussels, 11. 7. 2007, doc. COM(2007) 407 final (document available at web).
- **Case-law of the Court of Justice:**
- C-105/03, „Pupino,“ 16. 6. 2005
- C-303/05, „European arrest warrant,“ (Advocaten voor de Wereld VZW), 3. 5. 2007
- **Case-law of the Constitutional Courts of the EU Member States:**
- Judgement of the Czech Constitutional Court on the European arrest warrant, Pl. ÚS 66/04, 434/2006 Coll., available in English at: http://angl.concourt.cz/angl_verze/doc/pl-66-04.php
- Judgement of the Polish Constitutional Tribunal on the European arrest warrant, in English available at: http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/summaries_assets/documents/P_1_05_full_G_B.pdf
- Judgement of the the German Constitutional Court on the European arrest warrant, available at: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20050718_2bvr223604.html
- Web sites:

- http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/criminal/recognition/doc_criminal_recognition_en.htm

Reviewer:
Filip Křepelka

Contact – email:
michael.svarc@volny.cz

SEKCE INFORMACE V PRÁVU



INFORMATION IN LAW SECTION

ZÁKAZ ZVEŘEJŇOVÁNÍ ODPOSLECHŮ DLE § 8C TRESTNÍHO ŘÁDU

PETR AULICKÝ

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Příspěvek se zabývá ustanovení § 8c trestního řádu, které do něj bylo vloženo s účinností ode dne 1. 4. 2009 zákonem č. 52/2009 Sb. Jedná se o ustanovení dle něhož nikdo nesmí bez souhlasu osoby, které se takové informace týkají, zveřejnit informace o nařízení či provedení odposlechu a záznamu telekomunikačního provozu nebo informace získané sledováním osob a věcí, umožňují-li zjištění totožnosti této osoby a nebyly-li použity jako důkaz v řízení před soudem. Zejména se pak jedná o analýzu jeho jednotlivých ustanovení a zhodnocení jejich ústavní konformity ve vztahu k právu na informace a právu na soukromí.

Key words in original language:

Odposlech; trestní řád; právo na informace; právo na soukromí.

Abstract:

The paper deals with the provisions of new Section 8c of the Code of Criminal Procedure, legally binding from 1st April 2009, by Act No. 52/2009 Coll. This rule of law according to which no one shall without the consent of the person to whom such information relates, disclose information relating to the regulation or execution of eavesdropping and recording of telecommunications service or information obtained by monitoring people and things if they allow the identification of the person and not when used as evidence in court. Above all the paper is focused on the analysis of its provisions and their constitutional conformity assessment in relation to the right to information and right to privacy.

Key words:

Eavesdropping; Code of Criminal Procedure; right to information; right to privacy.

Jednou z nejpodstatnějších a zejména pak nejdiskutovanějších novelizací, kterou prošly naše základní trestněprávní předpisy, tedy zákon č. 140/1961 Sb., trestní zákon a zákon č. 141/1961 Sb., trestní řád (dále jen „TR“), byla dozajista ta s č. 52/2009 Sb. Tato novelizace, která nabyla účinnosti dne 1. 4. 2009, si vysloužila zejména z řad novinářů již před svým vstupem v účinnost poněkud hanlivé přívlastko „náhubkový zákon“. Zkusme si tedy rozebrat, v čem se onen „náhubek“ spočívá.

Dané ustanovení zasahuje ve své podstatě do dvou oblastí. Zaprvé jde o oblast zákazu zveřejňování identifikačních údajů obětí trestné činnosti a za druhé o zákaz zveřejňování informace o nařízení či provedení odposlechu a záznamu telekomunikačního provozu nebo informace z něj získané (dále jen „odposlech“), přičemž zejména druhé jmenované ustanovení zvedlo mezi novináři velmi výraznou vlnu nevole a právě tomuto druhému zákazu bude věnován i následující příspěvek.

Je samozřejmé, že při popisu takových institutů, jako je svoboda projevu či právo na informace na jedné straně a ochrana soukromí na straně druhé není možné začít pouze u trestního řádu a trestního zákona, ale je nutné se nejprve zaobírat ústavním zakotvením

daných práv. V případě práva na informace pak půjde v první řadě o ustanovení čl. 17 Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listiny“), kde je řečeno, že:

1. Svoboda projevu a právo na informace jsou zaručeny.
2. Každý má právo vyjadřovat své názory slovem, písmem, tiskem, obrazem nebo jiným způsobem, jakož i svobodně vyhledávat, přijímat a rozšiřovat ideje a informace bez ohledu na hranice státu.
3. Cenzura je nepřipustná.
4. Svobodu projevu a právo vyhledávat a šířit informace lze omezit zákonem, jde-li o opatření v demokratické společnosti nezbytná pro ochranu práv a svobod druhých, bezpečnost státu, veřejnou bezpečnost, ochranu veřejného zdraví a mravnosti.
5. Státní orgány a orgány územní samosprávy jsou povinny přiměřeným způsobem poskytovat informace o své činnosti. Podmínky a provedení stanoví zákon.

Jak je ze shora uvedeného patrné nejde tedy o právo neomezitelné, nýbrž je možné jej za určitých přesně daných podmínek omezit, avšak toliko předpisem s právní silou zákona a vyšší. Oproti tomu právo na ochranu soukromí je nutné hledat v ústavní rovině zejména v čl. 7 Listiny, v němž je uvedeno, že nedotknutelnost osoby a jejího soukromí je zaručena¹, přičemž omezena může být jen v případech stanovených zákonem. A dále pak v čl. 13 Listiny, kde je vymezeno právo na listovní tajemství². I zde existuje samozřejmě omezení za pomoci předpisu se zákonnou či vyšší právní silou.

Je tedy očividné, že obě tato práva mají své jasně specifikované ústavní zakotvení - jak tedy rozhodnout, které z těchto ústavních práv má přednost? V obecně teoretické rovině je možné bez problémů říci, že žádné; ostatně v tomto smyslu se vyslovil i Ústavní soud ve své nález ze dne 2. 2. 1998, sp. zn. IV. ÚS 154/97, uveřejněném ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu, sv. 10, č. 17, str. 113 a násl., když konstatoval, že při střetu práva na informace a jejich šíření s právem na ochranu osobnosti a soukromého života, tedy základních práv stojících na stejné úrovni, je především věcí obecných soudů, aby s přihlédnutím k okolnostem každého případu zvážily, zda jednomu právu nebyla bezdůvodně dána přednost před právem druhým.

Z výše uvedeného je patrné, že v ústavně teoretické rovině by bylo hledání řešení velice obtížné, ne-li nemožné. Je proto třeba vyjít z konkrétní právní úpravy a teprve tu následně porovnávat s ústavními nároky na ochranu jednotlivých práv. Jak jsem již shora zmiňoval, půjde v tomto článku o rozbor ustanovení zakazujícího zveřejňování odposlechů. Toto ustanovení vtělené do § 8c TR a znějící doslovně: „pokud tento zákon nebo zvláštní právní předpis nestanoví jinak, nikdo nesmí bez souhlasu osoby, které se takové informace týkají, zveřejnit informace o nařízení či provedení odposlechu a záznamu telekomunikačního provozu podle § 88 nebo informace z něj získané, údaje o telekomunikačním provozu zjištěné na základě příkazu podle § 88a, nebo informace získané sledováním osob a věcí podle § 158d

¹ Srovnej i znění čl. 8 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod - „každý má právo na respektování svého soukromého a rodinného života, obydlí a korespondence“.

² Čl. 13 - Nikdo nesmí porušit listovní tajemství ani tajemství jiných písemností a záznamů, ať již uchovávaných v soukromí, nebo zasílaných poštou anebo jiným způsobem, s výjimkou případů a způsobem, které stanoví zákon. Stejně se zaručuje tajemství zpráv podávaných telefonem, telegrafem nebo jiným podobným zařízením.

odst. 2 a 3, umožňují-li zjištění totožnosti této osoby a nebyly-li použity jako důkaz v řízení před soudem.“

Ačkoliv se jedná o ustanovení přidané do trestního řádu zcela nově, objevovaly se mezi některými autory³ již v minulosti názory směřující k nezákonnosti postupu medií při zveřejňování odposlechů. Tato myšlenka pak byla odůvodňována tím, že „jakoukoliv informaci o obsahu odposlechu, tím spíše pak jeho doslovný přepis či záznam, lze předat sdělovacímu prostředku pouze protiprávně. Stejně tak platí, že převzetí takovéto informace, tím spíše pak její další šíření, je taktéž protiprávní. Je tedy naprosto lhostejné, kdo sdělovacím prostředkům předá informace týkající se odposlechů, tj. informace o odposleších nebo dokonce přepisy odposlechů či zvukové záznamy odposlechu telekomunikačního provozu. Zveřejnění výše zmíněných materiálů ve sdělovacích prostředcích je porušením čl. 13 Listiny (čl. 8 Úmluvy), tedy jednáním protiprávním, dokonce jednáním, které porušuje základní ústavní práva občana (s jedinou výjimkou, pokud se tak neděje se souhlasem dotčené osoby). Jestliže sdělovací prostředky zveřejní obsah nařízeného odposlechu, fakticky i de iure se dopouštějí stejně protiprávního jednání, jako kdyby takto zveřejňovali obsah nezákonného odposlechu nebo záznamu soukromého rozhovoru. Pro účely informování veřejnosti totiž odposlech nařízen být nemůže, je tedy protiprávní jej k takovému účelu užít.“ Oproti tomu jiní autoři⁴ tento zákaz popírali, a argumentovali jasným vymezením adresáta právní normy v tom smyslu, že ustanovení § 8a TŘ se vztahuje jen na povinnosti orgánů činných v trestním řízení a nemůže tak nijak omezovat novináře v jejich svobodě slova. Z postupu medií v posledních letech je zřejmé, že se spíše přikláněli k druhému zmiňovanému přístupu.

Je zjevné, že po přijetí popisované úpravy, již nebude docházet k teoretickým střetům v této oblasti, neboť nová úprava hovoří zcela jasně ve prospěch první názorové skupiny. Přesto bude dobré v krátkosti nastínit, co tedy vlastně tato úprava konkrétně zakazuje a kdy.

1. CO?

Sekundárním předmětem tohoto ustanovení jsou informace, a to informace „o nařízení či provedení odposlechu a záznamu telekomunikačního provozu podle § 88 nebo informace z něj získané, údaje o telekomunikačním provozu zjištěné na základě příkazu podle § 88a, nebo informace získané sledováním osob a věcí podle § 158d odst. 2 a 3“. Rozsah této informace pak vymezil Ústavní soud ve svém nálezu sp. zn. II. ÚS 502/2000, kde judikoval, že „soukromí každého člověka je hodno ochrany ve smyslu čl. 13 Listiny základních práv a svobod nejen ve vztahu k vlastnímu obsahu zpráv podávaných telefonem, ale i ve vztahu k údajům o volaných číslech, datu a čase hovoru, době jeho trvání, v případě mobilní telefonie o základových stanicích zajišťujících hovor. Tyto údaje jsou nedílnou součástí komunikace uskutečněné prostřednictvím telefonu.“

2. JAK?

Předmětem primárním je pak jejich zveřejnění - a to zveřejnění jakékoliv. Avšak co je to vlastně zveřejnění? Zákon o tomto pojmu mlčí a nikde jeho legální definici nepředkládá.

³ Vantuch, Pavel. Zveřejňování odposlechů v médiích. Právní rádce, 2008 č. 5, s. 4.

⁴ Koudelka, Zdeněk. Novinářská svoboda a trestní řízení. 1997 č. 3, s. 24.

Jediným trestněprávně definovaným pojmem je podobný pojem „veřejně“, jenž je vymezen v § 89 odst. 4 TrZ, dle kterého je trestný čin spáchán veřejně, jestliže je spáchán obsahem tiskoviny nebo rozšiřovaného spisu, filmem, rozhlasem, televizí nebo jiným obdobně účinným způsobem, nebo před více než dvěma osobami současně přítomnými. Avšak jak již bylo řečeno jedná se pouze o pojem podobný, nikoliv totožný. Přesný pojem „zveřejnění“ pak nalzáme kupříkladu v § 4 odst. 1 zákona č. 121/2000 Sb. o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), kde je za zveřejnění považováno první oprávněné veřejné přednesení, provedení, předvedení, vystavení, vydání či jiné zpřístupnění veřejnosti. Avšak tato definice je sama o sobě také velice těžko použitelná, dokonce by se dalo říci, že se jedná částečně o definici kruhem, jelikož sám autorský zákon již pojem veřejně nikde neosvětluje. Přesto, že po zkombinování těchto dvou zákonů je možné obdržet poměrně kompletní definici vymezující zveřejnění přibližně jako „první přednesení, provedení, předvedení, vystavení, vydání či jiné zpřístupnění obsahem tiskoviny nebo rozšiřovaného spisu, filmem, rozhlasem, televizí nebo jiným obdobně účinným způsobem, nebo před více než dvěma osobami současně přítomnými,“ není možné automaticky uvažovat o jejím použití. A to hned ze dvou důvodů.

První je důvod právně logický, či možná spíše právně teleologický. Je totiž zřejmé a tvůrci novelizace se tak i několikrát vyjádřily, že účelem § 8a - § 8c TR není pouze postih médií, které zveřejní záznam či přepis odposlechu, ale také, či spíše zejména, postih pracovníků orgánů činných v trestním řízení, popř. advokátů, kteří odposlechy „vynašejí“ a médiím prodávají; a jelikož takovýto „vynašeč“ ve valné většině případů bude odposlech předávat méně než třem osobám, dá se předpokládat, že spíše osobě jediné, daná definice vymezující § 8c TR by tím pádem na něj nedopadala. Avšak je otázka, zda je to vůbec jejím účelem a smyslem. Jak již bylo výše uvedeno, již před přijetím této nové úpravy panovaly sice rozdílné náhledy na to, zda jsou tehdejšími zněním § 8a vázána média, avšak na závaznost pro orgány činné v trestním řízení byl naopak náhled vcelku jednotně pozitivní. Proto dle autorova názoru ustanovení §8c vůbec nemá za cíl dopadat na fázi jednání oněch „vynašečů“, a proto není nutné rozšiřovat tímto směrem ani výklad pojmu „zveřejnění“. Tuto hypotézu pak podporuje i fakt, že pokud bychom za zveřejnění pokládali již předání odposlechu médiím, byl by pak postih médií poté, co by otiskla přepis odposlechu např. v novinách velice obtížný, neboť odposlech již by byl vlastně zveřejněn.

Druhý důvod je právně teoretický. První definice totiž pochází z trestního zákona a je primárně určena jako vymezení pojmu určujícího společenskou nebezpečnost u vybraných trestných činů⁵. Naopak druhá pochází z předpisu ryze soukromoprávního a je určena pro vymezení vzniku autorsko právních vztahů. I kdybychom byly skalními zastánci používání analogie v právu, je „smíchání“ těchto dvou definic jen velice těžko představitelné. Přesto pokud bychom měli tvořit definici vlastní, zněla by dle autorova přesvědčení přibližně obdobně.

3. KDY?

Časová působnost ustanovení 8a TrŘ je dána rozsahem časové působnosti ustanovení § 88, 88a a § 158d odst. 2 a 3 TrŘ. Počáteční hranice je tak dána již od sepsání záznamu o zahájení úkonů trestního řízení nebo provedení neodkladných a neopakovatelných úkonů, které mu

⁵ Např. trestné činy podněcování dle § 164 TrZ, schvalování trestného činu dle § 165 TrZ, neoprávněné nakládání s osobními údaji dle § 178 TrZ, hanobení národa, etnické skupiny, rasy a přesvědčení dle § 198 TrZ, podněcování k nenávisti vůči skupině osob nebo k omezování jejich práv a svobod dle § 198a atd.

bezprostředně předcházejí, a nebyly-li tyto úkony provedeny, od zahájení trestního stíhání. Hranice koncová pak stanovena není, takže je teoreticky možné hovořit o neoprávněném zveřejnění odposlechů i po mnoha letech snad i stoletích, avšak v praktické rovině se nejčastěji je možné setkat se zveřejněním odposlechů v rámci přípravného řízení. Zde by se dalo uvést několik příkladů jako je uplácení prvoligových fotbalových rozhodčích, telefonní rozhovor Mirka Topolánka a Markem Dalíkem ohledně údajné možnosti uplatit poslance Z. Kořistku, či kauza tzv. Berdychova gangu; všechny tyto zveřejněné odposlechy unikly z vyšetřovacích spisů Policie ČR, resp. z dozorových spisů státních zastupitelství⁶. Ovšem ze shora popsaného časového rozsahu existuje jedna velice důležitá výjimka - ochrana odposlechů končí ve chvíli, kdy byly použity jako důkaz v řízení před soudem. Jde o vyjádření veřejnosti řízení před soudem, neboť věc, která již před ním zazněla je již považována za zveřejněnou a je tedy i pojmově vyloučeno ji zveřejnit znovu neoprávněně. Právě tímto, médiu často nejspíše schválně opomíjeným, detailem bývá argumentováno ve prospěch ústavního souladu této normy, naopak kritici tohoto ustanovení poukazují často na skutečnost, že odposlechy je třeba zveřejňovat v předstihu, právě proto, že není jistota, zda vůbec k jejich využití jako důkazu před soudem dojde.

4. KOMU?

Odpověď na tuto otázku byla dle autora již zodpovězena výše; obecně by bylo možné říci kdokoliv nebo komukoliv, avšak jak již bylo výše ukázáno ustanovení § 8c se bude vztahovat v první řadě na média, přičemž problematika úniků odposlechů od orgánů činných v trestním řízení bude posuzována dle ustanovení předcházejících.

5. CO ZA TO?

Popisovanou novelizací došlo ke změně jak správněprávního, tak i trestněprávního postihu. Trestněprávní postih pak využívá pro diferenciaci kvalifikovaných skutkových podstat právě výše uváděné způsoby zveřejňování odposlechů, ale i postavení pachatele - zejména porušení povinností vyplývajících z jeho povolání, zaměstnání nebo funkce. Správněprávní postih, jenž obsahuje zákon č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů, kam byla přesunuta sankce ze zákona č. 200/1990 Sb., o přestupcích je narozdíl od postihu trestněprávního založen na jiné formě „dvojkolejnosti“; nerozlišuje, zda ustanovení § 8a - 8c TR porušila média zveřejněním či nějaký příslušník orgánů činných v trestním řízení „vynesením“ odposlechu, ale pouze to, zda se jedná o fyzickou či právnickou osobu. Důležité je však podotknout, že se v tomto ustanovení, opět jako podmínka postihu vyskytuje výše rozebíraný pojem „zveřejnění“ a dle autora tak tato sankce nemůže dopadat na ony „vynašeče“.

⁶ Jde obvykle o fázi vyšetřování, kdy o nařízení odposlechu zásadně jen policejní orgán a státní zástupce, kteří odposlech navrhnou, a soudce, který vydává příkaz k odposlechu. Z tohoto důvodu, se proti svému označování za „vynašeče“ často ohrazuje advokátní komora, viz např. její vyjádření znějící: „Jednání vlády ČR se zabývalo zprávou státního zastupitelství o úniku odposlechů. Ve zprávě jsou navrhována opatření, jež jsou prvořadě odůvodněna způsobem, který navozuje dojem, že za úniky jsou odpovědní především advokáti. Česká advokátní komora se vůči takovým závěrům ohrazuje. Přístup státních orgánů k problematice úniku odposlechů považuje za hrubě zavádějící, alibistický a neodpovídající skutečnosti. Česká advokátní komora považuje za svou povinnost připomenout, že obsahy prakticky všech medializovaných odposlechů unikly v době, kdy ještě nebylo zahájeno trestní stíhání, respektive v té fázi přípravného řízení, kdy advokáti (obhájci) neměli k předmětnému spisu přístup. Opatření účelově směřovaná vůči advokacii proto jednak nejsou a ani nemohou být řešením, jednak ve své podstatě budou zásahem do práva na obhajobu.“

Právě výše zejména trestněprávní, ale i správněprávní sankce se stala také jedním z témat odpůrců této novelizace. Bylo poukazováno zejména na její nepřiměřenost hraničící až s protiústavností. V této oblasti by bylo velice zajímavé vyslechnout si právní argumentaci rozhodnutí Ústavního soudu⁷, neboť otázkou nepřiměřenosti nastaveného rozpětí sankce v trestním zákoně se ještě nikdy nezabýval. Naopak v oblasti správněprávní již je možné odkázat na např. na jeho náleze ze dne 13. 8. 2002, sp. zn. Pl. ÚS 3/02m kterým zrušil minimální výši sankce 500 000 Kč v § 106 odst. 3 zákona č. 50/1976 Sb., o územním plánování a stavebním řádu, neboť ji považoval za zjevně nepřiměřenou. Jelikož však v napadeném rozhodnutí žádná minimální výše stanovena není, není možné dle autora od Ústavního soudu očekávat automaticky analogický postup. Navíc jak prokazuje např. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 10. 10. 2003, čj. 6 A 147/2002 - 35 nelze v žádném případě zmiňované rozhodnutí Ústavního soudu paušalizovat ani v případech, ve kterých daná sankce spodní hranici obsahuje.

6. ZÁVĚR

Dle mínění autora, přestože mu daný zákon připadá velice tvrdý, nejedná se o předpis protiústavní, a ztotožňuje se s v úvodu článku uvedeným náleze Ústavního soudu sp. zn. IV. ÚS 154/97, dle něhož „při střetu práva na informace a jejich šíření s právem na ochranu osobnosti a soukromého života, tedy základních práv stojících na stejné úrovni, je především věcí obecných soudů, aby s přihlédnutím k okolnostem každého případu zvážily, zda jednomu právu nebyla bezdůvodně dána přednost před právem druhým.“ V takovéto situaci by tedy mělo docházet v případě převážení práva na informace k zastavení trestního stíhání pro neexistenci nebezpečnosti činu pro společnost státním zástupcem, respektive k osvobozujícímu rozsudku soudu. V případě správní sankce pak k obdobnému postupu Úřadu pro ochranu osobních údajů.

Literature:

- Šámal, P. a kolektiv: Trestní řád : komentář. I. díl, (§ 1 až 179h), 6., dopl. a přeprac. vyd., Praha: C.H. Beck, 2008, 1501 s., 9788074000430
- Šámal, P. a kolektiv: Trestní řád : komentář. II. díl, (§ 180 až 471), 6., dopl. a přeprac. vyd., Praha: C.H. Beck, 2008, 1501 s., 9788074000430
- Koudelka, Z.: Novinářská svoboda a trestní řízení, Bulletin advokacie, 1997, č. 3, s. 24, 1210-6348
- Vantuch, P.: Zveřejňování odposlechů v médiích, Právní rádce, 2008, č. 5, s. 4, 1210-4817

⁷ Proti zmiňovanému předpisu byl podán skupinou senátorů návrh k ústavnímu soudu na její zrušení - rozhodnutí se čeká během května či června.

Reviewer:
Josef Kuchta

Contact – email:
petr.aulicky@seznam.cz

POSKYTOVÁNÍ INFORMACÍ O ŽIVOTNÍM PROSTŘEDÍ NA ŽÁDOST V ČESKÉ REPUBLICE A NA SLOVENSKU – NĚKOLIK KRITICKÝCH POZNÁMEK

JÁN BAHÝL

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language:

Sdílení a poskytování informací je jedním z úhelných kamenů naší doby. Kvalita informací je v současné společnosti podmínkou úspěchu. Předkládaný článek se zabývá rozdílem mezi českou a slovenskou právní úpravou poskytování informací o životním prostředí. Kriticky je zde zhodnocen současný právní stav naplňování základního ústavního práva na informace o životním prostředí se zaměřením na otázku poskytování informací na žádost oprávněného subjektu.

Key words in original language:

Poskytování informací; žádost o informace; informace o životním prostředí.

Abstract:

Provision of information represents basic element of nowadays "knowledge society". The quality of information (speed of its provision and value of its content) is very important for success in most of human activities. This article focuses on differences between Czech and Slovak legislation of providing information about the environment. It critically overviews provisions of law which rules the conditions of the right to request for the provision of information. In both countries there are the same constitutional provisions of law regarding the right of public to be provided by timely and complete information on the state of the environment.

Key words:

Provision of information; request for the provision of information; information about environment.

1. ÚVOD

Současnou společnost dlouhodobě provází zvyšování zejména transakčních nákladů ekonomických procesů. Data v uspořádaném tvaru, tvořící informaci, zprávu, sdělení, vytvářejí předpoklady pro rozhodování lidí. Snad právě z tohoto důvodu vystává potřeba disponovat včasnými, pravdivými a úplnými informacemi jako základního stavebního kamene úspěšné ekonomické, ale i ekologické aktivity. Z potřeby lidí získávat a sdílet informace potřebné pro vlastní rozhodování vyvstala myšlenka chránit jejich získávání a šíření. Tato ochrana je v České republice i na Slovensku zakotvena v samotných základech jejich právních řádů, a sice v jejich ústavních pořádcích. Jelikož se oblast získávání a šíření informací dotýká všech právních oborů, jak je v současnosti odborná veřejnost akceptuje,¹ bude následující text

¹ Například obchodního práva ve formě informací v obchodním styku, občanského práva prostřednictvím ochrany osobnosti či trestního práva přes informace o bezúhonnosti osob.

pojednávat hlouběji o relativně úzké výseči z množiny informací, a to o informacích o životním prostředí.

2. OBECNĚ K POJMU INFORMACE

Co je informací o životním prostředí a co jí není, není jednoduché určit. Primárně musíme vyjít z definice životního prostředí v právním pojetí. Nicméně již na tomto místě lze shledat rozpory, které pramení z odlišného chápání pojmu „životní prostředí“ v rámci oboru práva životního prostředí v České republice. Zatímco „brněnská“ akcentuje co nejširší záběr tohoto pojmu, škola „pražská“ tento pojem zužuje². Vyjdeme-li z pojetí prosazovaného na Právnické fakultě Masarykovy univerzity a akceptujeme-li co nejširší záběr životního prostředí v právu s pochopitelným antropocentrismem (ostatně právní systém je výtvořem lidí), za informaci o životním prostředí budeme považovat uspořádaný soubor dat o životním prostředí, jak je vymezen v českém právním řádu v § 2 písm. a) zákona č. 123/1998 Sb., o právu na informace o životním prostředí, ve znění pozdějších předpisů.

Česká republika i Slovensko jakožto mezinárodně uznávané svrchované státy přece jen poměrně dlouho „soužili“ v jednom společném státě a proto mají ve svých právních řádech stejnou „path dependence“, aneb závislost na dějích minulých. Společnou minulost lze v právu na informace o životním prostředí najít hned v ústavním řádu obou zemí, kdy oba státy vycházejí z Listiny základních práv a svobod, jak byla přijata Federálním shromážděním ČSFR v roce 1991. Uvedený společný základ ochrany práv a svobod v oblasti informací se z ústavního pořádku musel promítnout i do pramenů práva nižší právní síly. Zde již nacházíme mezi oběma zeměmi rozdíly v aktuálním stavu jejich právních úprav ochrany práv týkajících se poskytování informací. Rozdíly, jakož i společné znaky v oblasti poskytování informací o životním prostředí na žádost, si na následujících řádcích blíže rozebereme.

Základní rozdíl mezi Českou republikou a Slovenskem při poskytování informací ze strany veřejné správy na žádost jednotlivého neanonymního žadatele je v tom, že na Slovensku tuto problematiku upravuje pouze jeden zákon, a sice zákon č. 211/2000 Z.z., o slobodnom prístupe k informáciám, v znení neskorších predpisov (dále jen „IZSR“), v České republice jsou to zákony dva. Česká legislativa obsahuje jak speciální zákon o poskytování informací o životním prostředí – zákon č. 123/1998 Sb., o právu na informace o životním prostředí, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „IZŽP“), tak obecný zákon o poskytování ostatních informací – zákon č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „IZ“). Zatímco na Slovensku žadatel, nenalezne-li potřebnou informaci zveřejněnou, a pokud zároveň předpokládá, že touto informací disponuje povinná osoba, postupuje podle jednoho právního předpisu, aby se této informace domohl, v České republice musí nejprve odlišit, pod který předpis jeho žádost patří. Důvodem uvedené nezbytnosti je, že dva české právní předpisy, zabývající se poskytováním informací na žádost, upravují tentýž proces různě.

² viz. DAMOHORSKÝ, M. a kol., Právo životního prostředí, 2. přepracované a doplněné vydání, Praha: C. H. Beck, 2007. str. 29.

3. PŘÍSTUP K INFORMACÍM O ŽIVOTNÍM PROSTŘEDÍ NA ŽÁDOST

Česká i slovenská právní úprava obsahuje ustanovení, že každý potenciální žadatel se na povinný subjekt³ může obrátit s žádostí směřovanou na poštovní adresy i adresy elektronických podatelů, zveřejněných na úřední desce i na internetu⁴. Slovenská právní úprava se více podobá české právní úpravě obsažené v IZŽP, a dále o ní budeme psát jen v případě signifikantních odlišností oproti této úpravě. Z hlediska samotného podání žádosti se již v rámci obou českých předpisů formulace nezbytných náležitostí podávané žádosti značně odlišují. Zatímco IZ jednoznačně určuje, jaké náležitosti o sobě musí povinnému subjektu žadatel sdělit, v IZŽP nalezneme pouze formulaci, že žadatel musí být určitelný – neanonymní.

Zajímavá je otázka, kdy se žádost vůbec dostane do sféry vlivu povinné osoby. Nemá-li povinná osoba zřízenou jednotnou elektronickou podatelnu a žadatel tedy žádost adresuje na emailovou schránku jedné z úředních osob povinného subjektu, která zrovna není dlouhodobě v práci, od kdy se počíná běžet lhůta pro vybavení žádosti? Je zde možnost prokázat kvalifikovaným způsobem nečinnost povinného subjektu? Jak se žadatel dozví, že jeho žádost došla do sféry povinného? Na žádnou z těchto otázek ani jeden zákon odpověď neposkytuje.

Naplnění smyslu právní úpravy v podobě poskytnutí informací povinným subjektem je nesporně nejčastějším způsobem vyřízení žádosti o poskytnutí informací. Nežřídko ovšem dochází k neposkytnutí informací z důvodu nečinnosti povinného subjektu. Velice závažnou a zároveň z pohledu autora zajímavou otázkou je v takovém případě možnost obrany proti nečinnosti. Právní úprava v IZ a IZŽP se v takovém případě od sebe zásadně odlišuje. IZ upravuje tuto obranu pomocí institutů stížnosti na nečinnost. Podpůrně používá správní řád a navíc obsahuje vlastní speciální ustanovení o stížnosti na postup při vyřizování žádosti. IZŽP naopak konstruuje v případě nedodržení lhůty k vyřízení žádosti fikci negativního rozhodnutí. K samotnému institutu stížnosti, jak je obsažen ve správním řádu, poznamenejme pouze to, že úprava je to lepší než žádná, nikoli však dostačující. Nedostatečnost stížností lze zejména shledat v extrémní délce lhůty k jejich vyřízení (až 60 dnů), a dále v tom, že neslouží jako rozhodnutí ve věci samé, proti nimž by se dalo odvolat⁵. Zásadně je však možné polemizovat také s fikcí negativního rozhodnutí. Velkým problémem v této souvislosti je například pozdní doručení rozhodnutí, resp. poskytnutí informací, nikoliv ovšem k plné spokojenosti žadatele. Dochází tím ke vzniku rozhodnutí činností povinného subjektu a ze zákona ke vzniku fiktivního rozhodnutí, založeného fiktivní (ne)činností povinného subjektu. Vedle sebe tak stojí dvě protichůdná rozhodnutí, které se mohou teoreticky dostat do právní sféry žadatele současně a ke slovu by se tak měla dostat nicotnost jednoho z uvedených správních aktů. Jednoznačně rozhodnout, který z uvedených správních aktů je aktem nicotným; zda jím je ten správní akt, jež vznikl jako fiktivní ze zákona, je nepřezkoumatelný, a tudíž implikuje

³ Orgán veřejné správy, případně jiný subjekt (např. komora profesní samosprávy, subjekt zřízen orgánem veřejné správy či municipalitou)

⁴ Povinnost zveřejňovat informace o vlastní elektronické adrese, jak prostřednictvím internetu, tak i na úřední desce povinné osoby, plyne v České republice ze správního řádu. Tato povinnost je z autorových zkušeností často dodržována nedůsledně, zejména nezveřejňováním emailové adresy povinného.

⁵ Poměrně využívanou možností pro věčně nespokojené osoby představuje odvolání proti vyřízení stížnosti k nadřízenému orgánu.

jednoznačně zrušení pro nepřežkoumatelnost v odvolacím řízení, anebo zda je nicotným aktem ten správní akt, jež nedorazil do správní sféry svého adresáta včas tak, aby fiktivní správní akt nevznikl. Nejjednodušším řešením se pravděpodobně jeví konstatovat nicotnost opožděného správního aktu. V případě nutnosti rozhodovat opětovně o žádosti, je ovšem nutné v této souvislosti poukázat v případě opožděného správního aktu na to, že žadatel má již informaci prokazatelně k dispozici a dále vést správní řízení o případném „zbytku“ žádosti, nebo odkázat žadatele na poskytnutou informaci s poukazem na jeho informovanost.

Jiným případem je již nevole povinného subjektu k poskytnutí informací a i zde je rozdíl mezi českou a slovenskou úpravou citelný. Žadatel se v České republice totiž nikoliv vlastní vinou dostává do svízelné situace. Povinná osoba posuzující žádost o poskytnutí informací musí učinit výběr, kterým procesem bude postupovat a tato odpovědnost jí nemůže být odňata ani prohlášením žadatele, podle kterého zákona by dle jeho názoru měla být žádost vyřizována. Povinná osoba se v případě nejasnosti, do kterého okruhu informací žádost patří, ocitá před výběrem mezi možnostmi zpoplatnění žádosti a možnostmi prodloužení lhůty pro její vyřízení. Rozdíl ve lhůtách je přitom u základní i nejzazší lhůty pro administrování žádosti nejméně dvojnásobný v neprospěch žadatele u IZŽP. Na druhou stranu je potřeba dodat, že lhůty v IZ jsou lhůtami pořádkovými, neboť s nimi není spojena žádná sankce. Rozdíl ve zpoplatnění poskytnutí informace je prakticky nesrovnatelný, protože IZŽP nestanovuje možnost zpoplatnit poskytnutí informací, přičemž možnost zpoplatnění nosiče informace je v zásadě v dnešní době zanedbatelná. Výrazný rozdíl mezi českou a slovenskou právní úpravou rovněž nalezneme v sankční oblasti. IZSR na rozdíl od českých předpisů přímo obsahuje ustanovení, které vyslovuje pohrůžku peněžité sankce nečinnému povinnému subjektu.

Přes veškeré odlišnosti lze vysledovat totožnost IZ a IZSR například v úpravě zákonných důvodů pro odepření poskytnutí informace, kterými jsou ochrana utajovaných skutečností, ochrana osobnosti a osobních údajů nebo obchodního tajemství.⁶

Nakonec je nezbytné zdůraznit, že žádný ze zkoumaných zákonů neomezuje možnost podání žádosti na občany nebo domicilované právnické osoby, včetně toho, že zvláště neurčuje, kdo je oprávněn za právnickou osobu jednat, a tudíž zde plně akceptuje soukromoprávní úpravu jednání jménem právnické osoby i právní zastoupení.

4. NĚKOLIK DOPORUČENÍ

V souvislosti s délkou lhůt pro vyřízení žádosti v české právní úpravě je potřeba uvést, že nejrozumnější varianta *de lege ferenda* by pravděpodobně měla být inspirována slovenskou úpravou v podobě ustanovení o pracovních dnech, ale prodloužena z osmi na deset pracovních dnů. Takto by téměř odpovídala ustanovení IZ o patnácti dnech, eliminovala by se ovšem možnost, že by žádost nebylo možné vyřídit včas z důvodu státních svátků a víkendů.

Z pohledu podávání žádostí o poskytnutí informací k povinnému subjektu za zmínku rovněž stojí, že žádný ze zkoumaných zákonů nepracuje s možností podání odvolání proti rozhodnutí správního orgánu prvního stupně stejnou formou, v jaké bylo učiněno první podání. Nároky na formální stránku odvolání jsou vymezeny ve správních řádech České nebo Slovenské republiky, na které zákony o poskytování informací odkazují. Jistě by stálo za úvahu, zda by

⁶ Na základě totožnosti zákonných úprav v obou zemích ovšem nelze automaticky předpokládat i jednotný výklad uvedených omezení.

nebylo vhodné alespoň u forem emailové komunikace bez zaručeného elektronického podpisu zpřístupnit možnost odvolání touto, tj. elektronickou, formou.

Nedostatky samozřejmě nalezneme i v IZSR, kam slovenský zákonodárce pozapomněl vsunout například definici informace, a to jak pozitivní tak negativní vymezení, přestože s tímto pojmem v zákoně pracuje (srov. s § 3 odst. 3 a 4 IZ).

Velice zajímavým „úkazem“ z hlediska poskytování informací dále je skutečnost, že i když IZ odkazuje v Přejídných a závěrečných ustanoveních na subsidiární použití správního řádu, nezahrnuje do tohoto odkazu ustanovení správního řádu o jazyce, ve kterém lze žádost podat a sám IZ nijak neurčuje jazyk, ve kterém má podání být učiněno. Neexistence takového omezujícího ustanovení je zcela jistě přínosná v příhraničních oblastech za předpokladu, že úředník veřejné správy rozumí i jinému než českému jazyku, v ostatních případech je ovšem podání v jiném než českém jazyce fakticky nemožné, i když v souladu s právem žadatele.⁷

5. ZÁVĚR

Z výše uváděných odlišností mezi českými předpisy, předmětem jejichž úpravy jsou rozsáhlé množiny informací, kdy dochází k jejich vzájemnému překrývání, je z pohledu autora zcela zbytečné a matoucí vytvářet dva odlišné koncepty procesu poskytování (či odpírání) informací na žádost. Pro účely snížení byrokracie a zjednodušení právního řádu České republiky není potřeba chodit nikam daleko; stačí si vzít příklad ze Slovenska, které ostatně samo čerpalo při vytváření vlastní legislativy o přístupu k informacím z českého právního řádu. Slovensko se však evidentně poučilo z chyb českého právního řádu, jež alespoň v oblasti procesu poskytování informací na žádost ve své právní úpravě neopakovalo. Z uváděných poznatků lze dále vyvodit závěr, že českou veřejnou správu je potřebné také usměrnit co do odpovědnosti za odpírání požadovaných informací a to zejména v oblasti správního trestání. Výraznou inspirací pro český právní řád může také být ustanovení IZSR obsažené v § 16 odst. 8 a 9 o možnosti nahlížet do spisu bez prokazování právního důvodu, jehož cílem je zajistit minimalizovat možný korupční prostor spojovaný se správními řízeními.

Závěrem lze poukázat na chvályhodné trendy postupné informatizace veřejné správy, jdoucí ruku v ruce se zlevňováním a zpřístupňováním výpočetní techniky a internetu široké veřejnosti. Pokud veřejná správa využije možnosti zpřístupnit více informací pomocí internetu, můžeme do budoucna předpokládat, že se počet žádostí o zpřístupnění informací nebude zvyšovat.

Literature:

- Zákon č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů,
- Zákon č. 123/1998 Sb., o právu na informace o životním prostředí, ve znění pozdějších předpisů,
- Zákon č. 211/2000 Z.z., o slobodnom prístupe k informáciám a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zákon o slobode informácií), v znení neskorších predpisov.

⁷ IZSR odkazuje na obecnou úpravu správního procesu ve správním řádu v plném rozsahu.

*Dávid R., Neckář J., Sehnálek D., (Editors). COFOLA 2009: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4821-8*

Reviewer:
Milan Pekárek

Contact – email:
jan.bahyl@centrum.cz

OBECNÉ VYMEZENÍ PRÁVA NA INFORMACE A JEHO VZTAH K VEŘEJNÉ SPRÁVĚ

DAMIAN CZUDEK - KRISTÝNA CHALUPECKÁ

Masaryk University, Faculty of Law, Faculty of Economics and Administration, the Czech
Republic

Abstract in original language:

Záměrem tohoto článku má být zejména vymezení problematiky práva na svobodný přístup k informacím a jeho propojení s veřejnou správou, protože každé demokratické zřízení by také mělo zahrnovat právo na přístup k informacím týkajícím se správy veřejných záležitostí. Důležitost ochrany práva na informace vyvolalo také potřebu regulace na mezinárodní úrovni. V České republice je právo na informace ústavně zakotveno v Listině základních práv a svobod. Obecným předpisem řešícím problematiku svobodného přístupu k informacím je zákon č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů.

Key words in original language:

Informace, veřejná správa, právo na svobodný přístup k informacím.

Abstract:

The purpose of this article is to determinate the legal basis of the right to free access to information and its connection to Public Administration, where the right to be aware of information concerning public affair administration prevails in every democratic system. In the last decades the importance of the protection of the right to information brought the regulation on the international basis. In the Czech republic the right to information is established in the Charter of Fundamental Rights and Freedoms and it is mainly regulated by The Act No. 106/1999 Sb., on Free Access to Information and the related legal regulation.

Key words:

Information; public administration; right to free access to information.

1. OBECNÉ VYMEZENÍ PRÁVA NA INFORMACE A JEHO VZTAH K VEŘEJNÉ SPRÁVĚ¹

Pokud pod pojmem „*demokracie*“ rozumíme vládu lidu, lidem a pro lid, znamená to také, že tento vládnoucí, ale i ovládaný lid má potřebu a právo znát určité informace. Ať už na to, aby si mohl dobře zvolit své zástupce nebo aby je následně mohl kontrolovat. Vidíme zde zřejmý rozdíl mezi demokratickými vládami a nedemokratickými systémy. V demokratických se vláda odvozuje od lidu a suverénem je zde občan. V nedemokratických, totalitárních systémech se vláda odvozuje od nějaké vrchnosti, ať už boha nebo charismatického vůdce a „občan“ je prakticky poddaným. S tím úzce souvisí dvě koncepce přístupu veřejné správy k právu na informace. *Princip diskrétnosti správy* se uplatňuje v nedemokratických státech. V takovém případě mají občané nárok na přístup k informacím pouze pokud tak stanoví

¹ Článek vznikl v rámci realizace projektu „Poskytování informací ve veřejné správě se zaměřením na správu daní a elektronizaci výkonu veřejné správy“ z programu rektora Masarykovy univerzity na podporu tvůrčí činnosti studentů.

právní předpis nebo o tom rozhodl správní orgán podle své volné úvahy.² Definuje se zde pozitivně, které informace by měly být poskytnuty. Druhá koncepce vychází z *principu publicity správy* a dává všem občanům právní nárok na přístup k informacím kromě těch, které jsou zákonem vyloučeny.³ Právní normy definují případy a okolnosti, za jakých je možno odmítnout poskytnutí informace. Tento nárok občana je přímo vymáhatelný, ale k jeho provedení je třeba konkrétního zákona, který by definoval pravidla pro poskytování informací a celý proces.

Stěžejním pojmem je zde „*informace*“. Informaci lze chápat jako nějakou zprávu nebo sdělení, prostředek komunikace mezi lidmi, a to různými způsoby a pomocí různých prostředků. Je tak možno činit osobně nebo prostředky komunikace na dálku, zvukem, signály, obrazem, mimikou...

V dnešní teorii práva je také řešena problematika rozdvojenosti pojmů, zda jde o *svobodu informací* nebo o *přístup k informacím*. Zákonodárce upravil právo na informace, jehož význam spočívá především v možnosti občana rozhodnout se, zda a co chce vědět o hospodaření s prostředky ve veřejných rozpočtech. Týká se to jak veřejné správy tak i samosprávy. Význam pojmu svoboda lze v různých situacích různě vyložit. Pro někoho to znamená možnost publikovat, svobodně předávat informace, zákaz cenzury. Významným usnesením týkajícím se problematiky práva na informace je usnesení Ústavního soudu, že „*právo na informace je nepochybně subjektivním právem každého občana. Odmítnout poskytnutí informace je možné pouze v případech zákonem výslovně stanovených. Takové odmítnutí je podle názoru Ústavního soudu rozhodnutím správního orgánu, které podléhá soudnímu přezkumu.*“⁴

Veřejná správa bývá často charakterizována jako správa veřejných záležitostí ve veřejném zájmu. Jednou z důležitých povinností z toho vyplývajících je i informování veřejnosti o činnosti orgánu veřejné správy. Jako příklad lze uvést § 22 zákona č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy České republiky, ve znění pozdějších předpisů, který stanoví povinnost ministerstvům a jiným orgánům státní správy zkoumat problematiku v oblasti jejich činnosti, vyhodnocovat výsledky a hlavně také informovat o přijatých opatřeních veřejnost. Podobná ustanovení lze nalézt v § 3 zákona č.6/1993 Sb., o České Národní Bance, ve znění pozdějších předpisů, a zákoně č. 89/1995 Sb., o státní statistické službě, ve znění pozdějších předpisů.

2. MEZINÁRODNĚPRÁVNÍ A ÚSTAVNĚPRÁVNÍ ZÁKLADY PRÁVA NA INFORMACE

V demokratických státech je dnes právo na informace samozřejmostí, patří mezi základní politické ústavně zakotvené právo. Nebylo tak tomu ale vždy. O svobodě slova a tisku hovoří již *první dodatek Ústavy Spojených států amerických* z roku 1791. Na mezinárodněprávní úrovni najdeme první zmínky o právu na informace ve *Všeobecné deklaraci lidských práv*,

² Korběl, František a kol: Právo na informace. Zákon o svobodném přístupu k informacím. Zákon o právu na informace o životním prostředí. Komentář. 2. vydání. Praha: Linde Praha, a. s., 2005, s. 20

³ Hendrych, D. a kol. Správní právo. Obecná část. 6.vydání. Praha : C.H.Beck, 2006, s. 655

⁴ Usnesení Ústavního soudu ze dne 16.5.1996, sp.zn. III. ÚS 28/96

kteřou Organizace spojených národů schválila v roce 1948 a v čl. 19 obsahuje kromě práva svobody projevu a přesvědčení i právo *vyhledávat, přijímat a rozšiřovat informace a myšlenky jakýmkoli prostředky a bez ohledu na hranice*.⁵ Dalším důležitým dokumentem řešícím tuto otázku je *Mezinárodní pakt o občanských a politických právech*.⁶ V čl. 19 je vyjádřená myšlenka, že *právo na informace, resp. především na předávání a šíření informací nejsou absolutní. Užívání těchto práv nese s sebou zvláštní povinnosti a zodpovědnosti a může proto podléhat určitým omezením*.⁷ Právo na informace najdeme jako součást svobody projevu také v *Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod*,⁸ která se však jen nevýznamně liší od paktu. Na evropské úrovni stojí za zmínku *Charta základních práv* přijata v Nice v roce 2000. Ve druhé kapitole nazvané „*Svobody*“ najdeme v čl. 11 svobodu projevu a informací. Každému se zde zaručuje právo na svobodu projevu.⁹ Po vzoru článku 255 Smlouvy o založení Evropského společenství, který byl doplněn do Smlouvy Amsterodamskou smlouvou, zakotvuje v článku 42 právo na přístup k dokumentům Evropského parlamentu, Komise a Rady.

Co se týče zakotvení tohoto práva v našem právním pořádku, pak stěžejním je zde čl. 17 Listiny základních práv a svobod¹⁰, jež je řazen mezi práva politická. Nosný výklad nalezneme v usnesení Ústavního soudu¹¹, ve kterém soud judikoval, že *toto právo zaručuje stát. Je to právo na informaci chápanou velmi široce, tj. takovou, kterou člověk žijící ve státě potřebuje k tomu, aby v prakticky dosažitelné míře znal, co se děje na veřejnosti a v okolí*. Takzvaná „*samovykonatelnost*“ odst. 1 a 2 výše citovaného článku znamená, že práva zde obsažená lze vymáhat přímo. Naproti tomu citovaný odst.4 hovořící o omezení přístupu k informacím lze uplatňovat jen na základě zákona. K tomu Wágnerová¹² dodává : „*Veškerá omezení práva na informace musí mít formu zákona. Jinými slovy, neexistuje-li zákon, který*

⁵ Usnesení Valného shromáždění OSN č. DE 01/48 ze dne 10. 12. 1948, Všeobecná deklarace lidských práv.

⁶ Vyhláška MZV č. 120/1976 Sb., ze dne 10. května 1976 o Mezinárodním paktu o občanských a politických právech a Mezinárodním paktu o hospodářských sociálních a kulturních právech.

⁷ Korbelt, F. a kol: Právo na informace. Zákon o svobodném přístupu k informacím. Zákon o právu na informace o životním prostředí. Komentář. 2. vydání. Praha: Linde Praha, a. s., 2005, s. 25.

⁸ „*Každý má právo na svobodu projevu. Toto právo zahrnuje svobodu zastávat názory a přijímat a rozlišovat informace nebo myšlenky bez zasahování do státních orgánů a bez ohledu na hranice*.“

⁹ „*freedom of expression and information*“

¹⁰ Článek 17 Listiny základních práv a svobod stanoví:

- (1) *Svoboda projevu a právo na informace jsou zaručeny.*
- (2) *Každý má právo vyjadřovat své názory slovem, písmem, tiskem, obrazem nebo jiným způsobem jakož i svobodně vyhledávat, přijímat a rozšiřovat ideje a informace bez ohledu na hranice státu.*
- (3) *Cenzura je nepřípustná*
- (4) *Svobodu projevu a právo na informace lze omezit zákonem, jde-li o opatření v demokratické společnosti nezbytná pro ochranu práv a svobod druhých, bezpečnost státu, veřejnou bezpečnost, ochranu veřejného zdraví a mravnosti.*
- (5) *Státní orgány a orgány územní samosprávy jsou povinny přiměřeným způsobem poskytovat informace o své činnosti. Podmínky provedení stanoví zákon.*

¹¹ Usnesení Ústavního soudu ze dne 18.12.2002, sp. zn. III. ÚS 156/02.

¹² Předsedkyně Nejvyššího soudu ČR

zakazuje veřejné moci poskytovat informace z důvodů obsažených buď v Listině nebo mezinárodních smlouvách, není veřejná moc oprávněná informace neposkytnout s odkazem kupř. na Listinu základních práv a svobod samotnou, nebo na omezovací klauzule v mezinárodních smlouvách, neboť tyto omezovací klauzule nejsou tzv. selfexecuting, tedy samovykonávací.“

Listina hovoří o právu na informace ještě na jednom místě, je jim čl. 35 odst. 2, který stanoví právo každého „na včasné a úplné informace o stavu životního prostředí a přírodních zdrojů.“ Jedná se o speciální informaci zaměřenou výlučně na oblast životního prostředí. Tato otázka je regulována zákonem č. 123/1998 Sb., o právu na informace v životním prostředí, ve znění pozdějších předpisů, jenž je ve vztahu speciality k později přijatému zákonu č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů.

3. ZÁKON Č. 106/1999 SB., O SVOBODNÉM PŘÍSTUPU K INFORMACÍM, VE ZNĚNÍ POZDĚJŠÍCH PŘEDPISŮ

Obecným předpisem řešícím problematiku svobodného přístupu k informacím je již výše zmíněný zákon č. 106/1999 Sb., který nabyl účinnosti 1.1.2000. Pokud však některé jiné zákony, např. ZSDP nebo zákon o katastru nemovitostí, stanoví pro určitou oblast jiné podmínky pro poskytování informace, budou mít přednost před tímto zákonem v té konkrétní odchylce a budou v postavení zákona zvláštního. Zákon o svobodném přístupu k informacím (dále jen InfZ) „zajišťuje právo veřejnosti na informace, které se vztahují k působnosti státních orgánů, územních samosprávných celků a jejich orgánů a veřejných institucí, jakož i dalších subjektů, které rozhodují na základě zákona o právech a povinnostech občanů a právnických osob.“¹³ § 2 InfZ definuje „povinné subjekty“, avšak činí to poněkud obecně, což způsobuje v praxi značné potíže. Jsou nimi¹⁴:

- Státní orgány
- Územní samosprávné celky- obce, kraje
- Orgány územních samosprávných celků – jak v samostatné, tak přenesené působnosti

Veřejné instituce – tento pojem způsobuje největší potíže. Poslední velká novela 61/2006 Sb., odstranila upřesňující dodatek „hospodařící s veřejnými prostředky“ a tím se stal tento pojem ještě obtížněji vyložitelným. Takovými institucemi mohou být Česká televize, Český rozhlas, Veřejná zdravotní pojišťovna...

*Za povinný subjekt zákon také považuje *právnícké nebo fyzické osoby*, kterým zákon svěřil rozhodování o právech a povinnostech právnických a fyzických osob v oblasti veřejné správy.*

Toto pozitivní vymezení povinných subjektů, které by ale podle názorů odborníků mělo být rozšířeno a ideální by zde byl taxativní výčet, aby se předešlo případným sporům o to, zda

¹³ Průcha, P., Správní právo. Obecná část. 7.vydání. Brno : Masarykova univerzita v nakladatelství Doplněk 2. 2007, s.355

¹⁴ Hendrych, D. a kol. Správní právo. Obecná část. 6.vydání. Praha : C.H.Beck, 2006, s.662

instituce je či není povinným subjektem, je doplněno negativním vymezením toho, na co se zákon nevztahuje.¹⁵ Dále zákon poskytuje několik nejdůležitějších definic, mezi které patří především „Žadatel“. V této definici se projevuje princip otevřenosti, protože na informaci má zásadně nárok každý.

Zákon rozlišuje dva způsoby poskytování informací a upravuje detaily postupů. „Povinné subjekty poskytují informace na základě žádosti nebo zveřejněním.“¹⁶ Subjekty jsou povinny zveřejňovat informace obecného charakteru, které jsou využitelné pro širokou veřejnost. Poskytování informací na žádost umožňuje uspokojit požadavky žadatelů, které jsou zcela individuálního a specifického charakteru.

Zákon vymezuje také skutečnosti rozhodné pro odmítnutí poskytnutí žádané informace. Jedná se o určitá omezení práva na informace. Neposkytují se informace, které jsou označeny za utajovanou informaci¹⁷, týkají se osobnosti, projevů osobnosti povahy, soukromí fyzické osoby, jsou obchodním tajemstvím¹⁸ a také „se neposkytne informace o majetkových poměrech osoby, která není povinným subjektem, získané na základě zákonů o daních, poplatcích, penzijním nebo zdravotním pojištění anebo sociálním zabezpečení.“¹⁹ Jedním z nejproblematictějších a nejčastěji využívaných institutů k odmítnutí informace je podle počtu podaných žalob obchodní tajemství. Jeho definici obsahuje § 17 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.²⁰ Důležité je upozornit na to, že označit nějaký materiál za obchodní tajemství může pouze soukromoprávní subjekt, a to před poskytnutím tohoto materiálu povinnému subjektu.

V zákoně dále najdeme, jak má vypadat žádost o poskytnutí informace, postup při jejich podávání, vyřizování, jejich náležitosti a také problematiku odvolání a případného hrazení nákladů. Odvolání lze podat nejen proti zamítavému stanovisku správního orgánu, ale také se jim lze bránit proti nečinnosti správního orgánu, kde zákon formuluje tzv. fikci rozhodnutí, a to v případě, že orgán neodpoví občanovi do 15ti dnů od podání žádosti. Odvolacím orgánem je nejbližší nadřízený orgán.²¹

Orgány jsou povinny na základě žádostí poskytovat informace zásadně bezplatně. Ustanovení o hrazení nákladů však vyvolává v praxi potíže, a to nejen u poskytovatelů, ale také i u

¹⁵ § 2 odst. 3 InfZ, ve znění pozdějších předpisů,

¹⁶ § 4 odst. 1 InfZ, ve znění pozdějších předpisů,

¹⁷ Zákon č. 412/2005 Sb., o ochraně utajovaných informací a o bezpečnostní způsobilosti, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁸ Toto je prolomeno v případě údajů o používání veřejných prostředků.

¹⁹ Průcha, P., Správní právo. Obecná část. 7.vydání. Brno : Masarykova univerzita v nakladatelství Doplněk 2. 2007, s.361

²⁰ „Obchodní tajemství tvoří veškeré skutečnosti obchodní, výrobní či technické povahy související s podnikem, které mají skutečnou nebo alespoň potenciální materiální či nemateriální hodnotu, nejsou v příslušných obchodních kruzích běžně dostupné, mají být podle vůle podnikatel utajeny a podnikatel odpovídajícím způsobem jejich utajení zajišťuje.“

²¹ § 89 odst.1 SŘ, ve znění pozdějších předpisů, § 178 SŘ, ve znění pozdějších předpisů.

žadatelů o informace. Zákon stanovuje, že povinný subjekt je oprávněn „žádat úhradu ve výši, která nesmí přesáhnout náklady spojené s pořízením kopií, opatřením technických nosičů dat a s odesláním informací žadateli“.²² Za problematické a sporné považují především ustanovení téhož odstavce, že lze žádat úhradu za mimořádné vyhledávací činnosti. Tato nepřesnost a nejasnost může být zneužita povinnými subjekty k „šikaně“ občanů a žádat nepřiměřenou částku za informaci. V případě, že povinný subjekt usoudí, že informaci podá, ale za úhradu, je poskytnutí informace podmíněno zaplacením. Tuto situaci by bylo možno řešit stanovením sazebníku úhrad a definovat za co lze a za co ne (např. mzdové náklady a personální náklady spojené s vyhledáním informace) požadovat peníze. Přispělo by to nepochybně k právní jistotě subjektů.

4. ZÁVĚR

Cílem tohoto článku je především obecné shrnutí problematiky práva na volný přístup k informacím, a to především v kontextu působení státní správy v České republice. Autoři ve svém bádání nejprve zaměřili na obecnou genezi práva na informace včetně jeho formování v závislosti na systému státního zřízení. Klíčovým pro rozbor celé problematiky je správné chápání pojmu informace a dvoukolejnosti terminologie jako svoboda informací a svobodný přístup k informacím. Právo na informace se velmi úzce váže s činností veřejné správy, protože právě její činnost správa veřejných záležitostí ve veřejném zájmu s sebou nese povinnost informovat veřejnost o své činnosti.

Právo na informace patří k základním lidským právům, o čemž svědčí jeho kodifikace na mezinárodní i komunitární úrovni v dokumentech jako Všeobecná deklarace lidských práv nebo evropská Charta základních práv. V intencích vnitrostátních bývá právo na informace součástí dokumentů nejvyšší právní síly; v České republice je toto právo jako právo politické deklarováno v Listině základních práv a svobod. Už však mezinárodní úprava počítá s tím, že toto právo musí podléhat určitým omezením. Česká právní úprava následuje systém publicity veřejné správy, který počítá s možností omezení práva na informace právě pouze na základě zákona.

Obecným předpisem, řešícím problematiku práva na informace, je zákon č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů, jehož účelem je zajištění práva na informace o činnosti veřejné správy a jiných subjektů (povinných subjektů) určených tímto zákonem. Informace jsou poskytovány dvojím způsobem, a to zveřejněním nebo na žádost. Žadatel má tedy právo domoci se všech informací týkajících se správy věcí veřejných, které nejsou z poskytování vyloučeny. Zákon s sebou však přinesl také řadu problémů z hlediska praktické aplikace, a to zejména přílišnou vágnost v definici okruhu povinných subjektů.

Literature:

- Korbel, F. a kol: Právo na informace. Zákon o svobodném přístupu k informacím. Zákon o právu na informace o životním prostředí. Komentář. 2. vydání. Praha: Linde Praha, a. s., 2005, 20

²² § 17 odst.1 InfZ, ve znění pozdějších předpisů.

*Dávid R., Neckář J., Sehnálek D., (Editors). COFOLA 2009: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4821-8*

- Hendrych, D. a kol. Správní právo. Obecná část. 6.vydání. Praha : C.H.Beck, 2006, s. 822 s., ISBN 8071794422
- Průcha, P., Správní právo. Obecná část. 7.vydání. Brno : Masarykova univerzita v nakladatelství Doplněk 2. 2007, 418 s., ISBN 9788021042766

Reviewer:

Petr Mrkývka

Contact – email:

Damian.czudek@law.muni.cz - Kristyna.chalupecka@email.cz

PRÁVO NA INFORMACE A POSKYTOVÁNÍ ROZSUDKŮ

KATEŘINA ČERVENÁ

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Příspěvek pojednává o právu na informace v soudnictví podle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím. Autorka se zabývá možností poskytovat kopie nepravomocných rozsudků. Dochází k závěru, že praxe soudu, který neposkytuje kopie nepravomocných rozsudků, je zcela neopodstatněná. Nemá žádnou oporu v zákoně, tak jak to vyžaduje Listina základních práv a svobod.

Key words in original language:

Přístup k informacím, soudní rozhodnutí, pravomocný rozsudek, nepravomocný rozsudek, zákon č. 106/1999 Sb.

Abstract:

The contribution is considering a right for information in judiciary according to Act n. 106/1999. The author deals with the possibility of offering non-final judgments. She gets to the conclusion, that non-final judgments should be offered even thou the praxis of Czech courts is not to offer them (but thus has not got any backing in statutes of the Bill of basic rights and freedoms).

Key words:

Access to information, court decision, a final judgment, legal force, judgment not in legal force.

O tom, že soudy musí v souladu se zákonem č. 106/1999 Sb. o svobodném přístupu k informacím poskytovat na žádost kopie pravomocných, rozsudků již není sporu. Situace se vyjasňuje i v otázce jiných pravomocných rozhodnutí¹. Otázkou však zůstává, jak je to s rozsudky, které ještě nenabýly právní moci. Problematickým se z tohoto pohledu jeví ustanovení § 11 odst. 4 písm. b) zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, které stanovuje, že „povinné subjekty neposkytnou informace o rozhodovací činnosti soudů, s výjimkou pravomocných rozsudků“. Na první pohled se zdá, že je vše jasné a mnozí (včetně soudů) vyvozují, že nepravomocné rozsudky poskytovat nelze. Dle mého názoru však tato otázka zcela jasná není a přikláním se k tomu, aby soudy kopie nepravomocných rozsudků žadatelům poskytovali.

¹ Rigel, F.: Poskytování soudních rozhodnutí prostřednictvím zákona o svobodném přístupu k informacím. *Jurisprudence*, Praha : ASPI, 17, 4, s. 3-8. Korbek, F.: Poskytování informací v oblasti justice. Zákon o svobodném přístupu k informacím v praxi veřejné správy – aktuální problémy. Zápis ze semináře. Praha, 2008. Ministerstvo vnitra. Dokument je dostupný z: <http://www.mvcr.cz/soubor/zapis-ze-seminare-informacni-zakon.aspx>. Analýza účinnosti zákona o svobodném přístupu k informacím, z hlediska rozsahu uplatňované veřejné kontroly činnosti orgánů státu, kraje, obce a jimi zřízených či jinak ovládaných právnických osob a dalších povinných subjektů. Ministerstvo vnitra, Praha, 10. prosinec 2007.

Poskytování rozsudků a zákon o svobodném přístupu k informacím

Výkladové komplikace jsou mimo jiné způsobeny tím, že existují předpisy, které speciálně upravují zveřejňování některých typů rozhodnutí. Uvést můžeme např. zveřejňování dražebních vyhlášek na veřejných deskách nebo zveřejňování rozhodnutí Nejvyššího soudu a Nejvyššího správního soudu. Z toho, že jsou upraveny zvláštní druhy poskytování informací o rozhodování soudů, však není možno dovozovat, že na poskytování informací soudy není možno použít úpravu o poskytování informací tak, jak je uvedena v zákoně o svobodném přístupu k informacím. Obecně tedy soudy informace poskytují. Avšak s tím, že v ustanovení § 11 odst. 4 písm. b) je stanovena výjimka, kdy informace poskytovány nejsou. Výjimka je sice formulovaná poměrně široce, je však zřejmé, že zákon umožňuje poskytovat obecné informace vzešlé z procesů agend justice. I když je možno tyto informace nazývat „zbytkovými“² vzhledem k rozsahu výjimky, tak jak je stanovena § 11 odst. 4 písm. b).

Hlavním argument, který je uváděn jako důvod, pro neposkytování informací o „rozhodovací činnosti soudů“ je ochrana nezávislosti soudů. Z tohoto pohledu je § 11 odst. 4 písm. b) možno chápat jako logickou snahu preventivně bránit soud před nátlakem zvenčí, proti vlivům, které by mohly ovlivnit jeho rozhodování.

Klíčovou je tak výkladová otázka, co je to „rozhodovací činnost soudů“. Samo ministerstvo spravedlnosti tento pojem vykládá jako pouze „skutečnou činnost, která směřuje k rozhodnutí. To znamená informace o procesních aktivitách soudu a účastníků, o dokazování, úmyslech soudce, kterým směrem povede dokazování, jak plánuje rozhodnout, jak plánuje vést soudní proces apod.“³

Ani ministerstvo za „rozhodovací činnost“ nepovažujeme výsledek takové činnosti. Není možno než souhlasit s ministerstvem v tom, že rozsudek nebo jinak nazvané rozhodnutí, které bylo vydáno, samo o sobě již žádnou „činnost“ nepředstavuje. Dojde-li tedy soud ke konečnému, zejména k meritornímu rozhodnutí ve věci samé, rozhodnutí je možno poskytnout. A to na základě žádosti nebo i zveřejněním.⁴

Tento výklad potvrdil také Městský soud v Praze ve svém rozhodnutí, které bylo rovněž publikováno ve Sbírce rozhodnutí Nejvyššího správního soudu⁵. Podle Městského soudu v Praze je ustanovení § 11 odst. 4 písm. b) nutné v souladu s čl. 17 Listiny „aplikovat tak, že vylučuje poskytnutí pouze těch konkrétních informací, jejichž zveřejnění by ohrozilo nezávislý, nestranný a řádný průběh soudního sporu - tedy rozhodovací proces. Nemůže se však vztahovat na poskytnutí obsahu soudního rozhodnutí, neboť jím již nemůže být ohrožena či omezena rozhodovací činnost soudu.“

² Korbela, F.: Poskytování informací v oblasti justice. Zákon o svobodném přístupu k informacím v praxi veřejné správy – aktuální problémy. Zápis ze semináře. Praha, 2008. Ministerstvo vnitra, s. 19. Dokument je dostupný z: <http://www.mvcr.cz/soubor/zapis-ze-seminare-informacni-zakon.aspx>

³ Tamtéž, s. 20.

⁴ Tamtéž.

⁵ Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 23. února 2007 č. j. 10 Ca 144/2005-37, publikován pod č. 1270/2007 Sb. NSS.

Nutno přiznat, že dva měsíce před tímto rozsudkem vydal Městský soud v Praze rozsudek jiný⁶, ve kterém rozhodl, že rozsudky dle zákona o svobodném přístupu k informacím poskytovat nelze. Soud mohl takto rozhodnout, i přestože se jednalo o poskytnutí pravomocného rozsudku, protože soud se v obou případech zabýval právním stavem, před nabytím účinnosti novely 61/2006 Sb. Teprve tou zákonodárce do ustanovení § 11 odst. 4 písm. b), které znělo „povinné subjekty neposkytnou informace o rozhodovací činnosti soudů“, připojil dovětek „s výjimkou pravomocných rozsudků“.

S výkladem, který znemožňoval poskytnutí pravomocného rozsudku, však zjevně nesouhlasil ani Nejvyšší správní soud, který publikoval ve své sbírce rozhodnutí opačné, ani zákonodárce, který se již před vynesemím tohoto rozsudku pokusil nejasnou situaci vylepšit přijetím zmíněného dovětku.

Situace však zůstala nadále složitá. Z formulace, kdy zákonodárce použil „s výjimkou“, by bylo možno dovozovat, že se v případě pravomocných rozsudků jedná o složku „rozhodovací činnosti“, které je poskytnuta výjimka. Panuje však shoda, jak mezi soudem a odborníky⁷, tak s již citovaným pozdějším výkladem ministerstva, že rozsudek již není možno považovat za rozhodovací činnost soudů, ale za výsledek této činnosti. Je proto možno souhlasit, že formulace „s výjimkou pravomocných rozsudků“ je tak pouhé nešťastné „zákonné upozornění“⁸ na to, že pravomocné rozsudky poskytovat jistě lze. Proto je možno říci, že stejně tak jako z této formulace nelze dovodit, že by např. pravomocná usnesení⁹ poskytnout nešla, nelze z něj rovněž dovozovat, že by nebylo možné poskytnout nepravomocné rozsudky.

Jak jsem zmínila výše, soud i ministerstvo spravedlnosti¹⁰ se k poskytování rozsudků vyjadřovali již několikrát. Jakkoliv však jejich argumentace směřovala k pravomocným rozsudkům, závěry z ní učiněné platí i pro poskytování rozsudků nepravomocných. Jakýkoli rozsudek, ať pravomocný nebo nepravomocný, je totiž „výsledkem“ procesu, který zákon nazývá „rozhodovací činnost soudu“. Nepravomocný rozsudek není možno podřadit pod tento pojem, který vyjadřuje jedinou výjimku omezující poskytování informací v soudnictví. Soudcovo rozhodování probíhá pouze do vynesení rozsudku. Po jeho vynesení již soudce ve věci nerozhoduje. Nemůže tak být nijak ovlivněn ve svém rozhodování. Písemným vyhotovením rozsudku, které obvykle následuje až po jeho ústním vyhlášení, proces vydávání rozsudku končí definitivně. Poté již není možno soudce v jeho postupech a myšlenkových pochodech ovlivnit nijak. Připomínám, že podstatou aplikace ustanovení § 11 odst. 4 písm. b) je „ochrana nezávislosti soudu jako ústavní instituce, nikoli však utajení soudních

⁶ Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 29. 12. 2006, č. j. 11 Ca 163/2005-30

⁷ Viz např. Rigel, F.: Poskytování soudních rozhodnutí prostřednictvím zákona o svobodném přístupu k informacím. *Jurisprudence*, Praha : ASPI, 17, 4, s. 3-8.

⁸ Tamtéž.

⁹ Tamtéž. K usnesením je možno dodat, že i zástupci ministerstva přiznávají, že pojem „rozsudek“ se dostal do zákona omylem, a že je plánováno jeho nahrazení slovem „usnesení“, viz diskuze k příspěvku Korbel, F.: Poskytování informací v oblasti justice. *Zákon o svobodném přístupu k informacím v praxi veřejné správy – aktuální problémy. Zápis ze semináře*. Praha, 2008. Ministerstvo vnitra, s. 19. Dokument je dostupný z: <http://www.mvcr.cz/soubor/zapis-ze-seminare-informacni-zakon.aspx>.

¹⁰ K vyjádření ministerstva spravedlnosti viz závěr příspěvku.

rozhodnutí“, jak se v již citovaném rozsudku vyjádřil Městský soud v Praze.¹¹ Ten také uvedl, že je „vždy nutno jednoznačně zjistit nezbytnost a konkrétní důvod vedoucí k omezení práva na informaci a posoudit, zda by omezením tohoto práva nedošlo k nepřiměřenému ohrožení zájmů chráněných jinými předpisy ...“ V případě nepravomocných rozsudků nám tedy důvod odpadl. Po vynesení rozsudku už proto není nutné soudce a jeho nezávislost chránit. Jeho rozhodování již ovlivněno být nemůže. Není tak důvod rozsudek neposkytnout.

Právo na informace v Listině základních práv a svobod

Hovoříme-li v obecné rovině o tom, zda poskytnou informaci nebo ne, řešíme vždy otázku vztahu práva na svobodný přístup k informacím a práva na jejich ochranu. Z výše uvedeného vyplývá, že z ustanovení obecných zákonů není možno dovodit, že by nepravomocné rozsudky nebylo možno poskytnout. Proto je třeba zaměřit se na ústavní základy těchto práv. Zde samozřejmě klíčovou roli hraje Listina základních práv a svobod (dále jen Listina).

Za základ uvedených práv můžeme považovat články 17. odst. 1 (obecné právo na informace), čl. 17 odst. 4 (podmínky omezení práva na informace) a čl. 10 (ochrana práv osobních a osobnostních), čl. 11 (ochrana práv majetkových). Zároveň je třeba aplikovat požadavek minimalizace zásahů do ústavně zaručených práv, tak jak je vyjádřen v čl. 4 odst. 1, podle kterého při používání ustanovení o mezích základních práv a svobod musí být šetřeno jejich podstaty a smyslu a nesmí být zneužívána k jiným účelům, než pro které byla stanovena.

Střet těchto dvou práv však v ústavní rovině není řešen. Tento úkol je tak ponechán na zákonodárci, kterému nezbyvá než respektovat čl. 17 odst. 4. Tento je nejpřesnějším vodítkem pro zajištění omezování přístupu k informacím jen v nejmenším nutném rozsahu.¹²

Článek 17 odst. 4 Listiny stanovuje, že právo vyhledávat a šířit informace lze omezit zákonem (formální podmínka)¹³, jde-li o opatření v demokratické společnosti nezbytná pro ochranu práv a svobod druhých, bezpečnost státu, veřejnou bezpečnost, ochranu veřejného zdraví, ochranu mravnosti (materiální podmínka). Z uvedeného vyplývá, že formální i materiální podmínka musí být splněny zároveň.

Z výše řečeného vyplývá, že neexistuje zákonná úprava, která by bránila poskytnutí nepravomocného rozhodnutí. Formální podmínka čl. 17 odst. 4 Listiny tedy splněna není, nelze proto ani z Listiny dovozovat, že nepravomocné rozsudky poskytovat nelze.

Několik závěrečných poznámek

Jednou ze zásad, která je klíčová pro fungování celého soudního systému, je zásada veřejnosti. Ta se projevuje také tak, že soudní jednání jsou zásadně veřejná. A pokud je

¹¹ Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 23. února 2007 č. j. 10 Ca 144/2005-37, publikován pod č. 1270/2007 Sb. NSS.

¹² Korbela, F.: Svobodný přístup k informacím podle zákona č. 106/1999 Sb. – vybrané problémy. Brno, 2005. Disertační práce. Právnická fakulta Masarykovy univerzity.

¹³ Zde je možno odkázat také na usnesení Ústavního soudu ze dne 16. 5. 1996 sp. zn. III. ÚS 28/96, kde se soud vyjádřil, že: „Právo na informace je nepochybně subjektivním právem každého občana. Odmítnout poskytnutí informace je možné pouze v případech zákonem výslovně stanovených.“

soudní jednání z nějakého závažného důvodu¹⁴ neveřejné, je zaručeno, že alespoň k vyhlášení rozsudku bude veřejnost připuštěna. Veřejnost má tedy objektivně možnost se s rozhodnutím seznámit. A to nejen s výrokem, ale také alespoň v minimální podobě s odůvodněním. Zákon o soudech a soudcích¹⁵ navíc umožňuje s pouhým vědomím předsedy pořizování zvukového záznamu z jednání. Tím je dán „jasný důkaz, že obsahy rozsudků nejsou žádným způsobem utajovány, ale naopak je lze právní cestou získat“¹⁶. Neexistuje proto důvod, aby bylo veřejnosti znemožněno obeznámit se s rozsudkem v jeho písemné podobě.

Setkala jsem se rovněž s názorem, že pokud si dá někdo „tu práci“ a zúčastní se jednání, má evidentně velký zájem na seznámení se s projednávanou věcí, a proto má mít výhodu informovanosti. Tato argumentace se však jeví vykonstruovaná. Zejména poukážeme-li na uvedenou možnost pořídit si z jednání záznam a tento záznam následně komukoli předat.

Navíc pro zajištění ochrany soukromí je výhodnější souhlasit s poskytováním rozsudků a to vzhledem k anonymizované podobě jejich poskytování. Lidé mající zájem na zjištění odůvodnění rozsudku, tak nejsou nuceni zajišťovat si nahrávky z jednání či být přímo na jednání. Anonymizovaným vyhotovením rozsudku jsou tak seznámeni s daleko menším rozsahem informací zasahující do sféry soukromí.

Dalším argumentem směřující proti poskytování nepravomocných rozsudků veřejnosti, je možnost žadatele získat rozsudek dříve, než je doručen samotnému účastníkovi řízení. Toto se může jevit poněkud necitlivě, pokud se účastník řízení dozví o rozhodnutí ve vlastní věci např. z médií. Nehovoříme-li přímo o nepravomocných rozhodnutích, tato situace nastává např. u Nejvyššího správního soudu. Ten na svých webových stránkách zveřejňuje svá rozhodnutí již zároveň s pokynem k vypravení rozhodnutí¹⁷. Vzhledem k tomu, že rozhodnutí jsou doručována skrze krajské soudy a Nejvyšší správní soud neneviduje, zda a kdy jsou rozhodnutí doručena. Zveřejňována jsou tak nezávisle na doručení a často tedy před doručením účastníkovi řízení. Nejvyšší správní soud se k této věci již vyjadřoval a uvedl mimo jiné, že „poskytnutí co možná nejúplnějších informací umožní vyvážené a objektivní uchopení případu médii a zabrání vulgarizujícím smyšlenkám a dohadům.“¹⁸

Na závěr bych chtěla uvést, že po napsání tohoto příspěvku, několik dní před konferencí vydalo v mé věci ministerstvo spravedlnosti jako odvolací orgán rozhodnutí v případě poskytování nepravomocného rozsudku. Odvolala jsem se proti rozhodnutí Krajského soudu v Praze, kterým tento odmítl poskytnout jeden dosud nepravomocný rozsudek ve známém případě ženy, která i přes provedenou sterilizaci otěhotněla. S potěšením mohu konstatovat, že

¹⁴ Např. ochrana utajovaných skutečností, obchodní tajemství.

¹⁵ § 6 odst. 3 zákona č. 6/2002 Sb., o soudech a soudcích.

¹⁶ Korbel, F. a kol.: Právo na informace. Zákon o svobodném přístupu k informacím. Zákon o právu na informace o životním prostředí. Komentář. 2. vydání. Praha. Linde Praha, a. s., 2005, s. 140.

¹⁷ § 33 a násl. zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní.

¹⁸ Vyjádření předsedy Nejvyššího správního soudu ze dne 8. dubna 2008 č.j.: S 105/2008, ke stížnosti ze dne 29. března 2008.

ministerstvo spravedlnosti¹⁹ vyhodnotilo mé odvolání jako důvodné a rozhodnutí krajské soudu zrušilo.

Z odůvodnění rozhodnutí mohu citovat několik vět:

- Za rozhodovací činnosti soudu nelze považovat samotný výsledek této činnosti, to znamená, že rozsudek nebo jinak nazvané rozhodnutí, které již bylo vydáno a samo o sobě již žádnou „činnost“ nepředstavuje.
- Dovětek „s výjimkou pravomocných rozsudků“ byl do ... zákona vložen ... s cílem jednoznačně stanovit povinnost poskytovat ... texty pravomocných rozsudků. Z gramatického ani logického výkladu ... nevyplývá zákaz poskytovat jiné výsledky rozhodovací činnosti.
- Rozsudek se vyhláší vždy veřejně. Zásada ústnosti a veřejnosti je tak považována za jeden z principů napomáhajících zachování práva na spravedlivý proces. Výjimky z této zásady jsou stanoveny mimo jiné proto, aby byla zajištěna ochrana práv a zájmů jiných osob nebo zájmů chráněných státem. Odmítnutí žádosti o poskytnutí byť nepravomocného rozsudku ... je třeba považovat za nepřipustně rozšiřující.

Na úplný závěr si dovoluji výše uvedené shrnout. Ze zákona o svobodném přístupu k informacím nevyplývá, že by poskytování nepravomocných rozsudků nebylo možné. Není proto splněna ani formální podmínka omezení přístupu k informacím, tak je stanovena v Listině základních práv a svobod. Naopak pro poskytování i nepravomocných rozsudků existuje řada důvodů, z nichž nejdůležitější je možnost veřejnosti touto cestou vykonávat kontrolu soudní moci. K této argumentaci se v jednom ze svých rozhodnutí přiklonilo také ministerstvo spravedlnosti.

Literature:

- Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 23. února 2007 č. j. 10 Ca 144/2005-37, publikován pod č. 1270/2007 Sb. NSS.
- Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 29. 12. 2006, č. j. 11 Ca 163/2005-30
- Rozhodnutí ministerstva spravedlnosti ze dne 12. 5. 2009, č. j.: 153/2009-SOSV-OSV-ODV/2.
- Korbel, F.: Poskytování informací v oblasti justice. Zákon o svobodném přístupu k informacím v praxi veřejné správy – aktuální problémy. Zápis ze semináře. Praha, 2008. Ministerstvo vnitra, s. 20. Dokument je dostupný z: <http://www.mvcr.cz/soubor/zapis-ze-seminare-informacni-zakon.aspx>

¹⁹ Rozhodnutí ministerstva spravedlnosti ze dne 12. 5. 2009, č. j.: 153/2009-SOSV-OSV-ODV/2.

- Korbel, F.: Svobodný přístup k informacím podle zákona č. 106/1999 Sb. – vybrané problémy. Brno, 2005. Disertační práce. Právnická fakulta Masarykovy univerzity.
- Korbel, F. a kol.: Právo na informace. Zákon o svobodném přístupu k informacím. Zákon o právu na informace o životním prostředí. Komentář. 2. vydání. Praha. Linde Praha, a. s., 2005.
- Rigel, F.: Poskytování soudních rozhodnutí prostřednictvím zákona o svobodném přístupu k informacím. Jurisprudence, Praha : ASPI, 17, 4.
- Analýza účinnosti zákona o svobodném přístupu k informacím, z hlediska rozsahu uplatňované veřejné kontroly činnosti orgánů státu, kraje, obce a jimi zřízených či jinak ovládaných právnických osob a dalších povinných subjektů. Ministerstvo vnitra, Praha, 10. prosinec 2007.

Reviewer:
Stanislav Kadečka

Contact – email:
katerina.cervena@centrum.cz

ELECTRONIC FORM OF PROCEDURAL ACTS IN THE CIVIL PROCEDURE LAW

RADOVAN DÁVID

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Český občanský soudní řád byl přijat v roce 1963 a původně upravoval pouze jedinou možnost doručování dokumentů soudů svým adresátům, resp. účastníkům řízení. Do roku 2000 byla preferovaným prostředkem pošta, avšak od roku 2000 český právní řád zakotvil další prostředky doručování, zejména pak elektronickou cestou. To znamená, že v dnešní době je možné podání učinit elektronicky, resp. stejně tak i doručovat dokumenty. Velká očekávání jsou spojena s novým zákonem č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech, který nabude účinnosti ke dni 1. července 2009.

Key words in original language:

Civilní proces, procesní úkon, soud, účastník řízení, doručování, podání, elektronický podpis.

Abstract:

Czech Civil Procedure Code was adopted in 1963 and originally it allowed the one and only way how to service the documents of courts to its recipient, respectively participant of the proceedings. Until 2000 the preferred way of delivering the documents was delivering of post. But since 2000 the Czech legal regulations has also been allowing to service the documents in other ways, especially electronically. It means that by present-day legal regulations the Czech courts are also allowed to deliver the documents also electronically. Big expectations are connected with the new act no. 300/2008, on electronic acts that will come into force on 1st July 2009.

Key words:

Civil procedure, procedural act, court, participant, service, appeal, electronic signature.

Občanské právo procesní je charakterizováno jako soubor právních norem regulujících civilní proces, tedy postup soudu, účastníků řízení a dalších subjektů či osob zúčastněných na řízení při projednávání a rozhodování soukromoprávních sporů orgány výkonu soudnictví. Jeho účelem tak je ochrana subjektivních práv a zákonem chráněných zájmů.

Hovoříme-li o postupu soudu, resp. účastníků, je nutno se velmi významně zabývat tzv. procesními úkony, jež směřují ke vzniku, změně a zániku procesněprávních vztahů, resp. k zahájení, průběhu a ukončení řízení. Díky procesním úkonům se tak z procesu stává jednotný celek.

Vývoj formy procesních úkonů, jako procesněprávních skutečností, zcela logicky závisí na vývoji technologickém, který přímo podmiňuje prostředky, jimiž je možno úkony činit. Je však důležité zmínit odlišení procesních úkonů soudu a procesních úkonů účastníků, i když jednoznačně lze konstatovat, že v obou případech je vývoj obdobný.

1. DORUČOVÁNÍ

Procesní úkony soudu jsou bezprostředně spojeny s problematikou doručování a de facto pouze doručování jako takové je schopné procházet změnami potenciálních forem.

Na základě nového zákona č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, dostane elektronické doručování jednoznačně preferovanou pozici, kdy dostane přednostní postavení před doručováním poštou. Jediným přednostním prostředkem bude tzv. doručení krátkou cestou.

S účinností od 1. července 2009 se tedy v českém civilním procesu uplatní nové způsoby doručování. Ačkoliv je možnost doručování elektronickou cestou v zákoně č. 99/1963 Sb., občanském soudním řádu, zakotvena již několik let, jedná se v souvislosti s přijetím zákona o elektronických úkonech o změnu skutečně přelomovou.

Elektronické doručování bude nadále upraveno v § 46 a § 47 občanského soudního řádu, a to ve spojení s ustanovením § 17 zákona o elektronických úkonech. Elektronicky se tak bude doručovat buď do veřejné datové schránky, a to primárně, anebo, v případě, že nebude možné doručit do veřejné datové schránky, prostřednictvím veřejné datové sítě na elektronickou adresu. V tomto druhém případě však bude i nadále platit nepraktické omezení, že tak lze učinit pouze na adresu, kterou adresát sdělil soudu, a jestliže s takovým doručováním souhlasí či o to soud dokonce výslovně požádal. Doručení bude navíc účinné jen tehdy, bude-li do tří dnů od doručení potvrzeno adresátem. V případě doručování do veřejné datové schránky žádné obdobné pravidlo neexistuje.

Další významné změny, ke kterým v rovině elektronizace justice dochází, jsou zejména zavedení možnosti vést soudní spis i v elektronické podobě, možnost zaznamenávat úkony soudu ve formě zvukového anebo (zvukově) obrazového záznamu, možnost předvolávat elektronickou cestou či stanovení povinnosti zveřejňovat obsah úřední desky způsobem umožňujícím dálkový přístup.

2. ÚKONY ÚČASTNÍKŮ

V souvislosti s pojetím procesněprávních vztahů lze konstatovat, že společným znakem procesních úkonů účastníků je jejich adresování soudu.

Na základě postupné novelizace § 42 občanského soudního řádu lze jakékoliv podání adresované soudu učinit rovněž elektronicky, přičemž rozeznáváme dvojí podobu. Jde buď o elektronickou formu prostou anebo opatřenou elektronickým podpisem. V prvním případě nadále platí, že takové podání je nutno do tří dnů doplnit předložením originálu nebo písemným podáním shodného znění. Stejná praxe však již není vyžadována v případě elektronického podání opatřeného elektronickým podpisem, a to zejména s ohledem na nové ustanovení § 42 odst. 5, i když soudní praxe tento postup nevyžadovala ani do jeho zakotvení. Docházelo však k výrazným obtížím, jež se několikrát staly předmětem řízení o ústavní stížnosti.

V dnešní době je dle ustanovení § 79 odst. 2 rovněž možné předkládat důkazy v elektronické podobě.

3. ZÁKON O ELEKTRONICKÝCH ÚKONECH

Dne 1. července 2009 nabude účinnosti zákon č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech. Bude upravovat elektronické úkony soudů, notářů, či soudních exekutorů, ale také fyzických a právnických osob. Jedná se o právní předpis, který by měl sjednotit různé procesní předpisy regulujících komunikaci, zejména elektronickou.

Ustanovení § 1 a § 2 zákona o elektronických úkonech ukládá všem subjektům, zejména soudům, notářům a soudním exekutorům povinnost užívat datové schránky, jako nástroj komunikace mezi subjekty. Dle důvodové zprávy k tomuto zákonu se schránky užití také pro činění procesních úkonů těchto subjektů. Schránka bude zabezpečena proti možnosti výmazu dat. Ten bude možný jen s výslovným pokynem oprávněného subjektu. Ochrana informací a dat, bude zajištěna prostřednictvím zneprístupnění schránky dle § 11 nebo zneplatnění přístupových údajů dle § 12.

Fyzické osoby se pro založení datové schránky mohou volně rozhodnout, právnické osoby a uvedené orgánům je musí zřídit povinně. Všechny datové schránky budou součástí Informačního systému datových schránek, který bude obsahovat základní údaje o jejich uživateli.

Přístup do datové schránky je dle § 8 umožněn osobě, které byla datová schránka založena, za orgány budou jednat pracovníci vedoucí, příp. pověření. Přístupové údaje se budou rozesílat do vlastních rukou.

Nejvýznamnějším ustanovením relevantním k tématu bude ustanovení § 17. Ten v odst. 1 stanoví, že „Umožňuje-li to povaha dokumentu a má-li fyzická osoba, podnikající fyzická osoba nebo právnická osoba zpřístupněnu svou datovou schránku, orgán veřejné moci doručuje dokument této osobě prostřednictvím datové schránky, pokud se nedoručuje veřejnou vyhláškou nebo na místě. Doručuje-li se způsobem podle tohoto zákona, ustanovení jiných právních předpisů upravující způsob doručení se nepoužijí.“ Dokument je považován za doručení v okamžiku, kdy se adresát přihlásí do své datové schránky. Nepřihlásí-li se adresát do datové schránky ve lhůtě 10 dnů ode dne, kdy byl dokument do datové schránky dodán, považuje se tento dokument za doručení posledním dnem této lhůty. Toto pravidlo neplatí, vylučuje-li jiný právní předpis náhradní doručení.

Úkony fyzických osob, podnikajících fyzických osob a právnických osob vůči orgánům veřejné moci mají stejné účinky jako úkony učiněné písemně a podepsané.

Ustanovení § 22 upravuje konverzi dokumentů, resp. převod dokumentu v elektronické podobě do podoby listinné a naopak. Převedený dokument má naprosto stejné účinky jako ověřená kopie dokumentu, avšak konverzí se nepotvrzuje správnost a pravdivost údajů obsažených ve vstupu a jejich soulad s právními předpisy.

4. ELEKTRONIZACE ZKRÁCENÝCH ŘÍZENÍ

Na základě novely provedené zákonem č. 123/2008 Sb., změna občanského soudního řádu, byl do občanského soudního řádu začleněn i tzv. elektronický platební rozkaz, resp. možnost podat návrh na vydání elektronického platebního rozkazu na předepsaném elektronickém formuláři. Na tomto místě se tedy lze zabývat účelností současného stavu, neboť i bez této právní úpravy by bylo možno uplatňovat své nároky u soudu i žalobou s návrhem na vydání

platebního rozkazu, učiněnou v elektronické podobě opatřené elektronickým podpisem. Jistým důvodem pro právě tento specifický a od platebního rozkazu ve smyslu § 172 občanského soudního řádu odlišný postup je zavedení celého řízení do sféry elektronické. Dnes je tedy možno reflektovat snahu o sjednocení podání do elektronické formulářové podoby, která minimalizuje nedostatky podání a nutnost jejich oprav či doplnění. Další procesní postup je však zatím totožný s postupem dle § 172 občanského soudního řádu a následujících, zejména pak nelze hovořit o skutečném elektronickém platebním rozkazu, neboť je zatím nutno jej doručit do vlastních rukou adresátů. Nelze tedy využít doručování prostřednictvím veřejné datové sítě ve smyslu ustanovení § 45f občanského soudního řádu, který podmiňuje užití takového doručení tím, že adresát (a tedy i žalovaný) musí s tímto způsobem (buť nepřímo) souhlasit a musí uvést svého akreditovaného poskytovatele certifikačních služeb. I samotná powerpointová prezentace dostupná na webových stránkách Ministerstva spravedlnosti jednoznačně, buť nepřímo, přiznává, že se elektronický platební rozkaz musí zaslat v listinné podobě do vlastních rukou adresáta. Úmyslem zákonodárce však zajisté je, aby i platební rozkaz byl skutečně elektronický a byl taktéž doručován v elektronické podobě, čímž řízení nepochybně urychlí a náklady účastníků budou rovněž výrazně nižší. Významná změna by však měla nastat v souvislosti s pravidly doručování prostřednictvím veřejné datové sítě na základě zákona o elektronických úkonech. Dle mého názoru by „pozitivní motivace“ k využívání elektronických podání v podobě polovičních soudních poplatků jako v případě podání elektronického návrhu na vydání „elektronického“ platebního rozkazu mohla být do budoucna rozšířena i na další elektronická podání, nicméně zatímní současný stav je zajisté způsoben zejména samotným („nesporným“) charakterem rozkazního řízení.

5. ZÁVĚR

Elektronizace procesních úkonů je nejen dle mého názoru objektivně naprosto logickým vyústěním technologického pokroku, který v posledních letech zcela razantním způsobem změnil prostředky doručování, což se samozřejmě dotýká i roviny procesních úkonů. Již v několika dnech má česká (nejen) justice přejít na systém elektronický, a to jak s ohledem na elektronizaci soudního řízení, tak i s ohledem na elektronizaci doručování, resp. podání. Bude jisté velmi zajímavým sledovat, jak se praxe se změnami vypořádá. Rozhodně celá problematika bude podrobena další hluboké diskusi, jež může přinést velmi významné úvahy de lege ferenda.

Literature:

- Macur, J. Problémy vzájemného vztahu práva procesního a hmotného. Brno: Masarykova univerzita, 1993.
- Stavinohová, J., Hlavsa, P.: Civilní proces a organizace soudnictví. Brno: Masarykova univerzita a Doplněk, 2003.
- Černý, P. Procesní účinky elektronického podání v občanském soudním řízení. Právní rozhledy, r. 2006, č. 12, s. 450-453.
- Lavický, Petr. Elektronický platební rozkaz? Právní fórum, Praha : ASPI, a.s., 2009, č. 2, s. 62-71.

*Dávid R., Neckář J., Sehnálek D., (Editors). COFOLA 2009: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4821-8*

- Dávid, R. Elektronizace procesních úkonů. Právní fórum, Praha : ASPI, a. s., 2009, č. 2, s. 57-62.

Reviewer:

Jaruška Stavinohová

Contact – email:

radovan.david@law.muni.cz

FREE ACCESS TO INFORMATION IN THE FRAMEWORK OF EU REGARDING CZECH REPUBLIC

JAN DUDA

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

The orientation of this work is to look at the institute of the right to information and free access to information in the European Union. The core work lays in the analysis of free access to information in the EU and its institutions, as well as in national adjustments of individual Member States. Basic legal context and summary of the laws are here described in a simple and concise form in order to make a brief overview upon this legal institute.

Key words in original language:

The European Union; information; Regulation; journalist; responsibility of the media; public authorities; the right to information; free access to information.

Introduction

Information, the right to information and to guarantee free access to information is the basis of public aim. Due to the upcoming geopolitical trends, European integration and the mechanism of our Presidency of the Council of the EU, I have decided to handle this issue not only for its timeliness, but also for its usefulness. Journalist, civic society and wide public representatives in their work needs to know how to use their rights, where are the limits of free access to information and what is the practical use. Not only in the domestic environment, but in all Member States of the European Union. In each chapter I would try to bring the clear concept of right to information and public access to information. I am convinced that both terms are closely linked to the work of journalists and are necessary in a complex use.

Brief adjustment in Czech legal system with journalist outlook

Right to information is a constitutionally enshrined right within the meaning of Article 17 Charter of Rights and Freedoms (hereinafter referred to as LZPS), respectively, in the case of environmental information and the meaning of Article 35 LZPS. It is the law of qualified and thus enforceable entitlement to use a specific information by a public authority to the applicant for the payment of necessary expenses. Diction pursuant to Article 2, paragraph 3 of the Czech Constitution, which explicitly states that "state power serves to all citizens" is evident here that an applicant will be able to rely on the public authority the necessary information. In addition, the Czech legal system in this way does not provide any specific advantages to journalist profession compared to other citizens Favor of it because it does adjust journalist in this case.

Journalist is therefore regardless of his orientation. He has the same status as any other applicant for information. In accordance with Article 41 of the Charter of fundamental rights and freedoms there must exist certain provisions of the current legal standard for such statements in order to could be enforced or performable. Mainly because, in this context, I would like to suggest this site link to the Law on Free Access to Information (Act No. 106/1999 Coll., as applicable legislation), Press Law (Law No 46/2002 Coll., as applicable legislation) in general as well as the Civil Code (Law No 40/1964 Coll., as amended by the legislation, the OZ). There are also some of the provisions of article 11 or article 12 par.3 OZ with journalistic practice, to access to information.

Todays importance of free access to information

In today's post-information society is information valued commodity. The society is hungry for information related to entertainment. "*Infotainment is now an inevitable trend. The relevant information is hidden in the peel.*"¹ " In the current postmodern paradigm of our culture is one of becoming important skills to understand the method of verified facts and assigning importance to each of them. Since the content is often switching to form. What is, therefore, postmodern society? Technical progress and employment center of gravity shift from industry to services caused by the Second World War crisis of collective identities and links people to major institutions, which were a nation, state or class. Their interests and desires began split, the company began to crumble in an increasingly smaller units, and its place in the sun began to report various minorities. Collective identity in thinking began to replace individual identity. The development of communication technology has enabled rapid and mainly individual orientation in the world, and everyone began to seek their own path. Post modern society is still young, still evolving, and its appearance is still variable.

So what can be understood by the term called information society? "*The information society is a society in which production, distribution, dissemination, use, integration and handling of information is an important , political and cultural activity.*"² "Information has come to be considered as a commodity and filtering of information, access to and quality distinction in today's information society becomes more than essential. Absorb all the knowledge in today's volume has ceased to be possible for an individual entity. Therefore, there is a tendency in education to teaching in the school curriculum to include issues of handling and retrieval of information, including their processing.

Another important role in obtaining information plays media and journalists. Responsible media and public focus is a de facto targeting toward promoting the public interest. The responsibility for the content of media communications, if not explicitly disclosed in the press law is the responsibility of the issuer itself. Since many of the facts for the current user rather difficult to verify, then the media itself has, on the basis of voluntary decisions to some degree of self through different codes. Responsible media and press, freedom of speech, expression and access to information is legally guaranteed by the states, thinking in democratic discourse.

¹ Bauman Z., *Úvahy o Postmoderní době*, 2.vydání Slon, Praha, 2006

² Webster F., *Theories of the information society*, 2. Edition, Routledge, Oxford, 2002,

"Freedom of information is a fundamental right of man and constitute a cornerstone of all freedoms, which are faithful to the United Nations, and this freedom stands for the right to collect, transmit and publish reports anywhere without restriction³." (Sociologist Jiří Přibáň) These rights stresses the responsibility of the media towards the society (so-called . accountability). Finally, the first international panel, which first draws attention to the important role of media is the responsibility of the Commission report for the freedom of the press from the years immediately following after the Second World War (Comission on the freedom of the press). This report draws attention to the issue of linking public and private folders in the media, as a socio-cultural platform for mass communication. Therefore might be distinguished. Certain differences in accountability and access to information can be found in the commercial media vs. the media of public service. *"The public nature of the media, for example, refers to the political function of the media in a democratic society and the fact that the monopolization of information and ideas from private persons is regarded as unacceptable⁴."*

Issues of conflict of media and the public was solved by the Constitutional Court in 2003 in its findings. *"Public affairs agenda, all state institutions, as well as the activities of persons involved in public life, such as activities of local and national politicians, officials, judges, lawyers, or. candidates or waiting for these features, are a public affairs and journalistic activities, including arts and performances are together those, which catches the public attention. The public affairs, respectively. public activities of individuals, may be publicly examined. When criticism of public affairs carried out by public entities operating in constitutional terms of true presumption are considered constitutionally with conformal criticism. It is an expression of the principle of democracy, the term participation of members of civil society in public matters.⁵"* Here, therefore, can assume that the values of freedom of expression, access to information and freedom of expression are the values in the forefront-Their goal stand in promoting the public interest, rather than the emphasis on supervision by public authorities.

International anchoring of the right to information

Among the documents I have included the Universal Declaration of Human Rights in its sixtieth anniversary, the International Covenant on Civil and Political Rights, the Council of Europe recommendations and, finally, the Convention for the Protection of Fundamental Rights and Freedoms.

Universal Declaration of Human Rights (the Declaration) was adopted by the UN General Assembly 10th December 1948. Since then symbolically began to celebrate the international day for human rights. This is the first universal document, which is referred to freedom of expression and right to information. Article 19 of the Declaration reads:

³ Přibáň, J., *Dissidents of Law*, Ashgate, Dartmouth, 2002.

⁴ McQuail, D., *Úvod do teorie masové komunikace*, Portál. Praha, 1999

⁵ I. ÚS 453/03 [Nález]

"Everyone has the right to freedom of opinion and expression, the right not to suffer injury to someone for their beliefs, and includes the right to seek, receive and impart information and ideas by any means and regardless of frontiers."

The main problem of the Declaration is its enforceability. As from its name suggests, its strength lies mainly in the declaration of a commitment of international policy nature, than from its legal obligation. Just after previous year, in the sixtieth anniversary of the adoption of this document is more than obvious that this was the first major step in defining the right to information. Although this right includes very vague and general definition, it is certain that it involves many aspects of political information through the right economic, social and cultural to religious. Also in response to the Declaration of the Human Rights codes to extend the national level and through the inspiration of this document has been set up. The right to information thereafter enshrined in other international source of law.

International Covenant on Civil and Political Rights (the Covenant) was launched by the UN General Assembly in New York on the 16th December 1966. Right to information in this document is regulated in Article 19 as follows:

- 1. Everyone has the right to hold their views without barriers.*
- 2. Everyone has the right to freedom of expression, this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, through art or through any other means of their own choice.*
- 3. The use of the rights referred to in paragraph 2 of this article carries special duties and responsibilities. It may therefore be subject to restrictions, but these shall only be such as those established by law and are necessary:*
 - a) For respect of the rights or reputation of others;*
 - b) to protect national security or public order or public health or morals.*

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter the Convention) also inherently belongs to the international instruments governing the right to information. Convention have their nature and the contracting parties (members of the Council of Europe) lacks a universal level of acceptance within the United Nations. On the contrary, already in its preamble, it reported included values for the Declaration. Its contribution, therefore, is primarily to highlight the rights at European level. Its specialty is the definition not only for physical, but also for legal persons. The Convention was adopted on 3 March 1953 at the core of Council of Europe. The former CSFR adopted this dokument into its national legal systems in 18 March 1992 as Act No. 209/1992 Coll.

The right to information and the embedding is defined in Article 10 of the Convention as follows:

- 1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the granting of permits broadcasting, television or film companies.*

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security, territorial integrity or public safety, prevention of disorder and crime, health or morals, protection of the reputation or rights of others, prevent the disclosure of confidential information or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

It added that in terms of the Convention shall be decided in proceedings conducted before the European Court of Human Rights in Strasbourg. *"The Article 10 of the Convention is connected rich case law of the European Court of Human Rights in Strasbourg. This court consistently emphasizes that freedom of expression (including the right to information) is one of the most important foundations of a democratic society.⁶"*

Council of Europe recommendation is exactly rather called recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe Member States No. R/81/19 on access to information held by public authorities. Here are described the recommendation for anchoring the principles of freedom of information and right to information. This recommendation will largely be carried out by individual national laws of Member States. One of those recommendations follows:

Any person subject to the jurisdiction of a Member State has the right to obtain information held by state or public authorities.

State authorities have to provide information to use effective and appropriate means.

The applicant need not demonstrate special interest.

Access to information must be ensured on the basis of equality.

Permitted are only those limitations which are necessary in a democratic society to protect legitimate public interests (eg national security) and protection of privacy and other legitimate private interests.

Each application must be decided within a reasonable time.

For each refusal must be set the reasons for such refusal.

Refusal of the court may be reviewed in accordance with Article 247 and seq. Act No. 99/1963 Coll., Code of Civil Procedure.

EU right to information analysis

The regulation of access to information includes only access to documents in the agenda European institutions (and the range of their powers). This change has an impact on national legislation. If a Member State publish such a document, in case of doubt, is obliged to consult

⁶ Korběl, F. et al.: *Právo na informace*, 2. Edition, Linde, Praha, 2005, p. 26

its publication with the institution before the issue of that. These obligations may lead to a number of additions, amendments and implementing regulations in national legislation.

On the other hand, if it is to be a document originating from a Member State carried out by one of the institutions, then the State may ask the institution not to issue it or used without his permission. With Community law problematics itself it is somewhat complicated. Now falls under the first pillar of the European Union, the European Community law. After the possible adoption of the Lisbon Treaty by the structure of all three pillars will be included under a single legal framework of institutionalized European Union. "*Community law or the right to the European Communities as a whole is not even in international law, nor by the Member States. Together with the law arose in the context of intergovernmental cooperation between Member States represents a distinctive system of justice, which is called the right of the European Union.*"⁷ "

One of the significant features of this work is a comparison between the national adaptation of the right to information and the adjustment of the European Communities. The basic sources of regulation include Article 1 of the Treaty on European Union (now in the consolidated text of the Treaty of Lisbon), together with Article 255 of the Treaty establishing the European Community. Another source of adjustments right to information and free access to information at European level is the European Parliament and Council Regulation (EC) No 1049/2001 on public access to information from the European Parliament, Council and Commission documents (the Regulation) as well as Article 42 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

Now in more detail to each source of adjustment. Article 1 of the EU Treaty provides that decisions given by the European Union on the grounds are freely accessible to the greatest extent. The above detail is governed by Article 255 of the EC Treaty as amended by the current actual adjustment (the Treaty of Nice) as follows:

- 1. Every citizen of the Union and any natural person resident or legal person established in a Member State has the right of access to European Parliament, Council and Commission, without prejudice to the principles and conditions laid down in accordance with paragraphs 2 and 3*
- 2. General principles and limits on grounds of public or private interest governing this right of access to documents laid down by the Council within two years after the Amsterdam Treaty entered into force as laid down in Article 251*
- 3. Each of the above bodies down in its Rules of Procedure specific provisions regarding access to its documents.*

European Parliament and Council Regulation (EC) No 1049/2001 on public access to information from the European Parliament, Council and Commission documents is based on Article 255 of the EC Treaty. There is a wide debate on whether access to documents is one of the fundamental rights in the EU. Applicants before the European Courts are based on the fundamental nature of access to documents and claimed that certain provisions of the

⁷ Týč V., *Základy práva Evropské unie pro ekonomy*, 4. Edition, Linde, Praha, 2004,

Regulation must be in accordance with applicable law. Although the ECJ recognized the importance of the public's right of access to documents, the court hasn't interpreted it as a basic. Legal theorists also pushed for the vital nature of the right of access to documents. When the Treaty establishing a Constitution for Europe (Constitutional Treaty now in the consolidated text of the Treaty of Lisbon) becomes law, the discourse on the fundamental nature of the right of access to documents may be closed.

In view de lege ferenda can ensure that the EU Charter of Fundamental Rights will be an integral part of the Constitution, and therefore will be legally binding. Article 42 of the Charter of fundamental rights and freedoms of the EU (the Charter) - which should become Article II-102 of the Treaty of Lisbon - includes the right of access to documents. Currently, Charter is not legally binding because it has only been solemnly proclaimed in Nice in December 2000. For its entry into force should be the ratification by Member States, respectively; figuratively is required unanimous ratification of the Treaty of Lisbon in order to the Charter be legally binding. Also to support this right here will be introduced in Article I-50, which is de facto equivalent of Article 255 of the EC Treaty. Article 255 is located in the fifth part of the EC Treaty (as the 'Community institutions') as "provisions common to several institutions." Treaty of Lisbon and the contrary is equivalent to the article located on the first part of the Constitutional Treaty, under the heading "The democratic life of the European Union."

As can be derived from Article 255, the right of access to documents is limited to documents held by the European Parliament, Council and Commission. In practice, however, most other institutions governed by the rules Regulation. An important exception is the Court. Text of the Treaty of Lisbon provides for the above outlined practice by extending the right of access to documents held by "the EU institutions, bodies, offices and agencies." Under Article III-399 of Lisbon treaty, the Court should also apply the provisions of Article I-50 (but only as regards the documents relating to the exercise of its administrative tasks). It is here defined as any content whatever its medium (written on paper or stored in electronic form or as a sound, visual or audiovisual recording), affecting or dealing with matters relating to the policies, activities and decisions falling within the powers relevant European institutions. Right of access to information will be provided every citizen of the Union and any natural or legal person resident in another Member State. Institutions are able to provide access to all natural or legal persons who do not reside in a Member State, all three institutions use this option. In principle, all documents are accessible to the public authorities. However, exceptions apply to the protection of certain public and private interests.

Exeptions from european legislation of law to information

The main exceptions to the rules are set out in Article 4 of Regulation. This article includes all the exceptions (absolute or on a discretionary basis). There are three types of exceptions. The first type is the so-called mandatory exceptions, which regulate the conflict with the procedural rules (Article 4, paragraph 1). Access shall be refused where disclosure would undermine the protection of public interest, in cases of threats:

- Public safety,
- Defense and military matters,

- International relations,
- Financial, monetary or economic policy of the Member State;
- Privacy and integrity of individuals, in particular in accordance with Community legislation regarding the protection of personal data.

The second type of exceptions are those in detention to the public interest as a protected interest, if the disclosure of certain information would undermine the protection of the EU treaties, then there is no overriding public interest in disclosure (Article 4, paragraph 2). On the contrary, there still is the rule of so-called exceptions to the exceptions where it may be access to the documents provided. In practical application, the Court of First Instance that the overriding public interest, must be something more than the normal public interest in disclosure of information. Here, therefore, gets compared to the forefront two qualitatively very similar values. Now the question of priority protected interests, such as:

- Commercial interests of a natural or legal person, including intellectual property,
- Court proceedings and legal advice
- The objectives of inspections, investigations and audits.

The third type of exceptions concerns internal documents. It is required stricter regulation of access rights (in relation to the possible misuse of information) to the documents. Access shall be denied to internal documents where disclosure could seriously impair the functioning of institutions and decision-making process. Information on internal documents are not provided.

Different rules apply for information from third parties. Once the request is routed to a third party document, the institution must consult with a third party provision of the information in order to assess whether it is the exception, as set out in the Regulations (see Article 4, paragraph 4 Regulation). Member States have a specific position of third parties. They may ask the institution to the disclosure document to be linked to their prior consent (Article 4, paragraph 5 of Regulation). Once a Member State institution (providing access to a document) prohibit dissemination of certain information, this institution is bound by the decision of the Member State.

Member State of the institution are not required to state reasons for their refusal. Other than the Member State concerned, once again not to agree to their publication. With respect to documents originating in other third-party entities, or documents, which are not subject to any prior agreement, approval of the Member States, respectively from institutions is not required. The Member State is not bound by the opinions of a third party or another Member State as an individual. In practice, this means that the institutions respect the majority opinion, although they were not bound.

Exceptions apply only to the periods in which protection is justified on the basis of a document (Article 4, paragraph 7 Regulation). The maximum term is 30 years. This period may be extended in the case of documents relating to privacy or commercial interests and also in case of sensitive documents.

If the request relates to a very long document or to a large number of documents, the competent authority may consult informally with the applicant and to agree with him in order

to find a satisfactory solution (Article 6, paragraph 3). If a fair solution can not be found, the institution may simply deny access to information or limit the scope of the examination, which is usually necessary for the implementation in response to a request for access to information.

If only part of the document is covered by any of the exceptions, rest of the document must be made available according to the classical determination mentioned above.

Sensitive documents

The Regulation contains a separate regime for sensitive documents (see Article 9 of the Regulation). These documents are classified as "TRÈS SECRET / TOP SECRET", "SECRET" or "CONFIDENTIAL" in accordance with the rules of the institution. This mode exists independently for the protection of fundamental interests of the European Union or of one or more Member States in areas covered by Article 4, paragraph 1 (a), in particular matters relating to public security, defense and military matters. Requests for access to those documents are handled explicitly by authorized persons (Article 9, paragraph 2 of the Regulation). The internal rules can be found in Council decision 2001/264 and Commission Decision 2001/844. These decisions, which contain detailed rules on safety, are carried out, without prejudice to Article 255 of the EC Treaty and Regulation. The rules are not directed only to the Council and Commission, but also to the responsible security authorities of the Member States. The Council also makes use of decentralized agencies. Classification of documents, as regards the rules relating to security, differ slightly from those in the Regulation.

The rules distinguish four categories:

"TRES SECRET UE / EU TOP SECRET", "EU SECRET", "EU CONFIDENTIAL" or "EU RESTRICTED".

The first category applies only to information, the access type is marked so that unauthorized disclosure could cause exceptionally grave damage to the fundamental interests of the European Union or of one or more Member States. The second category relates to information whose disclosure could seriously harm the essential interests of the European Union or of one or more Member States. Information that is classified as ' CONFIDENTIAL EU ' will mean that the unauthorized disclosure could harm the essential interests of the European Union or of one or more Member States. Finally, The fourth category relates to information whose unauthorized disclosure could be disadvantageous to the interests of the European Union or of one or more Member States.

The information is categorized only if necessary. Article 5, paragraph III of the Council Decision (the Decision) stresses the importance of use of the classification correctly and consistently. Creator of the information is responsible for the correct classification of the document. Access to classified information, is provided in accordance with the principle of the urgency and necessity. Only persons who need to know certain information in order to fulfill its obligations, or to the exercise of their missions and representation of others; are authorized to have access to this information. Determination of the urgency and necessity is the responsibility of the General Secretary of the Council, decentralized agencies and with

the consent of the Member State, respectively. its organizational units or body in which the person concerned is employed. Enabling permission to a person is carried out through safety certification. The decision of the Council and Commission Decision also contains detailed rules for the preparation, distribution, transmission, storage and destruction of EU classified material. In the Annex attached to the two decisions, gives an overview of terminology used in the classification of the individual Member States. These annexes have been amended after the signing of an agreement between the EU and NATO in March 2003.

Procedural Rules

Request for access to a document must be stated in writing form and must be sufficiently precise, that the competent authority to identify the document (Article 6, paragraph 1, Regulation). Applicants need not specify the reasons for their request (Article 6, paragraph 1, Regulation). If the authority or organizational security within states finds that the application is not sufficiently precise, may require an explanation (Article 6, paragraph 2 of the Regulation). Where possible, the authority is obliged to assist the applicant in the process of applying. Applications should be addressed promptly (Article 7, paragraph 1, Regulation). The authority must issue a receipt. Within 15 working days must either be granted access to information. In case of refusal to provide information or a negative written response shall indicate the reasons for refusal. In exceptional cases this limit may be extended by a further 15 days (Article 7, paragraph 3 Regulation). In case of refusal of access to information, the applicant may, within 15 working days to lodge an application, which require the authority to reconsider its position (Article 7, paragraph 2 of the Regulation). This authority must give a reply within 15 working days and give reasons for refusal and inform the applicant of the remedies (Article 8, paragraph 1, Regulation). As with regard to the original application is not able to respond within the prescribed time limit, the applicant may submit a new application (Article 7, paragraph 4 Regulation). If the authority fails to respond to the expiry of the deadline for procedural deficiencies, the lack of deemed is considered to be refusal (Article 8, paragraph 3 Regulation).

Access to information must be enforced by means of consultation on the spot or by providing a copy of the document. Costs may be charged, if not higher than the actual cost of producing and sending copies (Article 10, paragraph 1, Regulation). These documents must be supplied in an existing version and format with full regard to their preferences (Article 10, paragraph 3).

Legal Remedies

If an applicant receives a negative response to its request for information, are the two remedies. Applicants may submit a proposal to initiate court proceedings against the competent authority under Article 230 of the EC Treaty. The meaning of that provision is, that the court may annul the decision previously issued by the certain authority. Possible decision to cancel the refusal of information, the Court of First Instance does not mean that access to documents shall be granted automatically. This means only that the authority must reconsider its position. In order to give well-founded decision, Court may, and often do so, let the required inspection made a correction of documents in matters of disputes, particularly relating to the problematic documents and parts. So far, according to case law is not entirely clear whether the same is true for sensitive documents. Applicants also may submit a complaint to the European Ombudsman in accordance with Article 195 of the EC Treaty. The

opinions of the Ombudsman are not binding for the authorities. They have only appellate nature.

Other provisions

Under Article 12 of the Regulation authorities must, as far as possible make access of public documents in electronic form or through the register. This applies in particular to the documents covered by the provisions contained in Article 4 and 9 of Regulation, in particular with regard to legislative documents, ie documents drawn up or received during the process of adoption of acts which are legally binding for the Community or Member States (Article 12 § 2 of the Regulation). Where direct access is not given through the register, then it must be shown where the document is located (Article 12, paragraph 4 Regulation). Sensitive documents are only recorded in the register and only with the consent of the originator (Article 9, paragraph 3 Regulation).

Each institution shall annually publish a report for the previous year. Article 5 of Regulation contains rules on access to documents originating from Member States or coming from one of the EU institutions. Where it is evident that the document may or may not be published, Member States shall consult the competent authorities so as to not endanger the objectives set out by Regulation. Activities of the institutions, and not only European in the area of transparency are discussed in various non-governmental organizations.

Relation of legal Community adjustment and national arrangements

European Union or the European Community currently has no competence for the unification and harmonization of national rules and legal provisions for access to information and right to information. Access to information is vital in all Member States to support the democratic basis of society. *"The principle of the right to information and free access to information is a multidisciplinary discipline. Right to information law establishes the public right to know and sometimes, in some cases, undertake public administration and the executive to inform the public."*⁸

Legal certainty and the entrenchment of the right to information and legal obligation to provide the information on the other hand, lead to greater transparency and reinforce the role of democracy as such. While anchored in law, the law allows citizens and itself through the media to participate in the better and more effectively to the "policy making" and also may be better to enter the so-called "government decisions". This is used primarily by some NGOs, which have their specific focus areas in which they are interested in the public interest. On the contrary, the State expressed its willingness and openness of communication by providing requested information. *"Similarly, the transparency allows better control and influence the actions and decisions by public administration and reduce corruption and other anomalies. In*

⁸ Kranenborg H., Voermas W., *Access to information in the European Union*, Europa Law Publishing, Groningen, 2005

this case, transparency can contribute to greater legitimacy of government policies and decisions.⁹

European law to information – ideas de lege ferenda

The European Union has been needed to resolve citizens' access to documents and information on two levels:

Access to information offices of the EU

Access to information in the Member States

Access to information offices of the EU

Access to information held by the authority is governed by EU Regulation No 1049/2001 of the European Parliament and the Council of 30 May 2001 regarding public access to European Parliament, the Council of the European Union and the European Commission. More about this Regulation has been said above. Another relevant, which is performed at the level of national policy, Directive 2003/4/EC of the number of 28 January 2003 on public access to environmental information, which provides some cushions for the legislation in the Member States. This Directive is the individual States have the task of bringing in the issue of national laws. Finally, it is very crucial and European Parliament and Council Directive 2003/98/EC of 17.11.2003 on the reuse of public sector information, which then form the framework for the re-disclosure of such information in the Member States.

The main principles enshrined in the law are the principles of openness, which are enshrined in the Treaty of Lisbon and the EU Charter of Fundamental Rights. Putting this concept from theory into practice often proves certain pitfalls. European Union is in this context often criticized for so-called "democratic deficit". This is not just due to the absence of the principle of openness, but also lack of clarity of the information and a proactive approach towards the citizens of the community. However, in this respect has a number of initiatives such as the introduction of Internet debate with citizens, which led, inter alia, the introduction of the Internet channel in the European Parliament EuroparlTV. Other positive initiatives in the field of information to citizens and bringing awareness and acceptance is the so-called White Paper on European Communication Policy, adopted by the Commission on 1.2.2006. Here in Part II. Section 1 is entitled to the information contained in the definition of common principles as follows:

"The right to information and freedom of expression, the heart of democracy in Europe. Links to these principles are included in the EU Treaty and the European Charter of Fundamental

⁹ Kranenborg H., Voermas W., *Access to information in the European Union*, Europa Law Publishing, Groningen, 2005

Rights. This must be the starting point in a process aimed at defining common principles and a shared vision for an EU Communication Policy.¹⁰ "

The White Paper also proposes the creation of a common instrument in the field of communication at the European level. The objective here is placed on awareness of European issues. And information it seeks to anchor and enhance the transparency of democracy, which is one of the main objectives of the EU. *"It is clear that if the European Union seen as a democratic community, respecting the values common to all European countries, can not think of a significant overrun of the economic level of the integration process or to strengthen its position in the international arena.¹¹"* Also, according to the current working version of the study Commission should be entitled to information about Europe in different languages become a fundamental right of individuals. The Commission also makes several proposals to get the understanding and agreement of EU citizens before the European elections to the European Parliament in 2009. This task is also to the Swedish politician and Commissioner for communication Margot Wallström. Its vision is realized in the framework of Plan D - for democracy, dialogue and debate. One of its main objectives is to address communication policy direction from the inner circles of the vacuum Brussels and the citizen at the local level. Agenda for the citizens communicated with Europe (A Citizen's Agenda for Communicating Europe), aims to strengthen the citizens to give their views and provide them with relevant information about the functioning of the EU and its policies at all levels. In "Communicating Europe in partnership: EU information priorities" also stresses the importance that the access to information about the EU became a fundamental right of individuals with a discussion led by the national, regional and local level. Another important point is mentioned here as well as access information to citizens in the language of their choice. The fulfillment of these objectives are the aims in which the Commission should assist; ie: make the creation of a European public sphere. Communication policy of the European Union implies the active participation of Member States to provide the basic right to information, as identified by the European Commission. In addition to official efforts, there is also a range of governmental activities, seeking to openness and transparency, in particular on strengthening the right to information.

Access to information in the Czech Republic and the Member States

In the final summary, I would like to first pay more attention to the example of the Czech Republic and then to make comparison of the right to information in the Member States. Applicants itself may be in the Czech legislation invoked by the provisions of the Law on free access to information, which is implementing regulations to the provisions of Article 17, paragraph 5 Charter. This guarantees the right to change any information without distinction, the principle of equality of diction. In this, however, the question arises whether a journalist or NGOs who uses the information on daily basis and needs it to their daily work, not be excluded from this set and get some "privileges". Also, this was in the previous adjustment of the current press law in 2000, where journalists in Section 13 confers the right to request

¹⁰ Eur-Lex, *White book about European communication policy*, Czech text version accesible at: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0035:FIN:CS:PDF>

¹¹ See. Bendová, H., *Princip otevřenosti a průhlednosti v rozhodovacím procesu Evropské unie a jeho odraz v informační politice Evropské unie*, Czech text version accesible at: http://www.integrace.cz/integrace/katalog/soubory/Helena_Bendova.pdf

information not for publication, but respectively for its own use. Journalist won here the possibility of faster and easier access to information. This possibility has already de lege lata repealed. Now, all journalists possess equality in relation to the right of information. On the one hand, a journalist, has lost some privileges from the press law, but on the other hand, they received law *lex specialis* for free access to information. This was amended in 2006 and new arrangements are currently just in decision making procedure. „*Right to Know is a prerequisite for any discussion on civil society.*”¹² In the Czech Republic, as well as in other European countries, there are two approaches to inform the public authorities:

ensuring the rights of the citizen to answer by certain office

independent information and publication activities of the authorities to the citizens.

This argument may seem odd when comparing domestic arrangements right to information, which many authorities behave as impregnable fortress, and it is practically impossible to obtain information from them. Amendments to the Law on Free Access to Information Act 2006, which should improve the situation, help too. An extensive amendment to the Act No. 106/1999 Coll., On free access to information, which came into force in March 2006 (Act No 61/2006 Coll.), has brought substantial changes to the way in which the citizens can prevent the illegal withholding of information offices or to express their inaction. The amendment introduced by the institution of complaints which must be submitted within thirty days. After settlement of these complaints can appeal against a failure to provide information or legal proceedings in the case of idle office. Overall, it has extended the path to legal actions, on the other hand, the courts have acquired a significant tool to protect citizens – now, the court may order, that office shall provide specific information to an applicant. Until 2006 the courts could interfere only bad decision authorities, and where the Authority has ignored the judgment litigation is still no outcome recurred. *"A major problem is that current legislation does not, even after the last amendment of any effective mechanism, how the people can defend against the arbitrariness of officials. When the officer simply decide that certain information not citizens, not the person or authority to punish as a whole. While there is a possibility of lodging a complaint or legal action, in practice, however, does not work. The complaint of the office generally doesn't hear like appeal. Then it remains to judicial action. The case is thus but stretched to two years.*"¹³

Only the introduction of penalties in the law on free access to information may, according to NGO officials to deter violations of the law. This requirement may also promote the upcoming draft amendment which is currently at the Ministry of the Interior Affairs. According to some legal views upon the Czech Republic, there may become the sorry of law enforcement penalties ordered by the European Commission, due to the breach of the Directive on the re-use of information in the public sector.

In principle, however, many errors in the field of free access to information and right to information directs from average are, compared to other States of the European Union, they are not so different. The main criticism of current status is based on our current non

¹² Korbek, F. et al.: *Právo na informace*, 2. Edition, Linde, Praha, 2005

¹³ Arnika – Press Release, *Svoboda informací v Česku pokulhává, nepomohla ani novela zákona*, Czech text version accessible at: <http://www.arnika.org/tz.shtml?x=2120353>

aproximation of the rights in relation to the implementation of equal access (so-called anti-discrimination law). This is outlined within the agenda of European communication only as a part of the agenda. As we look forward to direction and taking into account the considerations de lege ferenda, than our thoughts will be directed to a document of the Treaty of Lisbon and its components - Charter of Fundamental Rights. It added that even in the words of the Dutch expert on access to information prof. Herk Kranenborg, the eventual adoption of the Lisbon Treaty, will not change much among Member States. Current state will becomes more institutionalised and enshrined in the current status quo, but also a new official de iure status will be made on the basis of a common document.

Access to information will be still divided into two categories. The first will include information concerning the activities of European institutions and the other will always be upon the Member States. The future approach and simplify access to information, among other things, also seeks international network of NGO Freedom of Information Advocates Network (Network FIA), which launched on the 28th September International Day of the right to information. The purpose of this activity is to raise awareness about the right of each person to access information held by government authorities - the right to know how to handle politicians and officials with the powers entrusted to them, and how they used public sources from taxpayers'. FIA uses this day to promote ideas, strategies and success stories of development of laws on freedom of information and open government. Hopefully, this activity will help not only to greater transparency between Member States. In the current postmodern globalized information society is the ability to obtain any of the information for public, one of the key building blocks.

Literature:

- Bauman Z., *Úvahy o Postmoderní době*, Praha, Slon, 2006, 2.edition, 163 p., ISBN 9788085850123
- Korbel, F. et al.: *Právo na informace*, 2. Praha, Linde, 2005, 2.edition, 295 p., ISBN 9788072014651
- Kranenborg H., Voermas W., *Access to information in the European Union*, Groningen, Europa Law Publishing, 2005, 129 p., ISBN 9789076871462
- McQuail, D., *Úvod do teorie masové komunikace*, Praha, Portál, 1999, 447 p., ISBN 9788071787143
- Příbáň, J., *Dissidents of Law*, Michigan, Ashgate, Dartmouth, 2002, 236 p., ISBN 9780754622840
- Týč V., *Základy práva Evropské unie pro ekonomy*, Praha, Linde, 2004, 4. edition, 335 p., ISBN 9788072012961
- Webster F., *Theories of the information society*, Oxford, Routledge, 2002, 2. edition, 304 p., ISBN 9780415282000

Reviewer:
Martin Škop

Contact – email:
j.duda@centrum.cz

K NĚKTERÝM OTÁZKÁM ÚPRAVY JEDNACÍHO JAZYKA VE SPRÁVNÍM ŘÍZENÍ

JANA FILIPOVÁ

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Tento příspěvek se zabývá problematikou jednacého jazyka ve správním řízení, tak jej upravuje správní řád a některé další správně právní předpisy. První část je věnována základním otázkám a institutům jednacého jazyka ve správním řízení. Následující část je věnována možnostem cizinců a příslušníků národnostních menšin jednat a činit podání ve svém rodném jazyce. Poslední část příspěvku je exkursem do právní úpravy jednacého jazyka podle zákona o azylu, zákona o nabytí a pozbytí státního občanství a soudního řádu správního.

Key words in original language:

Jednací jazyk, jazykové právo, správní řízení, správní soudnictví, cizinci, národnostní menšiny.

Abstract:

The aim of this paper is to examine the language conditions in the administrative proceedings and in administrative justice in the Czech Republic. The first part describes basic issues and institutes of the language in the administrative proceedings. The following section is focused on possibilities of foreigners and members of minorities to use their mother tongue for oral hearing and filings in writing. The last part is the excursion to legal regulations of the language aspects of the Asylum Act, the Citizenship Act and the Code of Administrative Justice

Key words:

Language, language law, administrative proceedings, administrative justice, foreigners, minorities.

1. ÚVOD

Tento příspěvek se zabývá základními otázkami a problémy, které sebou přináší mnohojazyčnost. V právu zaujímá jazyk, řeč významnou roli. Díky němu dochází ke zprostředkování právních norem jejich adresátům, skrze něj se osoby účastní na životě společnosti a uplatňují svá základní práva. Na jazyk v právu lze pohlížet z mnoha úhlů. Jazyk je prostředkem komunikace, je ale také nástrojem vyjadřování práva i veřejné moci. Jazykové právo je proto významnou a složitou oblastí právní regulace, neboť zahrnuje nejen úpravu používání jazyka (ve správním řízením, ve školství nebo v médiích) nýbrž i rozlišování mezi různými jazyky a ochranu jazyka daného státu, neboť se obvykle jedná o základní složku vyjadřující jeho identitu.¹ Jeho význam nelze chápat toliko jako ústní a psaný projev, ale lze

¹ Konečně pohled na historii našeho národa a naší státnosti je názorným příkladem různých etap takové úpravy počínaje příchodem věrozvěstů na Moravu v 9. století. Blíže Kapras, J.: Jazykové a národnostní dějiny v České koruně. In: Československá vlastivěda. Sv. 5. Stát. Praha 1931, s. 173-192.

se jím zabývat také například z pohledu osob neslyšících, hluchoněmých, z hlediska různých symbolů jako jsou dopravní značky a jiné znaky, které obvykle do jazyka převádíme. Svůj příspěvek zaměřím na jednací jazyk užívaný při jednání s orgány veřejné moci ve správním řízení, jenž může mít v praxi mnohé aspekty: zabývám se v něm otázkami, jak má správní orgán reagovat, pokud je mu adresován dopis či jiné podání v cizím jazyce nebo se na úřad s žádostí dostaví cizinec, který nehovoří česky apod.

2. ZÁKLADNÍ INSTITUTY JAZYKOVÉHO PRÁVA

Jednací jazyk je jedním ze základních institutů jak jazykového práva, tak i neopomenutelným elementem celého práva procesního. Jazyk, ať v ústní či písemné formě, je základním prostředkem, jehož pomocí celé řízení probíhá. Díky němu dochází ke vzájemné interakci - komunikaci mezi státním nebo samosprávným orgánem a adresátem veřejné moci, tedy fyzickou či právnickou osobou. Jen prostřednictvím jazyka může dojít ke vzniku, změně či zániků právních vztahů a ve světle správního práva k výkonu veřejné správy² a také k naplnění účelu správního soudnictví, tj. k ochraně veřejných subjektivních práv fyzických a právnických osob.

Jednacím jazykem veřejné správy a soudních orgánů je zpravidla úřední (státní) jazyk daného státu³. Z hlediska komunikujících subjektů můžeme jazyk rozdělit na jazyk vnitřní (interní)⁴ užívaný pouze mezi vykonavateli veřejné správy a na jazyk vnější, používaný pro komunikaci mezi státními a samosprávnými orgány na straně jedné a adresáty veřejné moci na straně druhé. Správní řízení probíhá primárně v písemné formě, avšak pokud tak stanoví zákon, a jestliže je to ke splnění účelu řízení a uplatnění práv účastníků nezbytné, správní orgán nařídí ústní jednání. Styk účastníků řízení se správním orgánem tak může probíhat jak v písemné, tak i ústní formě⁵.

Na rozdíl od období tzv. první republiky⁶, v současnosti v právním řádu České republiky chybí právní předpis komplexně upravující jazykové právo a otázky úředního (státního)

² Správní řízení je § 9 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, definováno jako postup správního orgánu, jehož účelem je „vydání rozhodnutí, jímž se v určité věci zakládají, mění nebo ruší práva anebo povinnosti jmenovitě určené osoby nebo jímž se v určité věci prohlašuje, že taková osoba práva nebo povinnosti má anebo nemá.“

³ Pro potřeby jazykového práva je možné taktéž zmínit i jazyk mateřský, který lze chápat jako jazyk, kterým se osoba naučila hovořit jako první (od své matky), v podstatě ten, který osoba nejlépe ovládá. Mateřský jazyk byl ku příkladu ve vysvětlivkách ke sčítacím tiskopisům Českého statistického úřadu definován jako jazyk, kterým s respondentem mluvila v dětství matka nebo osoby, které respondenta vychovaly. Tento jazyk měl v minulosti rozhodující význam např. z hlediska objektivního přístupu k určování národnosti nějaké osoby. V současnosti převládá subjektivní přístup (čl. 3 odst. 2 Listiny základních práv a svobod), kdy se již jedná o svobodné rozhodnutí takové osoby, které na rozdíl např. od předmnichovské ČSR sčítací komisař nemůže změnit.

⁴ Pro zajímavost lze uvést, že jednacím jazykem Evropského soudního dvora je podle jeho Jednacího řádu jeden z 23 úředních jazyků Evropské unie, avšak interním pracovním jazykem je francouzština, ve které je vyhotovována předběžná zpráva a zpráva ze zasedání soudcem zpravodajem a první vyhotovení rozsudku. Právně závaznou je však verze vyhotovená v jednacím jazyku.

⁵ Nikdy však jen v ústní formě, bez písemného zaznamenání.

⁶ K právnímu rozboru jazykového práva v období tzv. první republiky viz: Peška, Z. Studie o československém jazykovém právu. Zvláštní otisk z časopisu „Právník“. čís. 6., roč. LXV; Horáček, C. ml.: Dnešní stav národnostní a jazykové otázky u nás. In: Československá vlastivěda. Sv. 5. Stát.Praha 1931, zejm. s. 210-223;

jazyka⁷. Otázka jednacích jazyka je pak řešena jednotlivými procesními předpisy veřejného práva. Vzhledem k tomu, že se Ústava České republiky o existenci státního jazyka nezmiňuje, stávající správní řád částečně zaplňuje pomyslný prázdný prostor⁸. Na druhou stranu však nelze říct, že by ústavní předpisy tuto oblast zcela opomíjely. Naopak, jako základní ústavněprávní normu lze považovat čl. 96 Ústavy garantující rovnost všech účastníků řízení před soudem, na který navazuje čl. § 37 odst. 4 Listiny základních práv a svobod zaručující právo na tlumočnicka těm, kteří prohlásí, že neovládají jazyk, jímž se vede jednání. Zásadu rovnosti je třeba vnímat především jako důležité interpretační vodítko. Je však třeba si uvědomit, že možnost účastníka řízení jednat ve „svém“ cizím jazyce je časově i organizačně náročná. Otázka jazyková byla dříve uceleně upravena v § 128 a § 129⁹ ústavní listiny Československé republiky a na ni navazujícím zákonem č.122/1920 Sb., jímž se stanoví zásady jazykového práva v republice Československé a dále též vládním nařízením č. 17/1926 Sb., jímž se provádí ústavní zákon jazykový pro obor ministerstev vnitra, spravedlnosti, financí, průmyslu, obchodu a živností, veřejných prací a veřejného zdravotnictví a tělesné výchovy, pro veřejné korporace, podléhající těmto ministerstvům v republice Československé, jakož i pro úřady místní samosprávy. Všechny uvedené předpisy byly zrušeny Ústavou Československé republiky.¹⁰

3. JEDNACÍ JAZYK VE SPRÁVNÍM ŘÍZENÍ

3.1 PODLE SPRÁVNÍHO ŘÁDU

Předcházející úprava správního řízení obsažená ve správním řádu¹¹ úpravu jednacích jazyka neobsahovala. Snad proto je úprava jednacích jazyka relativně roztržena do jednotlivých právních předpisů jako je např. zákon č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků nebo zákon č. 117/1995 Sb., o státní sociální podpoře.¹² Teprve současný správní řád se v § 16 snaží

Popelka, A.: Apologie našeho práva jazykového. Brno 1931; Hartmann, A., Joachim, V., Diwald, H.: Jazykové právo. In Slovník veřejného práva československého. Sv. II., Brno 1932, s. 61-85.

⁷ Na rozdíl od Slovenské republiky, kde jazykové právo upravuje zákon č. 270/1995 Z.z., o státním jazyku Slovenské republiky. Tento zákon je reakcí na národnostní problémy pramenící z početné a politicky silné maďarské menšiny žijící na jižním Slovensku. Zákon o ochraně jazyka byl přijat taktéž v Maďarsku, v Polsku nebo v Estonsku. Obdobné návrhy poslanců KSČM neuspěly. Blíže viz např. Poslanecká sněmovna. III. vol. období. Tisk č. 319 nebo Poslanecká sněmovna. IV. vol. období. Tisk 485. Tyto návrhy neupravovaly otázky, které jsou předmětem tohoto příspěvku, nýbrž měly stanovit pravidla pro používání a ochranu českého jazyka.

⁸ Kadečka, S. a kol. Správní řád. Meritum, ASPI, 2006. s. 144-150.

⁹ Podle Ústavní listiny mohli státní občané republiky Československé v mezích všeobecných zákonů volně užívat jakéhokoli jazyka ve stycích soukromých a obchodních, ve věcech týkajících se náboženství, v tisku a jakýchkoli publikacích nebo ve veřejných shromážděních lidu. Za státní jazyk byl prohlášen jazyk československý. Zákon č. 122/1920 Sb. taktéž podrobně upravoval právní postavení národních a jazykových menšin.

¹⁰ Ústavní zákon č. 150/1948.

¹¹ Zákon č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů.

¹² K tomu blíže Vedral, J. Správní řád, komentář. Praha, Bova Polygon, 2006, s. 144. Při jednání o návrhu ústavního zákona (Tisk 485 – sub 7) se uvádělo, že tyto otázky upravuje více než 80 právních předpisů.

komplexněji upravit jednacích jazyk v úředním styku.¹³ Toto ustanovení upravuje několik dílčích okruhů vztahujících se k jednacím jazykům, a to jazyk užívaný v úředním styku (odst. 1); postup správních orgánů v případech předložení písemností v cizím jazyce (odst. 2); postup správních orgánů při styku s cizinci (odst. 3), s příslušníky národnostních menšin (odst. 4) a osobami zvláště těžce postiženými (odst. 5).

3.1.1 VYMEZENÍ ZÁKLADNÍCH ZÁSAD SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ VZTAHUJÍCÍ SE K JEDNACÍMU JAZYKU

V každém správním řízení zaujímají významnou a nezastupitelnou roli zásady správního řízení, které představují stěžejní pravidla pro výkon a činnost veřejné správy. Z nich lze pro oblast jednacích jazyků zejména vyzvednout zásadu zakotvenou v § 4 správního řádu, který určuje, že veřejná správa je službou veřejnosti, a proto každý, kdo plní úkoly vyplývající z působnosti správního orgánu, má povinnost se k dotčeným osobám chovat zdvořile a podle možností jim vycházet vstřícně. Tato zásada by se v aplikační praxi správních orgánů měla vzhledem k jednacím jazykům projevit zejména v těch situacích, kdy správní orgán „disponuje“ příslušnou úřední osobou, která ovládá jazyk národnostní menšiny; tato skutečnost by měla být správnímu orgánu známa. V těchto situacích je pak příslušník národnostní menšiny oprávněn jednat a činit podání v jazyce své národnosti. Uvedeným oprávněním nedochází k prodlužování délky řízení o obstarání kvalifikovaného tlumočnicka a nedochází ani ke zvyšování nákladů správního orgánu na tlumočení a obstarání překladu. Ten samý závěr lze učinit i ve vztahu k § 16 odst. 2 správního řádu, tj. k písemnostem vyhotovených v cizím jazyce. Správní orgán totiž může prohlásit, že úředně ověřený překlad takové písemnosti nevyžaduje. Nelze opomenout ani zásadu procesní ekonomie (§ 6 odst. 2 správního řádu), zahrnující v sobě požadavek rychlosti a ekonomické hospodárnosti. V souladu s touto zásadou má správní orgán postupovat tak, aby nikomu nevznikaly zbytečné náklady a dotčené osoby byly co možná nejméně zatěžovány. Uvedené zásady lze jednoznačně vztáhnout na postavení slovenštiny, tedy jazyka, kterému vzhledem k jeho blízkosti úřední osoby rozumí.

3.1.2 POJEM CIZÍHO PRVKU VE SPRÁVNÍM ŘÍZENÍ

Ustanovení § 16 správního řádu upravuje situace, v nichž je účastníkem správního řízení příslušník národnostní menšiny a nebo cizí prvek, tj. zahraniční fyzická nebo právnická osoba. Správní řád neomezuje otázku jednacích jazyků toliko na fyzické osoby. Zejména z hlediska znění prvních tří odstavců § 16 lze dovodit, že se toto ustanovení vztahuje i k zahraničním právnickým osobám, jejichž jménem jednájí a vystupují osoby neovládající český jazyk. To, že se správní řízení koná s cizím prvkem a nebo příslušníkem národnostní menšiny ještě samo o sobě neznamena, že jednacím jazykem nebude čeština nebo slovenština. Vykonání

¹³ Exkurz do zahraničních úprav správního řízení z hlediska jednacích jazyků přináší následující poznatky: v podstatě stejnou právní úpravu obsahuje bulharský správní řád (i přes početnou tureckou menšinu je řízení obecně vedeno jen v bulharštině). Slovenský (i nadále zde platí zákon č. 71/1967 Sb.) ani řecký správní řád (zákon č. 2690) úpravu jednacích jazyků neobsahují. Estonský správní řád (RT I 2001, 58, 354) taktéž zakotvuje jako jednacích jazyků estonštinu, přímo se však také zmiňuje o použití i cizích jazyků v souladu s Jazykovým zákonem. Jednacích jazyků upravuje i čínský správní řád (z r. 1989), podle kterého mají občané všech národností právo používat svých jazyků. Lidové soudy rozhodují a vydávají právní dokumenty v jazyce, jehož běžně používají „místní“ národnosti, a to v oblastech kde příslušníci těchto menšin žijí v koncentrované komunitě. V Belgii se ve správním řízení uplatňuje zásada, dle které je jazykem správního řízení jazyk regionu (vlámské, francouzské a německé společenství).

správního řízení v jazyce národnostní menšiny předpokládá projev vůle českého občana příslušejícího k národnostní menšině jednat v jazyce této menšiny. Obdobně i u cizího prvku je nezbytné prohlášení, že neovládá cizí jazyk. Je totiž možné, že cizinec bude hovořit českým jazykem nebo bude právně zastoupen osobou ovládající češtinu nebo slovenštinu, a proto nebude uplatňovat právo na pomoc a přítomnost tlumočníka.

3.1.3 OBECNÉ OTÁZKY JEDNACÍHO JAZYKA, POSTAVENÍ SLOVENSKÉHO JAZYKA

Pilířem celé problematiky jednacího jazyka je nepochybně § 16 odst. 1 správního řádu, který stanoví, že ve správním řízení se jedná a písemnosti se vyhotovují v českém jazyce. Dané ustanovení zakotvuje primát a výsostné postavení českého jazyka v úředním styku s orgány veřejné správy.

Mezi ostatními jazyky zaujímá zcela výjimečné postavení slovenština¹⁴, která z hlediska správního řádu není považována za jazyk cizí. Účastníci řízení totiž mohou (ústně) jednat a předkládat písemnosti i v jazyce slovenském¹⁵. Důvod tohoto oprávnění je nasnadě. Slovenský jazyk je češtině velmi blízký a vzhledem ke společné minulosti nečiní většině osob potíže tomuto jazyku porozumět.¹⁶ Je tak možné, aby správní řízení (nestanoví-li zvláštní předpis jinak) probíhalo dvojjazyčně, kdy by účastník řízení (ústně i písemně) komunikoval ve slovenštině a úřední osoba v jazyce českém; naopak tato možnost neplatí. Je k zamyšlení, zda ve smyslu zásady, že správní orgán má účastníku řízení vycházet co možná nejvíce vstřícně bylo možné, aby úřední osoba ovládající slovenský jazyk během ústního jednání taktéž komunikovala ve slovenštině. Povinnost vyhotovovat písemností toliko v češtině by však měla být bezpodmínečně dodržena.

3.1.4 POSTAVENÍ CIZINCŮ NEOVLÁDAJÍCÍCH ČESKÝ JAZYK

Správní řád obsahuje nástroje k zaručení ústavně garantované zásady rovnosti účastníků řízení. Dotčená osoba musí mít stejné možnosti k uplatnění svých práv a nesmí být znevýhodněna jen proto, že neovládá úřední jazyk. To platí obzvláště v řízeních zahájených z podnětu správního orgánu. Správní řád, jak bylo ostatně již řečeno, upravuje ústní i písemnou část správního řízení s cizím prvkem. Odstavec druhý § 16 upravuje postup orgánů veřejné správy při nakládání s písemnostmi vyhotovovanými v cizím jazyce. Cizinci mohou předkládat takové písemnosti jak v řízení o žádosti, tak i v řízení konaném *ex offio*, zejména je tomu tehdy, svědčí-li jim břemeno důkazní nebo pro rozhodnutí o věci je třeba předložit zákonem vymezené dokumenty. Dotčené osoby musí předložit předmětnou listinu

¹⁴ Zákon č. 122/1920 Sb. ke slovenskému jazyku v ustanovení §4 konstatoval následující: slovenské úřední vyřízení k podání českému nebo úřední vyřízení české k podání slovenskému pokládá se za vyřízení, jež stalo se v jazyce podání.

¹⁵ Slovenský zákon o státním jazyku takovéto přímé ustanovení neobsahuje.

¹⁶ P. Kolman v „Otázce jednacího jazyka“ (in Vybrané kapitoly ze správního řízení. Ostrava: Key Publishing, 2008, s. 7-11.) upozorňuje na skutečnost, že v budoucnu by mladším pracovníkům ve veřejné správě mohla slovenština činit potíže. Proto nevylučuje nutnost konání vzdělávacích kurzů slovenštiny. Jako druhou možnost spatřuje novelizaci správního řádu, dle které by slovenština přišla o své privilegované procesní postavení. Jsem toho názoru, že pokud by tato situace v budoucnu nastala zákonodárce by spíše ustanovení o slovenštině vypustil, jelikož by konání jazykových kurzů představovalo zvýšené náklady na činnost správních orgánů.

vyhotovenou v cizím jazyce a taktéž její úředně ověřený překlad vypracovaný v souladu se zákonem o znalcích a tlumočnících¹⁷. Přeložená listina opatřená otiskem pečeti tlumočnicka zaručuje shodu obsahu s cizojazyčnou listinou a umožňuje tak možnost kontroly cizincových tvrzení nebo podklady pro rozhodnutí o jeho žádosti. V případě, že cizinec předkládá listinu vyhotovenou cizím státním orgánem, jen ověřenému dokladu lze přiznat důkazní moc veřejné listiny i v České republice, jíž svědčí presumpce správnosti. Zákon taktéž umožňuje, aby správní orgán prohlásil *pro futuro* i *ad hoc*, že úředně ověřené překlady cizojazyčných listin nevyžaduje. Tato možnost by měla být využívána zejména v případech, kdy činnost správního orgánu spočívá právě v častém kontaktu s cizím prvkem nebo s cizojazyčnými dokumenty. Úřední osoby proto již z podstaty výkonu své práce ovládají dostatečně odborně cizí jazyk.¹⁸

Správní řád neopomíjí ani postup správních orgánů při ústním jednání s cizinci neovládajícími český nebo slovenský jazyk. Obecně platí, že pokud cizinec prohlásí, že neovládá jednacím jazyk, má právo během správního řízení jednat za pomoci osoby zapsané v seznamu tlumočnicků, jehož si obstará na své náklady. Primárně se zde tedy předpokládá aktivita cizince, který musí správnímu orgánu oznámit, že trvá na tom, aby bylo řízení vedeno za přítomnosti tlumočnicka. Správní orgán nemá povinnost zjišťovat, zda cizinec ovládá či neovládá jazyk, v němž je vedeno řízení. Další podmínkou je přítomnost tlumočnicka, který splňuje odborné předpoklady podle zákona č. 36/1967 Sb. a je zapsán v seznamu tlumočnicků vedeným Ministerstvem spravedlnosti. Tlumočit tedy nemůže jakákoliv osoba, byť dostatečně ovládající cizí jazyk. Problém by mohl nastat v případě, kdy by cizinec hovořil jazykem, který kvalifikovaně ovládá minimum tlumočnicků či dokonce žádný, a tak by jeho obstarání bylo buď nemožné nebo by pro účastníka řízení představovalo neúměrnou zátěž. Ačkoliv to ze správního řádu výslovně nevyplývá, bylo by za této situace možné jako tlumočnicka ustanovit i osobu nezapsanou do seznamu tlumočnicků, má-li potřebné odborné předpoklady pro to, aby provedla tlumočnický úkon a jestliže s ustanovením vysloví souhlas.¹⁹ Ve správním řízení zahajovaném z podnětu adresáta veřejné moci hradí náklady na tlumočnicka cizinec. V případě, že řízení je zahájeno z podnětu správního orgánu a nebo tak stanoví zákon (*lex specialis*), nese náklady na tlumočení a náklady na pořízení překladu tento správní orgán. Tímto zákonem je v první řadě myšlen zákon o azylu.

3.1.5 POSTAVENÍ PŘÍSLUŠNÍKŮ NÁRODNOSTNÍCH MENŠIN

Základní pravidlo pro tuto oblast stanoví čl. 25 odst. 2 písm. b) Listiny základních práv a svobod. Správní řád na toto ústavní východisko reaguje poměrně velkorysou právní úpravou jazykových aspektů správního řízení s občany České republiky příslušejícími k národnostní menšině, která tradičně a dlouhodobě žije na území České republiky²⁰. Tyto osoby mohou při úředním styku komunikovat (ústně i písemně) svým jazykem, což však sebou přináší mnohá úskalí. Uplatní se zde obdobná pravidla jako při řízení s cizinci. Nemá-li správní orgán úřední

¹⁷ Zákon č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁸ Této možnosti není v praxi příliš často využíváno; učinil tak např. Státní ústav pro kontrolu léčiv.

¹⁹ K tomu podrobněji § 24 zákona o znalcích a tlumočnících.

²⁰ Práva a povinnosti příslušníků národnostních menšin jsou upraveny zejména zákonem č. 273/2001 Sb., o právech příslušníků národnostních menšin. Nelze opomenout ani Rámcovou úmluvu Rady Evropy o ochraně národnostních menšin nebo Evropskou chartu regionálních a menšinových jazyků.

osobu znalou menšinového jazyka, obstará si příslušník menšiny tlumočnicka zapsaného v seznamu tlumočnicků; náklady tlumočení a náklady na pořízení překladu však v tomto případě nese správní orgán. Toto ustanovení je především proklamativní a v praxi se nebude užívat nikterak často, jelikož většina příslušníků menšin ovládá bezproblémově (plně) i jazyk český (na rozdíl od jiných států) a nedělá jim problém i (odborně) jednat se správními orgány. Žádný zákon nedefinuje okruh národnostních menšin, a tento pojem tak lze považovat za pojem neurčitý.²¹ V podstatě není možné přesně stanovit počet příslušníků jednotlivých menšin a ani počet menšin samotných, jelikož při sčítáních lidu nebylo vyplnění kolonky „národnost“ na sčítacím listu povinné, a proto lze předpokládat, že mnoho osob svou národnostní identitu nedeklarovalo.²² Z dikce citovaného ustanovení vyplývá, že tato práva mohou příslušníci menšin uplatňovat při řízení se správním orgánem kdekoliv na území České republiky a nikoliv jenom na území, kde žije větší množství těchto osob, jak je tomu například podle zákona o obcích.²³ S tímto taktéž úzce souvisí skutečnost, že správní orgán nedisponuje právními nástroji, kterými by mohl zkoumat důvodnost nebo opodstatněnost prohlášení občana, že je příslušníkem národnostní menšiny²⁴. Naše Listina základních práv a svobod (čl. 3 odst. 2) ostatně ani takový postup neumožňuje.

Je nasnadě otázka, zda jazyk menšiny mohou při správním řízení užívat taktéž i ti, kteří sice mluví jejím jazykem, avšak nejsou českými státními občany. Odpověď poskytl již Nejvyšší správní soud ve svém plenárním usnesení ze dne 16. 11. 1936, v němž dospěl k závěru, že jazykové právo menšinové přísluší pouze státním občanům. Jazykovým výkladem dnešního správního řádu lze dospět k témuž závěru.²⁵

²¹ K tomu blíže Vedral, J. Správní řád, komentář. Praha, Bova Polygon, 2006, s. 149. Vedral dále uvádí, že v rámci ratifikace Evropské charty regionálních a menšinových jazyků Vláda navrhovala zajištění práva na užívání menšinového jazyka v úředním styku v případě slovenštiny a polštiny.

²² Citováno z <http://www.vlada.cz/cz/pracovni-a-poradni-organy-vlady/rnm/mensiny/obyvatelstvo-cr-podle-narodnosti-6518/>.

²³ Zákon č. 128/2000 Sb., o obcích v § 29 a 117 stanovuje podmínku zřízení výboru pro národnostní menšiny a užívání dvojjazyčných názvů na pobyt alespoň 10 % občanů hlásících se k národnosti jiné než české (podle posledního sčítání lidu).

²⁴ K tomu blíže Vedral, J. Správní řád, komentář. Praha, Bova Polygon, 2006, s. 149.

²⁵ Obdobnými otázkami se zabýval Evropský soudní dvůr v případech *Bickel a Franz* nebo *Mutch*, ve kterých v podstatě došlo k rozšíření působnosti článku 12 Smlouvy o založení ES, tedy zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti, na použití jazyka. Soud se zabýval otázkami používání němčiny v trestním řízení (nikoli ve správním řízení, kde může být situace dosti odlišná) v italské provincii Bolzano neitalskými občany, mimo jiné vzhledem k problematice (zvýšení) nákladů řízení. K tomu podrobněji Creech, R. L. *Law and Language in the European Union*. Europa Law Publishing. Groningen 2005. s. 115 – 123; nebo Křepelka, F. *Užívání cizích jazyků před českými správními soudy po vstupu do Evropské unie*. *Správní právo: odborný časopis pro oblast státní správy a správního práva* 2007 (6): 416-424.

3.2 EXKURZ: JEDNACÍ JAZYK PODLE DALŠÍCH SPRÁVNÍCH PŘEDPISŮ

Správní řízení a jednací jazyk neupravuje pouze správní řád, ale i některé další správně právní předpisy. Ve stručnosti zmíním jen ty nejzákladnější, tedy ty, ve kterých je již z podstaty věci účastníkem řízení cizinec.

3.2.1 PODLE ZÁKONA O AZYLU²⁶

Jak již bylo uvedeno výše zákon o azylu představuje výjimku, při které správní orgán (zde Ministerstvo vnitra ČR) nese náklady řízení spojené s tlumočením, ačkoliv se jedná o řízení zahajované z podnětu účastníka řízení - žadatele²⁷. Skutečnost, že je žadateli po celou dobu řízení (nikoliv jen během ústního jednání) bezplatně poskytnut tlumočnický nelze v žádném případě vnímat jako diskriminující vůči jiným správním řízením s cizím prvkem ani vůči jiným cizincům. Řízení o mezinárodní ochraně je založeno na humanitárním principu a poskytnutí bezplatného tlumočnicka je jedním z prostředků právní pomoci žadateli, který tvrdí a prokazuje, že v zemi původu byl vystaven pronásledování nebo jiným obdobným potížím a který hledá ochranu v jiné zemi²⁸. Na území České republiky často přijíždí bez dostatečného množství finančních prostředků, a proto by si ani nemohl dovolit na své náklady tlumočnické služby. Cizinec by tak nemohl řádně uplatnit své právo na získání jedné z forem mezinárodní ochrany, přičemž by mu hrozil návrat do země původu, kde by mohl být ohrožen na životě.

Jednací jazyk během řízení o mezinárodní ochraně je zákonem o azylu stanoven oproti správnímu řádu odlišně. Žadatel o mezinárodní ochranu má právo jednat v řízení v mateřském jazyce nebo v jazyce, ve kterém je schopen se dorozumět. Zákonodárce zcela rozumně umožnil jednat během řízení i v jazyce nemateřském, protože si uvědomoval časové i finanční potíže, které by mohly vzniknout při zajišťování tlumočnicků z různých „kmenových, domorodých či jinak exotických“ jazyků²⁹. Byť to není v současné praxi azylového práva příliš obvyklé, je možné, že žadatel o mezinárodní ochranu bude hovořit pouze některým z těchto „exotických“ jazyků.³⁰ Zákon o azylu explicitně nestanoví požadavek, aby tlumočnický byl zapsán v seznamu tlumočnicků, a proto by v tomto případě by se měl správní orgán pokusit

²⁶ Zákon č. 325/1999 Sb., o azylu a o změně zákona č. 283/1991 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

²⁷ Avšak i zde existuje legální výjimka. V souladu s § 22 odst. 2 zákona o azylu si žadatel může přizvat na své náklady tlumočnicka podle své volby. Jinak platí, že odměna za výkon tlumočnické činnosti a úhrada nákladů spojených s výkonem této činnosti se stanoví dohodou mezi ministerstvem vnitra a tlumočnickem. Výše odměny a úhrada nákladů nesmí překročit výši stanovenou podle zákona o znalcích a tlumočnících.

²⁸ Na tomto místě lze odkázat na Příručku k postupům pro určování právního postavení uprchlíků a vybraná doporučení UNHCR z oblasti mezinárodní ochrany, která v této souvislosti doporučuje, aby tlumočnickem byla ustanovena osoba stejného pohlaví jako je žadatel, aby dokázal vhodně reagovat na citlivé kulturní/náboženské otázky a na osobnostní faktory (věk, úroveň vzdělání) žadatele. Příručka je dostupná i ve www verzi: <http://www.unhcr.cz/publikace/>.

²⁹ Konečně nelze nevidět, že zejména velké jazyky (čínština v různých částech země, mluvená němčina, španělština, „západní a východní“ arabština atd.) mají řadu variant, takže si ani jejich mluvčí rovněž nemusí vzájemně dobře rozumět.

³⁰ Jazykovědci odhadují, že na světě dnes existuje 6809 "živých" jazyků, ale 90 procenty těchto jazyků hovoří méně než 100 000 lidí a 46 jazyků má už jen jediného rodilého mluvčího. 350 jazyků má méně než 50 mluvčích. Citováno z <http://www.blisty.cz/2003/5/16/art14027.html> a <http://www.lsadc.org/info/ling-faqs-howmany.cfm>.

obstarat tlumočníka sice nezapsaného v seznamu tlumočnicků, avšak takového, který se dokáže s žadatelem dostatečně spolehlivě domluvit a správně zprostředkovat jeho tvrzení a nebo použít dvojího tlumočení (z „exotického“ do „běžného“ a z „běžného“ do českého jazyka).

3.2.2 PODLE ZÁKONA O STÁTNÍM OBČANSTVÍ³¹

Znalost českého jazyka je v podstatě jediným kritériem vztahujícím se k prokázání, že existuje vazba cizince na Českou republiku, její prostředí a kulturu, tedy že cizinec je již dostatečně do české společnosti integrován.³² Ačkoliv zde zákon jako jednu z podmínek pro udělení státního občanství stanoví podmínku znalosti českého jazyka,³³ je nutno mít na paměti, že se zde přesto stále jedná o řízení s cizím prvkem. V souladu s prováděcí vyhláškou žadatel prokáže znalost českého jazyka, jestliže v průběhu pohovoru (ne delšího než 30 minut), je schopen plynně a jazykově správně reagovat na otázky vztahující se k běžným situacím denního života a jestliže umí ústně sdělit obsah textu z denního tisku. Je nepochybné, že správné řízení nelze považovat za onu běžnou situaci, a proto i v tomto druhu řízení o žádosti je možné, aby cizinec přivzal na řízení tlumočníka. Tato skutečnost by neměla být důvodem pro odmítnutí žádosti pro nesplnění podmínek podle § 7 odst. 1 písm. d) zákona č. 40/1993 Sb.

4. EXKURZ: JEDNACÍ JAZYK V SOUDNÍM ŘÍZENÍ SPRÁVNÍM

Jako nedostatek procesní úpravy jednání před správními soudy lze jistě označit skutečnost, že soudní řád správní³⁴ neobsahuje samostatnou úpravu jednacího jazyka. Postup správního soudu při řízení s cizím prvkem je v souladu s § 64 s. ř. s. přiměřeně upraven § 18 občanského soudního řádu, který tak představuje procedurální standard jednacího jazyka při řízení před správními soudy. Dle tohoto ustanovení mají účastníci řízení právo jednat před soudem ve své mateřštině. Není jasné, zda to byl úmysl zákonodárce, ale s ohledem na gramatický výklad prvního odstavce § 18, je právo užívat tlumočníka na státní náklady zaručeno pouze ve vztahu k ústnímu jednání, nikoliv celému řízení, které z velké části spočívá v předkládání listin a písemných podáních. Účastníku, jehož mateřštinou je jiný než český jazyk, správní soud

³¹ Zákon č. 40/1993 Sb., o nabytí a pozbytí státního občanství České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

³² V některých státech je podmínkou pro získání občanství také prokázání znalostí ústavy a základních historických informací o státu a jeho historii.

³³ Bližší podmínky stanoví prováděcí vyhláška ministerstva školství, mládeže a tělovýchovy č. 137/1993 Sb., kterou se stanoví kritéria pro prokazování znalosti českého jazyka žadatelů o udělení státního občanství České republiky. Na tomto místě je možné zmínit vyhlášku č. 348/2008 Sb., o výuce a zkouškách znalosti českého jazyka pro účely získání povolení k trvalému pobytu na území České republiky (podle zákona č. 326/1999 Sb.), která pro získání povolení k trvalému pobytu na území České republiky požaduje znalost českého jazyka na úrovni A1 podle Společného evropského referenčního rámce pro jazyky, jež obnáší schopnost žadatele o povolení k trvalému pobytu vytvořit jednoduché věty o jemu známých lidech a místech, popsat jednoduchým způsobem sám sebe a místo, kde žije, vyjadřovat se o běžných každodenních činnostech, komunikovat jednoduchým způsobem v běžných každodenních situacích a udržet krátkou společenskou konverzaci, klást jednoduché otázky na běžná hovorová témata a na podobné otázky odpovídat.

³⁴ Zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů.

ustanoví tlumočníka, jakmile taková potřeba vyjde v řízení najevo³⁵. Právo na tlumočníka před správním soudem tedy není podle dikce § 18 odst. 2 vázáno na státní občanství, jelikož mateřský jazyk není bezpodmínečně úředním jazykem státu, jehož občanství osoba má. Správní soud poučí účastníka o možnosti jednat před soudem ve své mateřštině, jestliže z dosavadního průběhu řízení³⁶ vyplývá, že to je potřebné pro splnění účelu řízení. Za základní interpretační problém tohoto ustanovení je považován termín „jakmile taková potřeba vyjde najevo“. Obecně se tomu tak stane v případě, kdy účastník řízení hodlá před soudem jednat ve své mateřštině a nebo pokud by jinak nemohl účinně obhajovat svá práva v řízení před soudem (tato potřeba vyplyne sama). Může se tomu stát již od samého počátku řízení nebo až následně, v jeho průběhu. Na rozdíl od správního řádu, občanský soudní řád nerozlišuje situace, kdy náklady spojené s jednáním v cizím jazyce hradí účastník a kdy stát. V souladu s § 141 odst. 2 o. s. ř. je jednoznačně vymezeno, že náklady spojené s tím, že účastník jedná ve své mateřštině, platí stát. K otázkám jednání v mateřštině vzhledem k řízení o mezinárodní ochraně se vyjádřil Nejvyšší správní soud např. v rozhodnutí čj. 1 Azs 223/2004-32, ve kterém mimo jiné konstatoval, že „potřeba tlumočníka musí být zcela zjevná a musí z řízení vyplýnout sama: není na soudu, aby ze své vlastní iniciativy zjišťoval, zda jsou naplněny podmínky ustanovení § 18 odst. 2 o. s. ř. Z žádného právního předpisu nelze dovodit povinnost soudu zasílat účastníkovi řízení překlad rozhodnutí či jiných písemností do jiného jazyka, a to ani tehdy, je-li takový účastník žadatelem o udělení azylu.“ Správní soudy tlumočníka zpravidla neustanoví, pokud cizinec podal žalobu proti napadenému rozhodnutí žalovaného v českém jazyce. Zde však nelze opomenout skutečnost, že podstatnou část žalob sepisují nevládní neziskové organizace a žadatel často nemá ponětí o konkrétním obsahu žaloby. Nejvyšší správní soud uzavřel, že „pokud se cizinec rozhodne žít na území státu, jehož jazyk není jeho jazykem mateřským, musí být srozuměn s tím, že komunikace s orgány státní moci, zejména písemná, bude probíhat právě v tomto jiném jazyce. Zvláště za situace, kdy cizinec podá jakoukoliv písemnou žádost a předpokládá písemný kontakt s orgány, které o ní rozhodují, je v jeho vlastním zájmu dbát svých práv a dát najevo, že je mu v řízení třeba tlumočníka.“

5. ZÁVĚR

Problematika jednacích jazyků ve správním nebo soudním řízení není pouze právním problémem. Zakotvení určitého jazyka jako jazyka úředního nebo jednacích je často totiž otázkou historickou, společenskou nebo politickou. V současnosti v našem právním řádu chybí právní předpis, který by komplexně upravoval jazykové právo. Důvodem této legislativní absence je zejména ta skutečnost, že Česká republika je jednojazyčným státem, a proto ani politici ani česká společnost necítí potřebu jazykový režim blížeji upravit. Je bráno téměř automaticky, že při jednání s orgány veřejné moci bude používán český jazyk. Na druhou stranu nelze opomíjet skutečnost, že účastníky řízení jsou i osoby neovládající český

³⁵ V kritické studii F. Křepelky: Užívání cizích jazyků před českými správními soudy po vstupu do Evropské unie. Správní právo: odborný časopis pro oblast státní správy a správního práva 2007 (6): s. 416-424, se uvádějí čtyři situace, ve kterých je třeba tlumočení při překladu: 1) ústní projev účastníka řízení či svědka; 2) přijímání cizojazyčných podání; 3) výzvy účastníkovi; 4) rozsudky a usnesení.

³⁶ Nejtypičtějším případem může být podání samotné žaloby v cizím jazyce. K tomuto se vyjádřil Nejvyšší správní soud např. v rozhodnutí ze dne 21. 6. 2006, čj. 3 Azs 156/2005-47, ve kterém konstatoval, že v případě, kdy stěžovatel podal žalobu v cizím jazyce, krajský soud jej nemusí v jeho mateřském jazyce vyzývat k překladu do českého jazyka.

jazyk nebo některé relevantní dokumenty jsou vyhotovovány i v cizím jazyce. Ústavně zaručené právo na rovnost účastníků správního řízení je realizováno prostřednictvím práva na přítomnost tlumočnicka, kterého si ovšem zpravidla musí obstarat na své náklady. Správní řád obsahuje právní úpravu situací ústního a písemného kontaktu s cizím prvkem, které jsou v praxi využívány. Obstarání tlumočnicka nebo překladu dokumentu vždy představuje zvýšení nákladů správního řízení, je také časově a organizačně náročnější než při správním řízení vedeném s česky hovořící osobou. Správní řád také upravuje práva příslušníků národnostních menšin, kteří jsou oprávněni jednat a činit podání v jazyce své národnosti. Vzhledem k tomu, že tyto osoby ve většině příkladů ovládají český jazyk, je toto ustanoveno spíše výrazem ústavně i mezinárodně garantovaných práv menšin a nikoliv odrazem potřeb aplikační praxe.

Na závěr lze jen stručně shrnout, že i přes některé dílčí nedostatky, považuji úpravu jednacího jazyka ve správním řízení za poměrně povedenou a praxi vyhovující.

Literature:

- Vedral, J.: Správní řád, komentář. Praha, Bova Polygon, 2006, s. 144, 80-7273-134-3
- Kolman, P.: Vybrané kapitoly ze správního řízení. Ostrava: Key Publishing. 2008, s. 7-11, ISBN 978-80-87071-63-2
- Křepelka, F.: Užívání cizích jazyků před českými správními soudy po vstupu do Evropské unie. Správní právo: odborný časopis pro oblast státní správy a správního práva 2007 (6), 416-424, ISSN 0139-6005
- Kadečka, S. a kol.: Správní řád. Meritum, ASPI, 2006. s. 144-150, ISBN 80-7357-226-5
- Creech, R. L.: Law and Language in the European Union. Europa Law Publishing. Groningen 2005. s. 115 – 123, ISBN: 978-90-76871-83-7

Reviewer:

Jana Jurníková

Contact – email:

102839@mail.muni.cz

NEW ASPECTS OF CONSUMER INFORMATION IN THE EUROPEAN UNION

ZSÓFIA HORVÁTH

University of Miskolc, Faculty of Law, Hungary

Abstract:

This contribution will focus on the latest drafts in the development of consumer protection in the European Union. The European Commission has summarized four consumer protection directives and i.a. listed the most important elements of consumer information. This list contains those core characteristics of products and services that mainly affect consumer decisions. After comparing the proposed solutions and the current rules, an overview of stakeholders' opinion will be given, as well.

Key words:

EU law, consumer protection, European Commission's proposal, consumer rights, requirements of consumer information

1. PROPOSAL FOR "STANDARDIZATION"

In the European Union numerous directives guarantee protection for consumer rights. These rules cover the following subjects: doorstep selling, unfair contract terms, package travel, timeshare, distance selling, price indication, injunctions and consumer sales. Surveys (such as Eurobarometer Nr. 224 and Nr. 298) have shown that despite of common framed rules, consumers rarely take part in cross-border selling. The European Commission has already realized that common steps should be taken in order to enhance consumers' confidence.¹

In 2008 the Commission launched its new proposal² about consumer rights. It proposes merger of four directives on consumer protection, including directive 85/577/ECC on contracts negotiated away from business premises³, directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts⁴, directive 97/7/EC on distance contracts⁵, directive 1999/44/EC on consumer sales and guarantees⁶. The Commission also suggests switching minimum harmonization into maximum harmonization besides laying down uniform rules on common themes of the revised directives. Thus, Member States should adopt the same rules as laid down in the directive.

¹ EU Consumer Policy Strategy 2007-2013; Empowering consumers, enhancing their welfare, effectively protecting them, COM (2007)99 final

² COM(2008) 614 final

³ OJ L 372, 31.12.1985, p. 31-33.

⁴ OJ L 95, 21.4.1993, p. 29-34

⁵ OJ L 144, 4.6.1997, p.19-27.

⁶ OJ L 171, 7.7.1999, p. 12-16.

This contribution presents the basic information, collected by the Commission that should be provided for consumers in case of conclusion contracts. The newly proposed directive on consumer rights has not got any effect on national legislation as long as it has not been adopted by European Parliament and European Council. In order to study the suggestions of Commission in details and understand the aims hidden behind the text, they should be compared with the existing rules.

2. GENERAL CONSUMER INFORMATION

All four consumer protection directives include special subjects and focus on a particular problem. Up to the present there has not been any provision that would have collected common requirements on consumer information in a contractual relationship, especially in the pre-contractual period. Nevertheless, the existing directives mention the compulsory elements of a contract and consumer information as well. Due to the close connections among the issues regulated by consumer protection directives, in some aspects these rules are dealing with the same questions. One example is the information obligation on conditions of rescinding the contract that appears in all four directives. Although traders are obliged to inform consumers about this issue in all four types of contracts, regulations do not meet the requirements of consistency. In distance contracts pre-contractual information should already involve the existing of the right of withdrawal. In off-premises contracts three temporal rules are applicable according to information requirements about right of withdrawal. Unfair contract terms directive also instructs about the misleading of consumers with regard to the expiry of a contract. In case of consumer sales, the existing directive imposes in details the parts of guarantee statements (that is, for instance the conditions of rescinding the contract).

One of the aims of the Commission is to remove such inconsistency among the directives. Therefore the proposal lists and simplifies general information that should be given to consumer in all sale or service contracts. These facts can be divided into the following groups:

- information about the object of sale (such as main characteristics of the product, price)
- information about the trader (such as address, identity)
- information about consumer's rights (such as right of withdrawal)
- information about performance (such as payment, delivery issues, complaints)
- information about duration issues (such question is whether contract is open-ended or not)
- information about the after-sale period (such as commercial guarantees, after-sales services)

Traders should provide consumers *at least with the above mentioned information before concluding the contract* if it has not appeared from the context, yet. The following rule guarantees consumers that they cannot be deceived by the traders: the given information should be the integral part of the sale or service contract.

There are cases when a third person steps into the relationship between consumer and trader. The duty of so called intermediaries is to act in the name or on behalf of another person

during concluding a contract. The proposal would oblige them to warn consumers that they will not contract in their own name but on behalf of a consumer. Therefore these contracts will regard to the two contracting parties (who are consumers). This case is one of the exceptions that could not enjoy the protection of the proposed directive. The sanction of missing notice is that the intermediary will be one of the contracting parties.⁷

3. SPECIAL INFORMATION REQUIREMENTS IN DISTANCE AND OFF-PREMISES CONTRACTS

Nowadays distance is not a hurdle in commerce any more. Products can be delivered to the doorsteps nearly everywhere in the world. Two major groups of contractual relationships can be divided in this area as the followings:

1. trader and consumer meet in person (for example off-premises contracts)
2. trader and consumer do not meet in person (for example distance sales contracts)

3.1 OFF-PREMISES CONTRACTS

Since 1985 the European Union has adopted common rules on this special theme that still exist. The main grounds for establishing a legal frame on off-premises contracts are the unequal positions of the contracting parties and the non-harmonized national rules. These engagements are made away from the shop of the trader. Usually the trader visits the consumer at home with offers. In most cases consumers are not prepared for the sale initiated by the trader at the doorstep. Lack of time (to consider and to compare the offered product with others) forces consumers into a defenseless situation against traders. Therefore the European legislator has strengthened realization of consumers' interests by two ways:

3. establishing strict rules on consumer information,
4. providing consumers with a 7-day-long right of cancellations.

According to the directive traders should give written information to the consumer about the right of cancellation, the period opened for exercising those rights, the name and address of a person against whom cancellation can be exercised. Term of informing is also fixed, namely it must be given before signing the contract. In special cases traders must fulfill the obligation of informing at least when they conclude the contract or the consumer made the offer. National legislators had the opportunity to establish appropriate legal consequences if information is not supplied by the trader.⁸

3.2 DISTANCE CONTRACTS

Distance sales include more risk than off-premises contracts. Consumers have any possibility neither to compare nor to examine the offered product. Therefore information issues are more important comparing with other cases. Distance communication devices "mediate" between

⁷ Chapter II of Commission's proposal, op.cit. supra note 2

⁸ See op.cit. supra note 3.

the contracting parties.⁹ Information should also be given even if the negotiation is made by phone-call. The directive sets strict rules on time-, content- and formal requirements regarding to distance contracts. The information should be provided before concluding the contract. Trader should introduce himself and tell the purpose of the call. In this “stage”, consumer has the right to end the conversation. The following list contains the most important elements of consumer information:

- information about the “professional” party (identity, address)
- information about the products (core characteristics)
- information about payment issues (price, the includes tax, delivery costs, cost of using distance communication, period of validity)
- information about the conditions of performance (delivery, payment)
- information about rescinding the contract (right of withdrawal)
- information about unaccustomed minimum duration of contract.

Traders should respect the principles of good faith and respect the interests of particularly vulnerable consumers, such as children.

Preliminary information should be composed in a clear, accurate and plain way. Consumers should receive all facts not only in words but also in a durable medium-based format completed at least with:

- details about exercising right of withdrawal,
- address where consumer can send complaints,
- information about post-contractual period,
- details about rescinding the contract if its duration is uncommon or more than one year.¹⁰

⁹ Examples for communication devices: unaddressed- and addressed printed matter, standard letter, press advertising with order form, catalogue, telephone with and without human intervention, radio, videophone (telephone with screen), videotex (microcomputer and television screen) with keyboard or touch screen, e- mail, fax, teleshopping.

¹⁰ See op.cit. supra note 5.

3.3 SUGGESTIONS OF THE COMMISSION TO UPDATE AND STANDARDIZE THE RULES

Special requirements will exist to the distance and off- premises contracts. The traders should give more details to consumers. In this case general information¹¹ should be completed with facts about:

- condition and process of exercising withdrawal right,
- address of place of trader, if it differs from geographical address,
- code of conduct, if it exists,
- opportunity to require amicable dispute settlements,
- a notion that according to the legal rules, the contract will fall inside the scope of the directive and therefore the consumer's rights are protected specially.

The proposal sets formal requirements for both types of contracts. Regarding to off-premises contracts the order forms should also contain information required by the directive and a standardized withdrawal form¹². Order form should disclose the information in plain and intelligible language and it should be clearly legible. If the order form is not signed by consumer, the off-premises contract will be invalid. Durable medium- based order form should be copied and given to consumer. The proposal orders full harmonization from member states. This rule will guarantee consumers that they will get the same order form no matter where the place of trader within the European Union is.

Distance contracts should be formed in a clearly way as well, keeping the three formal requirements of:

- plain wording,
- intelligible language and
- legibility.

The Commission has taken into consideration the special characteristics of disclosing tools such as phone-calls or other mediums. If the trader calls consumer on phone he should start the conversation with revealing his identity and the purpose of call. If the trader uses a non-endurable medium, it should contain at least the main characteristics of product completed

¹¹ See chapter II of present contribution

¹² See Annex B. of Commission's proposal, op.cit. supra note 2.

with price. The rest of information should also be given to the consumer according to the general rules of the suggested directive.¹³

4. INFORMATION ABOUT GUARANTEE IN SALES CONTRACTS

4.1 SALES OF CONSUMER GOODS

The chain of consumer information does not stop with ensuring fairly given facts and signed clauses. Characteristics of products should meet contractual expectations. European legislator realized that reasons of dispute are often the lack of conformity of performance with the contract. Therefore since 1999 common legal frames have ruled the relationship between contracting parties after concluding a contract.

Information matters arise in case of examining the existence of contractual conditions. The directive establishes a test to prove conformity. One of the requirements is that the purchased product must be in compliance with trader's description. The seller is liable for supplying goods appropriate to the arrangement generally for 2 years (Footnote: beginning of the period is delivery). In case of unconformity, consumer can choose in certain circumstances among the following levels of redress: repair or replacement and reduction in price or rescission of the contract. Traders' information obligation is supplemented with another element, namely the guarantee. The minimum- criterions of the data about guarantee i. a. are:

- notion that guarantee does not affect consumer rights under national law,
- information about the content of guarantee (conditions of exercising guarantee, durations, territorial scope, name and address of guarantor).¹⁴

4.2 DRAFTED DEVELOPMENTS OF THE COMMISSION

The Commission also clarifies consumer rights with regard to sales contracts. The fourth chapter summarizes the rules for instance on delivery, risk, conformity with contract or lack of conformity. Two issues can be mentioned having correlation to consumer information. Firstly, trader's performance should meet all requirements contained in the contract. Conformity with contractual clauses can be presumed if i. a. the good is delivered completely appropriate to trader's description. Secondly, consumer information is also important in case of commercial guarantee. Information about exercising guarantees should be also given to consumers. The Commission has also prepared the minimum-content of the guarantee statement:

- legal rights of consumer,
- contents of guarantee,
- conditions of making claims,

¹³ Chapter III. of Commission's proposal, op.cit. supra note 2.

¹⁴ See op.cit.supra note 5.

- if it is applicable, that the guarantee cannot be transferred to a subsequent buyer.

The three requirements on making the document easy to understand (plain, intelligible language, legible) exist in this area, as well. Consumer should have the opportunity to request the details of guarantee on durable medium.¹⁵

5. FAIR CONTRACTUAL CONDITIONS

5.1 UNFAIR CONTRACTUAL TERMS

The aim of the regulation on unfair contractual terms is the same as we have seen by the above mentioned directives: establishing fair frames of the relationship between consumers and traders. The European legislator has laid down the general characteristics of unfair terms used in contracts. Three major questions should be asked in case of examining a contract:

- Does it contain terms that were not negotiated by both parties?
- Does it respect the requirements of good faith and equity?
- Does it generate disparity between contracting parties' rights and obligations to the disadvantage of consumers?

The annex of directive gives examples of terms that are detriment to the interests of consumers.¹⁶ It should be noted that this list is only a suggestion to the national legislators of European Union. Member States are allowed both to enlarge and to tighten the range of forbidden contractual clauses. Only one rule should exist in all national legislations: the use of unfair contractual terms is prohibited by law. If the contract still involves such clauses, national rules should guarantee that the unfair term will not oblige the consumer.

Fair contractual clauses play important role in consumer information. They should mirror and pose the arrangements of the parties. Therefore consumer information in the phase of negotiation can not vary from the written and signed document. The contracts should also conform to the demand of principle of "clearness", i.e. their wording must be unambiguous and simple. Explanation of certain terms should be accomplished to the advantage of consumers in case of uncertainty.¹⁷

5.2 COMMISSION'S PROPOSALS FOR ESTABLISHING BETTER REGULATION SYSTEM

An own chapter of the Commission's proposal rules contract terms not drafted by both parties. Consumer can influence only some conditions of contract or has not got any power to compose the contract at all. The trader usually prepares the document and hand it over to the

¹⁵ Chapter IV of Commission's proposal, op.cit.supra note 2.

¹⁶ For example those contractual terms are unfair, which let the trader terminate the contract without waiting for the passing of the period of notice. (Annex, 1.g)

¹⁷ See op.cit.supra note 4.

consumer. This situation explains the importance of emphasized legal protection given to the weaker party of the contractual relationship. Therefore the common regulation on fair contract terms cannot be absent from the directive on consumer rights.

The proposal keeps the general clause of unfair terms and completes it with two lists of special cases to determine terms explicitly.¹⁸ Terms, that are contrary to good faith and generating imbalance between the parties' rights and obligation to the detriment of consumer, should be considered as unfair conditions. The Commission collected the most frequently occurred unfair conditions. These cases are divided into two groups:

- a so-called "black" list: it means that the terms involved by the list are regarded as unfair in all circumstances¹⁹ and
- a so-called "grey" list: it means that the terms involved by the list are regarded as unfair until the opposite statement is proven²⁰.

The ways of expression contract terms should be applicable to the principle of three requirements: simplicity, intelligible wording and legibility.²¹

6. REMEDIES IN CASE OF FAILURE TO COMPLY WITH INFORMATION REQUIREMENTS

The Commission's proposal is preceded by a more year-long preparatory work. An analytical report²² from 2007 presents the opinions of stakeholders about an important question with regard to consumer information. What kind of legal effect should be established in consumer protection law if the "professional" breach information requirements? The Commission recommended the following possible solutions:

- establishing a uniform remedy or
- establishing different remedies or
- remaining the existing system ("status quo").

Answers of stakeholders have strengthened the need of modification. More than 2/3 of contributors argued in favor of establishing a common remedy or different remedies. Between

¹⁸ Cf. 2005/29/EC directive on unfair market practices. The Commission's proposal on consumer rights adopts nearly the same construction of regulation: a general clause and its special cases annexed with a „black" list. (OJ L 149, 11.06.2005, pp. 22-39)

¹⁹ See Annex II. of Commission's proposal, Commission's proposal, op.cit. supra note 2.

²⁰ See Annex III. of Commission's proposal Commission's proposal, op.cit. supra note 2

²¹ See Chapter V of Commission's proposal, op.cit. supra note 2

²² Preparatory Work for the Impact Assessment on the Review of the Consumer Acquis/GP Analytical Report, http://ec.europa.eu/consumers/rights/detailed_analysis_en.pdf (downloaded on 08.06.2009)

these two “winning” options, the latter was preferred rather than the former. The same final results were proved when Member States were asked to choose among the three solutions.

6.1 ARGUING FOR A UNIFORM REMEDY

It was mentioned that consumer protection directives ruled remedies differently. It does not strengthen consumers’ confidence in legal security and causes confusion. Thus, the extension of cooling-off period up to 3 months could be a proper solution. A contributor highlighted a problem that the distinction between cooling-off period and exercising the right of withdrawal is not stressed enough.

Another reason supports this option: time limits should bind consumers to decide the termination of the contract otherwise it will generate a dependent situation between the contracting parties. Traders’ representatives noted that regulation should also take into consideration technical developments and allow to fulfill the information requirements by using the latest versions of durable medium devices.

6.2 ARGUING FOR DIFFERENT REMEDIES

Contributors, who supported the idea of making distinction among remedies, commented that legal regulation should take into account the “different degrees of importance of consumer information”²³. They emphasized that remedies should be proportional to the importance of the missing information. The context should not be omitted in case of classifying the information. The contributors also gave explanation why the extension of cooling-off period would not be the proper solution. They thought that option Nr. 1 - if it would exist - would cause groundless difficulties for traders because even in not too serious breach of information obligation the consequence (termination of the contract) would be far more rigorous. These stakeholders believed that the appropriate sanction should be found regarding to the failure to give information to consumer. A comment drew the attention to the necessity of extending consumer rights in this area, for instance giving the opportunity for modifying the contract as a remedy. The scale of sanctions should also cover financial punishments, contesting the contract, exercising the right of withdrawal, extension of cooling-off period.

6.3 ARGUING FOR STATUS QUO

Stakeholders noted that establishing one general remedy seemed to be too strict and different types of remedies would initiate an unnecessary complicated system. Therefore existing regulation should not be modified. The contributors rose that issue of remedies did not generate as much problem as the technological developments. Thus, the task is to harmonize current rules with the new opportunities offered by the technical devices. These contributors highlighted also that consumer protection directives dealt with special cases. Therefore information requirements should also differ in each situation.

6.4 PROPOSAL’S SOLUTIONS

The Commission does not fix the consequences if trader breaches general consumer information requirements before concluding the contract. Therefore, Member States will be

²³ See op.cit. note 22. p.73.

allowed to adopt appropriate remedies in their national contract law without the “direction” of European Union. The Commission enhanced the situation if the trader would not inform the consumer about additional charges properly. In this case, demanding the payment of these additional fees could not be required from consumers.

The proposal lays down rules on the rights of withdrawal according to distance and off-premises contracts. Linked to the issue of consumer information, the Commission “punishes” the unfair trader with extending the withdrawal period from fourteen days up to three months.

Traders should also provide appropriate information about guarantee. If conditions of commercial guarantee are absent from the contract, the guarantor should fulfill his obligations according to the advertisement on the guarantee. The remedies in case of lack of conformity with the contract are also summarized in the proposal. The consumer should be able to have the opportunity to choose among the already known options if conditions are met:

- replacement or repair,
- reducing price,
- rescinding the contract.

The proposal does not prepare the system of consequences in details in the situation of using unfair contract terms. The Member States should make it certain that national law offer proper remedies for consumers who have been misled by unfair contractual conditions.

7. CONCLUSIONS

The aim of Commission’s proposal is to simplify, update the existing rules and summarize them into one, single directive. There is no doubt that the continuous review of consumer protection regulation in the European Union is necessary. Nevertheless, the European legislator is faced with new challenges generated by the technical development of 21st century. Mobile phone’s and PC’s screens supply different size of place to transmit information.

Consumers’ right to be informed is one of the common subjects appeared in most of the consumer protection directives. The Commission states that establishment of a single regulation could serve better consumers’ interests than “spread” rules. Clearly defined provisions serve the interests of fair traders because it would be easier to follow the legal expectations as well.

Consumers, before deciding purchase, are already provided with information by commercial instruments such as wide range of advertisements. Maybe it is worth dealing with the compliance of all directives consisting rules on requirements of reliable consumer information. For instance the directive 2005/29/EC on unfair market practices²⁴ has also established regulation about obligation of enterprises to give information about their offered

²⁴ See opt. cit supra note 18.

products. It should be noted that the Commission's proposal involves only four major issues and leaves out the rest of consumer law directives.

It has been proven that minimum harmonization in the field of consumer law has led to divergent national provisions. Full harmonization of some common aspects, as a solution to the above mentioned problem, may increase both consumers' and traders' confidence.

Regarding to the above mentioned report²⁵, contributors mostly agreed that common information requirements in the pre-contractual period would serve the consumer interests. The stakeholders mentioned some important issues that should also be in the focus of establishing these rules. One of them is the question of quality and quantity. It means that consumers should receive only the necessary information. Overloading consumers with facts would not improve consumer protection, expressed by some stakeholders.

The Commission in its proposal has worked together four directives that are dealing with special themes. If the European legislator accepted the drafts, those four directives would be repealed. It is not questionable that the Commission has widened and standardized the information requirements. It has lead the core elements of consumer information along the pre-contractual-, and contractual-periods consistently. The Commission has begun to fill the gaps among consumer protection directives, but this work has not been finished yet. The same clear concept should be followed and continued by reviewing consumer acquis.²⁶

Literature:

- COM (2007)99 final
- COM(2008) 614 final
- OJ L 372, 31.12.1985, p. 31-33.
- OJ L 95, 21.4.1993, p. 29-34
- OJ L 144, 4.6.1997, p.19-27.
- OJ L 171, 7.7.1999, p. 12-16.
- OJ L 149, 11.06.2005, pp. 22-39
- http://ec.europa.eu/consumers/rights/detailed_analysis_en.pdf
- Micklitz, H.-W.; Reich, N.: Crónica de una muerte anunciada: The Commission proposal for a „directive on consumer rights”, the Netherlands, Kluwer Law International, 2009, Common Market Law Review Nr. 46, pp. 471-519. ISSN 0165-0750

²⁵ See op.cit supra note 22.

²⁶ Cf. Micklitz, H.-W., Reich, N.: Crónica de una muerte anunciada: The Commission proposal for a „directive on consumer rights”, the Netherlands, Kluwer Law International, 2009, Common Market Law Review Nr. 46, pp. 471-519.ISSN 0165-0750

*Dávid R., Neckář J., Sehnálek D., (Editors). COFOLA 2009: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4821-8*

Reviewer:

Péter Miskolczi- Bodnár

Contact – email:

horvathzsofia@gmail.com

VÝZNAM INFORMACE PŘI APLIKACI ZÁKONA O PRÁVU SHROMAŽDOVACÍM, ANEB PROBLEMATIKA EXTREMISTICKÝCH SHROMÁŽDĚNÍ V PRAXI

JOSEF CHÝLE

Právnická fakulta Masarkovy univerzity / Nejvyšší soud České republiky, Česká republika

Abstract in original language:

Problematika zákazu extremistických shromáždění je v našich současných poměrech předmětem zřetelného a neustále se zvyšujícího zájmu. Vlastní text příspěvku v rozsahu 29.576 znaků včetně si klade za cíl seznámit účastníky konference s úskalími při aplikaci zákona o právu shromažďovacím na oznámené a neozenámené shromáždění extremistů, včetně relevantní judikatury a poznatky ze správní praxe.

Key words in original language:

Shromažďovací právo; extremismus; protiextremistická politika.

Abstract:

The author's intention in the named tribute was to emphasize the importance and necessity of information, its legal aspects, accuracy and opportuneness in relationship to the right of assembly. The paper also aims at the very special location- the city of Brno, which has ever been one of the most important places in the Czech Republic within the context of extremism, extremist assemblies and the execution of this law itself. Another reason to accentuate this section of administrative law especially in Brno was that the todays conferation for young lawyers also takes place in here.

Key words:

Right of assembly; extremism; extremist policy.

„Evropský parlament vzhledem k tomu, že žádný členský stát není imunní vůči vnitřním hrozbám, které extremismus představuje pro demokracii, a vzhledem k tomu, že z tohoto důvodu je boj proti xenofobním postojům a extrémním politickým hnutím evropskou výzvou, jež vyžaduje společný a koordinovaný přístup (...), zdůrazňuje, že boj proti extremismu nesmí mít žádné negativní dopady na trvalý závazek dodržovat základní práva a základní právní zásady, včetně svobody projevu a sdružování, jak jsou zakotveny v článku 6 Smlouvy o EU (...).“¹

Politika proti extremismu je v našich současných poměrech předmětem zřetelného a neustále se zvyšujícího zájmu. Málokterá oblast je tak silně zásobena stimuly ze svého okolí jako oblast boje proti extremismu. Koncept založený na obraně před extremisty vychází z koncepce budování demokratického politického systému. Právě demokratické hodnoty a

¹ *Usnesení Evropského parlamentu o boji s nárůstem extremismu v Evropě ze dne 13. 12. 2007, č. j. P6_TA(2007)0623, on-line verze dostupná z <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2006-0273&language=CS&ring=P6-RC-2006-0330>>.*

právní stát dávají prostor radikálním politickým názorům a činnostem, ovšem to jen za situace, kdy nejsou porušovány základní principy ústavního pořádku².

Latinská slova „extremitas mundi“, známá již z dob hegemonie římského impéria, znamenají konec světa, přičemž v přeneseném významu jimi byly identifikovány provinční oblasti s geograficky největší vzdáleností k Římu jako kulturnímu a politickému středisku římského impéria.³

Pojem extremismu

Pojmy radikalismus a extremismus dnes označují určité politické postoje, jež usilují o fundamentální proměnu společenského řádu, přičemž obratně využívají „mantinelů“ demokratického právního státu, popř. je zpochybňují či překračují. Nutno konstatovat, že právě demokratické zřízení svou formou, kdy se menšina v rámci daných politických organizačních struktur podřizuje rozhodnutí většiny s tím, že tato většina respektuje nezadatelná práva menšin a každého jednotlivce, dává prostor projevům extremismu. Ostatně S. Balík a M. Kubát k pojmu extremismu dodávají, že „extremismus je pojmem precizněji vymežitelným a v politické vědě je většinou spojován s antidemokratičností (...)“⁴. Radikalismus a extremismus jsou ve společnosti vysoce frekventované pojmy, jež však nejsou často používány ve správném kontextu. Často jsou vnímány jako synonyma a v podvědomí mnohých jsou výrazem pro fanatické nebo fundamentalistické postoje určité skupiny obyvatel, popř. pro specifické ideologie či cíle, jejichž společným jmenovatelem není svoboda a různorodost názorů a přístupů, nýbrž vyhocené, krajní a radikální smýšlení, jehož průvodním jevem jsou výpady vůči společnosti, a to velmi často nelegální cestou. Mnohdy je extremismus chápán jako vystupňovaný radikalismus, pro který je typická připravenost a odhodlanost použít násilí pro prosazení svých představ.

Podat jedinou a ucelenou definici obou těchto pojmů však není v právní ani v politologické vědě jednoznačnou záležitostí. Zatímco pojem „radikalismus“ pochází již z liberálního demokratického směru 19. století a po dlouhou dobu byl určujícím politickým pojmem pro levicově liberální politické spektrum, je pojem „extremismus“ o něco novějším termínem.

Pojem radikalismus se odvozuje z latinského slova „radix“ (kořen) a popisuje takový politický cíl, jímž je snaha o zásadní – a to až „na kořen“- změnu společnosti. Jak uvádí M. Bednář, „Být radikální tedy původně znamená jít až na kořen věci, vycházet z její podstaty,

² Dle čl. 112 Ústavy České republiky ze dne 16. 12. 1992 ústavní pořádek České republiky tvoří tato Ústava, Listina základních práv a svobod, ústavní zákony přijaté podle této Ústavy a ústavní zákony Národního shromáždění Československé republiky, Federálního shromáždění Československé socialistické republiky a České národní rady upravující státní hranice České republiky a ústavní zákony České národní rady přijaté po 6. červnu 1992.

³ Backes, U.: *Politische Extrême. Eine Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis zur Gegenwart.* Vandenhoeck & Ruprecht, 2006, s. 15, on-line verze dostupná z <http://books.google.de/books?id=vTO3spf8uYkC&pg=PA15&lpg=PA15&dq=extremitas+mundi&source=bl&ots=XAR2Wrn6nO&sig=3A2pCfJMhyoKLffoQviDUuSbWTo&hl=de&ei=4s7bSfejN5Ca_AbNwPCeCA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1#PPA15,M1>.

⁴ Balík, S., Kubát, M. (2004): *Teorie a praxe totalitních a autoritativních režimů.* Praha, Dokořán, p. 13.

základu.⁵ Radikálové tak představují jakousi legální opozici v daném politickém prostředí. Tento pojem lze poroto vztáhnout v současných podmínkách zejména na rozhodnost a konsekvenci politického jednání, nikoli však na určitý obsahový směr. Historicky tomu však takto nebylo vždy. Při zkoumání pojmů radikalismu a extremismu narážíme na velmi zřetelnou terminologickou nejednotnost.

Faktory, jež ovlivňují charakter extremismu v dané zemi, mohou být např. politické či rasové. Extremismus v České republice je profilován zejména různými ideologiemi, přestože stále více se do popředí dostává i extremismus rasový. Chceme-li se blíže věnovat specifickým projevům a činnostem extremistů v České republice, musíme nutně blíže poznat jednotlivé formy extremismu.

Přívlastky „politicky extrémní“ a „extremistický“ se odvozují z latinského slova „extremus“, třetího stupně přídavného jména „exterus“, tj. vnější, venkovní, externí, též krajní. Definice extremismu můžeme najít velmi mnoho, a to podle podob, které extremismus může mít. Při vysvětlování postojů a činností extremistických uskupení je nutné uvést, že jde o uskupení, jež jsou v opozici k demokracii, tzv. subjekty antisystémové, jež „zpochybňují legitimitu režimu a podkopávají jeho podpůrné základny“⁶. S. Balík a M. Kubát ve své práci *Teorie a praxe totalitních a autoritativních režimů* označují extrémní (extremistické) postoje jako krajní politické postoje.⁷ Pro správné pochopení obsahu pojmu „extremismus“ je nutné uvést, že vychází z představy, kdy je potřeba si představit politické spektrum jako koláč, který se skládá ze „středu“ a krajů (levého a pravého kraje). Extrémní pozice je dle tohoto schématu možné definovat vyhraněným (opozičním) postavením těchto extrémních / extremistických aktérů vůči všeobecně společností akceptovanému demokratickému politickému systému, jenž je vnímán jako systém „normální“. Jako extremistická bývá označována ta nejzazší mez (kraj) politického spektra, přičemž právě činností této výšece politického spektra by mohlo dojít k ohrožení těchto „normálních“ společenských vztahů. Extremismus je tudíž aktivita jednotlivců a skupin zaměřená proti ústavnímu zřízení a jím chráněným hodnotám.

Pojem extremismus ve svém běžném jazykovém pojetí dnes stále častěji vytlačuje užívání pojmu radikalismu. V současnosti je pojem skloňován na všech státních institucích, počínaje jednotlivými městskými úřady, jež povolují pochody a shromáždění různých skupin, využívaje demokratického práva shromažďovacího jako ústavně zakotveného práva každého člověka, přes jednotlivá ministerstva (např. ministerstvo spravedlnosti, vnitra) řešící a monitorující otázky spojené s výskytem a činnostmi různých extremistických aktérů v České republice, další resorty a orgány státní správy, Policie ČR, státní zastupitelství až po soudní soustavu řešící – jak správní a trestní soudnictví, tak i soudnictví ústavní – spory vyplývající z fungování, činnosti a vystupování konkrétních extremistů. Vláda ukládá těmto institucím činit opatření proti hnutím směřujícím k potlačení práv a svobod občanů, přičemž konkrétní opatření jsou uvedena v usnesení Vlády ČR č. 789/1999 Sb. ze dne 28. července 1999. Tyto

⁵ Bednář, M. (2007): *Radikalismus jako opak extremismu*, in *Radikalismus a jeho projevy v současném světě*. Sborník z mezinárodní vědecké konference. Brno, TRIBUN EU, p. 33.

⁶ Sartori, G. (2005): *Strany a stranické systémy. Schéma pro analýzu*. Brno, CDK, p. 137.

⁷ Balík, S., Kubát, M. (2004): *Teorie a praxe totalitních a autoritativních režimů*. Praha, Dokořán, p. 13.

stání instituce definují pojem extremismu jako „... aktivity se zpravidla ideologickou motivací, které vybočují ze zákonných, ústavních norem, vyznačují se prvky netolerance, a útočí proti demokratickým principům a společenskému uspořádání“.⁸

Politologové jako Uwe Backes definují extremismus jako „politický diskurs, programy a ideologie, jež se implicitně nebo explicitně vyhraňují vůči základním hodnotám a procedurálním pravidlům demokratických ústavních států“⁹. Nutno podotknout, že v České republice i v mnoha jiných zemích je extremismus politologickým a nikoli právním pojmem. Výše zmíněný německý politolog, profesor Technické univerzity v Drážďanech, zástupce vedoucího Ústavu Hany Arendtové pro výzkum totalitních režimů, Uwe Backes, sice odvozuje pojem extremismu z rozhodnutí německého Spolkového ústavního soudu z roku 1952, v němž jsou rozvedeny základní demokratické principy, jež musí být celospolečensky chráněny proti zásahům extremistů, ovšem stejně jako v České republice nenacházíme v ústavním pořádku¹⁰ ani v jiných legislativních normách nižší právní síly zákonnou definici tohoto pojmu. V mnoha publikacích se setkáváme s rozdílnými definicemi extremismu, řada autorů (Balík, S., Kubát M., Dočekalová, P.) poukazuje na nutnost striktního rozlišování mezi pojmy „extrémní“ a „extremistický“, přestože rozdíl mezi těmito termíny, zatímco jiní jako M. Bastl považují „za nerozumné používání odlišných termínů ‚extremistické‘ a ‚extrémní‘, pokud lze použít termínu ‚radikální‘ (ve smyslu ‚systémově kritické‘- kritika ‚ke kořenům jdoucí‘ /.../) a ‚extrémní‘ (ve smyslu ‚vyhrocené, krajní /.../)“¹¹.

Jelikož neexistuje legální a současně legislativně zakotvená definice termínu „extremismus“, je nabíledni velká nejednotnost v užívání těchto pojmů. Dříve bylo v souvislosti s těmi pojmy hovořeno zejména o pravicovém a levicovém radikalismu, ovšem řada právníků často upozorňovala, že úsilí vybraných pravicových a levicových aktérů přispět do diskuse nad státním zřízením nemůže být protiústavní jen proto, že kladou radikální otázky a požadují radikální řešení konkrétních společenských problémů. Proto došlo postupem doby k rozsáhlé diskusi nad definováním a precizováním jednotlivých pojmů „radikalismus“, „radikální“, „extremismus“, „extrémní“, „extremistický“, jež však není stále ukončena, a proto se setkáváme v odborné literatuře i nadále s různými pojetími.

Význam definování a rozlišení těchto pojmů spočívá v tom, že instituce, jež se každodenně zabývají problematikou extremismu a radikalismu, mohou lépe jednotlivé aktéry, které jsou řazeny mezi „radikální“ nebo „extremistické“, zařadit dle jejich ústavní konformity, monitorovat, pracovat s jednotlivými jejich projevy, pronikat do jejich mnohdy rigidních struktur a lépe je poznávat. Jelikož pojem extremismu již v sobě obsahuje odchýlení se od

⁸ Extremismus, materiál Ministerstva vnitra ČR, on-line verze dostupná z <<http://www.mvcr.cz/bezpecnost/extremismus.html>>.

⁹ Backes, U. (2001): *Gestalt und bedeutung des intellektuellen Rechtsextremismus in Deutschland*, In *Aus Politik und Zeitgeschichte*. Bonn, p. 24.

¹⁰ Čl. 112 zák. č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, rozumí ústavním pořádkem Ústavu, Listinu základních práv a svobod, ústavní zákony přijaté podle této Ústavy a ústavní zákony Národního shromáždění Československé republiky, Federálního shromáždění Československé socialistické republiky a České národní rady upravující státní hranice České republiky a ústavní zákony České národní rady přijaté po 6. červnu 1992.

¹¹ Bastl, M.: Recenze: Balík, S.; Kubát, M. (2004): *Teorie a praxe totalitních a autoritativních režimů*. Praha, Dokořán, s.r.o., on-line verze dostupná z <<http://www.cepsr.cz/clanek.php?ID=230>>.

všeobecně uznávaných společenských pravidel (a proto je vnímán apriori negativně), neoznačují významnější aktivističtí aktéři, kteří chtějí být vlivnými hráči na politické scéně a zasáhnout do změny poměrů stávajícího politického systému, samy sebe zpravidla jako „extremističtí“. Spíše tento přívlástek vnímají jako degradující jejich snahu o zisk moci revolucí, o vyčlenění jejich politického úsilí z demokratického názorového spektra a chápou to jako snahu diskreditovat jejich názory ještě předtím, než osloví veřejnost a rozpoutají společenský diskurs. Toto lze např. doložit i prezentací uskupení Národního odporu na akcích v Brně, kde na letáku distribuovaném na shromáždění a v prohlášení na internetových stránkách popřel, že „Termín boje, který je obsažen v naší ideologii, je něčím zcela jiným než pouhá násilná konfrontace. Násilí má se skutečným extremistickým bojem málo společného.“¹².

Problematika zákazů extremistických shromáždění

Přestože se dvacáté století stalo s konečnou platností minulostí, je nutné se z něj poučit. Historie dvacátého století nás naučila, že svoboda má své opodstatnění jen tehdy, když demokratický právní stát své základní hodnoty a principy, na nichž je postaven, dokáže efektivně bránit. Toto platí rovněž pro boj s všemi druhy extremismu, ať již jde o pravicový¹³, levicový¹⁴, náboženský, ekologický či etnický¹⁵ (regionalistický). Moderní demokracie představuje vládu většiny při respektování práv menšin a musí být připravena i ke konfrontaci s menšinovými názory, které jsou jí v daném okamžiku nepohodlné. Jakékoliv omezení politických práv, jako např. práva shromážděvacího, je třeba posuzovat s krajní obezřetností a nesmí vést ve svých důsledcích k postupnému rozdrobení shromážděvacího institutu a vytěsnění většině nepohodlné menšiny z veřejné debaty. Odlišně k této problematice přistupují USA, jak je patrné např. z rozhodnutí federálního Odvolacího soudu Spojených států pro 7. obvod ze dne 22. května 1978, *Collin v. Smith*.

Zákon o právu shromážděvacím vymezil shromáždění negativně - definuje, co shromáždění dle práva shromážděvacího není. Za shromáždění ve smyslu tohoto zákona se nepovažují a) shromáždění osob související s činností státních orgánů upravená jinými právními předpisy, b) shromáždění související s poskytováním služeb a c) jiná shromáždění nesloužící účelu uvedenému v předchozích dvou bodech.

Působnost ve věcech práva shromážděvacího v přenesené působnosti vykonává buď obecní úřad, v jehož územním obvodu se má shromáždění konat, nebo pověřený obecní úřad, přesahuje-li místo konání shromáždění územní obvod obecního úřadu, krajský úřad, pokud místo konání shromáždění přesahuje správní obvod pověřeného obecního úřadu, či Ministerstvo vnitra, pokud místo konání shromáždění přesahuje hranice kraje (dále též

¹² *Jsme násilným hnutím?* Internetové stránky Národního odporu, on-line verze dostupná z <<http://www.odpor.org/?page=clanky&kat=&clanek=579>>.

¹³ Tzn. extremismus neonacistický, fašistický a nacionalisticky orientovaný.

¹⁴ Tj. všechny anarchoautonomní skupiny, neobolševické a s nimi sympatizující skupiny či organizace.

¹⁵ Ministerstvo vnitra ČR a Ministerstvo spravedlnosti ČR hovoří ve *Zprávě o problematice extremismu na území České republiky v roce 2002* o extremismu národnostním (on-line verze dostupná z <<http://aplikace.mvcr.cz/archiv2008/extremis/2002/index.html>>, p. 2), jenž je ve vědecké literatuře často označován jako etnický (Backes, Zariski), čehož se autor při uvedeném dělení přidržel.

„úřad“). K tomu je nutné dodat, že z pohledu správního práva je jsou úřady všech městských částí v Praze v pozici pověřených obecních úřadů a Magistrát hlavního města Prahy je pak v pozici krajského úřadu.

Často v mediích slycháváme, že správní orgán či soud povolil shromáždění nějakého extremistického subjektu. Takový přístup je však mylný. Česká právní úprava shromažďovacího práva není totiž postavena na povolovacím principu. Vychází z čl. 19 Listiny základních práv a svobod, jímž je zaručeno právo pokojně se shromažďovat, přičemž toto právo lze omezit toliko zákonem v případech konání shromáždění na veřejných místech, pokud jde o opatření nezbytné pro ochranu práv a svobod druhých, ochranu veřejného pořádku, zdraví, mravnosti, majetku nebo pro bezpečnost státu. Z toho plyne, že shromáždění nelze podmínit povolením orgánu veřejné správy, a proto nemůžeme hovořit o povolovacím principu.¹⁶ Spíše než o zakázaných shromážděních lze proto hovořit spíše o shromážděních zakázaných a nezakázaných a shromážděních oznámených a neoznámených. Jak upozornil M. Mareš, ani neoznámené shromáždění neznamená, že jde o shromáždění, jež musí být zakázáno. Naopak i původně oznámené shromáždění může být zakázáno. Klíčová pro zákaz shromáždění je dikce ust. § 10 zákona o právu shromažďovacím, které dává úřadu, jemuž bylo shromáždění oznámeno, možnost shromáždění zakázat, pokud by oznámený účel shromáždění směřoval k výzvě popírat nebo omezovat osobní, politická nebo jiná práva občanů pro jejich národnost, pohlaví, rasu, původ, politické nebo jiné smýšlení, náboženské vyznání a sociální postavení nebo k rozněcování nenávisti a nesnášenlivosti z těchto důvodů, dopouštět se násilí nebo hrubé neslušnosti či jinak porušovat ústavu a zákony. Úřad shromáždění zakáže též tehdy, jestliže se má konat na místě, kde by účastníkům hrozilo závažné nebezpečí pro jejich zdraví, na stejném místě a ve stejnou dobu se má podle dříve doručeného oznámení konat jiné shromáždění a mezi svolavateli nedošlo k dohodě o úpravě doby jeho konání; nelze-li určit, které oznámení bylo doručeno dříve, rozhodne se za účasti zástupců svolavatelů losováním. Úřad může shromáždění zakázat, má-li být konáno v místě, kde by nutné omezení dopravy a zásobování bylo v závažném rozporu se zájmem obyvatelstva, lze-li bez nepřiměřených obtíží konat shromáždění jinde, aniž by se tím zmařil oznámený účel shromáždění. Úřadu je uložena povinnost rozhodnout o zákazu shromáždění, popř. době jeho ukončení „bezodkladně“, nejpozději však do tří dnů od okamžiku, kdy obdržel platné oznámení. Proti tomuto rozhodnutí úřadu může svolavatel do 15 dnů od doručení podat opravný prostředek u soudu¹⁷, k němuž přiloží písemné vyhotovení rozhodnutí. Opravný prostředek nemá odkladný účinek a soudu je pro přezkum správního rozhodnutí stanovena velmi krátká lhůta – tři dny. Rozhodnutí zruší, jestliže nebyly dány důvody k zákazu shromáždění. Svolavatel je pak oprávněn shromáždění uspořádat podle původního oznámení nebo později tak, aby shromáždění bylo uskutečněno do 30 dnů od právní moci rozhodnutí soudu. Jestliže shromáždění uspořádá v pozdější době, vyrozumí o tom úřad nejpozději 1 den před konáním shromáždění. Z rozhodnutí správních soudů, jimž přísluší poskytovat ochranu veřejným subjektivním právům fyzických i právnických osob¹⁸ a

¹⁶ Pro úplnost je třeba dodat, že existuje i výjimka z tohoto pravidla – v stanovených případech lze na vymezeném území a na omezenou dobu omezit shromažďovací právo nařízením vlády, jak plyne z ústavního zákona č. 110/1998 Sb., o bezpečnosti České republiky. Fakticky se použije při vyhlášení nouzového stavu, kdy je omezení shromažďovacího práva sledován cíl ochrany práv a svobod jednotlivců a ochrana veřejného pořádku, majetku a bezpečnosti státu.

¹⁷ §§ 65 – 78 zák. č. 150/2002, soudní řád správní.

¹⁸ Blíže viz Chýle, J. (2006): *Správní soudnictví a jeho komparace se zeměmi EU*. Brno, pp. 52 – 75.

jež velmi často ruší rozhodnutí správních úřadů o zrušení shromáždění klasifikovaného jako extremistické, tj. na nichž docházelo k popírání nebo omezování osobních, politických nebo jiných práv pro jejich národnost, rasu, pohlaví, původ, politické nebo jiné smýšlení, náboženské vyznání a sociální postavení nebo na nich docházelo k rozněcování nenávisti a nesnášenlivosti z těchto důvodů či jinému porušování ústavy, vyplývá toliko to, že správní úřad nepředložil relevantní důkazy, jimiž by bylo možné odůvodnit zákaz takového shromáždění extremistů. Ač takové rozhodnutí správního soudu je nutno považovat za správné, neboť právo shromažďovací je jedno z nejdůležitějších politických práv a jakákoli jeho limitace musí být patřičně zdůvodněna a podpořena důkazy, je z celé situace zřejmé, že absentuje obecná metodika, jež by byla zpracována ve spolupráci správních úřadů, státních zastupitelství, Policie ČR, soudů a dalších orgánů, v níž by bylo uvedeno, jaký důkaz je přípustný pro zákaz takového shromáždění. Jde totiž o klíčovou otázku, kterou tyto úřady v doslova šibeniční lhůtě musí vyřešit. Totiž prostřednictvím opatřených důkazů prokázat, že jde o shromáždění, které je nutné dle § 10 zákona o právu shromažďovacím zakázat. Zatímco však soudy pravidelně rozhodnutí orgánů veřejné správy ruší pro nedostatečné zjištění skutkového stavu, jen velice poskrovnu se setkáváme s rozhodnutími, vyjadřujícími se k otázce, co je přípustným důkazem, a to zda je jím znalecký posudek, popř. zda je vhodné jich zpracovat několik od různých soudních znalců, policejní informace o oznamovatelích atd.

Koná-li se shromáždění, přestože bylo zakázáno, je postup orgánu veřejné správy takový, že svolavatel je vyzván, aby shromáždění ukončil. Pokud tak svolavatel neučiní, oznámí svolavatel účastníkům shromáždění jeho rozpuštění, včetně důvodů, které úřad k rozpuštění vedly, a současně účastníky poučí o následcích nesplnění této výzvy. Rovněž Policie ČR má oprávnění zakázat shromáždění, a to v případě, že konání shromáždění není přítomen pověřený pracovník orgánu veřejné správy.

Nahlédneme-li pod pokličku správní praxe, tak zjistíme, že např. Odbor vnitřních věcí Magistrátu města Brna v letech 2002 – 2008 přijímal oznámení o pořádání shromáždění, manifestací a průvodů, pokud přesahovaly hranice územního obvodu městské části, rozhodoval o jejich zakazu¹⁹ a projednával v prvním stupni správního řízení přestupky na tomto úseku, jinak rozhodoval o odvoláních proto rozhodnutí úřadu městské části o zakazu shromáždění a přestupcích na tomto úseku, k čemuž město Brno přijalo obecně závaznou vyhlášku²⁰. Během řady akcí došlo k situacím, při nichž bylo ohlášeno konání extremistického shromáždění, avšak zodpovědní brněnští úředníci reagovali na vzniklou situaci relativně neflexibilně, jelikož si nebyli jisti, zda mají určité kontroverzní shromáždění zakázat či nikoli. Situaci jim ostatně komplikoval i silný mediální tlak a velmi různorodá právní stanoviska relevantních brněnských politických aktérů.

¹⁹ Právo pokojně se shromažďovat zaručené v čl. 19 Listiny základních práv a svobod může být omezeno jen zákonem v případech konání shromáždění na veřejných místech, přičemž shromáždění nesmí být podmíněno povolením orgánu veřejné správy – výjimkou je toliko vyhlášení nouzového stavu ve smyslu zákona č. 110/1998 Sb., o bezpečnosti ČR a ústavního zákona č. 300/2000 Sb.

²⁰ Článek 41 odst. 2 písm. e) obecně závazné vyhlášky statutárního města Brna č. 20/2001, kterou se vydává Statut města Brna.

Podíváme-li se na praxi orgánů veřejné správy např. do Brna, lze říci, že v případě shromáždění, které je oznámeno Magistrátu města Brna (dále též „Magistrát“)²¹, neboť přesahuje územní hranice městské části a není Magistrátem zakázáno, je nutné svolat informační schůzku za účasti svolavatelů shromáždění, úředníků Magistrátu, strážníků a policistů Městské policie Brno a Policie ČR, zástupců Brněnských komunikací, a. s., a úředníků úřadů městských částí, přes jejichž územní obvod shromáždění prochází. Na takové schůzce byl dle vyjádření Magistrátu města Brna²² dohodnut společný postup všech zúčastněných při konání, průběhu a ukončení konaného shromáždění, např. výměna telefonických kontaktů pro případ okamžitého řešení problémových situací, upřesnění trasy průvodu, doporučení reflexního označení pořadatelů apod. V jiných městech jako např. Hradec Králové se za tímto účelem vytvářela zvláštní pracovní skupina složená ze zástupců samosprávy (primátora), státní správy (právní oddělení Magistrátu, správní odbor), městské policie a Policie ČR, jež vyhodnocovala rizika, rozdělila úkoly mezi jednotlivé složky a na místě pak monitorovala průběh setkání a rozbor situace.²³ Úřad může shromáždění zakázat za situace, když by oznámené shromáždění směřovalo k popírání nebo omezování osobních, politických nebo jiných práv občanů pro jejich národnost, pohlaví, rasu, původ, politické nebo jiné smýšlení, náboženské vyznání a sociální postavení nebo k rozněcování nenávisti a nesnášenlivosti z těchto důvodů, dále pokud by na něm došlo k násilí nebo hrubé neslušnosti a porušování Ústavy a zákonů, koná-li se shromáždění na místě, kde by účastníkům hrozilo závažné nebezpečí pro jejich zdraví a na stejném místě a ve stejnou dobu by se mělo podle dříve doručeného oznámení konat jiné shromáždění a mezi svolavatelem a účastníky nedošlo k dohodě o úpravě doby jeho konání.²⁴

Velkým vývojem zde však v uvedeném období prošla strategie extremistů. Zatímco na přelomu století docházelo o ohlašování akcí, přičemž ohlašovatelem byl kontroverzní jedinec známý svou extremistickou či radikální rétorikou, což úředníkům pomohlo při dalším postupu, došlo v analyzovaném období k posunu směrem k ohlašování akcí jednotlivci a nikoli politických uskupení registrovaných u Ministerstva vnitra ČR, přičemž názvy shromáždění jsou vybírány dle jednotného klíče – jde zejména o pochody na ochranu jednotlivých, ústavně zaručených, práv, tj. pochod za svobodu slova, pochod proti pozitivní diskriminaci atd. takový postup byl pro extremisty poměrně jednoduchý, neboť právní úprava sice stanovuje povinnost oznámit shromáždění²⁵, avšak na svolavatele neklade nijak složité

²¹ Obecní úřady dle zákona o právu shromážděvacím rozhodují o shromážděních konajících se v jeho územním obvodu, pověřený obecní úřad, pokud místo konání shromáždění přesahuje územní obvod obecního úřadu, Krajský úřad, pokud místo konání shromáždění přesahuje správní obvod pověřeného obecního úřadu a Ministerstvo vnitra ČR v případě, když místo konání shromáždění přesahuje hranice kraje.

²² Vyjádření vedoucí Odboru vnitřních věcí Magistrátu města Brna JUDr. E. Balaščíkové ze dne 3. 3. 2009, č. j. MMB/0074354/2009, nepublikováno.

²³ Mareš, M. (2008): *Extremistická shromáždění*. INSIDE, č. 1, 4 strany.

²⁴ Zákon č. 84/1990 Sb., o právu shromážděvacím.

²⁵ Shromáždění musí být oznamována úřadu s výjimkou shromáždění pořádaných právníky osobami přístupnými jen jejich členům či pracovníkům a jmenovitě pozvaným hostům, shromáždění pořádaných církvemi nebo náboženskými společnostmi v kostele nebo v jiné modlitebně, procesí, poutí a jiných průvodů a shromáždění sloužících k projevům náboženského vyznání, dále shromáždění konaných v obydlích občanů a shromáždění jmenovitě pozvaných osob v uzavřených prostorách.

podmínky. Svolavatelem musí být fyzická osoba starší 18 let nebo právnická osoba se sídlem na území České republiky, popř. skupina osob a je povinen shromáždění písemně oznámit úřadu tak, aby úřad oznámení obdržel alespoň 5 dnů předem. Úřad může v odůvodněných případech přijmout oznámení i v kratší lhůtě. Za právnickou osobu předloží oznámení ten, kdo je v této věci zmocněn jednat jejím jménem. Oznámení může být předloženo též osobně v pracovní den v době mezi osmou a patnáctou hodinou. Úřad vytvoří podmínky, aby oznámení mohla být řádně přijímána. Úřad nepřihlédne k oznámení, které svolavatel podá dříve než 6 měsíců přede dnem konání shromáždění. V oznámení musí svolavatel uvést účel shromáždění, den a místo jeho konání a dobu zahájení; jde-li o shromáždění na veřejném prostranství, též předpokládanou dobu jeho ukončení. Přestože zákon o právu shromažďovacím jednoznačně hovoří o zákazu shromáždění, jehož „oznámený účel“ směřuje k výzvám odporující zákonu (§ 10 odst. 1 až 3 zákona o právu shromažďovacím), dovodila judikatura (např. v rozsudku ze dne 5. 11. 2007, č. j. 8 As 51/2007-67 se k této problematice vyjádřil formou tzv. obiter dictum Nejvyšší správní soud), že „v této souvislosti není udržitelný názor, podle nějž musí správní orgán vycházet pouze z oznámeného účelu shromáždění. Zkušenost ukazuje, že subjekty, jejichž cíle jsou v rozporu se základními principy demokracie, neodhalují tyto cíle dříve než při jejich realizaci. Formálně oznámený účel shromáždění pak jistě může skrývat cíle a záměry, které se liší od těch proklamovaných (obdobně srov. rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva ze dne 13. 4. 2006 ve věci žádosti č. 45963/99, Tsonev v. Bulharsko). Chce-li ovšem správní orgán zakázat shromáždění proto, že podle jeho názoru svolavatel zastírá oznámeným nezávadným účelem skutečný závadný účel shromáždění, musí takový závěr prokázat a nese v tomto směru důkazní břemeno (obdobně srov. rozhodnutí německého Spolkového ústavního soudu ze dne 24. 3. 2001, 1 BvQ 13/01).“ Podle Nejvyššího správního soudu je ze strany orgánu veřejné správy nutno vždy v souladu s již zmíněnou zásadou proporcionality přistoupit k hodnocení toho, zda je třeba přistoupit k zákazu shromáždění bez dalšího, nebo zda lze věc řešit např. změnou data či místa shromáždění. Má-li správní orgán pochybnosti o oznámeném účelu shromáždění, aniž by byl schopen prokázat důvodnost těchto pochybností, nezbude mu než je zohlednit pouze v připravenosti rozpustit shromáždění, odchýlí-li se od formálně deklarovaného účelu dle § 12 odst. 5 zákona o právu shromažďovacím. Rozhodující pro zakázání shromáždění je tedy dle uvedeného závěru nikoli jeho oznámený účel, nýbrž zda skutečný účel je závadný či nikoli, což je naprosto zásadní pro důkazní situaci, zvláště, je-li úřad povinen tento skutečný závadný účel prokázat. Např. brněnským úředníkům tak při ohlášení akce, o jejíž zakázání bylo nutné rozhodnout bezodkladně, resp. nejpozději do 3 dnů od okamžiku doručení platného oznámení, nebylo v této krátké lhůtě vždy zřejmé, že půjde o akci, jejíž skutečný účel směřoval k rozněcování nenávisti a nesnášenlivosti občanů pro jejich národnost, původ nebo náboženské vyznání nebo že dojde k cíleným útokům proti majetku a vybraným skupinám obyvatel, popř. narušení veřejného pořádku, a proto nekonzultoval takové oznámení s Policií ČR, znalci či odborníky z praxe. Brněnští úředníci během této zákonem stanovené lhůty mnohokrát ani nerozpoznali závadnost oznámeného shromáždění a i v případě, že tuto závadnost dovodili, nepodařilo se jim během uvedené lhůty opatřit si relevantní důkazy pro zákaz takového závadného shromáždění. Dalším problémem je absence proškolených a v oblasti extremismu a extremistických aktérů vzdělaných úředníků, takže jsou nadměrně protěžovány i osoby znalců v situacích a na místech²⁶, kdy se tyto osoby dílem vystavují nadměrnému nebezpečí ze strany extremistů, dílem pak suplují rozhodovací činnost

²⁶ Osoba soudního znalce byla často přivolána na místo shromáždění, kde jeho s jistou mírou zevšeobecnění a kritiky doslova suplovala činnost příslušných úřadů.

příslušných orgánů, neboť brněnští úředníci na konkrétních akcích po znalci nepožadovali jen posouzení vzniklé situace, nýbrž i návrh rozhodnutí, zda shromáždění na místě rozpustit či nikoli, což ovšem znalci nepřísluší.

Co se týká spolupráce brněnských úřadů s Policií ČR, ta podporuje jejich práci s extremistickými shromážděními prostřednictvím takových opatření jako konsekventní výměna poznatků v souvislosti s na brněnských úřadech oznámenými shromážděními extremistů, vytěžení expertů na extremismus, nasazení policistů „v civilu“ na extremistických shromážděních²⁷, nasazení policistů v antikonfliktních týmech na shromážděních, při nichž mají sloužit jako mediátoři, důsledné zamezování páčání trestných činů a přestupků atd.

Mezi nejvýznamnější aktéry realizující politiku proti extremismu v Brně řadíme policejní orgány. Tyto působí prostřednictvím takových opatření, jako nasazení odborně zdatných lidských zdrojů v monitorovací, zásahové a vyšetřovací činnosti, dále v oblasti zajišťování důkazů a dokumentace, analýzy a interpretace internetové činnosti extremistů, využívání všech dostupných registrů (registr obyvatel, nezaměstnaných, registry správy sociálního zabezpečení atd.) k zamezení spáchání trestných činů extremisty, využívání internetu k upozornění obyvatel o opatřeních týkajících extremistických akcí v Brně, čímž dochází k plnění prevenční povinnosti k zamezení škod na majetku a zdraví obyvatel, jakož i v oblasti tvorby doporučených postupů chování a zásahu příslušníků Policie ČR při extremistických shromážděních, nasazování agentů do extremistických organizací atd. Není-li na shromáždění extremistů přítomen pověřený pracovník úřadu, má Policie ČR právo toto shromáždění zakázat.

Pro činnost extremistů je podstatný závěr, že jejich strategie, taktiky a metody prosazování nejsou vždy jednoznačně hodnotitelné a jejich právní posouzení jako protiprávní činnosti je mnohdy sporné, což se týká i shromáždění extremistických subjektů. Veliké problémy činí zejména hodnocení jednání neregistrovaných jednotlivců, které nelze přisuzovat politické straně, na jejíž meetinzích se tyto sympatizanti pravidelně účastní a na nichž dochází k otevřeným projevům fyzického násilí vůči menšinám, ale i veřejným činitelům, popř. vůči opozičním extremistickým uskupením. Evropský soud pro lidská práva s odkazem na čl. 17 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních hodnot však odepřel ochranu práv garantovaných jinými články Úmluvy (srov. rozhodnutí ze dne 16. 11. 2004 ve věci žádosti č. 23131/03, M. A. Norwood v. Spojené království, a ze dne 12. 5. 1988, ve věci žádosti č. 12194/86, M. Kühnen v. Spolková republika Německo). V případě shromažďovacího práva totiž nelze odůvodnit zákaz shromáždění pouze odkazem na osobu svolavatele či osobu oprávněnou za svolavatele jednat. I kdyby se jednalo o osoby přináležející k extremistickým skupinám, či projevující extremistické názory, nelze a priori vyloučit, že hodlají svého práva využít v zákonných mezích (obdobně srov. např. rozhodnutí německého Spolkového ústavního soudu ze dne 18. 8. 2000, 1 BvQ 23/00). Na druhé straně je nutné uvést, že přidají-li se k popsáním charakteristikám daných osob další skutečnosti, jako např. datum (den blízký výročí tzv. Křišťálové noci) a místo konání shromáždění (blízkost synagog), může být již důvod pro zákaz shromáždění dán (obdobně srov. např. rozhodnutí německého Správního soudu Köln ze dne 9. 11. 2005, 20 L 1794/05). Takový závěr může být

²⁷ Zde je nutno upozornit na fakt, že extrémisté si tyto příslušníky kriminální policie a vyšetřování fotografují a jejich fotky umísťují na své internetové stránky, aby ostatní upozornili na jejich tváře a aby byla ztížena infiltrace těchto policistů do skupin zúčastněných extremistů.

zdůrazněn i dalšími okolnostmi např. tím, že předpokládaný den shromáždění připadne na sobotu, která je z hlediska židovského náboženství svátkem, a kdy se věřící shromažďují v synagogách.

Zásadní tedy zůstává nutnost hodnocení každého shromáždění individuálně a klást velký důraz na znalosti pověřených pracovníků orgánů veřejné správy ohledně extremistické problematiky. Pak je možné se vyhnout situacím, kdy doslova bezradný úřad zakazuje shromáždění subjektů, o nichž hovoří jako o „extremistech“, z důvodu uvedeného v § 10 odst. 2 písm. a) a 3 zákona o právu shromažďovacím, tj. že se shromáždění koná na místě, kde by účastníkům hrozilo závažné nebezpečí pro jejich zdraví, či tam, kde by bylo nutné omezení dopravy a zásobování bylo v závažném rozporu se zájmem obyvatelstva, lze-li bez nepřiměřených obtíží konat shromáždění jinde, aniž by se tím zmařil oznámený účel shromáždění, k čemuž přistoupil kvůli chybějícím důkazům ohledně prokázání závadnosti skutečného účelu extremistického shromáždění uvedeného v ust. § 10 odst. 1.

O tom, že tato problematika je mnohem širší než autorem práce předložený text, je nesporné. Pokusil jsem se naznačit jen základní problémy spojené se zákazem extremistických shromáždění. Stranou jsem ponechal další zajímavé aspekty spojené s aplikací norem o právu shromažďovacím ze strany orgánů veřejné správy jako např. aspekt trestněprávní. Zástupci měst a obcí totiž dlouhodobě žádají ústřední orgány státní správy o odbornou pomoc. Požadují jakýsi stručný návod, jak by měli postupovat, aby svolavatel shromáždění extremistů v případě jejího zákazu s následným opravným prostředkem dle § 11 odst. 3 zákona o právu shromažďovacím u soudu neuspěl. Podle názorů úředníků se vystavují i hrozbě trestního stíhání za zneužití pravomoci veřejného činitele, pokud své rozhodnutí dostatečně nezduvodní, protože pořadatelé na ně podávají trestní oznámení. O obavě trestněprávní odpovědnosti těchto úředníků snad někdy přistě.

Literature:

Literatura

- Balík, S. (2008): Česká komunální politika v obcích s rozšířenou působností; koalice, voličské vzorce a politické strany na místní úrovni v letech 1994 – 2006. Brno, CDK.
- Bartoň, M. (2002): Svoboda projevu a její meze v právu České republiky, Praha, Linde.
- Bednář, M. (2007): Radikalismus jako opak extremismu. In Radikalismus a jeho projevy v současném světě. Sborník z mezinárodní vědecké konference. Brno, TRIBUN EU.
- Černý, P. (2005): Politický extremismus a právo. Praha, Eurolex Bohemia.
- Danics, Š. (2003): Extremismus. Praha, Triton.
- Danics, Š., Kamín, T. (2005): Extremismus, rasismus a antisemitismus. Praha, Policejní akademie České republiky.
- Fiala, P. (1998): Český politický extremismus a radikalismus z hlediska politologie, in: Fiala, P. (1998): Politický extremismus a radikalismus v České republice. Brno, Masarykova univerzita.

- Fiala, P., Mareš, M.(1998): Česká veřejnost a extremismus politických stran. In Fiala, P. (ed.): Politický extremismus a radikalismus v české republice. Brno, Masarykova univerzita.
- Filip, J.: (2003): Ústavní právo České republiky 1. Základní pojmy a instituty. Ústavní základy ČR. Brno, Masarykova univerzita a Doplněk.
- Hendrych, D. (2003): Správní právo. Obecná část. 5., rozšířené vydání. Praha, C.H. BECK.
- Chander, J., A. (1998): Místní správa v liberálních demokraciích. Brno, Doplněk.
- Chmelík, J. (2001): Extremismus a jeho právní a sociologické aspekty. Praha, Linde.
- Mareš, M. (2008): Extremistická shromáždění. INSIDE, č. 1.
- Mareš, M., Strmiska, M. (2002): Menšiny v pojetí extremistických hnutí. In Sirovátko, T. (ed.): Menšiny a marginalizované skupiny. Brno, Masarykova univerzita a Nakladatelství Georgetown, pp. 161 -171.
- Mareš, M. (2003): Pravicový extremismus a radikalismus v ČR. Brno, Barrister & Principal.
- Mareš, M. (2004): Teorie extremismu. In Hloušek, V., Kopeček, L. (eds.): Demokracie. Teorie, modely, osobnosti, podmínky, nepřátelé a perspektivy demokracie. Brno, Masarykova univerzita, pp. 297 - 326.
- Marešová, A. a kol. (1999): Kriminologické a právní aspekty extremismu. Praha, Institut pro kriminologii a sociální prevenci.
- Mazel, M. (1998): Oponenti systému in Fiala, Petr (ed.): Politický extremismus a radikalismus v české republice. Brno, Masarykova univerzita, pp. 117 - 277.
- Šámal, P., Púry, F., Rizman S. (2004): Trestní zákon, komentář, díl II. Praha, C. H. BECK.
- Právní předpisy
- Zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky.
- Usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb. o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky.
- Zákon č. 110/1998 Sb., o bezpečnosti České republiky.
- Zákon č. 140/1961 Sb., Trestní zákon.
- Zákon č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád).

- Zákon č. 424/1991, o sdružování v politických stranách a politických hnutích.
- Zákon č. 257/2000 Sb., o Probační a mediační službě.
- Zákony č. 283/1991 Sb. (zrušen k 1. 1. 2009) a č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky.
- Zákon č. 349/1999 Sb., o veřejném ochránci práv.
- Zákon č. 83/1990 Sb., o sdružování občanů.
- Zákon č. 84/1990 Sb., o právu shromažďovacím.

Internetové zdroje

- Bastl, M.: Recenze: Balík, S.; Kubát, M. (2004): Teorie a praxe totalitních a autoritativních režimů. Praha, Dokořán, s.r.o., on-line verze dostupná z <http://www.cepsr.cz/clanek.php?ID=230>.
- Extremismus. Materiál Ministerstva vnitra ČR, on-line verze dostupná z <http://www.mvcr.cz/bezpecnost/extremismus.html>.
- Extremismus - o účasti Ministerstva vnitra na vytváření a uskutečňování bezpečnostní a preventivní politiky státu, on-line verze dostupná z <http://aplikace.mvcr.cz/archiv2008/bezpecnost/extremismus.html>.
- Jsme násilným hnutím? Internetové stránky Národního odporu, on-line verze dostupná z <http://www.odpor.org/?page=clanky&kat=&clanek=579>.
- Lidé neonacistům tleskali. A bude hůř, soudí odborník na extremismus. Článek na portálu iDNES ze dne 18. 11. 2008, on-line verze dostupná z http://zpravy.idnes.cz/lide-neonacistum-tleskali-a-bude-hur-soudi-odbornik-na-extremismus-1fp-domaci.aspx?c=A081117_213012_domaci_zra.
- Mareš, M., Znoj, M. (2005): Je pravicový extremismus nebezpečnější než levicový? On-line verze dostupná z <http://www.literarky.cz/?p=clanek&id=517>.
- Odbor bezpečnostní politiky, on-line verze dostupná z <http://www.mvcr.cz/clanek/odbor-bezpecnostni-politiky.aspx?q=Y2hudW09MQ%3d%3d>.
- Odbor terorismu a extremismu ÚOOZ SKPV, on-line verze dostupná z <http://www.policie.cz/clanek/odbor-terorismu-a-extremismu.aspx>.
- Premiéra Topolánka znepokojuje nárůst extremismu v České republice, on-line verze dostupná z <http://www.vlada.cz/cz/media-centrum/aktualne/premier-topolanek:-znepokojuje-me-narust-extremismu-v-ceske-republice-56246/>.

- Rozhovor s M. Marešem „O extremismu, terorismu a bezpečnostních studiích“, Global Politics, 23. 11. 2008, on-line verze dostupná z <<http://www.globalpolitics.cz/clanek/extremismus-terorismus-bezpecnostni-studia.html>>.
- Rozpracování problematiky extremismu v rámci Policie ČR, on-line verze dostupná z <<http://aplikace.mvcr.cz/archiv2008/extremis/2001/opatreni.html>>.
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu ČR ze dne 4. března 2009, č. j. Pst 1/2008-66, on-line verze dostupná z <<http://www.nssoud.cz/main.aspx?cls=anonymZneni&id=19052&mark=RMSbbG5pY2vDoSBzdHJhbmE%3d>>.
- Soud povolil ultrapravici pochodovat Ústím dva dny před narozeninami Hitlera, on-line verze dostupná z <<http://www.novinky.cz/domaci/166394-soud-povolil-ultrapravici-pochodovat-ustim-dva-dny-pred-narozeninami-hitlera.html>>.
- Zpráva o problematice extremismu na území ČR v roce 1999, on-line verze dostupná z <<http://aplikace.mvcr.cz/archiv2008/extremis/1999/index.html>>.
- Zpráva o problematice extremismu na území ČR v roce 2002, on-line verze dostupná z <<http://aplikace.mvcr.cz/archiv2008/extremis/2002/index.html>>.
- Informace o problematice extremismu na území ČR v roce 2003, on-line verze dostupná z <http://aplikace.mvcr.cz/bezp_si03/extrem03.doc>.
- Informace o problematice extremismu na území ČR v roce 2004, on-line verze dostupná z <<http://aplikace.mvcr.cz/archiv2008/dokument/2005/ext2004.pdf>>.
- Informace o problematice extremismu na území ČR v roce 2005, on-line verze dostupná z <<http://aplikace.mvcr.cz/archiv2008/dokument/2006/extrem05.pdf>>.
- Informace o problematice extremismu na území České republiky v roce 2006, on-line verze dostupná z <<http://aplikace.mvcr.cz/archiv2008/dokument/2007/extrem06.pdf>>.
- Informace o problematice extremismu na území České republiky v roce 2007, on-line verze dostupná z <<http://aplikace.mvcr.cz/archiv2008/dokument/2008/extrem07.pdf>>.

Reviewer:

Jan Chvatík

Contact – email:

josef.chyle@nsoud.cz

INFORMATION IN COMMERCIAL PRACTICES ACCORDING TO THE HUNGARIAN LAW

PÉTER JÁRMAI

University of Miskolc, Faculty of Law, Hungary

Abstract in original language:

Ebben a tanulmányban arra vállalkoztam, hogy a magyar jogban, a kereskedelmi gyakorlatot érintő szabályozásban meglévő tájékoztatási követelményeket tárjam fel és mutassam be, emellett rámutassak az esetleges hiányosságokra, vitatott kérdésekre, illetve felvillantsam a lehetséges új irányvonalakat. Kitértem a fogyasztókkal szembeni tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatokról, a gazdasági reklámtevékenységről, a kereskedelemről, a fogyasztóvédelemről, a versenyről szóló törvényekre és az ezekhez kapcsolódó egyéb tájékoztatási szabályokra, illetve az új közösségi jogi irányvonalakat is röviden bemutattam.

Key words in original language:

Kereskedelmi gyakorlatok, fogyasztó, fogyasztóvédelem.

Abstract:

In this contribution I would like to reveal and collect the main provisions on information concerning the commercial practices, and I want to highlight the lacks, the disputed fields and to point out the new challenges. I presented the main rules of the act on unfair commercial practices, business advertising, consumer protection, competition and the concerning other provisions on information, and the new challenges in the European law.

Key words:

Commercial practices; consumer; consumer protection.

1. BEVEZETÉS

Ebben a tanulmányban arra vállalkoztam, hogy a magyar jogban, a kereskedelmi gyakorlatot érintő szabályozásban meglévő tájékoztatási követelményeket tárjam fel és mutassam be, emellett rámutassak az esetleges hiányosságokra, vitatott kérdésekre, illetve felvillantsam a lehetséges új irányvonalakat.

Tanulmányomban az alábbi törvények szabályozását szeretném röviden bemutatni a tájékoztatási követelmények szempontjából:

- a fogyasztókkal szembeni tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat tilalmáról – fogyasztók felé irányuló általános tájékoztatási követelmények,
- reklámtörvény – vállalkozások közötti relációban felmerülő megtévesztő tájékoztatás, illetve általános hatályú reklámtilalmak és –korlátozások,
- kereskedelmi szabályozás – vásárlók felé irányuló tájékoztatás, főként a kereskedelmi tevékenység gyakorlásával kapcsolatosan,
- fogyasztóvédelmi törvény – fogyasztók felé irányuló speciális tájékoztatási követelmények,

- versenytörvény – üzlettárs megtévesztése keretében felmerülő tájékoztatás, amely nem minősül a reklámtörvény szerinti reklámnak.

2. TISZTESSÉGTELEN KERESKEDELMI GYAKORLATOK TILALMÁRÓL

A belső piacon az üzleti vállalkozások fogyasztókkal szemben folytatott tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatairól szóló 2005/29/EK irányelvet (a továbbiakban: 2005/29/EK irányelv) a fogyasztókkal szembeni tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat tilalmáról szóló 2008. évi XLVII. törvény (a továbbiakban: Fttv.) ültette át.

Az irányelv és a törvény célja a fogyasztók érdekeinek védelme, a tisztességes piaci magatartás előmozdítása, s hatékony jogi eszközök a tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatokkal szemben. A szabályozás főként a tájékoztatási követelményekre ír elő szabályozást.

A törvény az irányelvnek megfelelően maximum harmonizációt valósít meg az irányelv rendelkezéseivel.

A törvénnyel egyidejűleg 21 ágazati törvény is módosult, megteremtve ezzel az irányelvvel való teljes összhangot.

Az elfogadott új törvény fő elemei a következők:

- A törvény hatálya a Magyar Köztársaság területén a fogyasztókat érintő minden kereskedelmi gyakorlatra kiterjed, kivéve a szerződésekkel kapcsolatos polgári jogi igényeket, a szellemi alkotásokhoz fűződő jogokat, továbbá a nemesfém tárgyak tanúsítását és jelzését.
- A törvény elismeri és fontosnak tartja a szakmai önszabályozást, a magatartási kódexek kialakítását, betartását.
- A törvény rögzíti az irányelv előírásának megfelelően a fogyasztókkal szembeni tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat általános tilalmát, meghatározva a tisztességtelenség kritériumait. Kereskedelmi gyakorlat, a vállalkozásnak az áruk fogyasztók részére történő értékesítésével kapcsolatos magatartása, tevékenysége, mulasztása, reklámja. Tisztességtelen az a kereskedelmi gyakorlat, amelynek során nem az elvárható szakismerettel, gondossággal járnak el, amely rontja a fogyasztó lehetőségét a megfelelő és szakszerű tájékoztatáshoz, vagy amely megtévesztő.
- A tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat átfogó tilalmán belül önállóan is szabályozza a tisztességtelenség legjellemzőbb előfordulási eseteinek – a megtévesztő kereskedelmi gyakorlatnak és az agresszív kereskedelmi gyakorlatnak – a tilalmát.
- Végül a szabályozás harmadik szintjén egy ún. feketelistában kiemel bizonyos tényállásokat, amelyeket – súlyosságuknál vagy valamilyen sajátos oknál fogva – a körülmények további mérlegelése nélkül feltétlenül tisztességtelennek nyilvánít.

Fontos eleme a törvénynek, hogy a kereskedelmi gyakorlat megítélése során számít a fogyasztó magatartása is, vagyis a fogyasztónak ésszerűen tájékozottnak, s elvárhatóan körültekintőnek kell lennie. Ugyanakkor a kereskedelmi gyakorlat megvalósítója nem használhatja ki a fogyasztók egyes csoportjainak a kiszolgáltatottságát (pl. betegek, gyermekek, idősek, stb.)

A megtévesztő kereskedelmi gyakorlatról külön rendelkezik a törvény, amely szerint megtévesztésnek minősül többek között a valótlan vagy más módon megtévesztő fogyasztói információ, tájékoztatás, amely az áru lényeges jellemzőire, származására, eredetére, előállítására, beszerezhetőségére, alkalmasságára, veszélyességére, környezeti és egészségügyi hatásaira, árára, az áruhoz kapcsolódó szolgáltatásra, panaszkezelésre vonatkozik.

Agresszív az a kereskedelmi gyakorlat, amely pszichés, vagy fizikai nyomással korlátozza a fogyasztó szabadságát, vagy vásárlásra kényszeríti, illetve jogellenes cselekménnyel fenyegeti.

A tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat tilalmának megsértéséért az a vállalkozás felel, amelynek a kereskedelmi gyakorlattal érintett áru értékesítése, eladásának ösztönzése (reklám) érdekében áll. E vállalkozásnak ez a felelőssége akkor is fennáll, ha szerződés alapján a kereskedelmi gyakorlatot más személy valósítja meg. A törvény szankcionálja a törvényben foglaltak megsértését. A törvény előírásainak megsértőivel szemben alapvetően a fogyasztóvédelmi hatóság jár el, két kivétellel.

- A Pénzügyi Szervezetek Állami Felügyelete (PSZÁF) jár el akkor, ha a kereskedelmi gyakorlat megvalósítója pénzügyi jellegű tevékenység, s tevékenységét egyébként az erre vonatkozó törvény alapján a PSZÁF felügyeli.

- A Gazdasági Versenyhivatal (GVH) jár el, ha kereskedelmi gyakorlat a verseny érdemi befolyásolására alkalmas, kivéve, ha a tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat kizárólag a terméken, annak csomagolásán, vagy címkéjén jelenik meg.

A verseny érintettségét a kiterjedtségre, a jogsértéssel érintett áru mennyiségére, a vállalkozás árbevételére tekintettel kell megállapítani.

Minden egyéb feltétel nélkül is fennáll a verseny érintettsége, ha a kereskedelmi gyakorlat országos műsorszolgáltatón, országos terjesztésű lapban valósul meg, továbbá ha a direkt marketing tevékenység, vagy eladási helyi eladásösztönző gyakorlat legalább három megye fogyasztói felé irányul, vagy ott megszervezésre kerül.

A törvény kötelezi a hatóságokat az együttműködésre, ugyanakkor a hatóságok a rájuk vonatkozó jogszabályok alapján folytatják le eljárásaikat, s szabják ki a megfelelő bírságot, alkalmaznak szankciókat.

3. REKLÁMSZABÁLYOZÁS

2008. szeptember 1-jétől új reklámtörvény váltotta fel a korábbi, 1997. évi LVIII. törvényt.

Az új törvény megalkotását indokolta egyrészt az, hogy a fogyasztókkal kapcsolatos megtévesztő reklám szabályozása a 2005/29/EK irányelvnek megfelelően a fogyasztókkal szembeni tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat tilalmáról szóló törvényben (Fttv.) kerülnek szabályozásra, illetve a 2006/114/EK irányelv rendelkezései is átültetésre kerültek a törvényben, másrészt a tíz éve hatályban lévő törvény jogalkalmazási tapasztalatait is figyelembe kellett venni az egyes szabályozási elemek kialakításánál.

Az Fttv. Megalkotásra tekintettel elhagyásra kerültek a reklámtörvényből azokra a tájékoztatói követelményekre vonatkozó szabályok, amelyek a tisztességtelen kereskedelmi

gyakorlatok fogalma alá besorolhatóak. A megtévesztő reklám is csak a vállalkozások vállalkozások közötti relációban maradt benne a reklámtörvényben tekintettel arra, hogy a fogyasztók felé irányuló megtévesztő reklámok az Fttv. fogalomrendszerében megtévesztő kereskedelmi gyakorlatoknak minősülnek. A reklámtörvényben ugyanakkor belekerült a törvénybe a direkt marketing általános szabályozása, illetve a törvény továbbra is szabályozza az egyes reklámtilalmakat és -korlátozásokat.

Az új reklámtörvény fő elemei a következők, különösen a tájékoztatásra vonatkozó követelmények szempontjából:

- A törvény meghatározza a reklám közzétételének feltételeit, amelynek lényege, hogy meg kell adni a közzétevő cégnevét, adószámát, címét, továbbá nyilatkozni kell arról, hogy a reklámban szereplő termékre az előírt megfelelő vizsgálatokat elvégezték-e. Amennyiben ez nem történt meg, a reklám nem tehető közzé. Az adatokról és a nyilatkozatokról a reklámszolgáltatónak nyilvántartást kell vezetni, s azt öt évig meg kell őrizni.

- Szabályozza a direkt marketing tevékenységgel kapcsolatos reklámot, amelynek lényege, hogy csak a reklám címzettjének előzetes hozzájárulásával lehet közvetlenül megkeresni a címzettet, elektronikus levelezés, vagy egyéni kommunikációs eszköz esetében. A hozzájáruló nyilatkozat bármikor indokolás nélkül visszavonható. A hozzájáruló nyilatkozatokról a reklám szolgáltatónak illetve közzétevőnek nyilvántartást kell vezetnie, s harmadik személynek csak a nyilatkozatot tevő előzetes hozzájárulásával adhatja ki az adatokat.

- Postai küldeményekhez nem szükséges az előzetes hozzájárulás, ugyanakkor a reklám címzettje bármikor ingyenesen és korlátozás nélkül megtilthatja, hogy a továbbiakban ilyen küldeményeket kapjon. Erről a lehetőségről, s annak módjáról, helyéről a reklám címzettjét tájékoztatni kell.

- A törvény reklámtilalmakat és -korlátozásokat is meghatároz.

A reklámtilalmak a következők. Tilos:

- az erőszakra, közbiztonság veszélyeztetésére
- a környezetet és a természetet károsító magatartásra ösztönző reklám,
- a gyermek- és fiatalkorúak fizikai, szellemi, érzelmi, vagy erkölcsi fejlődését károsító reklám,
- a gyermek- és fiatalkorút veszélyes, erőszakos, vagy szexualitást hangsúlyozó reklámban bemutatni,
- óvodában, általános iskolában, általános iskolai kollégiumban a reklámtevékenység, kivéve, ha az egészséggel, környezetvédelemmel, kultúrával, vagy oktatással kapcsolatos,
- tilos a szeméremsértő pornográf reklám, valamint a szexuális szolgáltatás és a szexuális ingerkeltésre alkalmas eszközök reklámja,
- olyan áru reklámja, amelynek forgalmazása jogszabályba ütközik,

- a tudatosan nem észlelhető reklám, valamint
- a megtévesztő reklám, továbbá
- a veszélyes eb, állatviadal,
- az emberi szerv és szövet felhasználásnak,
- a terhesség-megszakítás, az ezt végző intézmény, valamint az arra alkalmas eszköz és eljárás reklámja, továbbá
- a gyermek- és fiatalkorúak szerencsejátékban való részvételére felszólító reklám.

A reklámkorlátozások a következők:

- Az összehasonlító reklám nem sértheti más vállalkozás áruját, árujelzőjét, vagy jó hírnevét, és nem vezethet ebből adódó előnyszerzéshez, megtévesztéshez, továbbá csak azonos rendeltetésű árut hasonlíthat össze, tárgyilagosságnak kell lennie, mind a jellemzők, mind az árak tekintetében.
- Tilos a fegyver, lőszer, robbanóanyag és közbiztonságra veszélyes termékek reklámja, kivéve a szakmai célú, a szaküzletben elhelyezett reklámokat.
- Tilos az alkoholtartalmú ital olyan reklámja, amely gyermek- és fiatalkorúaknak szól, vagy ilyen korosztályt mutat be, az alkoholfogyasztás mértéktelenségére ösztönöz, az alkoholfogyasztást fizikai teljesítménnyel, vagy a járművezetéssel kapcsolja össze, az alkohol pozitív tulajdonságait hangsúlyozza. Tilos továbbá az alkoholtartalmú ital reklámja sajtótermék első borítójának külső oldalán, színházban, moziban 20 óra, vagy gyermek- és fiatalkorúak számára készült műsorszámok előtt, játékon, továbbá közoktatási és egészségügyi intézményben, illetve ezek kétszáz méteres távolságán belül.
- Tilos a dohánytermékek közvetlen és közvetett reklámja, kivéve a szakmai célú reklámot, az olyan sajtóterméket, amelyet nem az EGT államok területén nyomtattak és nem arra szánták, hogy az EGT területén hozzák forgalomba, továbbá az üzletben elkülönített helyen lévő reklámra, amely azonban csak a dohányáru megnevezését és árát tartalmazhatja, s nem haladhatja meg üzletenként az A/1 méretet. Ennek is tartalmaznia kell azonban a felület 30 %-ában az egészségügyi figyelmeztetéseket. Az üzletben elhelyezett reklám sem szólhat fiatalkorúaknak és gyermekeknek, nem hívhat fel túlzott dohányfogyasztásra, nem ábrázolhat dohányzó személyt, kép-vagy szaghatást.
- Külön szabályozza a törvény a dohánytermékekre vonatkozó szponzorálását, amely szerint nem nyújtható szponzorálás olyan rendezvényhez, amely az EGT több államát érinti, határokon átnyúló hatással rendelkezik, sport, kulturális vagy egészségügyi rendezvényhez, valamint politikai pártok rendezvényeihez.
- Tilos a temetkezési szolgáltatás reklámja egészségügyi intézmény területén, épületének és kerítésének falán, kivéve az információs irodában elhelyezett, kizárólag a szolgáltató elérhetőségét tartalmazó tájékoztatót, valamint a temető területén, az erre a célra kijelölt hely kivételével.

A törvényben foglaltak megsértéséért a reklámozó, a reklámszolgáltató és a reklám közzetevője is felelős. A reklám közzetevője azonban mentesül a felelősség alól, ha eleget tesz az elektronikus kereskedelmi szolgáltatások, valamint az információs társadalommal összefüggő szolgáltatások egyes kérdéseiről szóló törvény (Ektv) feltételeinek, továbbá ha a reklám tartalmát nem ismerte, vagy nem ismerhette, valamint a címzetlen küldemények esetében.

A gazdasági reklámtevékenységre, valamint a szponzorálásra vonatkozó rendelkezések megsértése esetén általában a fogyasztóvédelmi hatóság jár el, s a fogyasztóvédelemről szóló törvényben meghatározott bírságot szabhatja ki. Kivétel ez alól:

- a vállalkozók közötti relációban a megtévesztő reklámra, illetve a bíróság hatáskörébe nem tartozó összehasonlító reklámra, valamint az e rendelkezésekbe ütköző magatartásra ösztönző magatartási kódexre vonatkozó rendelkezések megsértése esetén a Gazdasági Versenyhivatal jár el, a versenyfelügyeleti eljárás szabályai szerint,
- a személyhez fűződő és a szerzői joghoz kapcsolódó jogsértést megvalósító összehasonlító reklámra és az ezzel összefüggő magatartási kódexre vonatkozó jogsértés esetén a bíróság jár el, továbbá
- a direkt marketing szabályozásra vonatkozó rendelkezések, valamint az elektronikus hírközlés útján megvalósuló reklám megsértése esetén a Nemzeti Hírközlési Hatóság jár el, az elektronikus hírközlési törvény rendelkezései szerint.

A fentiekén túl fontos megemlíteni a tájékoztatással kapcsolatos alkotmánybíróági döntést, amelyben a dohányreklámozással kapcsolatosan az Alkotmánybíróság megvizsgálta a tájékoztatáshoz való jog és az egyéb alkotmányos szempontok érvényesülését és ezen jogokat, érdekeket ütköztette

Az Alkotmánybíróság a 37/2000. (X. 31.) AB határozatában megvizsgálta az Alkotmányban rögzített egészséges környezethez való jog, valamint a lehető legmagasabb szintű testi és lelki egészséghez való jog és a véleménynyilvánítás, továbbá a vállalkozás szabadságának összefüggéseit a dohányárúk reklámjának teljes tilalmával összefüggésben.

Az Alkotmánybíróság a vizsgálata alapján megállapította, hogy „az állam a dohányárúk reklámjának szabályozásakor eleget tett az Alkotmány 54. § (1) bekezdéséből és 70/D. § (1) bekezdéséből következő intézményes élet- és egészségvédelmi köteletségének, és teljesítette az Alkotmány 67. § (1) bekezdésén alapuló kötelezettségét a gyermekek megfelelő testi és szellemi fejlődésének védelmére. Ebből következik, hogy az Alkotmányból nem vezethető le a dohányárúk reklámjának teljes tilalma. Mindez nem zárja ki azt, hogy a jogalkotó további korlátozásokat fogalmazzon meg, amennyiben azokra szükség van az állampolgárok megfelelő tájékoztatása, továbbá életének, egészségének védelme érdekében. Ugyanakkor az Alkotmánybíróság hangsúlyozza, hogy a dohánytermékek reklámját érintő tilalmak és korlátozások akkor felelnek meg az Alkotmány 61. §-a által támasztott követelményeknek, ha azokat az állampolgárok életének, egészségének védelme, illetve a gyermekek megfelelő testi és szellemi fejlődésének védelme kellően indokolja.”

Tehát az Alkotmánybíróság szerint a dohányreklám esetében nem következik az az Alkotmány rendelkezéseiből, hogy a dohányreklámot teljes mértékben tilalmazni kell. Persze

a tájékoztatási jog korlátozható a vonatkozó alkotmányos elvek alapján vagy olyan tájékoztatás is előírható, amely elősegíti az élethez, egészséghez való jog fokozottabb érvényesülését.

4. KERESKEDELMI SZABÁLYOZÁS

A kereskedelmi szabályozásban megjelenő tájékoztatási kötelezettségek a 2005/29/EK irányelv átültetését követően jelentősen lecsökkentek, miután egyrészt a kereskedelmi gyakorlatokkal kapcsolatos általános tájékoztatási követelményeket a fentiek szerint a 2005/29/EK irányelvet átültető Fttv. tartalmazza, másrészt a fogyasztóvédelemről szóló 1997. évi CLV. törvényben kerültek meghatározásra a fogyasztókat érintő panaszkezelés szabályai, amely panaszok az áru fogyasztók részére történő forgalmazásával, illetve értékesítésével közvetlen kapcsolatban álló magatartására, tevékenységére vagy mulasztására vonatkozhatnak.

A kereskedelmi szabályozásban így csak azok a tájékoztatási szabályok maradtak meg, amelyek nem a fogyasztó felé irányulnak, vagy olyan előírásokat mondanak ki, amelyek a kereskedelemmel kapcsolatos, indokolt tájékoztatási kötelezettségeket tartalmaznak, és amelyeknek csak közvetetten van fogyasztóvédelmi vetülete.

Ilyen például a kereskedelemről szóló 2005. évi CLV. törvényben (Kertv.) az üzlet nélkül folytatott kereskedelmi tevékenység, amikor a kereskedő köteles tájékoztatni a vásárlót a székhelyéről, a panaszügyintézés helyéről, illetve az adott tevékenység, kereskedelmi forma vagy módszer sajátosságaihoz igazodó módjáról. Emellett a kereskedelmi és fizető-vendéglátó szálláshely osztályáról, illetve a falusi szálláshely minősítéséről is tájékoztatni kell a vendégeket.

Ezekben a szabályokban a Kertv. tudatosan nem említ fogyasztót, miután ezek a szabályok nem csak az Fgytv. szerinti fogyasztóra terjednek ki, illetve a tájékoztatás szükségessége nem a tájékoztatott fogyasztói minőségéhez kapcsolódik.

A Kertv. a kereskedelmi szabályozás keretében előírja, hogy az üzletek nyitvatartási idejéről és az abban bekövetkező változásokról a vásárlókat tájékoztatnia kell a kereskedőnek.

A Kertv. ugyanakkor előírja, hogy ezen tájékoztatási kötelezettségek megsértése esetén a fogyasztóvédelmi hatóság jár el az Fgytv. alapján, és ezek a rendelkezések fogyasztóvédelmi rendelkezések. Ennek kimondására azért van szükség, mert az Fgytv. rögzíti, hogy a fogyasztóvédelmi hatóság ellenőrzi a külön jogszabályban megjelölt fogyasztóvédelmi rendelkezések betartását.

A Kertv. végrehajtási jogszabálya alapján a kereskedő többek között arról kell tájékoztatást adjon az üzlet megszüntetése esetén, a megszüntetést megelőző legalább egy hónappal korábban az üzlet tervezett megszüntetésének időpontjáról. A csomagküldő kereskedő a rendelet előírásai szerint köteles tájékoztatni a termékhez, amelyen a legfontosabb adatait, így pl. cégnevét, székhelyét, adószámát, az üzlet címét stb. kell feltüntetnie.

A fogyasztónak nem minősülő vásárlónak a vásárlók könyvébe bejegyzett panaszát a kereskedő harminc napon belül köteles megvizsgálni és írásban megválaszolni. A válaszban tájékoztatni kell a vásárlót arról, hogy amennyiben nem ért egyet az abban foglaltakkal,

panaszával mely hatósághoz fordulhat. Meg kell adni az üzlet helye, illetve a kereskedő székhelye szerint illetékes hatóság címét és telefonszámát.

A fenti tájékoztatásokon túlmenően az üzletben a vásárlót jól láthatóan és olvashatóan tájékoztatni kell arról, hogy panaszával mely hatósághoz fordulhat. A kereskedőnek ugyanazokat az adatokat kell megadnia a tájékoztatás során, mint a vásárlók könyvébe írt panaszok esetében.

A tájékoztatási kötelezettségek megtartását szintén a fogyasztóvédelmi hatóság ellenőrzi.

5. FOGYASZTÓVÉDELMI SZABÁLYOZÁS

A fogyasztóvédelemről szóló 1997. évi CLV. törvény (a továbbiakban: Fgytv.) tájékoztatási szabályai többféle jellegűek, és több cél elérését szolgálják.

A tájékoztatási szabályok egyik része a fogyasztóknak szánt termékek biztonságosságára vonatkozó szabályokat tartalmazzák, míg másik részük a fogyasztók vásárlásának megkönnyítését segítik elő azzal, hogy a legfontosabb jellemzők, így főként az ár feltüntetésének kötelezettségét rögzítik. A biztonságosságra vonatkozó rendelkezések azáltal is különböznek a többitől, hogy ebben az esetben a tájékoztatási kötelezettség főként a hatóságok felé áll fenn.

A termék biztonságosságára vonatkozó tájékoztatási szabályok az alábbiak:

- Az adott terméket forgalmazó kereskedő köteles a termék által jelentett veszélyekre vonatkozó tájékoztatás továbbadására a hatóságoknak és a gyártónak, valamint a termék származási helyének megállapításához és forgalmazásának nyomon követéséhez szükséges dokumentáció megőrzésére és rendelkezésre bocsátására.

- Amennyiben az adott gyártó vagy forgalmazó tudja, hogy az adott termék nem felel meg az Fgytv. biztonságosságra vonatkozó előírásainak, köteles az érintett hatóságot haladéktalanul tájékoztatni.

Ezek a szabályok tehát azokat a hatósági feladatokat könnyítik meg, amelyek a termékbiztonság megfelelő szintjének megteremtését célozzák. A szabályok egyébként az általános termékbiztonságról szóló 2001/95/EK irányelven alapulnak.

A termékbiztonsággal kapcsolatosan a CE jelöléssel kapcsolatos tájékoztatási kötelezettségről is szót kell ejteni.

A CE-jelölés azt szimbolizálja, hogy a termék megfelel a gyártókat terhelő, a termékre vonatkozó összes kötelezettségnek az elhelyezését előíró közösségi irányelvek értelmében. Ezt a jelölést abban az esetben kell feltüntetni, amikor ennek elhelyezését a vonatkozó közösségi irányelvek és az ezt átültető nemzeti szabályok¹ előírják. Amikor a CE jelölés

¹ Néhány példa a CE jelölést előíró jogszabályokra:

140/2001. (VIII. 8.) Korm. rendelet egyes kültéri berendezések zajkibocsátási követelményeiről és megfelelőségük tanúsításáról

16/2006. (III. 27.) EüM rendelet az orvostechikai eszközökről

elhelyezésre kerül a terméken, ez annak a kinyilvánítását jelenti a természetes vagy jogi személy gyártó részéről, hogy a termék minden vonatkozó előírásnak megfelel, és az előírt megfelelőség-értékelési eljárásokon megfelelt. Ezért a tagállamok nem korlátozhatják a CE jelöléssel ellátott termékek forgalmazását mindaddig, amíg nem bizonyítják azt, hogy az adott termék nem felel meg az előírt követelményeknek.

A CE jelölés előírásának kötelezettsége kiterjed minden olyan termékre, amelyre a vonatkozó irányelv előírja ennek elhelyezését, és amelyet be kívánnak hozni a belső piacra. Az alábbi termékek viselnek megfelelőségi jelölést:

Minden olyan új termék, amelyet az Európai Unióban gyártanak, és azok az új termékek is, amelyeket harmadik országokban gyártanak, de a belső piacra szándékoznak behozni.

Azok a használt termékek, amelyeket harmadik országból importálnak a belső piacra.

A jelentősen módosított termékek, amelyek a vonatkozó irányelv szerint új terméknek minősülnek.

Csak a CE jelölés alkalmazása azonban nem elegendő a forgalomba hozatalhoz, két feltételnek kell még e mellett teljesülnie:

Szükséges, hogy a gyártó vagy annak meghatalmazott képviselője egy megfelelőségi nyilatkozat² aláírásával igazolja, hogy a termék megfelel a vonatkozó irányelvnek.

Bizonyítékként el kell készítenie a gyártónak vagy annak meghatalmazott képviselőjének és meg kell őriznie a műszaki dokumentációt³, amely alátámasztja, hogy a termék a követelményeknek megfelel, és amelyet kérésre be kell mutatni a piacfelügyeleti hatóságoknak.

8/2003. (III. 13.) ESzCsM rendelet az in vitro diagnosztikai orvostechikai eszközökről

8/2006. (II. 27.) GKM rendelet a mérőeszközökre vonatkozó egyedi előírásokról

75/2005. (IX. 29.) GKM-KvVM együttes rendelet a nem közúti mozgó gépekbe építendő belső égésű motorok gáznemű és részecskékből álló szennyezőanyag-kibocsátásának korlátozásáról

79/1997. (XII. 31.) IKIM rendelet az egyes villamosági termékek biztonsági követelményeiről és az azoknak való megfelelőség értékeléséről

2/2002. (II. 7.) SzCsM rendelet az egyéni védőeszközök követelményeiről és megfelelőségének tanúsításáról

² A megfelelőségi nyilatkozat tartalma: a termék azonosítása, a gyártó és/vagy meghatalmazott képviselőjének azonosítása, hivatkozás az irányelvre, hivatkozás a szabványra és/vagy egyéb műszaki dokumentumokra, a gyártó vagy annak meghatalmazott képviselője nevében aláírásra jogosult, azonosítható személy aláírása, dátum; a továbbiak szükség szerint: az eljárásba bevont kijelölt vizsgáló és tanúsító szervezet neve és címe, forgalmazási korlátozások vagy specifikus előírások, a gyártás ellenőrzéséről szóló nyilatkozat.

³ A műszaki dokumentáció tartalma: a termék azonosítása, a gyártó azonosítása, a származási ország, a termék műszaki leírása, tervrajzok, vizsgálati jegyzőkönyvek, eredmények, telepítési útmutató, felhasználói kézikönyv.

Ha a vonatkozó irányelv nem ír elő konkrét méreteket, a CE jelölésnek legalább 5 mm magasnak kell lennie. Ha a vonatkozó jogszabály kijelölt szervezet tanúsítását írja elő, a CE jelölés mellett a tanúsító szervezet 4 jegyű azonosító számát is fel kell tüntetni abban az esetben, ha a tanúsító szervezet a gyártási folyamatban is részt vett.

A CE jelölést a terméken vagy annak adattábláján kell elhelyezni. Amennyiben azonban ez nem lehetséges, vagy a termék jellege miatt azt nem írják elő, ha van, a csomagoláson kell elhelyezni, vagy, ha a vonatkozó irányelv ilyen dokumentációt előír, a kísérő dokumentáción. A CE jelölést jól láthatóan, olvashatóan, és letörölhetetlenül kell elhelyezni.

A CE jelölés mellett más jelölések is elhelyezhetőek az adott terméken, így védjegyek vagy más jelölések. Más jelölések esetén arra kell figyelemmel lenni, hogy azok más, eltérő funkciót töltenek be a CE jelöléssel szemben, nem vezetnek félreértelmezésekhez és nem rontják a CE jelölés olvashatóságát és láthatóságát.

Több oka is van annak, hogy a CE jelölés jelentésével kapcsolatosan félreértések vannak a fogyasztók körében:

A CE jelölés jelentősége meglehetősen bonyolult és nem egyértelmű az átlagfogyasztó számára, akinek az egész megfelelőségi jelöléssel kapcsolatos rendszer ismeretlen. De az is előfordul, hogy a területtel foglalkozók számára sem teljesen világos a CE jelölés szerepe.

A jelölésre vonatkozó szabályozást abból a célból vezették be az európai jogrendszerbe, hogy információkkal lássák el a nemzeti hatóságokat a termékek megfelelőségét illetően, ezzel garantálva a termékek szabad áramlását a belső piacon. Nem arra teremtették, hogy a fogyasztók számára információval szolgáljon. Azonban egyre többször tűnik fel a jelölés fogyasztói termékeken, és megjelenése a fogyasztók számára félrevezető értelmezésekre vezetett.

A téves értelmezés másik oka, hogy a termékek gyakran viselnek más jogszabályok által előírt vagy önkéntesen elhelyezett jelölést. A legtöbb esetben ezen jelölések jelentősége szintúgy ismeretlen a fogyasztók számára. Továbbá számos jelölésnek ugyanaz a jelentése, amely a CE jelöléstől történő megkülönböztetést még nehezebbé teszi. A fogyasztókat ezek a jelölések is megtévesztik, és gyakran nem használják a CE jelölést, mint döntési tényezőt vásárlásaik során.

A fogyasztók, akik nem ismerik a CE jelölés jelentését, nem vizsgálják, hogy az adott termék rendelkezik-e egyáltalán CE jelöléssel, és ezáltal a közösségi jogi szabályozással nem konform és potenciálisan veszélyes termékeket is megvásárolnak. A fogyasztók ezekről a termékekről így tévesen azt gondolhatják, hogy Európában gyártották őket vagy egy független harmadik szerv vagy hatóság által ellenőrzötten kerülnek forgalomba. A forgalmazói hálózatban a CE jelöléssel kapcsolatosan meglévő korlátozott ismeret szintén azt eredményezi, hogy a végfelhasználó számára nem megfelelő termékek kerülhetnek eladásra.

A CE jelöléssel kapcsolatban versenyjogi szempontok is felvetődnek, amikor a versenytársak tisztességtelen módon próbálják meg felhasználni a CE jelölés pozitív jelentését, és ezzel a szabályokat betartó versenytársak hátrányt szenvedhetnek.

Ahhoz, hogy az általános termékbiztonságra vonatkozó piacfelügyeleti intézkedéseken kívül egyéb eszközökkel is lehessen élni a CE jelöléssel kapcsolatosan elkövetett visszaélésekkel

szemben, az Európai Bizottság azon kívül, hogy széleskörű felvilágosító kampányt kíván indítani az Unió területén a CE jelölés jellemzőit és pozitív hatásait illetően, a CE jelölést közösségi védjegyként kívánja elismerni. Ezáltal lehetőség lesz arra is, hogy a védjegyként elismert CE jelölésre a szellemi alkotáshoz fűződő jogok megsértéséből eredeztethetően is lehet jogokat és kötelezettségeket alapozni, és ezek alapján jogokat érvényesíteni.

Az Európai Bizottság azután döntött egyébként a CE jelölés védjegyként történő elismerése mellett, hogy a megfelelőségi jelölés eltörlése is felmerült a jelöléssel kapcsolatos félreértelmezések feloldása érdekében. Azonban a Bizottság a következmények mérlegelése után – az iparra, a gyártókra és a jelölési rendszerre is káros hatással lenne, mivel már jó pár éve alkalmazzák – inkább úgy határozott, hogy megerősíti a CE jelölést.

A fogyasztó tájékozottságát biztosító szabályok:

- A termék használatára vonatkozó tájékoztatás

Az Fgytv. előírja, hogy azon termékek esetében, amelyekre azt jogszabály külön előírja, használati és kezelési útmutatót kell mellékelni a fogyasztó számára. Ilyen termékek főként a műszaki termékek. A használati és kezelési útmutatóban a fogyasztót magyar nyelven, közérthetően és egyértelműen tájékoztatni kell a termék rendeltetésszerű használatának, felhasználásának, eltarthatóságának és kezelésének módjáról.

Fontos szabály, hogy a termékhez csatolt magyar nyelvű használati és kezelési útmutatónak a tartalmaznia kell mindazt az információt, amelyet a gyártó által csatolt idegen nyelvű használati és kezelési útmutató tartalmaz. Az egyes, főleg harmadik országokból importált termékek esetében fordul elő az, hogy az idegennyelven megfogalmazott útmutatókat csak nagyon szűk terjedelemben fordítják le magyarra. Ebben az esetben a fogyasztóvédelmi hatóság a törvény értelmében eljár a jogsértés orvoslása érdekében. Emellett az is előfordul, hogy az idegennyelven megírt útmutatót fordítási programmal ültetik magyar nyelvre és részben érthetetlen szövegek állnak össze az egyébként értelmes magyar szavakból. Ebben az esetben sem felel meg a törvény rendelkezéseinek az útmutató, hiszen közérthetőnek kell lennie a tájékoztatásnak.

- A termék eladási árára vonatkozó tájékoztatás

A fentiekén túl a fogyasztót az adott termék vagy szolgáltatás áráról is megfelelően tájékoztatni kell az alábbiak szerint:

- írásban, az adott termék eladási árán túl az egységárát is,

- egyértelműen, könnyen azonosíthatóan és tisztán olvashatóan,

- a Magyar Köztársaság törvényes fizetőeszközében kifejezve,

- a fogyasztó által ténylegesen fizetendő, az általános forgalmi adót és egyéb kötelező terheket is tartalmazó módon kell feltüntetni.

Fontos szabály, hogy több eladási ár vagy szolgáltatási díj egyidejű feltüntetése esetén a vállalkozás köteles a feltüntetett legalacsonyabb eladási ár vagy szolgáltatási díj felszámítására.

A termék eladási árának, egységárának és a szolgáltatás díjának feltüntetésének módjáról a termékek eladási ára és egységára, továbbá a szolgáltatások díja feltüntetésének részletes szabályairól szóló 4/2009. (I. 30.) NFGM-SzMM együttes rendelet rendelkezik.

A rendelet meghatározza az árfeltüntetés formáját, amelynek a gyakorlati alkalmazása értelmezési problémát vetett fel. A rendelet ugyanis előírja, hogy a termék eladási árát és egységárát a terméken, annak csomagolásán vagy a termékhez egyéb módon rögzítve, vagy - ha a termék jellegéből (így különösen méretéből), illetve a forgalmazás körülményeiből adódóan az a) pont szerinti árfeltüntetés nem alkalmazható - a közvetlenül a termék mellett elhelyezett egyedi árkiíráson, árjegyzéken kell feltüntetni. Az alkalmazhatósági problémát az jelenti, hogy a „nem alkalmazható” kifejezés a gyakorlatban többféleképpen értelmezhető. Jelenleg az a gyakorlat alakult ki a kereskedelemben, hogy a fogyasztókat az árakról csak abban az esetben tájékoztatják az ár termékhez rögzítésével, ha az üzletben az árat a pénztárnál nem vonalkód alapján olvassák le. A vonalkódot alkalmazó, nagyobb üzletekben általában a polcokon, a termék alatt közzétett árfeltüntetéssel tájékoztatják a fogyasztókat. Ugyanakkor a vonalkódot használó üzletben a termékhez rögzített árakkal történő árfeltüntetéssel kapcsolatosan olyan értelmezés is kialakulhat, hogy fizikailag ez a fajta árfeltüntetés ebben az esetben is alkalmazható, ezért nincs lehetőség a polcokon történő árfeltüntetésre. Ahhoz, hogy ezt a fajta értelmezést elkerüljük, a rendeletről a második árfeltüntető opcióhoz írt feltételt szükséges elhagyni a rendeletről. Ez biztosítja az értelmezési problémák elkerülését és a vállalkozások így biztosan az előírásoknak megfelelően tüntetik fel a termékek árait.

Emellett egy fontos, a vendéglátás területén eddig működő tájékoztatói szabály fenntartását, illetve a rendeletről történő visszahelyezését is meg kell említeni.

A 2009. február 7-én hatályon kívül helyezett, a vendéglátó üzletek kategóriába sorolásáról, valamint ártájékoztatásáról szóló 43/1998. (VI. 24.) IKIM rendelet írta elő 1998. július 1-jétől azt, hogy egyes vendéglátó üzletek (pl. melegkonyhás vendéglátó üzlet, cukrászda, bár, borozó, italbolt, kocsma, zenés szórakozóhely) esetében az üzlet bejáratán kívül az üzlet teljes étel- és italválasztékát bemutató ét- és itallapot, illetve árlapot kell elhelyezni.

A 4/2009. (I. 30.) NFGM-SZMM együttes rendelet helyezte hatályon kívül a 43/1998. (VI. 24.) IKIM rendeletet. A 4/2009. (I. 30.) NFGM-SZMM együttes rendelet nem tartalmaz rendelkezést a vendéglátó üzletek bejáraton kívüli ártájékoztatásáról.

Ugyanakkor szükséges a továbbiakban is fenntartani ezt az előírást tekintettel arra, hogy az mind szakmai, mind fogyasztóvédelmi szempontból indokolt. Szakmai szempontból azért, mert a vendéglátás területén működő vállalkozások közötti éles versenyben fontos eligazodási pontot jelent a kínálatról, valamint az árakról. Ez a verseny szempontjából is fontos, mivel ennek ismeretében dől el a szolgáltatás igénybevétele. Fogyasztóvédelmi szempontból pedig azért fontos, hogy a fogyasztó már az üzletbe történő belépést megelőzően tájékozódjon a választékról és az ahhoz tartozó árakról, s össze tudja hasonlítani ezeket más éttermek áraival.

6. A TÁJÉKOZTATÁSSAL KAPCSOLATOS PANASZOK

A tájékoztatással kapcsolatosan felmerülő panaszok esetében a vállalkozás köteles a fogyasztót tájékoztatni a székhelyéről, a panaszügyintézés helyéről és az adott tevékenység, kereskedelmi forma vagy módszer sajátosságaihoz igazodó módjáról, valamint a panaszok közlése érdekében a vállalkozás vagy a vállalkozás elérhetőségéről.

A panasz elutasítása esetén a vállalkozás köteles a fogyasztót írásban tájékoztatni arról, hogy panaszával mely hatóság vagy a békéltető testület eljárását kezdeményezheti. Meg kell adni az illetékes hatóság, illetve a békéltető testület elérhetőségét.

Az Fgytv. előírása szerint a törvény előírásainak megszegése esetén a fogyasztóvédelmi hatóság jár el.

A fogyasztók jogait érintő adatok nyilvánosságáról szóló adatvédelmi biztosi ajánlásban az adatvédelmi biztos rávilágított arra, hogy a fogyasztóvédelmi hatóság szinte egyáltalán nem él a határozatok hozzáférhetővé tételének az adatvédelmi törvény és a közigazgatási hatóság eljárásról szóló törvény által biztosított lehetőséggel, és csak kifejezett, egyértelmű jogszabályi előírás esetén közöl információkat

Attól tart a hatóság ugyanis, hogy üzleti titok, jóhírnév sérelme vagy károkozás miatt az elmarasztaló határozattal érintett ügyfél pert indít ellenük. Az adatvédelmi biztos álláspontja szerint azonban a vállalkozások jogszerű működésének ellenőrzésére hivatott hatóságok elmarasztaló határozata bárki számára megismerhető adat. Az üzleti titok intézménye nem lehet menedék a piac jogsértő szereplői számára, a jogsértés titokban maradása nem tekinthető jogszerű érdeknek.

A fogyasztóvédelmi hatóság eljárásának nyilvánosságát az előző bekezdésben említett két törvény, az Fgytv. és egyéb ágazati jogszabályok szabályozzák. Az adatvédelmi biztos szerint ezek a nyilvánossággal kapcsolatos szabályok egyrészt párhuzamos szabályozásnak tekinthetők, mely nem szolgálja a jogszabályok áttekinthetőségét, érthetőségét és ezáltal a jogbiztonságot, másrészt az alkalmazott fogalmak nincsenek egymással összhangban, nem feltétlenül felelnek meg a normavilágosság követelményének és nem segítik a jogalkalmazást. Mindez szintén a nyilvánosságra vonatkozó eljárási szabályok átgondolását, összehangolását igényli.

Az ajánlásban foglaltaknak megfelelően került sor az Fgytv. módosítására. Az Fgytv. 51. §-a 2008. szeptember 1-jétől előírja, hogy a hatóság minden jogerős határozatát köteles nyilvánosságra hozni.

Az adatvédelmi biztos ebben az ajánlásában jelzett ugyanakkor egy másik problémát is, amely a piacfelügyeletre vonatkozó előírásokkal kapcsolatos. Az áruk és a szolgáltatások biztonságosságáról és az ezzel kapcsolatos piacfelügyeleti eljárásról szóló 79/1998. (IV. 29.) Korm. rendelet szerint a hatóságok jogosultak nyilvánosságra hozni a fogyasztók széles körét érintő vizsgálatok eredményét és tapasztalatait, továbbá a fogyasztók egészségére és biztonságára veszélyes árukkal kapcsolatos információkat az átláthatóság követelményével összhangban - a piacfelügyeleti hatósági tevékenység akadályozása és sérelme nélkül - a nyilvánosság számára hozzáférhetővé teszik. Különösen az áru azonosítását segítő, a veszély természetére és a meghozott intézkedésekre vonatkozó információkat kell biztosítani. További előírás, hogy ha az áru nem felel meg a biztonságossági követelményeknek, akkor a hatóságok jogosultak figyelmeztető tájékoztatást előírni, széles körű tájékoztatást elrendelni.

A fogyasztóvédelmi hatóság a piacfelügyeleti ellenőrzéssel kapcsolatos adatokat többféle adatbázisban, információs rendszerben tartja nyilván, és működteti a veszélyes termékek gyorsriasztási rendszereit. Ilyen rendszer a Közösségi Gyors Tájékoztatási Rendszer (RAPEX), valamint a Központi Piacfelügyeleti Információs Rendszer (KPIR), mely több száz olyan termékadatot tartalmaz, amelyről a veszélyesség megállapításra került. Ezen

adatbázisok a hatóságok közti gyors információcserét segítik elő. A vonatkozó rendelet lehetővé teszi, hogy a fogyasztók tájékoztatást kérjenek a hatóságtól a KPIR-ben nyilvántartott adatokról. Az adatvédelmi biztos álláspontja szerint a hatóságnak erre irányuló kérés nélkül is rendszeresen, saját honlapján keresztül is elérhetően közzé kellene tennie a KPIR meghatározott, és a jelenleginél bővebb adatkörét, ezáltal is segítve a fogyasztók tájékoztatását. Továbbá a tájékoztatás kérésének lehetővé tétele helyett/mellett deklarálni kellene, hogy a KPIR mely adatai nyilvánosak.

A termékek forgalmazása tekintetében az akkreditálás és piacfelügyelet előírásainak megállapításáról szóló 765/2008/EK rendelet, amely az európai uniós piacfelügyelet általános követelményeit határozza meg, átültetése során a fentiekre is figyelmet szükséges fordítani tekintettel arra, hogy a RAPEX rendszer működését a rendelet nemcsak a fogyasztóknak szánt termékekre, hanem egyes kivételek meghatározásával minden termékre kiterjesztette.⁴

7. ÚJ TÁJÉKOZTATÁSI KÖVETELMÉNYEK

Az Fgytv. jelenleg is előírja, hogy a fogyasztási kölcsönszerződés megkötésekor minden olyan szerződési feltételről tájékoztatni kell a fogyasztót, amely jogszabály alapul és annak előírása folytán kötelezően a szerződés részévé válik.

Az Európai Unió megalkotta a fogyasztói hitelmegállapodásokról szóló 2008/48/EK irányelvet, amelyet 2010. május 12-ig kell átültetni a magyar jogba. Az irányelv a hitelekkel kapcsolatosan ír elő főként tájékoztatási követelményeket. Az irányelv célja, hogy a fogyasztó a hitelmegállapodás megkötésekor megfelelően tájékozott legyen.

Az előírt tájékoztatási kötelezettségek az alábbi területekre terjednek ki:

- a hitelmegállapodásra vonatkozó reklámok

Bármely, hitelmegállapodásra vonatkozó olyan reklámnak, amely kamatlábat vagy bármely, a hitelnek a fogyasztó által viselt költségére vonatkozó számadatot megjelöl, általános tájékoztatást kell tartalmaznia, amelyet

- egyértelműen,

- világosan és

⁴ A rendelet átültetését egyébként olyan formában szükséges megvalósítani, amely lehetővé teszi, hogy a rendeletben előírt szabályok végrehajtása minden termékre vonatkozóan lehetővé váljon. Ez egy keretszabályozásban valósulhat meg, amelynek álláspontom szerint egy új, külön törvényben lenne a helye. A jelenlegi piacfelügyeleti szabályozás egyik alapját törvényi szinten az Fgytv. jelenti tekintettel arra, hogy ez a törvény ülteti át az általános termékbiztonságról szóló 2001/95/EK irányelvet. Emellett a 79/1998. (IV. 29.) Korm. rendelet adja meg az Fgytv. végrehajtási szabályait, de nemcsak azokat, hanem a piacfelügyelettel kapcsolatos általános feladatokat, kötelezettségeket és a hatóságok együttműködését. Ugyanakkor a kormányrendelettel kapcsolatos alkotmányos problémák is felvetődnek, miután az Fgytv. rendelkezése alapján került megalkotásra a rendelet, azonban a rendelet előírásai nem csak a fogyasztóknak szánt termékekre vonatkoznak, hanem az egyéb termékekre is, így a rendelet újraalkotása a közösségi rendelet átültetése miatt elkerülhetetlenné vált.

- jól látható módon egy reprezentatív példával szemléltetve kell megjeleníteni.

Az irányelv emellett meghatározza azokat a tartalmi elemeket is, amelyeket az ilyen reklámoknak tartalmazniuk kell.

- szerződéskötést megelőző tájékoztatás

Ez a tájékoztatási előírás arra vonatkozik, hogy a fogyasztó számára még az ajánlati kötöttség előtt lehetőséget kell biztosítani a megfelelő tájékozódásra. A fogyasztói hitelmegállapodás megkötését megelőzően megfelelő tájékoztatást kell kapnia a fogyasztóknak a hitel feltételeiről, költségeiről és kötelezettségeikről olyan tájékoztató formájában, amelyet a fogyasztók magukkal vihetnek és tanulmányozhatnak. Az ajánlatok lehető legteljesebb mértékű átláthatósága és összehasonlíthatósága érdekében az ilyen tájékoztatásnak különösen magában kell foglalnia a hitelre alkalmazandó teljeshiteldíj-mutatót.

Ezt formanyomtatvány keretében kell a pénzügyi vállalkozásnak megtennie, amelynek lehetővé kell tennie, hogy az egyes ajánlatok összehasonlíthatóak legyenek.

- a hitelmegállapodásra vonatkozó tájékoztatás

A hitelmegállapodásokban feltüntetendő információkat nyomtatott formában vagy más tartós adathordozón kell átadni a fogyasztó számára.

Az irányelv emellett meghatározza azokat a tartalmi elemeket is, amelyeket a hitelmegállapodásnak tartalmaznia kell.

- a hitelkamatláb-változásra vonatkozó tájékoztatás

A fogyasztót nyomtatott formában vagy más tartós adathordozón tájékoztatni kell a hitelkamatláb változásáról annak hatályba lépése előtt. A tájékoztatásnak tartalmaznia kell az új hitelkamatláb hatálybalépését követő fizetések összegét és, ha a fizetések számában vagy gyakoriságában változás történik, az erre vonatkozó részleteket.

Az irányelv rendelkezéseit a pénzügyi tárgyú jogszabályokban szükséges átültetni. Az irányelv rendelkezésein belül a reklámozásra vonatkozó előírásokat is, mert a reklámtörvény lehetővé teszi, hogy a más törvény is tartalmazzon reklámozásra vonatkozó szabályokat.

8. A FOGYASZTÓI JOGOKRA VONATKOZÓ ÚJ, KÖZÖSSÉGI JOGI SZABÁLYOZÁS TERVEZETE

A fogyasztói jogokról szóló irányelv tervezetének hatálya alá a termék- és szolgáltatásértékesítésre vonatkozó, az üzleti vállalkozások és a fogyasztók közötti szerződések tartoznak. Az irányelv a tájékoztatási szabályok vonatkozásában új keretet szeretne létesíteni, amellyel összehangolná a 2005/29/EK irányelv tájékoztatásra vonatkozó előírásait, illetve az üzlethelyiségen kívül kötött szerződések esetén a fogyasztók védelméről szóló 85/577/EGK, a távollevők között kötött szerződések esetén a fogyasztók védelméről szóló 97/7/EK és a fogyasztási cikkek adásvételének és a kapcsolódó jótállásnak egyes vonatkozásairól szóló 99/44/EGK irányelv előírásait.

A szabályozás javítására vonatkozó célkitűzéssel összhangban az irányelv tervezete biztosítaná ezek között az eltérő irányelvek közötti összhangot, valamint szabályozza az említett kötelezettségek megszegésének jogi következményeit.

Az irányelv valamennyi, adásvételi vagy szolgáltatási szerződés megkötését megelőzően egyértelmű tájékoztatási kötelezettségeket ír elő a kereskedők számára, annak érdekében, hogy a fogyasztók tudatosan választhassanak.

A rendelkezésre bocsátandó információk közé tartozik a termék főbb jellemzőinek leírása, a kereskedő neve és címe, az adót tartalmazó ár, az összes fuvardíj, szállítási-, vagy postaköltség.

9. VERSENYJOGI SZABÁLYOZÁS

A tisztességtelen piaci magatartás és a versenykorlátozás tilalmáról szóló 1996. évi LVII. törvény a 2005/29/EK irányelv átültetése során kis részben módosításra került, ugyanakkor a módosítás főként a tájékoztatási szabályokat érintette. A Tpv-t-ben meghatározott tájékoztatási szabályok az irányelv átültetését követően már nem vonatkoznak a fogyasztókra, csupán a vállalkozások közötti relációban maradt versenyjogot érintő tájékoztatási szabály.

Az üzletfelek megtévesztése körében a törvény előírja, hogy az áru ára, lényeges tulajdonsága tekintetében valótlan tény vagy valós tény megtévesztésre alkalmas módon állítanak, az árut megtévesztésre alkalmas árujelzővel látják el, vagy az áru lényeges tulajdonságairól bármilyen más, megtévesztésre alkalmas tájékoztatást adnak; illetve az áru értékesítésével, forgalmazásával összefüggő, az üzletfél döntését befolyásoló körülményekről megtévesztésre alkalmas tájékoztatást adnak, az mindenéppen az üzletfelek megtévesztésének minősül.

Amennyiben ez a tájékoztatás gazdasági reklámtevékenységnek minősül, a reklámtörvényt kell alkalmazni.

10. ÖSSZEGZÉS

Amint a fentiekből is látható, hogy a jelenlegi magyar jogrendszerben számos olyan tájékoztatási szabály van a kereskedelmi gyakorlatok területén, amely végeredményben egy bonyolult, de logikusan levezethető rendszerré áll össze. Azért a vállalkozások nincsenek könnyű helyzetben e számos előírás alkalmazása terén. Természetesen az uniós jogi aktusok által meghatározott, sokszor túlzottan általános és ezáltal a gyakorlatban nehezen alkalmazható szabályok sem teszik egyszerűvé a jogalkalmazók életét. Az uniós jogalkotó ugyanakkor egyre inkább egységesíteni, átjárhatóvá és átláthatóvá kívánja tenni a fogyasztók tájékoztatására vonatkozó szabályokat, ezzel újabb és újabb kihívások elé állítva a tagállami jogalkotót. Ebben a magyar jogalkotónak is számos feladata lesz, és ezen előírások alkalmazása is szintén érdekes fejleményeket hozhat, valamint ebben még a kutatási munkáknak is nagy szerepe lehet.

Reviewer:

Peter Miskolczi Bodnár

Contact – email:

japeter55@gmail.com

PROJEVY PRÁVA NA INFORMACE V DAŇOVÉM ŘÍZENÍ

TOMÁŠ ROZEHNAL - DAVID JEROUŠEK

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Úmyslem autorů článku je upozornit na projevy práva na informace v daňovém řízení. Jelikož nelze tuto materii shrnout do jednoho krátkého příspěvku, zaměřili se autoři na rozbor nejvýznamnějších institutů, v jejichž rámci se právo na informace realizuje. Analýzou těchto institutů došli autoři k závěru, že právo na informace je v daňovém řízení aplikováno a to v důsledku postupu správců daně nebo judikatorní činnosti obecných soudů

Key words in original language:

Nahlížení do spisu; daňová kontrola; neveřejná část spisu; poučovací povinnost.

Abstract:

The aim of the article is to search the influence of the Right to Information on the tax proceedings. The Right to Information is the basic human right concretely contained in the part of Political Rights of the Charter of Fundamentals Rights and Freedoms. This right is contained in the Tax Administration Act (Act no. 337/1992 Coll) quite sporadically. For that reason it is necessary to analyse some specific tax proceedings institutes and try to find if the Right to Information is applicated in general.

Key words:

Tax proceedings; acces to the files; tax audit; non public part of the tax file; advice duty.

1. ÚVOD

Úmyslem autorů článku je upozornit na projevy práva na informace v daňovém řízení. Jelikož nelze tuto materii shrnout do jednoho krátkého příspěvku, zaměřili se autoři na rozbor nejvýznamnějších institutů, v jejichž rámci se právo na informace realizuje.

Letným pohledem do zákona č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů (dále jen ZSDP) lze zjistit, že právo na informace je výslovně zmíněno ve dvou ustanoveních daného zákona. Konkrétně jde o ust. § 34a a 34d. První se věnuje informační povinnosti správce daně, kdy je tento povinen zveřejňovat určité informace a to zejména na úřední desce. Jde o informace typu úředních hodin a možností podávání elektronických podání v daňovém řízení. Druhé ustanovení se zabývá otázkou tzv. daňových informačních schránek, které obsahují informace o osobním daňovém účtu daňového subjektu a obsahu daňových spisů. Existence těchto schránek závisí čistě na technických možnostech správce daně a informace o nich se zveřejňují způsobem stanoveným v ust. § 34a ZSDP. Nutno poznamenat, že i přes určité potíže technického rázu, je zřízení daňových informačních schránek, kdy má daňový subjekt dálkový přístup k daňovému spisu, významným krokem k modernizaci daňové správy a realizaci práva na informace.

Jak je tedy vidno, problematika poskytování informací je ZSDP výslovně řešena pouze ze základního pohledu, když jsou exaktně specifikovány oblasti, kdy je správce daně povinen poskytovat informace o své činnosti směrem k daňovému subjektu. V obecných zásadách

daňového řízení obsažených v ust. § 2 ZSDP není právo na informace vyjádřeno vůbec. Toto právo je třeba odvozovat z předpisů nejvyšší právní síly, konkrétně z čl. 17 ústavního zákona č. 23/1991 Sb., Listina základních práv a svobod (dále jen LZPS). Pro daňové řízení a činnost správce daně jsou nepochybně nejvýznamnější odst. 1 a 5 daného článku. O odst. 5 a jeho provedení již byla řeč výše, kdy ZSDP provádí dané právo prostřednictvím zmíněných dvou ustanovení. Nelze také opomenout zákon č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů.

Pro odst. 1 čl. 17 LZPS a jeho vztahu k daňovému řízení je klíčový nálezn Ústavního soudu IV. ÚS 359/05 ze dne 28. března 2006, kdy Ústavní soud vyložil právo na informace jako tzv. svobodu informačního určení, tedy svobodu rozhodovat o tom, jaké informace o sobě jednotlivci sdělí, a je to také jednotlivci, který má naopak právo být seznámen s tím, jaké informace stát o něm či „v jeho věcech“ uchovává. Toto právo může být dle Ústavního soudu omezeno toliko na základě zákona, omezení musí sledovat legitimní cíl a musí být přiměřené co do volby prostředků. Autoři se též domnívají, že s problematikou poskytování informací v daňovém řízení nerozlučně souvisí i problematika informování daňových subjektů o jejich procesních právech, tedy problematika poučování. Vzhledem k výše uvedenému se tedy autoři rozhodli zaměřit na rozbor problematiky poučovací povinnosti, nahlížení do spisů, úředního jazyka, ukončení daňové kontroly, konkludentního vyměření daně a práva na informace v odvolacím řízení. Dle názoru a zkušeností autorů, se právě v těchto významných institucích daňového řízení projevuje vliv informační povinnosti nejvíce. Na druhou stranu nelze opomenout ani významné korektivy práva na informace v daňovém řízení a to zejména zásadu mlčenlivosti a neveřejnosti a také cíle daňového řízení uvedené v ust. § 1 odst. 2 ZSDP. Právě o vyvážení významu určité uzavřenosti daňového řízení, ochrany práv a informací daňového subjektu před třetími osobami, zájmu státu na správném a úplném stanovení daňové povinnosti a na druhé straně síly práva na informace se vedou v současné době významné spory a to nejen na půdě akademické, ale zejména soudní. Článek je zpracován v žánru empirické stati a anglosaském odborném stylu.

2. POUČOVACÍ POVINNOST

Poučovací povinnost není v daňovém řízení obecně upravena a je třeba podotknout, že právo daňových subjektů být informováni o svých procesních právech tak není zcela naplněno. ZSDP se o povinnosti poučovat zmiňuje jen v ustanoveních týkajících se možnosti odepření výpovědi, následků odepření podpisu zprávy o daňové kontrole, poučení o opravném prostředku, povinnosti odstranit vady podání, povinnosti zachovávat mlčenlivost a následků nevyhovění výzvě vydané v rámci výtýkácího řízení. Kromě těchto zákonem stanovených povinností, kdy má být daňový subjekt poučen, již záleží jen na úvaze samotného správce daně o jakém právu či povinnosti daňový subjekt bude či nebude poučen. V případě absence poučení musí správce daně počítat s různými druhy nepříznivých následků. Zejména půjde o naplnění zákonných fikcí, např. v případě vadného či chybějícího poučení o možnosti podat odvolání, je možno toto odvolání podat v prodloužené lhůtě až šesti měsíců. Také v případě nevyhovění výzvě k odstranění vad podání, se má za to, že podání nebylo vůbec podáno (viz. ust. § 21 odst. 8 a 32 odst. 4 ZSDP). V tomto případě je doporučováno v souladu se zásadou součinnosti o tomto daňový subjekt alespoň neformálně vyrozumět¹. Kromě samotného

¹ Rozehnal, Tomáš, Neodstranění vad podání v daňovém řízení ve světle nejvýznamnějších procesních předpisů České republiky. In Dny veřejného práva. Brno : Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně, 2007. od s. 583-590, 7 s. ISBN 978-80-210-4430-2.

rozhodnutí se daňový subjekt nejčastěji setkává s poučením, které je obsaženo v protokolu o ústním jednání. Jak již bylo naznačeno, ze ZSDP plyne, že zde by mělo být obsaženo minimálně poučení svědka a osoby přezvědné o možnosti odepřít výpověď a povinnosti vypovídat pravdivě. ZSDP sice toto právo přiznává pouze osobě svědka a osobě přezvědné, domníváme se však, že toto obecné poučení by mělo být obsahem všech protokolů o ústním jednání (pochopitelně s modifikací, protože například daňový subjekt nemá v zákoně stanovenou povinnost vypovídat pravdivě narozdíl např. od svědka). Ačkoliv zákon dále hovoří pouze o upozornění na následky odepření podpisu protokolu o ústním jednání, jde dle mého názoru o standardní povinnost poučovat o těchto následcích a rozpornost zákonné terminologie na tento fakt nemůže mít vliv. Nesmí dále chybět poučení o povinnosti zachovávat mlčenlivost. Osobně by autoři doporučovali poučovat i o faktu, že protokol o ústním jednání je ve smyslu ust. § 134 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů veřejnou listinou, poučení o možnosti podat námitky proti znění protokolu či průběhu ústního jednání, popř. námitky v průběhu daňové kontroly, o možnosti vydat opis protokolu a nakonec by se autoři nevyhýbali ani odkazu na zásady daňového řízení, např. povinnosti spolupráce se správcem daně.

Závěrem k této problematice je možné souhrnně poznamenat, že právo na informace je opravdu v ZSDP rozvedeno spíše povrchně a záleží na správci daně, jakou formu a rozsah poučení zvolí. Autoři se domnívají, že poučení by mělo být spíše většího rozsahu než zákonné minimum. Pochopitelně v souladu se zásadou hospodárnosti není vhodné poučovat o všem (což ostatně také ani není realizovatelné), ale poučení by mělo odpovídat minimálně odborné úrovni daňového subjektu. Oporu pro tento názor lze nalézt v zákoně č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen správní řád) a to ust. § 4 odst. 2, které upravuje poučovací povinnost ve vztahu ke správnímu řízení. Každý správní orgán by tak měl dotčené osobě poskytnout přiměřené poučení odpovídající osobním poměrům dané osoby a povaze úkonu. S ohledem na ust. § 177 správního řádu je i správce daně povinen akceptovat úpravu poučovací povinnosti alespoň v rozsahu zásady dle ust. § 4 odst. 2. Autoři se tak domnívají, že správce daně by neměl naplňovat jen základní minimum stanovené zákonem pro poučovací povinnost, ale měl by poučovat v mezích výše naznačených. Dle zkušeností autorů se tak často i v praxi děje, ale není tomu pravidlem a je tak na Ministerstvu financí jako centrálním orgánu daňové správy, aby se tento postup pravidlem stal.

3. NAHLÍŽENÍ DO SPISU

Obecně lze úvodem říci, že procesní institut nahlížení do spisu je nepochybně zásadním prostředkem, který umožňuje přístup k informacím účastníkům řízení, a to v mnoha druzích řízení, daňové řízení, coby specifické správní řízení, nevyjímaje. Zde naopak plní roli ještě zásadnější, než by se na první pohled mohlo zdát. Uvedený závěr vyplývá zejména ze specifika daňového řízení, které je ze své podstaty zásadně řízením neveřejným (viz. ust. § 2 odst. 4 ZSDP) a v neposlední řadě je řízením, které může probíhat bez součinnosti s daňovým subjektem a nadto popřípadě i zcela bez jeho vědomí. Toto specifikum je dáno tím, že daňový subjekt není v mnoha případech vyrozumíván o zahájení některých úkonů v daňovém řízení, resp. tyto ani nejsou formálním způsobem zahajovány a vykonávány, což je rozdíl oproti zahájení obecného správního řízení dle ust. § 44 správního řádu. Daňové řízení je dále specifické tím, že může trvat poměrně dlouhou dobu v některých jeho stádiích (např. daňová kontrola cca 1 rok) aniž by jeho účastník byl průběžně zpravován o jeho průběhu. Je proto mnohdy jeho jediným prostředkem k přístupu k informacím ohledně s ním vedeného daňového řízení, právě využívání možnosti nahlížení do spisu. Teorie i praxe ovšem již dávno dovodily, že nahlížení do spisu je typickým oprávněním účastníka řízení, upravovaným snad

všemi existujícími procesními předpisy. Není pak dále možno opominout další specifikum daňového řízení, které se již dotýká tohoto samotného oprávnění účastníka, a to, že samotná možnost nahlížení do spisu týkajícího se daňové povinnosti účastníka (daňového subjektu) je dále limitována a omezována další zásadou daňového řízení – zásadou spočívající v tom, že všechny osoby (správce daně nevyjímaje) jsou povinny zachovávat mlčenlivost o všem, co se v řízení nebo v souvislosti s ním dozvěděly (viz. ust. § 2 odst. 5 ZSDP), kdy tato zásada našla konkrétnější odraz v ust. § 23 odst. 2 ZSDP. Tomuto specifiku pak v praxi odpovídá skutečnost, že daňové spisy jsou děleny na tzv. veřejnou a neveřejnou část.

Obecně pak platí, že do veřejné části daňového spisu má daňový subjekt² právo nahlížet u správce daně bez omezení, kdežto možnost nahlížení do neveřejné části spisu je ponechána na uvážení správce daně, zda umožní či neumožní daňovému subjektu nahlížení i do této části (popřípadě v jakém rozsahu). Jelikož se jedná o zásadní omezení daňového subjektu na jeho základních právech (dané specifikem daňového řízení) je daňovému subjektu dána možnost, aby v případě, že nesouhlasí s rozsahem, v jakém mu bylo do spisu umožněno nahlédnout, může se odvolat do patnácti dnů ode dne, kdy do spisu nahlížel, a to byť o nahlížení do spisu není vydáváno správcem daně rozhodnutí, ale je nyní toliko zachyceno v protokolu o ústním jednání.

K samotnému výkonu práva nahlížet do daňového spisu daňovým subjektem (popřípadě jeho zástupcem), který se týká jeho daňových povinností je nutno poznamenat, že toto je tedy v zásadě neomezené s korekcí jeho rozsahu ve smyslu odst. 2 § 23 ZSDP, který omezuje citované právo v tom směru, že vylučuje nárok daňového subjektu nahlížet do neveřejné části spisu, byť vedeného ohledně jeho daňové povinnosti. Právo nahlížet i do neveřejné části spisu, byť toto právo jak výše uvedeno postrádá nárokovou složku, je však možno se souhlasem správce daně realizovat, a to za splnění zákonných podmínek dle ust. § 23 odst. 2 ZSDP.

Specifikum nahlížení do neveřejné části spisu, které vyplývá přímo z cit. ustanovení ZSDP pak dále rozvedla judikatura Nejvyššího správního soudu (dále jen NSS) v tom směru, kdy NSS uvedl NSS v rozsudku sp. zn. 1 Afs 94/2006, že cílem v § 23 ZSDP, vyjmenovaných omezení nahlížení do daňového spisu je ochrana informací týkajících se ostatních subjektů, jež má správce daně k dispozici a ze kterých pro jejich vhodnost může vycházet při stanovení daně za užití pomůcek. Jestliže však správce daně při stanovení daňové povinnosti vycházel pouze z údajů, které se týkaly žalobce samotného, nebyl dán žádný důvod daňovému subjektu odepřít seznámení se s pomůckou, na základě které správce daně dospěl k výši daně. Zde tedy judikatorní praxe fakticky limitovala a modifikovala uvážení správce daně dané mu odst. 2 § 23 ZSDP a tím vyloučila volnost tohoto jeho uvážení (modifikovala tedy slova zákona znějící, že správce daně může v odůvodněných případech nutných pro další průběh daňového řízení povolit nahlédnutí i do těchto písemností), kdy de facto opatřila právo daňového subjektu nahlížet i do neveřejné části spisu určitým nárokem. Jedná se o specifikum institutu stanovení daně dle pomůcek (viz. ust. § 44 ZSDP). NSS dále judikoval, že pokud jsou jako pomůcky užity daňové spisy jiných daňových subjektů než daňového subjektu samotného, musejí být zachovány v tajnosti poměry těchto daňových subjektů. Je tomu tak proto, že z úpravy ustanovení § 23 odst. 2 ZSDP v návaznosti na ustanovení § 24 ZSDP je zřejmé, že

² popřípadě jeho zástupce na základě plné moci (generální i speciální) a dále pak zástupce ustanovený rozhodnutím správce daně - viz. ust. § 10 ZSDP

jsou vyloučeny z nahlédnutí písemnosti, které souvisí s jinými daňovými subjekty. V rozsudku sp. zn. 2 Afs 16/2003 ze dne 29.12.2005 pak NSS uvedl, že správce daně tedy nemusí uvádět, z jakého důvodu neumožnil stěžovateli nahlédnout do neveřejné části spisu, nýbrž naopak, v případě, že by to umožnil, musel by uvést důvod pro tento postup. NSS pak šel v rozsudku sp.zn. 1 Afs 50/2007 ze dne 30.1.2008 ještě dále v tom směru, že založil nárok daňového subjektu na nahlížení i do předkládací zprávy a korespondence mezi správcem daně ve vztahu v instanční nadřízenosti a podřízenosti. Zde se již dle názoru autorů judikatorně expandované právo daňového subjektu na informace v rámci s ním vedeného daňového řízení (nahlížení do předkládací zprávy dle vyhotovené dle ust. § 49 odst. 4 a 5 ZSDP) střetává s povinností a tím i zájmem správce daně (obou stupňů) dosáhnout cíle daňového řízení, tj. stanovení a vybrání daně tak, aby nebyly zkráceny daňové příjmy. Jedná se zejména o faktický rozměr omezení konstatování obsažených v předkládací zprávě, která napříště již nebude smět obsahovat úvahy a myšlenky správce daně prvního stupně, jejichž účelem je podání co nejúplnějšího obrazu a situací v daňovém řízení nastalých, se kterými nemůže mít odvolací orgán vlastní zkušenost, kdy tyto však mohou být významnými pro jeho představu o předešlém průběhu řízení. Pokud by tedy do předkládací zprávy (dříve chápané jako spíše zpráva o situacích nastalých v daňovém řízení vedeném prvostupňovým správcem daně) uvedl více skutečností, či tyto uvedl méně přesně než těch, které byly obsaženy v odůvodnění opravným prostředkem napadeného rozhodnutí, mohlo by toto vyvolávat polemiky o dostatečnosti takového odůvodnění správcem daně. NSS tedy ve svém důsledku zbavil správce daně možnosti podání neformální zprávy o průběhu prvostupňového daňového řízení směrem k odvolacímu orgánu tak, aby z těchto informací napříště nebyla daňovým subjektem vyvozována nezákonnost, byť rozhodujícím pro odvolací řízení (popřípadě i pro soudní přezkum takových rozhodnutí) je samozřejmě toliko napadené rozhodnutí a jemu předcházející daňový proces, nikoli pohled správce daně na něj, který dříve mohl v předkládací zprávě předeštit. Daňový subjekt je pak při obligatorně připuštěném nahlížení do předkládací zprávy zvýhodněn i v eventuelně navazujícím soudním řízením, kdy mu mohou být takto přímo nabízeny žalobní námítky a v rámci zásady projednací při respektování zásady rovnosti účastníků je daňovému subjektu zjednodušeno jeho procesní postavení právě na úkor postavení žalovaného správce daně (ať již v postavení prvostupňového či odvolacího orgánu).

S právem daňového subjektu na nahlížení do spisu týkajícího se jeho daňových povinností pak úzce souvisí i jeho právo pořizovat si prostřednictvím správce daně ze spisového materiálu doslovné opisy nebo stejnopisy či výpisy nebo potvrzení o skutečnostech tam obsažených. Zde se domníváme, že citované oprávnění daňového subjektu dle ust. § 23 odst. 3 ZSDP je nutno vykonávat v úzké návaznosti na realizaci práva dle ust. § 23 odst. 1 ZSDP tedy na faktické nahlížení do spisu (viz. text zákona – vydá daňovému subjektu). Závěrem dodáváme, že se nezaplatňuje vydání první kopie, fotokopie, výpisu, nejde-li o listinu, kterou již daňový subjekt obdržel či předložil.

Pro úplnost je dále nutno uvést, že byt' ust. § 23 ZSDP hovoří toliko o právu daňového subjektu na nahlížení do spisu, týkajícího se jeho daňových povinností, judikatura dle našeho názoru správně dovodila a rozšířila okruh oprávněných osob i na ručitele (vstupujícího do daňového řízení na základě rozhodnutí – výzvy dle ust. 57a odst. 1 ZSPD). NSS v rozsudku sp. zn. 8 Afs 35/2005 uvedl, že daňovému ručiteli nelze odeprít právo seznámit se s podklady sloužícími ke stanovení výše daně z převodu nemovitostí, které jsou obsaženy ve správním spise, pouze s odkazem na skutečnost, že ZSDP daňového ručitele považuje nikoli za daňový subjekt dle § 6, ale za osobu zúčastněnou na řízení dle § 7 odst. 2 písm. d) tohoto zákona.

Poněkud složitější situace dále nastává v případě, kdy je v důsledku nečinnosti daňového subjektu daň stanovena za použití pomůcek. V takovém případě dochází k nutnému balancování mezi zařazením použitých pomůcek, které má správce daně k dispozici a na základě nichž daň za jejichž použití stanovil, do veřejné a neveřejné části spisového materiálu. Je nepochybné, že s právem na informace ve věci stanovení vlastní daňové povinnosti (byť v důsledku nesoučinnosti daňového subjektu pomůckami) souvisí právo daňového subjektu nahlížet do správcem daně užitých pomůcek. Jsou-li však jako pomůcky použity majetkové poměry, výsledky hospodaření a další skutečnosti, které jsou správci daně známy z daňového řízení vedeného s odlišným daňovým subjektem, je zcela nezbytné, aby tyto byly při nahlížení daňového subjektu do spisu (jemuž je daň za použití pomůcek stanovena) upraveny tak, aby nebyl ohrožen zájem dalšího daňového subjektu (jako pomůcka sloužícího), a to v souladu s ust. § 24 ZSDP. Daňový subjekt jemuž je za použití pomůcek vyměřeno tak pozbývá v dané situaci právo, aby byl seznámen s kompletním a nepozměněným podkladem, který pro toto stanovení daně byl použit. Tento zásah do jinak obecného práva na informace v rámci daňového řízení je však dán souběžným zájmem jiného daňového subjektu vůči němuž nese každý pracovník správce daně povinnost a musí splňovat zákonný požadavek na to, aby dodržel mlčenlivost zejména o poměrech daňových subjektů jak osobních, tak i souvisejících s podnikáním.

Pro úplnost je však třeba závěrem dodat, že správce daně nemá povinnost z vlastní iniciativy seznámit daňový subjekt s pomůckami zjištěnými u daňového subjektu, taková povinnost správci daně ze zákona nevyplývá a v daném případě daňový subjekt musí své právo na seznámení uplatnit.

4. ÚŘEDNÍ JAZYK

S právem na informace v daňovém řízení, a to zejména za situace, kdy se jedná o úkony při nichž je vedeno ústní protokolované jednání správcem daně či jsou správci daně předkládány k důkazu listinné materiály, velmi úzce souvisí právě problematika úředního jazyka, tedy jazyka v němž se jedná před správcem daně. Zde je nutno pro úplnost uvést, že jednáním před správcem daně je nutno rozumět i samotné jednání správce daně prostřednictvím jeho úředních osob. Bez ohledu na formální dikci ust. § 3 odst. 1 ZSDP (správce daně může při ústním jednání připustit tlumočnicka) je nutno uvést, že pokud daňový subjekt s nímž je vedeno správcem daně daňové řízení prohlásí, že neovládá jazyk (český či slovenský) v nichž se vede před správcem daně jednání, pak je nutností, s ohledem na znění čl. 37 odst. 4 LZPS, aby správce daně do řízení tlumočnicka připustil, pokud si jej na své náklady obstará daňový subjekt a tento své právo na tlumočnicka řádně uplatnil.

Zvláštností procesní úpravy úředního jazyka v daňovém řízení pak je to, že občané České republiky příslušející k národnostním a etnickým menšinám mohou jednat před správcem daně ve svém jazyce, musí si však obstarat tlumočnicka zapsaného v seznamu tlumočnicků. Náklady na tohoto tlumočnicka nese správce daně.

5. PROJEDNÁNÍ ZPRÁVY O DAŇOVÉ KONTROLE A SEZNÁMENÍ DAŇOVÉHO SUBJEKTU S VÝSLEDKY DOKAZOVÁNÍ

Úvodem je vhodné poznamenat, že daňovou kontrolou pracovník správce daně zjišťuje nebo prověřuje daňový základ nebo jiné okolnosti rozhodné pro správné stanovení daně u daňového subjektu nebo na místě, kde je to vzhledem k účelu kontroly nejvhodnější. Je pak samozřejmé, že v rámci provádění daňové kontroly dochází ke shromažďování širokého

spektra důkazních prostředků a ve svém důsledku i ke shromáždění rozsáhlého množství informací, z nichž pak dále vychází správce daně při dokazování a tyto jsou tedy základem na nichž stojí výsledná zpráva o daňové kontrole a případně tedy i dodatečné vyměření daně. S ohledem na skutečnost, že samotná daňová kontrola je z časového hlediska úkonem, resp. procesním institutem v rámci něž jsou vykonávány dílčí úkony³, který od zahájení do ukončení může trvat mnoho měsíců, dle úrovně spolupráce kontrolovaného daňového subjektu a třetích osob i déle (tedy oproti obecnému správnímu řízení⁴ i několikanásobně delší dobu aniž by docházelo k nečinnosti správce daně kontrolu vykonávajícího). Z tohoto důvodu je nanejvýše vhodné, aby kontrolovaný daňový subjekt využíval po celou dobu všech svých práv, které mu slouží k přístupu k informacím v průběhu daňové kontroly. Jedná se zejména o dílčí oprávnění v rámci celého procesního institutu - daňové kontroly - nevyjímaje výše analyzované právo nahlížet do spisu (v daném případě kontrolního) a s přihlédnutím k dalším specifikům daňové kontroly pak zejména o práva dle ust. § 16 odst. 4 ZSDP, a to :

- být přítomen jednání s pracovníky správce daně;
- být přítomen jednání se svědkem a znalcem, dále pak klást svědkům, znalcům otázky při ústním jednání a místním šetření;
- vyjádřit se před ukončením daňové kontroly k výsledku uvedenému ve zprávě, ke způsobu jeho zjištění, případně navrhnout jeho doplnění;
- nahlížet u správce daně kdykoliv v jeho obvyklou úřední dobu do převzatých dokladů.

V případě práva na přítomnost při jednání pracovníků správce daně se jedná zejména o jimi v rámci daňové kontroly činěné úkony mimo sídlo správce daně, tj. např. při místním šetření, ale i právo být přítomen jiným než písemným úkonům pracovníků správce daně vůči dalším osobám.

Co se týče práva být přítomen jednání se svědkem a znalcem a klást těmto otázky, pak toto právo souvisí předně a zejména s povinností nesení důkazního břemene ohledně svých tvrzení daňový subjektem, ale slouží i k zajištění dostatečných informací daňového subjektu o takovýchto úkonech správce daně, a to včetně práva na vydání stejnopisu protokolu o ústním jednání z takových úkonů správce daně.

Velmi zásadním právem daňového subjektu, je právo vyjádřit se před ukončením daňové kontroly k jejímu výsledkům. Vyjdeme-li z faktu, že daňová kontrola je ukončena podepsáním zprávy o daňové kontrole, pak právu daňového subjektu zakotvenému v ust. § 16 odst. 4 písm. f) ZSDP tj. vyjádřit se k výsledku uvedenému ve zprávě o daňové kontrole, odpovídá povinnost správce daně před projednáním zprávy seznámit kontrolovaný subjekt s tímto výsledkem. Toto právo nelze zaměňovat s právem kontrolovaného subjektu na

³ např. vydávání výzev k dokazování dle ust. § 31 odst. 9 ZSDP, předvolávání a konání výslechu svědků (dalších osob), provádění místního šetření, apod.

⁴ viz. lhůty dle ust. § 70 an. správního řádu

projednání zprávy. Jde o dva odlišné instituty, které nelze spojovat, pokud není kontrolní zpráva bez nálezu⁵.

V praxi se pak je možno setkat se situacemi, kdy ani právo na seznámení se s výsledky daňové kontroly, projednání zprávy o daňové kontrole a její převzetí není realizováno právně ideálním způsobem, tj. že bez dalšího dojde k seznámení daňového subjektu s výsledkem a jeho vyjádření se k němu, projednání závěrečné zprávy o daňové kontrole (jejího podepsání) a jejímu převzetí. V zásadě je možno tyto situace shrnout takto:

Zpráva o daňové kontrole nebyla s daňovým subjektem projednána, neboť daňový subjekt byl předvolán, ale předvolání na poště nepřevzal (tudíž toto předvolání bylo doručeno uplynutím lhůty 15 dnů). Jelikož daňový subjekt ve faktické rovině, byť fikcí má předvolání doručeno, nedorazí k projednání zprávy o daňové kontrole, je nutno mu toto odeslat poštou, aby se měl právo s tímto seznámit, alespoň touto cestou.

Zpráva o daňové kontrole nebyla s daňovým subjektem projednaná, daňový subjekt byl předvolán, předvolání převzal, ale nereagoval na ně a nedostavil se – neomluvil se, nepožádal o změnu termínu, apod. V takovém případě opětovně nezbývá, než zprávu o daňové kontrole odeslat v poštovní zásilce s doručenkou.

Zpráva o daňové kontrole byla s daňovým subjektem projednaná, daňový subjekt bezdůvodně odmítl podpis a zprávu nepřevzal. V takové situaci je třeba vyjít z toho, že bezdůvodné odepření podpisu kontrolovaným subjektem je bezvýznamné pro platnost ve zprávě uvedených zjištění, dále je třeba zprávu o daňové kontrole odeslat v poštovní zásilce s doručenkou.

Zpráva o daňové kontrole byla projednaná, daňový subjekt ji podepsal, ale nepřevzal – v takovém případě je den podpisu zprávy již dnem jejího doručení (rozdíl oproti předchozím situacím sub. ad. 1. - 3.), ale dále je třeba zprávu o daňové kontrole odeslat v poštovní zásilce s doručenkou.

6. KONKLUDENTNÍ VYMĚŘENÍ

Další odlišnost daňového řízení ve vztahu k právu daňového subjektu na informace lze nalézt v ust. § 40 odst. 5 ZSDP, který stanoví, že neodchyluje-li se vyměřená daň od daně uvedené v daňovém přiznání nebo hlášení, nemusí správce daně sdělovat daňovému subjektu výsledek vyměření, pokud o to daňový subjekt výslovně nepožádá nejpozději do konce příštího zdaňovacího období. Základním smyslem tohoto institutu – tzv. konkludentního vyměření daně – je hospodárnost daňového řízení, kdy zároveň je konstruována právní fikce v tom směru, že v takovém případě se za den vyměření daně a současně za den doručení tohoto rozhodnutí daňovému subjektu považuje poslední den lhůty pro podání daňového přiznání nebo hlášení, a bylo-li daňové přiznání nebo hlášení podáno opožděně, den, kdy došlo správci daně. Je nepochybné, že daňovému subjektu se v takovém případě nedostává kvalifikované informace o vyměření jeho daňové povinnosti platebním výměrem, tedy rozhodnutím, ale poslední mu známou informací ohledně stanovení jeho daňové povinnosti mu tak zůstává výše jím v daňovém přiznání tvrzené daňové povinnosti v kombinaci s během času (uplynutí

⁵ Radvan, M. a kol., Finanční právo a finanční správa, Berní právo, Brno: Masarykova univerzita a nakladatelství Doplněk, 2008, str. 176, ISBN 978-80-210-4732-7

lhůty), coby skutečnosti právní. Z důvodů právní jistoty účastníků řízení však praxe dovodila potřebu vyznačit skutečnost samotného konkludentního vyměření daně, tedy v souladu s daňovým přiznáním, přímo do tohoto formuláře, a to pracovníkem správce daně, s tím, že tento záznam stejně jako daňové přiznání ho obsahující je samozřejmě součástí veřejné části daňového spisu dotčeného daňového subjektu. Tomu pak odpovídá, jak výše uvedeno, právo daňového subjektu do tohoto spisu kdykoli nahlížet (respektující principy fungování správního orgánu, nikoli však nutně vázán vymezením tzv. úředních dnů správce daně).

7. PRÁVO NA INFORMACE V ODVOLACÍM ŘÍZENÍ

Jak uvedl Krajský soud v Hradci Králové ve svém rozsudku sp. zn. 31 Ca 228/2004 ze dne 30. 6. 2005 - jestliže odvolací orgán změnil svým rozhodnutím názor orgánu prvního stupně na posouzení věci, aniž však dá daňovému subjektu – odvolateli možnost jakkoliv uplatnit své námitky proti takovému novému závěru, jde o porušení procesních práv zajištěných daňovému subjektu ustanovením § 2 odst. 2 ZSDP. ZSDP umožňuje dle ust. § 50 odst. 3 v rámci odvolacího řízení široký přezkum věci, přičemž nové právní posouzení, ale i např., nová zjištění mohou vést ke změně rozhodnutí. I tehdy, jde-li o řízení před vydáním konečného rozhodnutí, proti němuž daňový subjekt nemá obranu řádným opravným prostředkem, mělo by být dbáno jeho procesních práv, tedy měl by být s možností jiného právního posouzení seznámen a měla by mu být dána možnost proti takovému novému posouzení vznést argumenty, či navrhnout důkazy takový závěr vylučující.

Jak dále uvedl Krajský soud v Ústí nad Labem v rozsudku sp. zn. 59 Ca 26/2003 ze dne 19.10.2005 s odkazem na rozsudek NSS sp. zn. 4 Afs 34/2003 ze dne 27.5.2005 platí, že pokud se odvolací orgán rozhodne pro změnu prvostupňového rozhodnutí a postupuje dle ust. § 50 odst. 3 ZSDP, jsou mu v rámci odvolacího řízení dány rozsáhlé pravomoci. Odvoláním napadené rozhodnutí obligatorně přezkoumá v rozsahu požadovaném v odvolání. Přitom vyjdou-li při přezkoumávání najevo skutečnosti odvolatelem sice neuplatněné, ale mající podstatný vliv na výrok rozhodnutí, může k nim odvolací orgán rovněž při rozhodování přihlídnout. Při tom není odvolací orgán vázán návrhy odvolatele a může proto změnit rozhodnutí odvoláním napadené i v neprospěch odvolatele, neuplatní se zde zákaz reformatio in peius. V rámci odvolacího řízení může odvolací orgán výsledky daňového řízení doplňovat, odstraňovat vady řízení anebo toto doplnění nebo odstranění vad uložit správci daně se stanovením přiměřené lhůty. Podle ustálené judikatury týkající se výkladu uvedeného ustanovení daňového řádu je však odvolací orgán povinen při tomto postupu dodržovat základní zásady daňového řízení. Mezi tyto základní zásady patří mimo jiné i zásada dvojinstančnosti daňového řízení, zásada zákonnosti ve smyslu 2 odst. 1 ZSDP, v rámci níž je správcům daně uložena povinnost dbát na zachování práv a právem chráněných zájmů daňových subjektů, zásada součinnosti a spolupráce s daňovým subjektem dle § 2 odst. 2 a odst. 9 ZSDP.

Z uvedeného je nutno dovodit, že pokud žalovaný jako odvolací orgán ve svém rozhodnutí vychází z důkazů, jež byly pořízeny až v rámci odvolacího řízení, je právem daňového subjektu být seznámen s těmito důkazy a způsobem zjištění skutečností rozhodných ke stanovení základu daně a daně, tak aby měl daňový subjekt možnost se před vydáním rozhodnutí k těmto důkazům vyjádřit a případně navrhnout či předložit důkazy vlastní. Rovněž pokud žalovaný jako odvolací orgán zaujme na základě důkazů provedených v odvolacím řízení odlišný právní názor, než jaký zaujal finanční úřad ve zprávě o daňové kontrole, na základě jejichž výsledků byl vydán napadený dodatečný platební výměr, a na základě nového hodnocení důkazů a nových právních úvah jinak rozhodne o daňové

povinnosti daňového subjektu, má daňový subjekt i v rámci odvolacího řízení právo být s tímto novým hodnocením důkazů a novými právními úvahami odvolacího orgánu seznámen, tak aby mohl využít svého práva dle § 48 odst. 7 ZSDP, tedy doplňovat a pozměňovat údaje v odvolání, a proti novému právnímu názoru vznést argumenty, navrhnout nebo předložit vlastní důkazy, neboť v této fázi řízení již nemá právo bránit se samostatně řádným opravným prostředkem. Pokud tak odvolací orgán neučiní, porušuje zásadu dvojinstančnosti a zásadu součinnosti a spolupráce s daňovým subjektem.

Uvedený rozbor z judikatury je tedy možno uzavřít s tím, že soudní praxí je odvolací řízení o podaném odvolání proti dodatečnému platebnímu výměru chápáno jako jakési pokračování daňové kontroly vykonávané prvostupňovým správcem daně s tím, že tomuto pojetí musí dle pohledu soudů i nutně odpovídat zachování procesních oprávnění daňového subjektu, která tento má v případě, že je u něj prováděna daňová kontrola. Soudní praxe tak klade vysoký důraz na právo na informace – seznámení daňového subjektu (odvolatele) – ohledně provedení dokazování, resp. na jejich souhrnný, správcem daně vystavený obraz. Zde je nutno podotknout, že tento závěr soudy vztáhly výhradně ke změnovým rozhodnutím, daňovému subjektu v pozici odvolatele tak de facto přiznávají výhodnější postavení, alespoň co se týče práva na informace ohledně probíhajícího odvolacího řízení toliko v případě, že se odvolací orgán rozhodne prvostupňové (odvoláním napadené) rozhodnutí změnit. Toto však neplatí toliko a pouze v případě, že odvolací orgán doplňuje dokazování a mění rozhodnutí odvoláním napadené, ale i případů, kdy odvolací orgán jinak oproti prvostupňovému správci daně posoudí skutková zjištění skutečněná v průběhu daňové kontroly (obsažené ve zprávě o ní pořízené). Ve svém důsledku je tedy pro daňový subjekt v pozici odvolatele z pohledu jeho přístupu k informacím v odvolacím řízení výhodnější situace, kdy se odvolací orgán rozhodne změnit rozhodnutí napadené odvoláním, neboť v případě, kdy odvolání zamítá je odvolatel odkázán pouze na písemné odůvodnění rozhodnutí a nadto v případě, že se rozhodne prvostupňové rozhodnutí zrušit, není mnohdy odkázán ani na toto⁶.

8. ZÁVĚR

Z výše uvedeného lze dle autorů článku vyvodit, že právní úprava daňového řízení příliš s realizací práva na informace nepočítá. Toto je způsobeno v některých případech starší právní úpravou daňového procesu (například v případě poučovací povinnosti) a v jiných zase snahou zákonodárce o striktní uplatňování zásady mlčenlivosti a neveřejnosti v průběhu daňového procesu. Zmíněnou striktnost zákonodárce se snaží překlenout rozhodovací praxe soudů různých instancí a v důsledku tak dochází k významným interpretačním změnám institutů daňového řízení, tak jak je tomu např. v případě institutu nahlížení do spisu. Otázkou tak občas zůstává, zda obecné soudy nepřekračují míru svých pravomocí a nesnaží se svou činností nahrazovat činnost zákonodárce a tím pádem porušovat principy dělby moci v demokratickém státě. Je nepochybné, že v prvotním úmyslem soudní moci je ochrana zájmů daňových subjektů před nezákonným postupem orgánů veřejné moci, které vůči nim disponují mocenskými nástroji a jsou tak ve vztahu nadřazeném. Na druhou stranu je však nutno konstatovat, že v mnoha případech jde spíše o ojedinělý exces, na základě kterého není nutno násilně interpretovat právní instituty. Správci daně se dle zkušeností a znalostí autorů v drtivé většině snaží postupovat takovým způsobem, aby byla naplněna zásada spolupráce a

⁶ viz. ust. § 50 odst. 7 ZSDP - rozhodnutí o odvolání musí být odůvodněno, pokud se v něm nevyhovuje odvolání v plném rozsahu

součinnosti. Projevem těchto zásad je také široká aplikace práva na informace nad rámec zákonné úpravy. Otázkou tak zůstává zda uvedená rozhodovací činnost soudů občas nevede ke znemožnění práva státu na řádnou kontrolu a vybrání daňových povinností což se ve svém důsledku znamená negativní dopad na celé fungování státu. Za příklad lze uvést výše uvedené umožnění nahlížení do předkládací zprávy. Autoři se tak ve svém článku snažili přiblížit instituty daňového řízení, které jsou dle jejich názoru nejvíce ovlivněny právem na informace. Analýzou těchto institutů došli k závěru, že právo na informace je v daňovém řízení aplikováno a to v důsledku postupu správců daně nebo judikatorní činnosti obecných soudů.

Literature:

- Rozehnal, Tomáš, Neodstranění vad podání v daňovém řízení ve světle nejvýznamnějších procesních předpisů České republiky. In Dny veřejného práva. Brno : Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně, 2007. od s. 583-590, 7 s. ISBN 978-80-210-4430-2.
- Radvan, M. a kol.: Finanční právo a finanční správa, Berní právo. Brno: Masarykova univerzita a nakladatelství Doplněk, 2008. str. 176, ISBN 978-80-210-4732-7

Reviewer:

Petr Mrkývka

Contact – email:

61238@mail.muni.cz - david.jerousek@br.ds.mfcr.cz

INFORMATION IN LAW IN RUSSIA NOWADAYS

NIKITA KORNILOV

Law faculty of the SUAI, Russia

Abstract:

There is quite a big influence of legal sphere on information processes in modern society. First of all this is due to growing impact of information technologies in all areas of our life as well as globalization of information technologies. Electronic documents and even actions of some internet users may be under legal control nowadays. This is obvious that law has to be up-to-date with current technological progress. In this report author considers mechanisms that regulate information processes in Russian Federation, gives commentary on some laws, decrees and other legal documents regulating that area.

Key words:

Information; Law; Russia; Russian Federation.

Amongst most important documents is presidents decree from 28th june №966 1993 "On the concept of legal informatization of Russia". There are defined main targets of legal informatization of Russian Federation in this document:

1. Informational and legal support for the internal activities of the State.
2. Information and legal support for external relations of subjects to the state bodies including individuals
3. Conservation and structuring of the information field

To achieve the stated targets it is necessary to solve following tasks:

1. Development of the foundations of public policy in area of formation and usage of informational and legal resources.
2. The development of legal informatization industry.
3. Coordination of works on formation and usage of informational and legal resources.
4. The organization and financing of works on informatization of legal sphere.
5. Ensure of certification and licensing of informational resources and information services in the legal field.
6. Ensuring exchange of information of different levels by banks in a single informational and legal space.

According to article 3 of the Federal Law on Information, Information Technology and Data Protection legal regulation of relations arising in the field of information, informational technologies and data protection is based on the following principles:

1. Freedom of search, reception, transmission, production and dissemination of information by any lawful means;
2. Limitations of access to information only by federal laws;
3. Openness of information about the activities of state bodies and local government and free access to such information except cases established by federal laws;
4. Equality of languages of people of the Russian Federation in the creation of informational systems and their operation;
5. Ensuring of the security of the Russian Federation in the creation of information systems, their maintenance and protection of the information contained therein;
6. Reliability of information and timeliness of its delivery;
7. Privacy, prohibition of collection, storage, use and dissemination of information about the private life of a person without his consent;
8. Inadmissibility of establishing of any benefits of application of some informational technologies over the others by normative legal acts, if only mandatory of usage of certain informational technologies for the creation and maintenance of government information systems is not set by federal laws.

Article 5 of the Act expands the notion of information as an object of legal relations:

1. Information may be a subject of public, civil and other legal relations. Information may be freely used by anyone and passed from one person to another person if federal law does not set restrictions on access to information or other requirements to the order of its presentation or distribution.
2. Information depending on the category of access to it is divided into publicly available information as well as information with access restricted by federal laws (information of restricted access).
3. Information depending on the order of its presentation or distribution is divided into:
 - a. freely distributed information;
 - b. information provided under the agreement of persons involved in relevant relations;
 - c. information which is in accordance with federal laws is subject to the provision or distribution;
 - d. information dissemination of which in the Russian Federation is restricted or prohibited.
4. The laws of the Russian Federation may establish the types of information depending on its content or holder.

How is informational area being managed in Russia? Article 12 of considered law answers this question:

1. State regulation in the field of application of informational technologies provides:
 - a. regulation of relations connected with the search, acquisition, transfer, production and distribution of information with application of informational technologies (informatization) based on the principles established by this Federal Law.
 - b. development of informational systems for various purposes to provide citizens (individual persons), organizations, government bodies and local governments with information as well as providing the interaction of such systems;
 - c. creating conditions for effective use of information and telecommunication networks in the Russian Federation including Internet and other similar information and telecommunication networks.
2. State bodies, local governments in accordance with their powers:
 - a. involved in the development and implementation of targeted programs of usage of informational technologies;
 - b. Create information systems and provide access to the information therein in Russian and public language of the republic within the Russian Federation.

What is electronic document? In literature the notion of electronic document does not have a certain explanation. Computer specialists consider carrier of information as an electronic document.

Legal specialists believe that electronic document is a carrier of such information which methods of fixation are given special legal attention by current legislation.

The legal significance of any kind of documents is expressed in their ability to raise certain legal consequences, i. e. by a specific way to influence on creation, modification or termination of the appropriate legal relations.

Here is the most current definition of the notion of an “electronic document”: electronic document – is a form of preparation of sending, receiving or storing information via electronic facilities, recorded on a magnetic disk, magnetic tape, compact disc or other electronic material carrier.

Author (of an electronic document) is an individual or legal person who created or on whose behalf an electronic document is created with usage of electronic technology.

Every epoch of informational relations creates its own legal norms and legal institutes. The author believes that many challenges of modern society closely related to the electronic environment of social communication. They demand adequate answers from modern legal theory and law practise. One of this answers is informational law followed in line with global trends.

Literature:

- Presidents decree 28.06.1993 №966 “On the concept of legal informatization of Russia”.
- Federal Law 27.07.2006 №149 “on Information, Information Technology and Data Protection”.
- Federal Law 10.01.2002 №1 “On Electronic digital signature”.
- Constitution of Russian Federation (ratified 12 dec. 1993) – Moscow.:Urid.Lit., 1993. – 64

Reviewer:

Viktor Boer

Contact – email:

Nikita.kornilov@gmail.com

POVINNOST UVEŘEJNIT PROSPEKT CENNÉHO PAPÍRU

LIBOR KYNCL - MICHAL RADVAN

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Cílem tohoto příspěvku je rozebrat povinnost uveřejnit prospekt cenného papíru z pohledu finančněprávní regulace kapitálového trhu. Uveřejnění prospektu cenného papíru je základní povinností spojenou s veřejnou nabídku cenných papírů, která činí kapitálový trh více zákaznický orientovaným. Zaměříme se zejména na právní aspekty této oblasti, přestože zde existuje mnoho ekonomických a marketingových aspektů prospektů cenných papírů, které jsou velmi důležité pro veřejnou nabídku cenných papírů.

Key words in original language:

Povinnost; Uveřejnit; Prospekt cenného papíru; Cenný papír; Investiční nástroj; Veřejná nabídka; Registrační dokument; Emitent.

Abstract:

The aim of this paper is to analyze the obligation to publish a security prospectus in the view of the financial law regulation on the capital market. Publishing a security prospectus is main obligation connected with public offer of securities and creates the capital market more suitable for customers. We will focus mainly on the legal aspects of the area although there are also economic and marketing aspects of prospectuses which are very important for activities with public offering of securities.

Key words:

Obligation; publish; security prospectus; security; investment instrument; public offering; registration document; issuer.

1. ÚVOD

Cílem tohoto příspěvku je rozebrat povinnost uveřejnit prospekt cenného papíru z pohledu finančněprávní regulace kapitálového trhu. Uveřejnění prospektu cenného papíru je základní povinností spojenou s veřejnou nabídku cenných papírů, která činí kapitálový trh více zákaznický orientovaným. Zaměříme se zejména na právní aspekty této oblasti, přestože zde existuje mnoho ekonomických a marketingových aspektů prospektů cenných papírů, které jsou velmi důležité pro veřejnou nabídku cenných papírů.

2. VEŘEJNÁ NABÍDKA CENNÝCH PAPÍRŮ OBECNĚ

Veřejná nabídka cenných papírů probíhá nejčastěji formou kótování cenných papírů na regulovaném trhu s investičními nástroji (na burze). Existují i další možnosti, například veřejná nabídka v mnohostranném obchodním systému, vždy však platí velmi přísná veřejnoprávní regulace. Veřejnou nabídkou cenných papírů přitom rozumíme jakékoliv sdělení širšímu okruhu osob, obsahující informace o nabízených cenných papírech a

podmínkách pro jejich nabytí dostatečné k tomu, aby investor učinil rozhodnutí koupit nebo upsat tyto cenné papíry. V anglické literatuře se často užívá pojmu public placement.¹

Opakem veřejné nabídky je nabídka neveřejná, tzv. private placement,² která je určena pouze malé skupině investorů - osobám stanoveným konkrétním výčtem nebo druhovým určením určité uzavřené skupiny osob, kdy nejsou na emitenta kladeny povinnosti v rozsahu jako u veřejné nabídky. Rozdíly v soukromoprávní regulaci se týkají například požadavků na základní kapitál akciové společnosti u veřejné nabídky akcií,³ zatímco rozdíly ve veřejnoprávní regulaci obou typů nabídek se budeme věnovat nadále.

Dědič dovozoval dle právní regulace účinné v roce 1994, že veřejnou nabídku cenných papírů lze provádět pouze se zastupitelnými cennými papíry a celá emise veřejně obchodovatelných cenných papírů musí mít stejnou podobu, tedy buď zaknihovanou nebo listinnou.⁴ Dle našeho názoru je tento teoretický princip platný i nadále, přestože v právní regulaci kapitálového trhu proběhly zásadní novelizace.

3. POJEM PROSPEKTU CENNÉHO PAPIŘU

Nejpozději na počátku veřejné nabídky je třeba vyhotovit a uveřejnit tzv. prospekt cenného papíru,⁵ jímž je standardizovaný dokument obsahující veškeré informace, které by měl investor vzít v úvahu při svém investičním rozhodování. Podmínkou pro uveřejnění prospektu je jeho schválení Českou národní bankou.

Povinnost uveřejnit prospekt neplatí pro nabídku cenných papírů určenou výhradně kvalifikovaným investorům (banky, obchodníci s cennými papíry, finanční instituce, právnické osoby splňující alespoň dvě ze tří kritérií – výše aktiv, výše obratu, počet zaměstnanců), určenou omezenému počtu osob, omezenou výší investice či jmenovitou hodnotou, nabízených v souvislosti s nabídkou převzetí výměnou za jiné cenné papíry v souvislosti s fúzí společnosti, nabízených bezúplatně dosavadním akcionářům či zaměstnancům, rozdělovaných jako forma dividendy apod. Tyto případy jsou označovány

1 Viz Smutný, A. Nové nástroje na kapitálových trzích - Veřejná nabídka cenných papírů [citováno 1. června 2009]. Dostupný z: <http://portal.justice.cz/justice2/soubor.aspx?id=65673>.

2 Srovnej Smutný, A. Nové nástroje na kapitálových trzích - Veřejná nabídka cenných papírů [citováno 1. června 2009]. Dostupný z: <http://portal.justice.cz/justice2/soubor.aspx?id=65673>.

3 Viz §§ 162 odst. 3 a 172 zákona č. 513/1991 Sb., Obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

4 Srovnej Dědič, J.: Vydávání cenných papírů. In Dědič, J., Pauly, J.: Cenné papíry, Praha: Prospektrum, 1994, s. 220, ISBN 80-85431-98-X, s. 29.

5 Prospekt cenných papírů v současné podobě vychází z komunitární regulace v směrnici č. 2003/71/ES, o prospektu, který má být zveřejněn při veřejné nabídce nebo přijetí cenných papírů k obchodování, a o změně směrnice 2001/34/ES, v aktuálním znění, která byla transponována do vnitrostátních předpisů.

jako tzv. safe harbours nebo safe harbors.⁶ Tento název vychází z právní regulace ve Spojených státech amerických.⁷

Výjimečným typem prospektu je prospekt základní, který nemusí obsahovat konečné podmínky vztahující se k jednotlivým emisím cenného papíru a který smí být vyhotovován a uveřejňován pouze:

- u dluhopisů, opčních listů a jiných warrantů v rámci nabídkového programu a
- u průběžně vydávaných dluhopisů, opčních listů a jiných warrantů, které vydává banka, instituce elektronických peněz nebo spořitelní a úvěrní družstvo, pokud se výnosy ukládají do aktiv zajišťujících krytí závazků až do data splatnosti a tyto výnosy jsou při platební neschopnosti určeny na splacení splatného kapitálu a úroků.

4. OBSAH PROSPEKTU CENNÉHO PAPÍRU

Prospekt musí obsahovat veškeré údaje, které jsou pro investory nezbytné k zasvěcenému posouzení nabízeného cenného papíru a práv s ním spojených, majetku a závazků, finanční situace, zisku a ztrát, předpokládaného budoucího vývoje podnikání a finanční situace emitenta. Vhodné jsou i informace o vedoucích osobách. Musí být formulován srozumitelně a umožňovat snadnou analýzu. Prospekt je složen ze tří částí:

- tzv. registrační dokument obsahuje údaje o emitentovi;
- doklad o cenném papíru poskytuje údaje o cenném papíru;
- shrnutí prospektu je souhrnný, dokladem, který by měl sloužit jako základní zdroj informací pro neprofesionální investory.

Z výše uvedeného lze dovodit, že vyjma prokazatelných historických faktů, které zahrnují vývoj a současný stav týkající se emitenta, jsou obsahem prospektu i prohlášení týkající se očekávání do budoucna, tzv. forward-looking statements. Obsah těchto prohlášení v českém právu není přesně omezen, jejich omezení však zakládá právo USA stanovující, že takovéto prohlášení musí být identifikovatelné užitím předepsaných slov, jako například "believe," "estimate," "anticipate," "plan," "predict," "may," "hope," "can," "will," "should," "expect," "intend," "is designed to," "with the intent" a "potential".⁸ Tuto zahraniční regulaci nelze v České republice aplikovat, přesto však toto pravidlo lze považovat za doporučující, neboť je přinejmenším vhodné, aby prohlášení směřovaná do budoucna byla odlišena od údajů o historickém a aktuálním vývoji a stavu.

6 První uvedený název je britskou formou tohoto pojmenování, druhý uvedený americkou formou tohoto pojmenování.

7 Je zakotven v Securities Act of 1933 v aktuálním znění v Section 2(a)(10). Viz např. National Archives and Records Administration. Federal Register / Vol. 70, No. 148 / Wednesday, August 3, 2005 / Rules and Regulations [citováno 1. června 2009]. Dostupný z: <http://www.sec.gov/rules/final/33-8591fr.pdf>.

8 Srovnej section 27A of the Securities Act of 1933 v aktuálním znění.

Prospekt cenného papíru musí být kompletně objektivní oproti marketingovým dokumentům, které jsou často prezentovány zákazníkům zároveň s ním a které nemají tak striktní právní regulaci – marketingové dokumenty nepodléhají schvalování Českou národní bankou a nemusí být uveřejněny jako prospekt. Marketingové dokumenty jsou slovy zákona klasifikovány jako tzv. propagační sdělení. Každé propagační sdělení týkající se veřejné nabídky nebo přijetí cenného papíru k obchodování na regulovaném trhu, při kterých platí povinnost vyhotovit prospekt, musí obsahovat informaci o tom, že prospekt byl nebo bude uveřejněn a kde je, nebo bude možné prospekt získat. Propagační sdělení šířené společně s jiným sdělením musí být zřetelně rozlišitelné a vhodným způsobem odděleno od ostatního sdělení.

Prospekt musí být vyhotoven česky nebo v případě, kdy bude cenný papír zároveň nabízen i v jiném členském státě Evropského společenství, česky i v jazyce daného druhého státu nebo česky a anglicky. Na žádost může Česká národní banka povolit, aby byl prospekt vyhotoven pouze anglicky, pak je nutné k němu připojit shrnutí v českém jazyce.

5. NÁLEŽITOSTI UVEŘEJNĚNÍ PROSPEKTU

Prospekt musí být uveřejněn bez zbytečného odkladu, obvykle přes internet na stránkách investora a obchodníka s cennými papíry. Mezi další způsoby pak patří např. celostátně distribuovaný deník, brožura, webové stránky organizátora regulovaného trhu atd.

Prospekt může být uveřejněn buď jako jeden dokument nebo rozdělen na více částí. Pokud je přistoupeno k rozdělení na části nebo pokud začleňuje další údaje formou odkazu, lze dokumenty a údaje tvořící prospekt uveřejnit a šířit samostatně – musí však být všechny uveřejněny výše uvedeným způsobem a každý z dokumentů musí uvádět, kde lze získat ostatní dokumenty tvořící úplný prospekt.

Pokud byl prospekt uveřejněn pouze na internetu, je emitent, jeho zástupce nebo obchodník s cennými papíry povinen potenciálnímu investorovi na žádost bezplatně zaslat nebo předat listinnou kopii prospektu.

Pokud prospekt uveřejněn nebyl, ač měl být uveřejněn, a přesto byla provedena veřejná nabídka cenných papírů, emitent se tímto dopustil jiného správního deliktu v režimu zákona o podnikání na kapitálovém trhu. To však emitovaný cenný papír nezabavuje platnosti. Cenný papír, pokud obsahuje všechny náležitosti, je totiž řádně vydán i přesto, že nebyly dodrženy náležitosti postupu při jeho vydání, byl-li první nabyvatel v dobré víře, že nabývá řádně vydaný cenný papír.⁹

6. ZDROJE PRÁVNÍ ÚPRAVY

Hlavní zdroj právní regulace prospektu v České republice je tvořen zákonem č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu, ve znění pozdějších předpisů. Na úrovni Evropského společenství tímto zdrojem je směrnice č. 71/2003/ES, v aktuálním znění,¹⁰ ze které byla

9 Srovnej § 5 odst. 4 zákona č. 591/1992 Sb., o cenných papírech, ve znění pozdějších předpisů.

10 Celým názvem směrnice č. 2003/71/ES, o prospektu, který má být zveřejněn při veřejné nabídce nebo přijetí cenných papírů k obchodování, a o změně směrnice 2001/34/ES, v aktuálním znění.

současná regulace prospektu implementována do národních právních řádů, přičemž byla stanovena lhůta k provedení do 1. 7. 2005. V České republice byla tato implementace provedena zákonem č. 56/2006 Sb. s účinností od 8. 3. 2006. Další důležitá novela přišla s implementací směrnice MiFID (směrnice o trzích finančních nástrojů),¹¹ která v České republice proběhla zákonem č. 230/2008 Sb. s účinností od 1. ledna 2009. Lhůta k implementaci druhé uvedené směrnice byla stanovena do 31. 1. 2007, přičemž však většina států Evropského společenství tuto lhůtu nesplnila.

7. MEZINÁRODNÍ ASPEKTY PROSPEKTU

Uvnitř Evropského společenství je prospekt vázán ke státu, kde byl schválen subjektem vykonávajícím dohled nad kapitálovým trhem, a je bez dalšího použitelný v tomto státě. Když emitent zamýšlí provést veřejnou nabídku cenných papírů i v jiném státě v rámci Evropského společenství (cílovém státě), může požádat subjektu dohledu ve státě, kde byl prospekt schválen, o poskytnutí osvědčení o schválení prospektu potvrzujícího, že prospekt byl vyhotoven v souladu s právem Evropských společenství, a kopie uvedeného prospektu subjektu vykonávajícímu dohled nad kapitálovým trhem v cílovém státě. Tyto dokumenty jsou zasílány v překladech, které zajistí emitent nebo jím pověřená osoba. Po tomto poskytnutí je prospekt považován ze zákona za schválený v cílovém státě bez dalšího a není předmětem dalšího schvalování.

8. ZÁVĚR

Cílem tohoto příspěvku byla analýza povinnosti uveřejnit prospekt cenného papíru při veřejné nabídce cenných papírů, jak je uložena jejich emitentům českým právem a právem Evropského společenství. Vzali jsme v tomto článku v úvahu současnou právní úpravu, vývoj právní úpravy i různé praktické aspekty s tímto institutem související. Prospekt se skládá ze tří základních částí, registračního dokumentu, dokladu o cenném papíru a shrnutí prospektu. Máme za to, že jsme dosáhli vytčených cílů, přičemž doporučujeme k dalšímu výzkumu oblast prohlášení směřovaných do budoucna, která jsou ve značné míře regulována právem kapitálového trhu ve Spojených státech amerických, ale v České republice jim prozatím nebylo věnováno příliš mnoho pozornosti. Dále považujeme za zajímavou oblast, pro kterou nebylo v tomto příspěvku dostatek prostoru, komparaci regulace prospektů mezi jednotlivými členskými státy Evropského společenství.

Literature:

- Dědič, J., Pauly, J.: Cenné papíry, Praha: Prospektrum, 1994, s. 220, ISBN 80-85431-98-X.
- National Archives and Records Administration. Federal Register / Vol. 70, No. 148 / Wednesday, August 3, 2005 / Rules and Regulations [citováno 1. června 2009]. Dostupný z: <http://www.sec.gov/rules/final/33-8591fr.pdf>.

11 Markets in Financial Instruments Directive, celým názvem Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/39/ES ze dne 21. dubna 2004 o trzích finančních nástrojů, o změně směrnice Rady 85/611/EHS a 93/6/EHS a směrnice Evropského parlamentu a Rady 2000/12/ES a o zrušení směrnice Rady 93/22/EHS, v aktuálním znění.

- Smutný, A. Nové nástroje na kapitálových trzích - Veřejná nabídka cenných papírů [citováno 1. června 2009]. Dostupný z: <http://portal.justice.cz/justice2/soubor.aspx?id=65673>.

Reviewer:
Ivana Pařízková

Contact – email:
libor.kyncl@law.muni.cz - michal.radvan@law.muni.cz

THE RIGHT TO INFORMATION ON THE ACTIVITIES OF PUBLIC ADMINISTRATION – COMMENTS ON THE BACKGROUND OF THE POLISH LEGAL SOLUTIONS

KATARZYNA MELGIEŚ

The John Paul II Catholic University of Lublin; Faculty of Law, Canon Law and Administration, Poland

Abstract:

An individual's right to information on the activities of public administration is one of the fundamental rights that would allow a wide use of social control over the organs of authorities and create a civil society. It is also important due to individual interests of citizens, in connection with exercising their subjective rights. Polish legal system, and first of all Constitution of Republic of Poland, guarantees the protection for the right to information in the wide scope. Nevertheless, an analyze of legislative solutions and relevant case studies improve that there are still some not precisely regulated areas concerning the subjective right that may causes that the individual will not be able to exercise the right to information effectively.

Key words:

the right to information; activity of public administration; openness of public authorities;

This paper focuses on the basic (general) legal regulations that are in force in the Polish legal system and that determine subjective and objective boundaries that apply to the exercising of the subjective public right, namely the right to information on the activities of public administration authorities. Consequently, it either passes over the issues that refer to particular regulations or only indicates them briefly. Such a framework is meant to achieve the main objective of concentrating on legal guarantees of the right to information, in particular those legal measures that allow verifying the behaviour of public administration authorities in this respect. It should be emphasized that a legal value of particular significance for the exercise of any subjective right can be found in those legal instruments that provide an individual with an opportunity to actually use the right in an effective way. In the context of the subject that this paper deals with, it is not only legal guarantees to obtain information as such that is important, but also guarantees related to the methods and quality of its communication.

It should be stressed that the right to information acquires particular significance in the relationship between an individual (citizen) and a public administration authority (the executive). This right, which is directly related to the transparency of public authorities, constitutes one of these basic rights that allow for a wide range of social control over individual authorities but also enable building a civil society. It is also important due to the individual interests of citizens in connection with the exercising of other subjective rights that are vested in them. From this point of view, it acquires additional significance, as exercising it

directly affects the standard and quality of administrative practice, thus becoming a vital structural part in the transparency of administrative activities¹.

In the Polish legal system, the right to obtain information on the activities of public administration and the related access guarantees have been granted under Article 61 of the Constitution². This right is included in the list of public subjective rights of a political nature³. Access to public information is considered to be a consequence of Article 4 para. 1 of the Constitution of Poland, adopting the rule that the supreme power is vested in the Nation, and from the ensuing subordination of state authorities to citizens. In fact, the Constitution of Poland of 1997 is the first act of the national law granting the right to information, understood as an information relationship between an individual and the state; more precisely, a possibility to demand information on the activities of entities that enjoy public control. On the other hand, specification of the manner and procedure in which information is granted, and consequently, how the right is exercised, has been delegated to the ordinary legislator. While specifying the list of subjects entitled to obtain information, Article 61 para. 1 of the Constitution of Poland narrows the entitled group to citizens only, which stems from the political nature of the right. Disputable as it is in the doctrine, the group of subjects entitled to demand information under the Constitution⁴ expands at the level of statutes, where the right to information is expressly extended to include any subject regardless of the citizenship factor. However, the system-maker has not precisely specified the list of subjects obliged to provide information, indicating only to whom the information should refer: organs of public authority and their activities as well as persons discharging public functions and other persons or organizational units to the extent in which they perform the duties of public authority and manage communal assets or property of the State Treasury. Undoubtedly, this circle should

¹ Cf. T. Górczyńska, *Prawo do informacji i zasada jawności administracyjnej* (Zakamycze, 1999), 21 ff.; T. Górczyńska, "Kilka słów o prawie do informacji i zasadzie jawności," *Państwo prawa. Administracja. Sądownictwo. Prace dedykowane prof. dr hab. Januszowi Łętowskiemu w 60. rocznicę urodzin*, A. Łopatka, A. Wróbel, S. Kiewlicz (Warsaw, 1999), 116 ff.

² Pursuant to Article 61 of the Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997 (J. of Laws No. 78, item 319 as amended – further: the "Constitution of Poland"): "para. 1 A citizen shall have the right to obtain information on the activities of organs of public authority as well as persons discharging public functions. Such right shall also include receipt of information on the activities of self-governing economic or professional organs and other persons or organizational units relating to the field in which they perform the duties of public authorities and manage communal assets or property of the State Treasury. para. 2 The right to obtain information shall ensure access to documents and entry to sittings of collective organs of public authority formed by universal elections, with the opportunity to make sound and visual recordings. para. 3 Limitations upon the rights referred to in paras. 1 and 2 above, may be imposed by statute solely to protect freedoms and rights of other persons and economic subjects, public order, security or important economic interests of the State. para. 4 The procedure for the provision of information, referred to in paras. 1 and 2 above shall be specified by statute, and regarding the Sejm and the Senate by their rules of procedure."

³ However, the right to be informed of the quality of the environment and its protection, which crystallizes the right to information in general, is undoubtedly the right of a social nature. Such understanding stems in particular from situating Article 74 para. 3 of the Constitution of Poland, under which everyone has the right to be informed of the quality of the environment and its protection, in that part of the Constitution of Poland that is devoted to freedoms and rights of economic, social and cultural character. For more details on the right to information as a constitutional subjective right. See in particular: M. Bednarczyk, *Obowiązek bezwziostkowego udostępniania informacji publicznej* (Warsaw, 2008) 26 ff.

⁴ *Ibidem*, 45-50.

include not only legislative and judicial authorities but also the executive, i.e. public administration. The latter will comprise public administration authorities in the strict sense and the entities known as administrating authorities, as well as any persons discharging their functions in such entities. Further discussion will be limited to these subjects, as such is the scope of issues identified at the beginning of this paper. A public administration authority should be understood, as J. Boć has it⁵, as a person or a group of persons within the organisational structure of a state or a territorial self-government that have been appointed in order to implement norms of the administrative law in a manner and with effects specific to that law, acting within the powers conferred upon them by law. The concept of an administrating authority should be applied to any subject upon which administrating functions have been conferred by law or for which there exist legally created grounds to vest the administrative function therein and the function was actually vested in the authority⁶.

The subject matter of a claim stemming from Article 61 of the Constitution of Poland is information on the activities of organs of public authority, including public administration, i.e. public information. As regards the foregoing, this paper assumes the concept of P. Fajgielski⁷ that information on the activities of public administration means information that is important for the completion of public tasks and constituting the knowledge of subjects, objects, actions, facts or states that is a significant enabling factor for the activities of public administration authorities as such or achieving expected results of these activities. It should be noted here that public information will constitute a competent entity's statement of knowledge concerning specific facts or regulatory environment or the ensuing legal consequences of both. This statement does not produce in itself any direct legal effects; nevertheless it may influence the exercise of certain rights or duties of a receiving party or third parties⁸.

The Constitution does not provide for a fixed method to make public information available. The methods for making information available as specified in Article 61 para. 2 of the Constitution of Poland (access to documents and guaranteed entry to sittings of collective organs formed by universal elections) are models only as they determine just the minimum scope and form of the information transferred. In fact, Article 61 of the Constitution of Poland does not specify in what language public information should be disclosed. Still, it may be inferred from Article 27 of the Constitution of Poland, stating that the official language of the Republic of Poland is Polish. On the other hand, in light of Article 4 of the Act of 7.10.1999 on the Polish Language⁹, the use of the Polish language is obligatory, in principle, for all public administration authorities.

⁵ As in: Prawo administracyjne, ed. J. Boć (Wrocław, 2007) 130. In particular, we should include here: government administration authorities, local government authorities and organs of a special status such as the National Broadcasting Council (KRRiT), the Supreme Chamber of Control (NIK), the Ombudsman for Children (RPD) and the National Bank of Poland (NBP).

⁶ Ibidem, 132.

⁷ Cf. P. Fajgielski, Informacja w administracji publicznej (Wrocław, 2007) 15.

⁸ In this way in particular: W. Taras, Informowanie obywateli przez administrację (Wrocław-Warsaw-Cracow, 1992) 21.

⁹ J. of Laws No. 90, item 999 as amended, further: the "Act on the Polish Language".

Procedures in which information is disclosed are specified in statutes. Taking into account the issues addressed by this paper, a fundamental act defining the general legal framework for the rules that govern obtainment of information on the activities of public administration is the Act of 6 September 2001 on Access to Public Information¹⁰. It is a general act applicable wherever there are no specific rules of access to public information. Another essential act is the Act of 14 June 1960 Code of Administrative Procedure¹¹ that governs access to information on individual administrative cases heard by public administration authorities. These acts constitute a direct source of provisions that justify the claim of those subjects who request access to public information from administrative authorities¹².

It is not without significance here to invoke the provisions of the European Code of Good Administrative Practice¹³. Although it is not legally binding, its significance as a standard-setting document for the activities of the Polish executive authorities cannot be questioned. It is also particularly useful when interpreting the provisions of the administrative substantive and procedural law in the discussed field.

Guarantees concerning the right to information on the activities of public administration as included in the Act on Access to Public Information are limited as to their subject matter by the concept of public affairs¹⁴, yet the legislator decided not to define it. In light of the regulations specified in the Act, the concept should be related to matters connected to completion of public tasks, discharging of public functions and disposing of public property. The right was granted to all subjects (natural persons, legal persons and non-corporate bodies) regardless of citizenship or the existing real or legal interest. Limitations upon otherwise unlimited access to official information arise from regulations on access to classified information and other statutorily protected secrets. Furthermore, the right to information is limited for reasons related to privacy of a natural person or a business secret. This limitation does not apply to information on persons discharging public functions and information connected with discharging of such functions, including on the circumstances of being

¹⁰ J. of Laws No. 112, item 1198 as amended, further: the “Public Information Act” (APIA).

¹¹ Consolidated text: J. of Laws of 2000 No. 98, item 1071 as amended, further in the text: “CAP”.

¹² It should be emphasized here that before the effective date of the Act on Access to Public Information, in areas not governed by specific regulations there had been a possibility – confirmed by judicial decisions (cf. judgment of the Supreme Administrative Court of 30 January 2002 (II SA 717/01), Cause List 2002, No. 7-8, item 68 – for an interested party to cite directly Article 61 of the Constitution of Poland (independent and direct applicability of the Constitution) as the grounds to claim access to public information. This was possible because of the direct applicability of the Constitution stemming from Article 8 para. 2 of the Constitution of Poland and the great level of detail of the subdivision included in Article 61 of the Constitution of Poland.

¹³ European Parliament Resolution – European Code of Good Administrative Practice adopted by the European Parliament on 6 September 2001, further: “ECGAP”. For more on the disputable legal character of the resolution, see K. Miaskowska-Daszkiewicz, “Prawo do dobrej administracji – uwagi na tle Rekomendacji Komitetu Ministrów Rady Europy CM/Rec (2007)7,” *Standardy wykonywania władzy publicznej*, ed. K. Miaskowska-Daszkiewicz, R.M. Pal (Lublin-Stalowa Wola, 2008) 146 ff.

¹⁴ Pursuant to Article 1 of the APIA every piece of information on public affairs constitutes public information within the meaning of that Act.

entrusted with the function or discharge thereof, also in the case when a natural person or a business entity resigns from their right¹⁵. The subjects that are obliged to disclose public information in light of the Act cited above are public authorities and other entities that carry out public tasks¹⁶. Consequently, these are also public administration authorities as defined for the purposes of this paper.

The Act defines the subject matter of the information claimed in very broad terms¹⁷. In terms of its scope it is connected with all information concerning public affairs.

The statement of knowledge, which public information constitutes, is given in the procedure specified in the Act on Access to Public Information and may take on different forms, ranging from oral information to the permanent record of reality, i.e. a document¹⁸.

Two basic groups of procedures for the provision of public information are: the basic procedure, consisting of the submission of information on an authority's own initiative in the Public Information Bulletin (BIP), and additional (auxiliary) procedures: a. the procedure consisting of providing information at the request of an interested party; b. the procedure of announcement of public information on an authority's own initiative by laying out or otherwise displaying in locations available to the general public or by installing devices that make it possible to become acquainted with public information; c. the procedure applicable to collective organs formed by universal elections, consisting of entry to sittings thereof and access to all materials that document their sittings¹⁹. Regardless of the procedure in which it is disclosed, public information should include at least the identifying data of a disclosing party and a person who has created the information or is responsible for its content as well as the date of disclosure.

¹⁵ Cf. Article 5 of the APIA. Among the statutorily protected secrets, the following should be named in particular: personal data protection, confidentiality in tax matters, bank secret, physician's professional secret, pharmacist's professional secret and the occupational secret of legal professionals. For details on access to classified information, see J. Zaleśny, "Dostęp do informacji niejawnych w sferze spraw publicznych," *Obywatelskie prawo do informacji*, ed. T. Gardocka (Warsaw, 2008) 37-72.

¹⁶ Cf. Article 4 of the APIA including a model list of obliged entities.

¹⁷ Pursuant to Article 6 of the APIA, the subject matter of the information may concern in particular: internal and foreign policy; information on organs of public authority, including their legal status and form, organisation, focus and powers, persons discharging functions therein, ownership structure and assets at their disposal; rules governing operations of such entities, including procedures for enacting public laws; methods for receiving and processing of cases; status of cases received, order of processing or settlement thereof; registers, records and files kept and the rules governing access to data included therein; and public data such as: content and form of official documents, content of administrative acts and other adjudications, information on public property, including property of the State Treasury and territorial government units as well as property of state and communal legal persons, public debt, public assistance and public burdens. For a detailed description of the types of information that is made available by public administration, see P. Fajgielski, *op. cit.* 74-112.

¹⁸ Pursuant to Article 6 para. 2 of the Act on Access to Public Information, an official document is the content of a declaration of intent or a statement of knowledge recorded and signed in any format by a public official as understood by the Penal Code, within the official's legal powers, addressed to another entity or filed to records of the case.

¹⁹ Article 7 of the APIA.

Provision of information on the authority's own initiative²⁰ is effected by: publication in the Public Information Bulletin (BIP) or placement by laying out or otherwise displaying in a location available to the general public. Such procedures may be obligatory or optional.

The BIP is developed as an official data communication medium meant for publication of public information. It constitutes a modern form of public information dissemination using a uniform system of sites on a data communication network. Pursuant to Article 8 para. 3 of the APIA, public administration authorities are to use this procedure obligatorily for information on the following groups of issues: internal and foreign policy²¹, public administration entities²², rules governing operations of such entities²³, contents of the documents that deal with the course and findings of audits and evaluations; information on the state of the nation, local governments and their organizational units and information concerning public property. It should be remembered, however, that pursuant to the disposition included in Article 8 para. 3 clause 2 of the APIA, public administration authorities may also use the BIP for dissemination of other public information.

On the other hand, the auxiliary access mode, i.e. dissemination of public information by laying out or otherwise displaying in locations available to the general public or by installing devices that make it possible to become acquainted with public information, may be used wherever access to the basic medium (BIP) is hindered by technical or financial constraints.

Public information is provided at the request of an interested party when it has not been disclosed on the authority's own initiative. In principle, readily available information is disclosed orally or in writing without a written request²⁴. It may be provided to the requesting party as unprocessed or processed information. Unprocessed information should be provided in a manner and form conforming to the applicable regulations and the request. Processed information is information that has been organized by an obliged subject with the use of additional effort and measures, based on the data owned in connection with the requesting party's demand and based on the criteria specified by the requesting party itself. Access to processed information is limited by legitimate social interest considerations.

The rule is that the information is made available at the request of an interested party without unnecessary delay, within 14 days at latest, unless the obliged entity is unable to do so. If this is the case, the entity is obliged to notify the requesting party to this effect and communicate

²⁰ For an at length discussion of the non-requested provision of public information, see M. Bednarczyk, op.cit.

²¹ This applies in particular to information on planned activities of the executive, drafting of normative acts or programmes concerning implementation of public tasks, methods of their implementation and target results.

²² Including on their: legal status, organisation, focus, powers and competent persons and bodies discharging their functions therein.

²³ Special emphasis should be put on: information on their mode of operation, methods for receiving and processing of issues, status of cases received, order of processing or settlement thereof; registers, records and files kept and the rules governing access to data included therein.

²⁴ Cf. Article 10 of the APIA.

reasons for the inability, postponing the deadline for processing of the case by a maximum of two months from the request submission date²⁵.

In principle, while making public information available at the request of a party, public administration authorities are obliged to do so in a way and form specified in the request, unless the obliged entity's technical capabilities prevent it from doing so. If this is the case, the obliged entity must notify the requesting party to this effect, providing information on the way and form in which it is able to comply with the request and appointing a time limit of 14 days for submission of a relevant request. Should the appropriate request be not received within the time limit specified above, the proceedings instigated by way of the original request are discontinued²⁶ by an administrative decision. Moreover, the time limit is extended if a public administration authority has to incur additional costs related to processing the request. Extension of the time limit entails obligatory notification of the requesting party to this effect²⁷.

As regards the legal form in which public information is disclosed, there is no express declaration on the part of the legislator. In both legal doctrine and judicial decisions, a predominating approach is that public information – as a statement of knowledge – is made available by way of an action of a material and technical nature²⁸; some say, however, that the same should be considered an administrative decision²⁹. It is difficult to share the second approach, especially in light of the circumstance that public information, in line with Article 10 para. 2 of the APIA may also be disclosed without a formal request in written or oral form. If this is the case, there are no normative grounds whatsoever to classify such an action as an administrative decision, if only we take into account the prevailing rule that such actions require obligatorily the form of a written instrument for the entire proceedings and the decision itself.

As to the refusal to disclose public information and discontinuation of the proceedings, such actions are initiated as a qualified action of an authority, i.e. an administrative decision. In principle, the decision is bound by the provisions of the CAP, subject to the proviso that the appeal processing time is shortened to 14 days³⁰. This means that a party interested in obtaining public information may appeal against the decision³¹ with a possible effect of

²⁵ Cf. Article 13 of the APIA.

²⁶ Cf. Article 14 para. 2 of the APIA.

²⁷ Cf. Article 15 of the APIA.

²⁸ In this way in particular: W. Taras, op. cit. 22, and broad discussion of approaches presented by the doctrine and judicial decisions in: G. Sibiga, *Prawne formy działania podmiotu udostępniającego informacje publiczne na żądanie*. Speech at the conference: "Dostęp do informacji publicznej – rozwój czy stagnacja," Institute of Legal Studies of the Polish Academy of Sciences (PAN), Warsaw, 6 June 2006; copied typescript; cf. theses to Article 16.

²⁹ In this way in particular: T. R. Aleksandrowicz, *Komentarz do ustawy o dostępie do informacji publicznej* (Warsaw, 2008) 249.

³⁰ Cf. Article 16 of the APIA.

³¹ The appeal is processed summarily i.e. within 14 days. See Article 16 para. 2 of the APIA.

having the decision's content changed after repeated examination of all real and legal circumstances of the case. It is also possible for the requesting party to appeal to a voivodeship administrative court against the final decision, and thus exercise control over the lawfulness of public administration authorities' actions as regards refusal to disclose public information or discontinuation of the proceedings. If the latter is the case, the summary procedure applies also³².

On the other hand, pursuant to Article 22 para. 1 of the APIA, the party that has been refused access to public information due to exclusion of its openness to the public and by invoking personal data protection, the right to privacy and secrets other than a state secret, professional secret, confidentiality in tax matters or statistical confidentiality, has the right to bring an action to a common court to have such information disclosed. In this situation, the legislator has not provided for the summary procedure.

Theoretically then, in light of legal regulations referred to above, it should be considered that guarantees concerning the right to information on the activities of public administration are full and provide the entitled subjects with a real possibility to exercise their right. Analysis of the existing judicial decisions shows, however, that this is not quite the case.

The first important issue from those that are not conclusively regulated and make it problematic for interested parties to exercise their rights, consists of the grounds for refusal to disclose public information. Contentious judicial decisions as they are in this respect do not have a positive impact on the guaranteed character of the right. Two dominant, yet polar approaches may be identified. In accordance with the first approach, if a requested piece of information is not public information within the meaning of the Act in question, then there are no grounds to issue a decision refusing disclosure of the public information. Such a request is usually dealt with by way of an ordinary letter addressed to a requesting party³³. At the same time, no legal solutions are provided concerning settlement of a possible dispute between a party interested in obtaining information and the authority, whether a given piece of information constitutes public information within the meaning of the Act. It is the authority alone that makes an arbitrary decision in this respect. Such verification is possible at the stage of proceedings before administrative courts. The second approach assumes that any refusal to disclose public information should be in the form of an administrative decision, citing Article 104 of the CAP as a legal basis for its issue³⁴. As it seems, this approach should be approved. Although an action of a public administration authority consisting in sending a letter to a

³² Cf. Article 21 of the APIA under which the case dossier is submitted to the court within 15 days, while the complaint should be processed within 30 days.

³³ Cf. the judgment of the Supreme Administrative Court (NSA) in Warsaw of 11.12.2002, II SA 2867/02, Cause List 2003, No. 6, p. 33; the judgment of the Supreme Administrative Court (NSA) in Warsaw of 25.03.2003, II SA 4059/02, *LEX No.* 78063; the judgment of the Voivodeship Administrative Court (WSA) in Białystok of 15.03.2007, II SAB/Bk 69/06, ONSai WSA 2008, No. 6, item 102; the judgment of the Voivodeship Administrative Court (WSA) in Warsaw of 26.04.2007, II SA/Wa 162/07, *LEX No.* 322803; the judgment of the Supreme Administrative Court (NSA) in Warsaw of 26.04.2007, II Sa/wa 162/07, *LEX No.* 322803.

³⁴ Cf. the judgment of the Supreme Administrative Court (NSA) in Warsaw of 16.01.2004, II SAB 325/03, *LEX No.* 162287; the ruling of the Voivodeship Administrative Court (WSA) in Warsaw of 25.01.2007, II SA/Wa 1932/06, *LEX No.* 301725; the judgement of the Voivodeship Administrative Court (WSA) in Cracow of 30.01.2009, II SAB/Kr 109/08, *LEX No.* 478699.

citizen may be subject to the administrative court control as to its lawfulness, the complaint is processed in a procedure other than the summary procedure guaranteed by the Act on Access to Public Administration. And the time, and thus the speed of processing the case is undoubtedly an important factor in the effectiveness of obtaining public information. Analogous problems occur when an authority states that it does not possess the requested information. Without doubt, it would be more expedient for the entitled subjects if the Act was amended to expressly indicate that for such situations a refusal administrative decision should be issued with all its consequences. Such an approach is also justified by the circumstance that the existing judicial decisions and the legal doctrine have both taken a stand that the refusal to undertake an action of a material and technical nature should always be by way of an administrative decision.

Another important issue that is indirectly related to the aforementioned problems is the situation when an authority fails to act, i.e. not process the case on time in the situation where the public character of the requested information is disputable. Analysis of judicial decisions in this field leads to the conclusion that this issue – as a disputable one – is not settled unambiguously, which is by no means expedient to the beneficiaries of the right to information. The first of the approaches presented above assumes that if the requested public information is the public information within the meaning of the Act, and a public administration authority fails to act, then a party is entitled to lodge a complaint about such failure to act to an administrative court³⁵. The second approach that can be observed in judicial decisions assumes that regardless of the public character of the requested information, the refusal to disclose it should take the form of an administrative decision, whereas failure to act or send a letter that merely provides information that is not an administrative decision should be considered the authority's failure to act that can be complained about to an administrative court³⁶. The second approach should be considered as the legitimate one as it affords the entitled party an increased measure of protection under the right to information guaranteed by Article 61 of the Constitution of Poland. Yet, it would be appropriate if the legislator stated its relevant position in an express way.

In connection with the problem of an authority's failure to act and irrespective of remedies by which the subjects may counter it, another problem may occur; namely, of the damage caused by non-provision of the requested information or providing it too late. In such situations, although there are no specific regulations in the Act on Access to Public Information, the applicable provisions should be the general ones governing liability of the State Treasury or a territorial self-government unit for damage resulting from non-settlement, to which the authority is obliged under Article 417 ¹§ 3 of the Civil Code³⁷.

³⁵ See the judgment of the Supreme Administrative Court (NSA) in Warsaw of 10.01.2007, I OSK 50/06, *LEX No.* 291197.

³⁶ See the ruling of the Voivodeship Administrative Court (WSA) in Warsaw of 25.01.2007, II SA/Wa 1932/06, *LEX No.* 301725; the judgment of the Voivodeship Administrative Court (WSA) in Cracow of 30.01.2009, II SAB/Kr 109/08, *LEX No.* 478699.

³⁷ In line with the provision cited, if the damage has been caused by non-settlement or lack of decision and the law obligatorily requires them, then redress may be claimed once the relevant proceeding find that non-settlement or lack of decision was unlawful, unless separate provisions provide otherwise. See, in greater detail,

It seems also that in the situation where incomplete information is given, liability of the State Treasury cannot be excluded, of course if the conditions laid down by statutes are met.

To sum up this part of the discussion concerning the exercise of the right to information that is vested in an interested party regardless of its legal interest, it should be stated that this right is not fully guaranteed. As the range of entities that are considered public administration entities obliged to disclose information is extensive and as the material scope determining what is and what is not public information is wide, satisfactory guarantees cannot be given. In particular, it should be pointed out that there are no legal remedies that would enable the entitled subjects to effectively exercise their right to information that is complete, true and as requested in a quick and straightforward way. The legal situation is seriously aggravated by contradictory judicial decisions, which also result in non-respecting of the principle of equality before the law. Consequently, the legislator's interference in the indicated areas is necessary.

The second normative model that allows exercising the right to information on the activities of public administration authorities is the one where the public character of the information is excluded due to protection of privacy considerations and available only for reasons related to the legal interest of an individual. The model is not so developed in terms of norms as in principle it is limited to institutions rooted in the Code of Administrative Procedure occurring in individual administrative proceedings. Basic institutions related to the exercise of that right are: the general principle of Article 9 of the CAP providing for the obligation to inform; the right to access the case file; and issuance of certificates. These institutions already enjoy a well-established position, also because of the effective period of the legal instrument that regulates them.

The obligation to inform under Article 9 of the CAP consists of two specific obligations. The first one refers to parties to the proceedings who should be informed about real and legal circumstances that may influence assertion of their rights and obligations being the subject of the administrative proceedings. The second obligation refers to both the parties to and other participants in the proceedings. It consists of a public administration authority overseeing that such subjects do not suffer damage due to ignorance of the law, and thus being obliged to provide necessary instructions and clarifications. Within the meaning of the aforementioned provision, the damage should be understood as any material or moral injury or the loss of a possibility to have the case settled as expected in terms of both the essence of the case and the time of settlement³⁸. Unfortunately, the authority's obligation to inform is not normatively connected with a party's claim to receive such information. It is worth noting here that procedures concerning specific proceedings sometimes use the institution of binding interpretation of legal regulations³⁹, which can be requested by an entitled subject (with an

P. Dzienis, *Odpowiedzialność cywilna władzy publicznej* (Warsaw, 2006). A similar solution was adopted by the Supreme Court in its judgment of 27.03.2003, V CKN 41/01, OSNC 2004, No. 6, item 96 for situations where public information provided within the statutory time limit is admittedly compliant with the data possessed by the entity obliged to provide information but at variance with facts, so – objectively speaking – untrue.

³⁸ For more details, see J. Borkowski, Gloss to the judgment of the Supreme Administrative Court (NSA) of 15.10.1992 Sa/Ka 766/92, OSP 1994/5/92.

³⁹ Cf. in particular Article 10 of the Act of 10.07.2004 on Freedom of Economic Activity (consolidated text: J. of Laws of 2007 No. 155, item 1095 as amended) and Article 14b §1 of the Act of 20.09.1997 – Tax Ordinance (consolidated text: J. of Laws of 2005 No. 8, item 60 as amended).

awarded claim). This is the type of qualified official information provided at the request of a party and originating from a competent public administration authority. Most often, it concerns the scope and manner of application of the laws to a particular case. Its attributes include binding force and particular protection for the receiving party. In principle, the amendment or repeal thereof is possible on a statutory basis.

Information in the general administrative proceedings should be provided in the course of the entire proceedings. This principle is closely related to another one expressed in Article 8 of the CAP – the principle to increase citizens’ trust in state agencies and improve citizens’ legal culture and awareness. Given the well-established judicial decisions, this particular relationship results in adoption of certain rules governing information given in the course of such proceedings. The basic one says that nobody should be affected by negative consequences of their action, if it is undertaken in line with the official information given to them, whereas such adverse consequences of the action shall be eliminated by the authority itself⁴⁰. Nevertheless, even the misinstruction cannot create a subjective right for the party to receive a right that does not stem from the legal regulation⁴¹.

Violation of the principle stemming from Article 9 of the CAP may be caused by failure to give relevant information or instruction, disclosure of information that is imprecise, too vague or incomplete; namely the information that omits legal or real circumstances important for settlement of the case or information that is false⁴². Violation of this principle may constitute sufficient grounds to repeal an administrative decision in the course of the appeal proceedings or as part of the judicial control over administration⁴³.

The institution of access to an administrative case file has been statutorily guaranteed only to a party to the proceedings, and is related to bringing into effect the right specified in Article 51 para. 3 of the Constitution of Poland, stating that everyone shall have a right of access to official documents and data collections concerning himself. Pursuant to Article 73 of the CAP, a public administration authority is obliged to provide a party to the proceedings with access to the case file as well as a possibility to take notes on and make copies of the file at any stage of the proceedings. Refusal to perform such activities may occur for files subject to state secret⁴⁴, or other files excluded by the authority for important national interest considerations. The refusal takes the form of a ruling that can be complained against. The

⁴⁰ Cf. W. Taras, Gloss to the judgment of the Supreme Court (SN) of 23.07.1992 III ARN 40.92, Pip 1993, No. 3, p. 110; the judgment of the Voivodeship Administrative Court (WSA) in Warsaw of 1.12.2005 VII SA/Wa 747/05, *LEX No.* 196272.

⁴¹ Cf. the judgement of the Voivodeship Administrative Court (WSA) in Warsaw of 14.11.2006 V SA/Wa 1628/06, *LEX No.* 339651.

⁴² In this way in particular: B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz* (Warsaw, 2006) 80.

⁴³ Cf. the judgment of the Voivodeship Administrative Court (WSA) in Łódź of 17.02.2009 II SA/ld 807/08, *LEX No.* 478536.

⁴⁴ In legal doctrine, a controversial issue is the legislator’s omission of business secret as justification of refusal to access the case file. For more details, see Z.R. Kmiecik, *Zakres udostępniania akt sprawy w postępowaniu administracyjnym RPEiS 2008, No. 2, 95 ff.*

material scope of the obligation specified in Article 73 is also outlined by technical considerations. The obligation refers only to files that are currently held by a given authority and the party cannot demand that the files are brought from another authority. This regulation is justified by the need to protect privacy of the parties to the proceedings. On the other hand, it does not provide sufficient protection to statutorily protected secrets other than a state secret, such as business secret. Undoubtedly, it enables the party concerned to learn about extensive legal and real circumstances of the relevant case.

Pursuant to Article 217 of the CAP, a certificate is issued by a public administration authority, if the law requires official confirmation of specific facts or the state or when a person applies for a certificate due to its legal interest by way of the official confirmation of specific facts or the regulatory environment. The obligation to issue a certificate applies in particular to confirmation of information included in the records or register kept by or in possession of a public administration authority.

Although the essence of the certificate is not to share information but to officially confirm a specific fact or state, the literature on the subject emphasizes that the obligation to issue certificates at the request of a citizen constitutes a “passive obligation to provide information”⁴⁵.

To sum up the second part of this discussion, it should be emphasized that the right to information on the activities of public administration authorities, as exercised in individual proceedings concerning a specific case of a given party is guaranteed to the extent that allows its effective use. This is derived in particular from the fact that access to information is determined by the need to provide for the widest possible protection of a special interest i.e. the legal interest rooted in the subjective public law. The transparency of administration in this respect has been limited to immediate stakeholders, yet the limitation is justified by the need to protect privacy. Surely, the deficiency here is that the obligation to provide information has not been linked to the claim awarded to the party as well as the fact that the obligation to give complete, unambiguous, clear and precise information does not stem expressly from any legal norm. Nevertheless, the output of judicial decisions and a well-established position of legal doctrine are both oriented towards the fullest exercise of an individual's right in the administrative proceedings, including the right to information. Definitely, the effective period and applicability of the CAP and institutions regulated therein are not without significance here. Therefore, this method of regulation should be considered more comprehensive than the regulatory model applicable to access to generally available public information.

Literature:

- Adamiak B., Borkowski J., Kodeks postępowania administracyjnego. Kometarz, warszawa 2006, 979 p., ISBN: 83-7483-179-0

⁴⁵ In this way: M. Mucha, *Obowiązki administracji publicznej w sferze dostępu do informacji* (Wrocław, 2002) 154.

- Aleksandrowicz T. R., Komentarz do ustawy o dostępie do informacji publicznej, Warszawa 2008, 289 p., ISBN: 978-83-7334-899-8
- Bernaczyk M., Obowiązek bezwnioskowego udostępniania informacji publicznej, Warszawa 2008, 384 p., ISBN: 978-83-7526-926-0
- Boc J. (ed), Prawo administracyjne, Wrocław 2007, 533 p., ISBN: 978-83-60631-164
- Borkowski J., Glosa do wyroku NSA 15.10.1992, Sa/Ka 766/92, OSP 1994/92, ISSN: 0867-1850
- Dzienis P., Odpowiedzialność cywilna władzy publicznej, Warszawa 2006, 363 p., ISBN: 83-7387-971-4
- Fajgielski P., Informacja w administracji publicznej Wrocław 2007, 184 p., ISBN: 978-83-922584-6-9
- Górzyńska T., Prawo do informacji i zasad jawności administracyjnej, Zakamycze 1999, 402 p., ISBN: 83-7211-058-1
- Kmiecik Z.R., Zakres udostępniania akt sprawy w postępowaniu administracyjnym, RPEiS 2008, nb 2, p. 95-107
- Mucha M., Obowiązki administracji publicznej w sferze dostępu do informacji, Wrocław 2002, 266 p., ISBN: 83-229-2295-7
- Taras W., Informowanie obywateli przez administrację, Wrocław-Warszawa-Kraków 1992, 237 p.,
- Zaleśny J., Dostęp do informacji niejawnych w sferze spraw publicznych, [w:] Obywatelski prawo do informacji, T. Gardocka (ed.), 400 p., ISBN: 978-83-7526-501-9

Reviewer:

Sławomir Fundowicz

Contact – email:

marzec@kul.lublin.pl

ZVEŘEJŇOVÁNÍ ODPOSLECHŮ V HROMADNÝCH SDĚLOVACÍCH PROSTŘEDCÍCH

ONDŘEJ MORAVEC

Attorney at Law, Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Příspěvek je zaměřen na změnu trestního řádu provedenou zákonem č. 52/2009 Sb, která je nahlížena pohledem ústavního práva. Zejména novináři opakovaně vyjadřovali svou nespokojenost s touto novelou. Podstatnou část námitek považuje autor příspěvku za neopodstatněné.

Key words in original language:

Svoboda tisku.

Abstract:

Author focuses on changes which have been brought with Act No 52/2009 Coll. form the perspective of the constitutional law. Particularly journalists are very unsatisfied with this act and are afraid of chilling effect if the act. In author's opinion most of these objections are unjustified.

Key words:

Freedom of press.

1. ÚVOD

Zákonem č. 52/2009 Sb. byla do trestního řádu vložena nově formulovaná ustanovení §8a – 8c upravující Poskytování informací o trestním řízení a osobách na něm zúčastněných. Je notoricky známo, že zákon vyvolal mnohé negativní reakce, vysloužil si řadu přívlastků, mezi nimiž dominuje označení náhubkový zákon, a stal se předmětem celé řady více či méně fundovaných interpretací. Z médií všeho druhu jsme se každodenně dozvídali, co všechno se po prvním dubnu již nedozvíme, a i dnes nás média pravidelně informují o tom, kdo z domácích či zahraničních odborníků, úředníků či novinářů s tímto zákonem zásadně nesouhlasí. Na pomoc byla pochopitelně zavolána i Evropská unie, resp. některé její instituce.

Ani ne dva měsíce od účinnosti novely již byl nezvykle početnou skupinou senátorů podán návrh na zrušení některých nových ustanovení trestního řádu a také trestního zákona a zákona o ochraně osobních údajů, které byly v návaznosti na změnu trestního řádu rovněž novelizovány. Domnívám se, že v této společenské atmosféře je nanejvýš žádoucí pokusit se novelu trestního řádu analyzovat a poukázat tak na některé dezinformace, s nimiž se můžeme setkat na každém rohu novin.

Již po prvním přečtení je zřejmé, že ona sporná novelizace trestního řádu není jednolitým celkem, nýbrž komplexem více jednotlivých aspektů poskytování informací o trestním řízení. I proto se zdá být vhodné neomezovat se na paušální hodnocení nové úpravy a zaměřit se naopak na zevrubnější analýzu jednotlivých dílčích otázek. Pro účely svého příspěvku jsem si vybral tu zřejmě nejsledovanější, za níž považuji problematiku zveřejňování policejních odposlechlů.

2. PLATNÁ PRÁVNÍ ÚPRAVA V KONTEXTU JUDIKATURY EVROPSKÉHO SOUDU PRO LIDSKÁ PRÁVA

Pro naše další úvahy je proto rozhodující nově vložené ust. § 8c trestního řádu, které říká: „Pokud tento zákon nebo zvláštní předpis nestanoví jinak, nikdo nesmí bez souhlasu osoby, které se takové informace týkají, zveřejnit informace o nařízení či provedení odposlechu a záznamu telekomunikačního provozu podle § 88 nebo informace z něj získané, údaje o telekomunikačním provozu zjištěné na základě příkazu podle § 88a, nebo informace získané sledováním osob a věcí podle § 158d odst. 2 a 3, umožňují-li zjištění totožnosti třetí osoby a nebyly-li použity jako důkaz před soudem.“

V návaznosti na to byla novelizována skutková podstata trestného činu neoprávněného nakládání s osobními údaji ve smyslu ust. § 178 odst. 1 trestního zákona, která nově zní:

„Kdo byť i z nedbalosti neoprávněně sdělí, zpřístupní, jinak zpracovává nebo si přisvojí osobní údaje o jiném shromážděné v průběhu trestního řízení nebo v souvislosti s výkonem veřejné správy a způsobí tím vážnou újmu na právech nebo oprávněných zájmech osoby, jíž se osobní údaje týkají, bude potrestán odnětím svobody až na tři léta nebo zákazem činnosti nebo peněžitým trestem.“

Dojde-li ke spáchání činu filmem, rozhlasem, televizí, veřejně přístupnou počítačovou sítí nebo jiným obdobným způsobem, činí trestní sazba 1 rok až 5 let. Pokud dojde k porušení povinnosti stanovené v ust. § 8c trestního řádu a zároveň z jakéhokoli důvodu nebude naplněna skutková podstata trestného činu neoprávněného nakládání s osobními údaji, může být osoba, která zákaz poruší, postížena za přestupek či jiný správní delikt dle ust. § 44a resp. § 45a zákona o ochraně osobních údajů, a to pokutou až do výše 5.000.000 Kč.

Novelizace trestního řádu vyvolala obavy z omezení svobody tisku a práva veřejnosti na informace, neboť jí má být veřejnosti bráněno v tom, aby se seznámila s informacemi, které jsou předmětem oprávněného veřejného zájmu. Svoboda tisku a svoboda projevu vůbec jsou chráněny Listinou základních práv a svobod i Úmluvou o ochraně lidských práv a základních svobod. Ani jeden z těchto katalogů základních práv však svobodu projevu negarantuje jako neomezitelné základní právo. V obou případech jsou omezení možná, pokud k nim dochází na základě zákona, z vyjmenovaných legitimních důvodů a pokud je omezení v demokratické společnosti nezbytné. Evropská úmluva navíc výslovně hovoří o tom, že s výkonem svobody projevu je spojena i odpovědnost.

Poslední věta je adresována především hromadným sdělovacím prostředkům, které se v moderním státu těší do jisté míry privilegovanému postavení právě s ohledem na funkci, kterou v demokratickém právním státu plní.¹ Evropský soud pro lidská práva ve Štrasburku je velice citlivý na zásahy do svobody médií, pokud se v daném případě jedná o informace, které jsou předmětem oprávněného veřejného zájmu.² V těchto případech, obzvláště jde-li o politické diskuse, mají vnitrostátní orgány jen minimální prostor pro vlastní uvážení.

¹ Z mnoha rozsudků ESLP srov. např. Jersild proti Dánsku ze dne 23.9. 1994, série A, č. 298,

² Srov. např. rozhodnutí ve věci Sürek proti Turecku, rozsudek ze dne 8.7.1999, č. stížnosti 26682/95, odst. 61, nebo Dupuis proti Francii, rozsudek ze dne 12.11.2007, č. stížnosti 1914/02.

Zákaz uveřejňování policejních odposlechlů (potažmo i dalších poznatků uvedených v ust. § 8c trestního řádu) nepochybně splňuje požadavek zákonné formy. Přijaté úpravě těžko lze vyčíst srozumitelnost a jednoznačnost. Zdá se dokonce, že právě ona jednoznačnost paradoxně iniciovala mediální bouři, jejímiž svědky jsme byli, neboť obdobný zákaz bylo dle mého názoru možné dovodit i z úpravy předešlé. Rovněž důvody omezení svobody tisku jsou v obecné rovině nepochybně legitimní. Chráněno je především soukromí osob dotčených odposlechem, jejich čest a lidská důstojnost, ale také listovní tajemství chráněné čl. 14 Listiny, presumpce nevinu a právo obviněného na spravedlivý proces.

Ve všech případech se jedná o ústavně zaručená základní práva, která jsou v zásadě rovnocenná se svobodou projevu.³ Kolize základních práv není nikterak výjimečným jevem, Ústavní soud jí byl vystaven už mnohokrát a pro tyto případy vypracoval algoritmus, jehož pomocí obdobné případy řeší.⁴ K řešení kolize základních práv Ústavnímu soudu slouží především test proporcionality. V následujících odstavcích se pokusíme upozornit na některá úskalí, která na Ústavní soud při posuzování ústavnosti novely trestního řádu čekají.

První z nich vyplývá ze skutečnosti, že Ústavní soud bude řešit kolizi základních práv bez znalosti konkrétních skutkových okolností. Judikatura Evropského soudu pro lidská práva i Ústavního soudu ve věcech svobody projevu je však založena především na ad hoc vyvažování kolidujících práv důsledně vycházející z konkrétních skutkových okolností každého jednotlivého případu.⁵ Jakékoli zobecnění je proto značně ošemetné. Únik informací o trestním stíhání do médií může být jednou označen za naplnění oprávněného zájmu veřejnosti na dostupnosti informací a podruhé za zcela zbytečnou skandalizaci osoby, proti níž bylo vedeno trestní řízení. Po Ústavním soudu se v řízení o návrhu skupiny senátorů přitom bude chtít právě takovéto zobecnění.

Druhé úskalí spatřuji ve správné identifikaci účelu omezení svobody projevu ve vztahu k účelu pořízení odposlechu. Je třeba si uvědomit, že policejní odposlech je mimořádně závažným zásahem do autonomní sféry jednotlivce, a to nejen osoby, proti níž je vedeno trestní řízení, ale i osob ostatních. Trestní řád proto podmiňuje povolení pořízení odposlechu naplněním celé řady kritérií. Z judikatury Ústavního soudu nadto vyplývá, že odposlech lze povolit pouze tehdy, nelze-li rozhodné skutečnosti jinak.⁶ Odposlechy nesmějí být v žádném případě použity k jiným účelům, než pro jaké byly povoleny a následně pořízeny. Nemůže-li být odposlech použit jako důkaz, nemůže být použit vůbec. Už vůbec pak nesmí být zpřístupněn. Tento požadavek přímo vyplývá z ust. čl. 4 odst. 4 Listiny, dle něhož ustanovení o mezích základních práv nelze použít k jinému účelu, než pro jaký byla stanovena. Je proto zcela legitimní, pokud trestní řád orgánům činným v trestním řízení zakazuje zpřístupnění pořízených odposlechlů třetím osobám.

³ Srov. např. nález Ústavního soudu IV. ÚS 154/97 ze dne 2.2.1998.

⁴ K této problematice srov. především Kosař, D.: Kolize základních práv v judikatuře Ústavního soudu ČR, *Jurisprudence*, roč. 2008, č. 1, s. 3 a násl.

⁵ Podrobně srov. Pech, L.: Balancing Freedom of the Press with Competing Rights and Interests: A Comparative Perspective, <http://ssrn.com/abstract=909507>.

⁶ Srov. např. nález I. ÚS 3038/07 ze dne 29.2.2008.

Zákaz zveřejnění odposlechů adresovaný především hromadným sdělovacím prostředkům tedy můžeme číst jako určité protažení ochrany osobnostních práv osob dotčených odposlechem, přičemž nutnost této ochrany vychází už ze samotného povolení pořízení odposlechu. Novela trestního řádu však přenáší odpovědnost na představitele hromadných sdělovacích prostředků, které jsou zpravidla posledním článkem řetězu, přičemž tento článek je navíc nejvíce na očích. Otázkou ovšem zůstává, zda řešení zvolené zákonodárcem je legitimní.

Odpověď na řadu otázek nalezneme v judikatuře Evropského soudu pro lidská práva.

V případě *Damman* proti Švýcarsku⁷ se Evropský soud pro lidská práva zabýval stížností novináře, který byl vnitrostátními orgány odsouzen za návod k trestnému činu porušení služebního tajemství, kterého se měl dopustit tím, že požádal svou známou úřednici na státním zastupitelství o poskytnutí informací, zda stěžovatelem vyjmenované osoby byly v minulosti odsouzeny za spáchání trestného činu. Přestože informace takto získané nakonec nepoužil, byl za své jednání odsouzen k peněžitému trestu ve výši 500 švýcarských franků. Evropský soud pro lidská práva odmítl argument švýcarské vlády, dle níž měl stěžovatel jako zkušený novinář vědět, že žádá o informace, které jsou předmětem služebního tajemství, naopak zdůraznil, že je věcí státu, aby zorganizoval svou činnost a vychoval své úředníky tak, aby k podobným únikům citlivých informací do médií vůbec nedocházelo. Přestože trest uložený stěžovateli byl poměrně mírný, upozornil Soud, že už samotné odsouzení novináře může vést k určité autocenzuře a neprovádění rešersí, které je žurnalistovi vlastní.

Na význam investigativní žurnalistiky pro soudobou společnost poukázal ESLP i ve svých dalších rozhodnutích. V rozsudku *Campos Damaso* proti Portugalsku⁸ upozornil, že úkolem investigativních novinářů je upozornit na aktuální jevy, které jsou předmětem veřejného zájmu, a to jakmile se o nich dozví.⁹ Významná trestní řízení mezi takovými jevy patří, což ESLP odůvodňuje mj. též poukazem na Doporučení Výboru ministrů členských států Rady Evropy Rec(2003)13 o poskytování informací vztahujících se k trestnímu řízení prostřednictvím médií.

Přímo odposlechy, byť v poněkud jiném kontextu, se ESLP zabýval ve věci *Radio Twist* proti Slovensku.¹⁰ V tomto případě se nejednalo o odposlechy policejní. Předmětem sporu bylo odvysílání záznamu telefonického rozhovoru mezi tehdejšími ministrem financí a státním tajemníkem ministerstva spravedlnosti, jehož tématem byl boj o ovládnutí Slovenské pojišťovny. Pro účely námi sledované otázky je podstatný poukaz ESLP na to, že v řízení před slovenskými soudy nevyšlo najevo nic, co by nasvědčovalo tomu, že by stěžovatel získal nahrávku v rozporu se zákonem.¹¹ Provozovatel vysílání tak byl postižen za to, že pouze

⁷ *Dammann* proti Švýcarsku, rozsudek ze dne 25.4.2006, č. stížnosti 77551/01

⁸ *Campos Damaso* proti Portugalsku, rozsudek ze dne 24.4.2008, č. stížnosti 17107/06

⁹ Cit rozhodnutí odst. 37.

¹⁰ *Radio Twist, a.s. proti Slovenské republice*, rozhodnutí ze dne 19.12.2006, č. stížnosti 62202/00, cit. podle Drgonec, J.: *Základy masmediálního práva*, Bratislavská vysoká škola práva, Bratislava, 2008, s. 493 a n.

¹¹ Cit. rozhodnutí, odst. 59.

zveřejnil informaci, kterou třetí osoba získala v rozporu se zákonem, v čemž ESLP spatřil porušení čl. 10 Úmluvy.¹²

Z citovaných rozsudků ESLP lze tedy dovodit poměrně jednoznačný závěr, že je potřeba rozlišovat mezi pořízením a zveřejněním odposlechnů. Médii lze k tíži přičíst jen jejich vlastní jednání, tj. relevantní je pouze to, zda sami novináři porušili zákon při získávání odposlechnů, nikoli však to, zda zákon porušil někdo jiný.

Velice sporný může být i způsob, kterým je neoprávněné zveřejnění odposlechnů sankcionováno. Dlouhodobě nefunkční soukromoprávní ochrana osobnostních práv proti neoprávněným zásahům sdělovacích prostředků zřejmě vyvolává tlak na posilování trestněprávní represe. Při hodnocení ústavní konformity je třeba vzít v úvahu nejen zákaz samotný, ale též přiměřenost uložené sankce. Uložení nepřiměřeně přísné sankce může být porušením čl. 10 Úmluvy i tehdy, splňoval-li jinak státní zásah do svobody projevu podmínky stanovené Úmluvou.¹³ V řízení o kontrole norem však Ústavní soud nepracuje s konkrétními okolnostmi a s konkrétní sankcí, nýbrž s trestní sazbou, která se pohybuje v určitém rozpětí. Nabízí se proto otázka, zda je třeba brát v úvahu horní či dolní hranici trestní sazby.

Z již citovaných rozsudků ESLP vyplývá, že v určitých případech je nepřijatelná již sama hrozba sankcí.¹⁴ Je tomu tak tehdy, hrozí-li, že pod tlakem možných sankcí budou novináři odrazováni od poskytování informací o věcech veřejného zájmu. Metoda ústavně konformní interpretace obyčejného práva, kterou Ústavní soud může překlenout možné protiústavní důsledky právní úpravy tedy v tomto případě není řešením. Představa jakési rozumné aplikace přijaté úpravy nutně selhává, neboť již sama hrozba vysokým trestem může omezit přístup veřejnosti k informacím o věcech veřejného zájmu.

3. POST SCRIPTUM – TISK 815, ANEB DALŠÍ NOVELA NA OBZORU

Necelé dva měsíce od účinnosti novely je v legislativním procesu další novela předmětných ustanovení trestního řádu.¹⁵ Z hlediska sledovaného tématu je významný návrh na změnu § 8c trestního řádu, který má být doplněn o větu „Zákaz uvedený ve větě první neplatí, je-li zveřejnění takových informací ve veřejném zájmu.“ Z důvodové zprávy vyplývá, že předkladatelé usilují o sladění českého vnitrostátního práva z judikaturou Evropského soudu pro lidská práva, který s pojmem veřejného zájmu velice často pracuje.

Z předešlých odstavců je patrné, že taková změna podstatu problému neřeší. Naopak, ke stávajícím sporným bodům přidává jeden navíc. S předkladatelem lze souhlasit v tom, že Evropský soud pro lidská práva ve své judikatuře často pracuje s konceptem veřejného zájmu na dostupnosti informací. Jedním dechem je však třeba dodat, že v rozsudcích téhož soudu se

¹² Odst. 62 cit. rozhodnutí.

¹³ *Cumpana Mazare proti Rumunsku*, rozhodnutí Velkého senátu ze dne 17.12.2004, č. stížnosti 33348/96.

¹⁴ *Campos Damaso proti Portugalsku*, cit. shora, odst. 39, *Cumpana a Mazare proti Rumunsku*, odst. 114, *Dammann proti Švýcarsku*.

¹⁵ Tisk 815

lze rovněž dočíst, že není úlohou vlády, aby za média zodpovídala otázku, zda se v konkrétním případě jednalo o otázku veřejného zájmu.¹⁶ I v případě schválení této změny by tedy stále existovala hrozba kriminalizace novinářů, přičemž výše sankcí není rozhodně zanedbatelná.

4. ZÁVĚRY

Pohled představitelů hromadných sdělovacích prostředků, dle nichž má být otázka zveřejnění policejních odposlechů otázkou svědomí novinářů, nelze dle mého názoru zcela akceptovat. Předešlá věta totiž musí být vyřčena zároveň s větou další, totiž, že pokud se média rozhodnou odposlech zveřejnit, musejí být připravena nést za své jednání odpovědnost.¹⁷ I hromadné sdělovací prostředky musejí respektovat princip presumpce nevinny.¹⁸ Variabilitu životních situací lze jen velice obtížně vtěsnat do právní úpravy. Domnívám se, že podstata problému nespočívá v tom, že takzvaný náhubkový zákon zakazuje zveřejňování odposlechů, nýbrž ve způsobu, jakým porušení zákazu postihuje.

Zásada subsidiarity trestněprávní represe, jako by se pro tentokrát zcela vytratila. Důvodů může být více, tím nejzávažnějším je v mých očích zcela nefunkční občanskoprávní ochrana osobnosti. Právě tam sledovaná problematika systematicky patří a tam by měla být primárně řešena. Neschopnost českých soudů poskytnout ochranu osobnostním právům dotčených osob však podle mého názoru nemůže být kompenzována prostředky trestního práva. Rozmazání stávajícího stavu klauzulí veřejného zájmu pak nic neřeší.

Literature:

- Drgonec, J.: Základy masmediálního práva, Bratislavská vysoká škola práva, Bratislava, 2008
- Kosař, D.: Kolize základních práv v judikatuře Ústavního soudu ČR, Jurisprudence, roř. 2008, ř. 1, s. 3 a násl
- Pech, L.: Balancing Freedom of the Press with Competing Rights and Interests: A Comparative Perspective, <http://ssrn.com/abstract=909507>

Reviewer:

Jan Filip

Contact – email:

moravec.o@seznam.cz

¹⁶ Např. zde citovaný rozsudek ve věci Dammann proti Švýcarsku.

¹⁷ Výkonem svobody projevu na sebe tisk přebírá povinnosti a odpovědnost, jejichž rozsah je závislý na situaci a použitých prostředků, srov. rozhodnutí ESLP ve věci Dupuis proti Francii, cit. shora, odst. 43 a judikatura tam citovaná.

¹⁸ Tourancheau and July proti Francii, rozsudek ze dne 24.11.2005, ř. stížnosti 53886/00, cit. podle Drgonec, J.: cit. dílo, s. 325 a násl.

INFORMAČNÍ POVINNOST SUBJEKTŮ KOLEKTIVNÍHO INVESTOVÁNÍ VŮČI ČESKÉ NÁRODNÍ BANCE¹

MICHAELA MOŽDIÁKOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language:

Cílem příspěvku je analyzovat institut informační povinnosti subjektů kolektivního investování vůči České národní bance, tedy popsat a zhodnotit stávající situaci v České republice. Příspěvek je zaměřen zejména na rozbor základní právní úpravy, jež se zkoumané problematiky týká, tedy zákona č. 189/2004 Sb., o kolektivním investování, ve znění pozdějších předpisů a vyhlášky č. 603/2006 Sb., o informační povinnosti fondů kolektivního investování a investiční společnosti, ve znění pozdějších předpisů.

Key words in original language:

Česká národní banka, fond kolektivního investování, informační povinnost, investiční fond, investiční společnost, přejímání dat, statut, výkazy, výroční zpráva.

Abstract:

The paper analyses the institute of reporting duties of collective investment subjects towards the Czech National Bank, i.e. to describe and evaluate current state of affairs in the Czech Republic. The paper is focused in particular on analysis of primary legal regulations, which are related to the investigated issues, i.e. the Act No. 189/2004 Coll., on collective investment schemes, as amended and the Decree No. 603/2006 Coll., on reporting duties of collective investment funds and management company, as amended.

Key words:

Annual report, collective investment funds, Czech National Bank, investment company, management company, receiving data reporting duty, reports, statute, unit trust.

ÚVOD

Cílem příspěvku je analyzovat informační povinnosti subjektů kolektivního investování vůči České národní bance, jako orgánu dohledu nad kolektivním investováním. Příspěvek je v následujících kapitolách věnován kolektivnímu investování, dělení subjektů kolektivního investování a jejich stručnému popisu (podrobnější informace nejsou pro účely tohoto příspěvku relevantní), dále je zaměřen na stávající právní úpravu dohledu nad kolektivním investováním, na informace poskytované České národní bance v rámci dohledu nad kolektivním investováním a na způsob předávání informací, které jsou subjekty kolektivního investování povinny České národní bance pravidelně poskytovat. V závěru příspěvku je upozorněno na problematické otázky týkající se informační povinnosti subjektů kolektivního investování a možné úvahy de lege ferenda.

¹ Článek vznikl v rámci realizace projektu „Poskytování informací ve veřejné správě se zaměřením na správu daní a elektronizaci výkonu veřejné správy“ z programu rektora Masarykovy univerzity na podporu tvůrčí činnosti studentů.

1. KOLEKTIVNÍ INVESTOVÁNÍ A SUBJEKTY KOLEKTIVNÍHO INVESTOVÁNÍ

Kolektivní investování,² tedy podnikání, jehož předmětem je shromažďování peněžních prostředků od veřejnosti, investování těchto peněžních prostředků na základě principu rozložení rizika a další obhospodařování majetku, má svůj původ ve Velké Británii a USA. Na území České republiky se kolektivní investování vyvíjelo od počátku 90. let 20. století, postupně nabývalo různých forem (éra tzv. kupónových privatizací, období regulace dnes již neplatným zákonem č. 248/1992 Sb., o investičních společnostech a investičních fondech) a přes počáteční nedůvěru se díky propracovanější právní úpravě kladoucí větší důraz na ochranu investorů stalo, jak uvádí Vlastimil Pihera, oblíbeným instrumentem,³ který umožňuje investorům s limitovanými prostředky získat přístup na investiční trh prostřednictvím majetkového fondu, ve kterém se shromáždí prostředky více investorů, na které se rozloží riziko vyplývající z investic prováděných ve shodě s předem definovanou investiční strategií.⁴

V rámci kolektivního investování můžeme rozlišovat dva základní subjekty, kterými jsou investiční společnost a investiční fond.⁵ *Investiční společnost* je akciovou společností s kvalifikovaným požadavkem na výši základního kapitálu,⁶ které je na základě žádosti Českou národní bankou uděleno povolení k činnosti investiční společnosti a jejímž předmětem podnikání je kolektivní investování spočívající ve vytváření a obhospodařování podílových fondů, nebo v obhospodařování investičních fondů na základě smlouvy o obhospodařování. *Investiční fond* je nově⁷ vzniklou akciovou společností, jejímž předmětem podnikání je kolektivní investování. Investiční fond může svůj majetek obhospodařovat buď sám, pak se jedná o tzv. *samosprávný investiční fond* s kvalifikovaným požadavkem na výši

² Pojem kolektivní investování je definován v § 2 zákona č. 189/2004 Sb., o kolektivním investování, ve znění pozdějších předpisů.

³ Toto tvrzení podporují i data uveřejněná v prezentaci Asociace pro kapitálový trh České republiky (AKAT) obsahující přehled výsledků asset managementu, kolektivního investování a custody služeb v České republice v roce 2008, kde je uvedeno, že hodnota majetku investovaného do fondů kolektivního investování nabízených v České republice dosáhla k 31.12.2008 výše 243 880 968 779 CZK (nicméně ve srovnání z daty k 31.12.2007 můžeme pozorovat 22,63% pokles). Dokument AKAT: Prezentace AKAT ke konci roku 2008 [citováno dne 17. května 2009] je dostupný z: <http://www.akatcr.cz/public/vypisUniversal.do?typZpravy=8>

⁴ Pihera, V.: Kolektivní investování. In Kotásek, J., Pokorná, J., Raban, P. a kol.: Kurs obchodního práva: právo cenných papírů, 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2005. 728 s. ISBN 807179855X. s. 305.

⁵ Zde je třeba upozornit na matoucí pojmenování subjektů kolektivního investování českými zákonodárci. V komunitárním právu je totiž „česká“ investiční společnost nazývána společností správcovskou (tzv. management company) a „český“ investiční fond pak investiční společností (tzv. investment company). Jelikož se však pohybujeme v problematice české právní úpravy, ponechávám terminologii tak, jak ji stanovuje česká legislativa.

⁶ Dle § 69 odst. 1 zákona č. 189/2004 Sb., o kolektivním investování, ve znění pozdějších předpisů, nesmí vlastní kapitál investiční společnosti klesnout pod 125.000,- EUR (a jeho ekvivalent v českých korunách, tedy dle aktuálního kurzu pod cca 3.375.000,- CZK)

⁷ Dle § 4 odst. 2 ve spojení s § 64 odst. 1 zákona č. 189/2004 Sb., o kolektivním investování, ve znění pozdějších předpisů, udělí Česká národní banka povolení k činnosti investičního fondu pouze na dobu určitou (maximálně 10 let) a pouze na žádost zakladatelů akciové společnosti a to přede dnem jejího zápisu do obchodního rejstříku a za splnění podmínek vyžadovaných zákonem.

základního kapitálu,⁸ nebo může svěřit obhospodařování svého majetku investiční společnosti a to na základě smlouvy o obhospodařování, pak se jedná o tzv. *nesamosprávný investiční fond* bez zvláštních požadavků na základní kapitál.

Samotné kolektivní investování probíhá v tzv. *fondech kolektivního investování*, kterými jsou výše zmiňované investiční fondy a fondy podílové. *Podílové fondy* jsou účelová sdružení majetku, tedy organismy vzniklé na smluvní bázi,⁹ které nemají právní subjektivitu (nejsou právnickou osobou) a musí být obligatorně obhospodařovány investiční společností. Fondy kolektivního investování lze z hlediska míry jejich regulace a ochrany investorů členit na *fondy standardní*, jejichž právní úprava je harmonizována s komunitárním právem (lze tedy využít tzv. jednotného evropského pasu) a na neharmonizované *speciální fondy*,¹⁰ které jsou oproti standardním fondům charakteristické méně přísnými pravidly vztahujícími se k rozložení rizika a větší volností při vytváření investiční politiky a výběru investičních nástrojů.¹¹

2. PRÁVNÍ ÚPRAVA DOHLEDU NAD KOLEKTIVNÍM INVESTOVÁNÍM

Dohled v oblasti kolektivního investování je charakteristický svojí dvouinstančností, kdy je v první linii prováděn soukromou osobou, tzv. *depozitářem fondu kolektivního investování*, kterým může být pouze banka, která má v bankovní licenci povolenou činnost depozitáře. Mezi hlavní činnosti depozitáře patří evidence majetku fondů kolektivního investování a kontrola nakládání s majetkem fondů kolektivního investování v souladu právními předpisy a jejich statutem. Depozitář vykonává svoji činnost na základě smlouvy o výkonu činnosti depozitáře uzavřené s investiční společností nebo investičním fondem. V následující druhé linii pak nastupuje nezávislý veřejnoprávní subjekt jednotného dohledu nad finančním trhem, jímž je *Česká národní banka*. Mezi její základní úkoly patří přispívání k ochraně investorů a rozvoji kapitálového trhu a péče o bezpečné fungování a rozvoj finančního trhu a přispívání k jeho stabilitě.¹²

Základními právními prameny v oblasti dohledu nad kolektivním investováním jako součástí kapitálového trhu jsou následující právní předpisy:

⁸ Dle § 70 odst. 1 zákona č. 189/2004 Sb., o kolektivním investování, ve znění pozdějších předpisů, nesmí vlastní kapitál samosprávného investičního fondu klesnout pod 300.000,- EUR (a jeho ekvivalent v českých korunách, tedy dle aktuálního kurzu pod cca 6.750.000,- CZK).

⁹ K tomu více viz Dědič, J., Čech, P.: Obchodní právo po vstupu ČR do EU, aneb, Co všechno se po 1. květnu 2004 v obchodním právu změnilo? Praha: Ivana Hexnerová - Bova Polygon, 2005. 485 s. ISBN 807273122X. s. 283.

¹⁰ Zákon č. 189/2004 Sb., o kolektivním investování, ve znění pozdějších předpisů, pak rozlišuje čtyři druhy speciálních fondů: speciální fond cenných papírů, speciální fond nemovitostí, speciální fond fondů a speciální fond kvalifikovaných investorů.

¹¹ K tomu více viz Kotáb, P. Subjekty finančního trhu. In Bakeš, M. a kol. Finanční právo, 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2006, 741 s. ISBN 8071794317, s. 632 an.

¹² K tomu více viz Šebestová, A., Smutný, A. Aktuální otázky právní úpravy kolektivního investování. Prezentace z 14.5.2008, Justiční akademie, Kroměříž [citováno dne 17. května 2009]. Dokument je dostupný z: <http://portal.justice.cz/soud/soubor.aspx?id=65670>.

- zákon č. 189/2004 Sb., o kolektivním investování, ve znění pozdějších předpisů,
- zákon č. 15/1998 Sb., o dohledu v oblasti kapitálového trhu a o změně a doplnění dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů,
- zákon č. 6/1993 Sb., o České národní bance, ve znění pozdějších předpisů,
- vyhláška č. 115/2007 Sb., o podrobnostech plnění povinností depozitáře fondu kolektivního investování, ve znění pozdějších předpisů.

3. INFORMACE POSKYTOVANÉ ČESKÉ NÁRODNÍ BANCE V RÁMCI DOHLEDU

Proto, aby Česká národní banka mohla vykonávat kvalitní dohled nad kolektivním investováním potřebuje, aby jí investiční společnosti a fondy kolektivního investování umožňovaly přístup k co největšímu množství relevantních informací. Informace jsou z časového hlediska vyžadovány: předem (někdy určeno obecně, jindy konkrétně), neprodleně, bez zbytečného odkladu, průběžně nebo je stanovena konkrétní lhůta pro předání informace (od přesně určitelného data).

Informace, které investiční společnost nebo fond kolektivního investování poskytuje České národní bance¹³ mohou mít *nepravidelný* charakter, kdy je určitá oznamovací povinnost vázána na to, zda daná situace nastane, což je patrné například u povinnosti investiční společnosti informovat Českou národní banku o tom, že hodlá poskytovat své služby v jiném členském státě Evropské unie prostřednictvím organizační složky nebo u povinnosti fondů kolektivního investování informovat Českou národní banku o tom, že bylo pozastaveno nakládání s majetkem fondu a vydávání akcií (u investičních fondů) nebo vydávání a odkupování podílových listů (u podílových fondů).¹⁴ Dále jsou České národní bance předávány *pravidelné* informace, které jí investiční společnost nebo fondy kolektivního investování poskytují v určitých intervalech¹⁵ bez ohledu na to, zda se změnil stav věcí a to ve formě tzv. *reportů* (pravidelně předávané informace s předem pevně stanovenou strukturou),¹⁶ kterým se budu blíže věnovat v následujícím textu.

¹³ Na tomto místě je třeba si uvědomit, že zákon č. 189/2004 Sb., o kolektivním investování, ve znění pozdějších předpisů, stanovuje investiční společnosti a fondům kolektivního investování povinnost informovat o určitých skutečnostech nejen Českou národní banku, ale i depozitáře (pro účely evidence a kontroly zmiňované výše) a investory fondů kolektivního investování (v rámci ochrany investorů - základ pro jejich investiční rozhodování).

¹⁴ Jedná se pouze o příkladný výčet. Povinností informovat Českou národní banku o konkrétní situaci nebo skutečnosti je napříč zákonem č. 189/2004 Sb., o kolektivním investování, ve znění pozdějších předpisů, nespočet.

¹⁵ Měsíční, půlroční nebo roční periodicitu.

¹⁶ Výroční a pololetní zprávy investičních společností a fondů kolektivního investování dle §§ 85-86 zákona č. 189/2004 Sb., o kolektivním investování, ve znění pozdějších předpisů, informace o struktuře majetku dle § 88 odst. 1 písm. c) a § 88 odst. 2 zákona č. 189/2004 Sb., o kolektivním investování, ve znění pozdějších předpisů.

4. REPORTING

Povinnost investiční společnosti a fondů kolektivního investování poskytovat České národní bance pravidelné informace je upravena zejména v části deváté zákona č. 189/2004 Sb., o kolektivním investování, ve znění pozdějších předpisů, podrobně pak ve vyhlášce č. 603/2006 Sb., o informační povinnosti fondu kolektivního investování a investiční společnosti, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „vyhláška“),¹⁷ která detailně určuje informace, které obsahují:

- *výroční zpráva* nad rámec zvláštního právního předpisu upravujícího účetnictví,¹⁸ konkrétně jsou určeny v §§ 3 – 6 vyhlášky.¹⁹ Report musí být zaslán České národní bance do 4 měsíců po skončení účetního období.
- *pololetní zpráva*, konkrétně jsou určeny v § 7 vyhlášky.²⁰ Report musí být zaslán České národní bance do 2 měsíců po uplynutí prvních 6 měsíců účetního období.
- *informace o struktuře majetku*, konkrétně jsou určeny v § 9 vyhlášky. Report musí být zaslán České národní bance bez zbytečného odkladu.

Vykazující subjekt,²¹ kterým je investiční společnost (a to i za podílové a investiční fondy, jejichž majetek obhospodařuje) nebo samosprávný investiční fond,²² předává České národní bance report prostřednictvím pověřených osob²³ a to ve formě výkazu (strukturovaný soubor údajů složený z jednotlivých datových souborů²⁴ s přiřazenými kódy) a popisné části

¹⁷ Zmocnění České národní banky k vydání této vyhlášky je ve spojení s § 89 (obsah vyhlášky) zakotveno v § 139 písm. f) zákona č. 189/2004 Sb., o kolektivním investování, ve znění pozdějších předpisů. Je třeba mít na paměti, že dle § 57 odst. 1 zákona č. 189/2004 Sb., o kolektivním investování, ve znění pozdějších předpisů se vyhláška nevztahuje na speciální fondy kvalifikovaných investorů.

¹⁸ Blíže viz § 21 zákona č. 563/1991 Sb., o účetnictví, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁹ Jednotlivě pak k investiční společnosti (§ 3), investičnímu fondu (§ 4), podílovému fondu (§ 5) a speciálnímu fondu nemovitostí (§ 6).

²⁰ Jednotlivě pak k investiční společnosti (§ 7/1), investičnímu fondu (§ 7/2), podílovému fondu (§ 7/3) a speciálnímu fondu nemovitostí (§ 7/4).

²¹ § 2 písm. d) vyhlášky č. 603/2006 Sb., o informační povinnosti fondu kolektivního investování a investiční společnosti ve znění pozdějších předpisů.

²² Tedy, jak bylo zmíněno výše, investiční fond, jehož majetek není obhospodařován investiční společností.

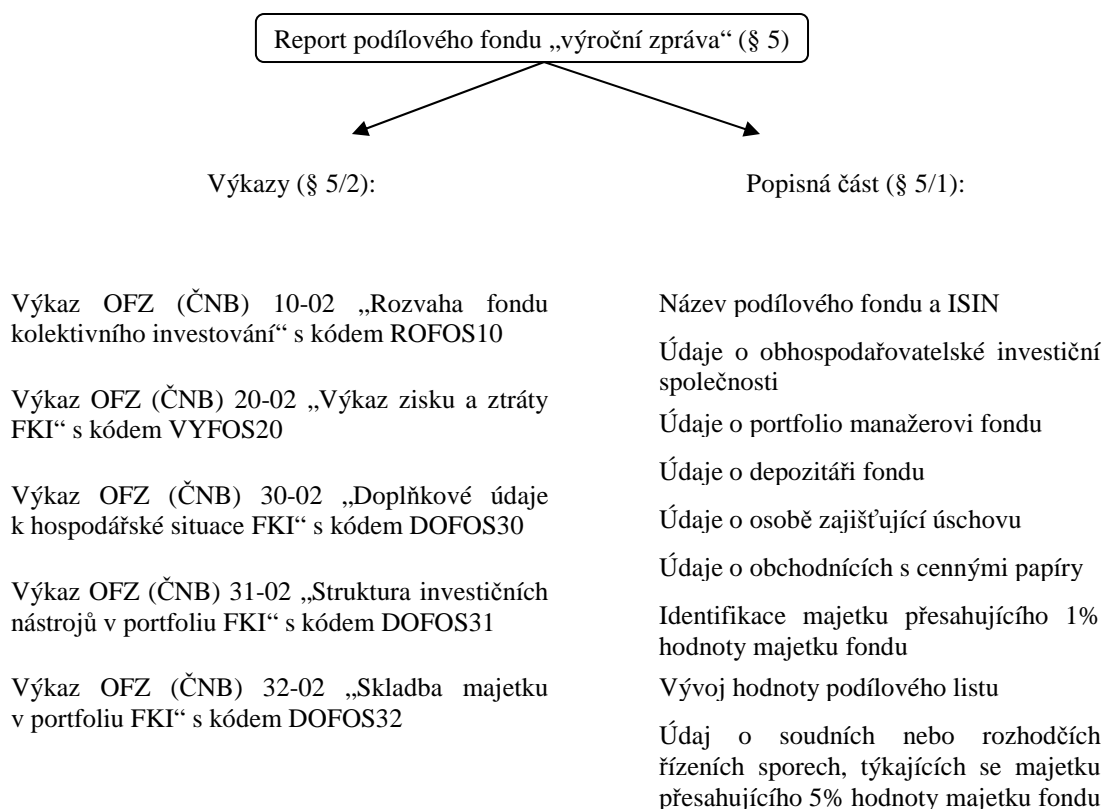
²³ Vykazující subjekt je povinen pověřit přípravou, vytvořením, schvalováním a předáváním výkazů nejméně dvě osoby. České národní bance sdělí jejich jména, příjmení, kontaktní údaje a určení požadovaných rolí opravňujících tyto osoby k různým konkrétním činnostem. Typické je takové rozložení, kdy jedna osoba výkazy schvaluje (kontrolní funkce), další osoba nebo osoby jsou pak odpovědné za jejich přípravu, vytvoření a předávání (administrativní funkce).

²⁴ Datový soubor je dle § 2 písm. c) vyhlášky č. 603/2006 Sb., o informační povinnosti fondu kolektivního investování a investiční společnosti ve znění pozdějších předpisů, seskupení údajů s předem definovanými strukturami, které jsou v informačním systému České národní banky s akronymem MtS-ISL-SUD (Metainformační systém-Infornační služba-Statistická a účetní databáze) popsány a jsou přístupné jako celek.

(informace, které nejsou ve formě výkazů). Reporty jsou České národní bance předávány dvěma způsoby:

- Výkazy – tato součást reportů je zasílána prostřednictvím *automatizovaného systému pro sběr dat* (aplikace České národní banky pro sběr dat od nebankovních subjektů dostupná způsobem umožňujícím dálkový přístup) ve formě datových zpráv opatřených zaručeným elektronickým podpisem.
- Popisná část²⁵ – tato složka reportů je zasílána elektronickou poštou ve formě datových zpráv opatřených zaručeným elektronickým podpisem na adresu elektronické podatelny České národní banky.²⁶

Níže uvedené schéma prakticky znázorňuje komplexně všechny součásti reportu, které musí investiční společnost prostřednictvím pověřeného pracovníka předat za podílový fond České národní bance v případě zaslání výroční zprávy.



Vyhláškou jsou také upraveny podmínky uveřejňování zpráv a informací, v případech, kde je stanovena povinnost investiční společnosti nebo investičního fondu uveřejnit je způsobem umožňujícím dálkový přístup. Tyto zprávy a informace nesmí být měněny, musí být

²⁵ Popisná část je obsažena pouze v reportech výroční zpráva a pololetní zpráva, netýká se měsíčních informací o struktuře majetku.

²⁶ Adresa elektronické podatelny České národní banky je: podatelna@cnb.cz.

uveřejněny bezplatně v českém jazyce, v úplném znění a v podobě datového souboru vhodného ke stažení, dále musí být zajištěna jejich nepřetržitá dostupnost.

5. PROBLEMATICKÉ OTÁZKY A ÚVAHY DE LEGE FERENDA

Zákon č. 189/2004 Sb., o kolektivním investování, ve znění pozdějších předpisů, poněkud nelogicky stanovuje, že se vyhláška o informační povinnosti fondů kolektivního investování a investiční společnosti nevztahuje na speciální fondy kvalifikovaných investorů,²⁷ i přestože tyto fondy, leč požívají snížené míry dohledu (to jak ze strany depozitáře tak ze strany České národní banky), nejsou vyhláškou konkretizovaných informačních povinností zbaveny. Otázkou potom zůstává, jak může Česká národní banka tyto fondy bez patřičných právem aprobovaných nástrojů přinutit, aby svoji informační povinnost plnily žádoucím způsobem. Tuto problematiku by měla řešit navrhovaná změna zákona o kolektivním investování, která stanovuje speciálním fondům kvalifikovaných investorů podmíněnou povinnost - pokud tyto speciální fondy zasílají reporty, zasílají je způsobem a ve struktuře dle vyhlášky.²⁸

Otázky vyvolává také povinnost investiční společnosti nebo investičního fondu uveřejnit informace způsobem umožňujícím dálkový přístup. Lze si představit okolnosti působící na vykazující subjekty tak, že tyto informace nejprve vhodně uveřejní, nicméně následně je změni či upraví v zájmu přilákání většího množství investorů, což by mohlo mít zásadní vliv na důvěru investorů ve fondy kolektivního investování. Efektivním řešením, které by předem vylučovalo tuto situaci a nekladlo by nepřiměřené nároky na náklady související s administrativou, by bylo uveřejňování těchto informací Českou národní bankou,²⁹ která jsou tyto informace v rámci dohledu nad subjekty kolektivního investování pravidelně zasílány. Tento krok by nepochybně přispěl k zvýšení ochrany investorů.

ZÁVĚR

Informační povinnost subjektů kolektivního investování vůči České národní bance je jedním z nejdůležitějších nástrojů, které umožňují České národní bance vykonávat kvalitní dohled na úseku kolektivního investování. Informační povinnost těchto subjektů je roztroušena napříč celým zákonem o kolektivním investování, podrobnosti o informační povinnosti fondů kolektivního investování a investiční společnosti jsou pak koncentrovány v prováděcím předpise. Dá se říci, že je neskutné se orientovat v povinnostech stanovujících poskytování nepravidelných informací, oblast reportingu je oproti tomu relativně přehledná, nicméně i tam je patrný prostor pro úvahy o změnách de lege ferenda.

²⁷ § 57 odst. 1 zákona č. 189/2004 Sb., o kolektivním investování, ve znění pozdějších předpisů.

²⁸ Díkce zákona o kolektivním investování má být doplněna v § 57 odst. 1 takto: „pokud však plní informační povinnost vůči České národní bance podle tohoto zákona, zasílá jí informace formou s způsobem určenými pro výroční zprávu investiční společnosti nebo fondu kolektivního investování stanovenými uvedeným prováděcím předpisem“.

²⁹ Česká národní banka uveřejňuje na svých webových stránkách seznamy investičních společností, investičních a podílových fondů, mohla by tedy informace, kterými disponuje uveřejnit na témže místě.

Literature:

- Kotásek, J., Pokorná, J., Raban, P. a kol.: *Kurs obchodního práva: právo cenných papírů, 4. vydání.* Praha: C. H. Beck, 2005. 728 s. ISBN 807179855X.
- AKAT: *Prezentace AKAT ke konci roku 2008.* Dostupný z: <http://www.akatcr.cz/public/vypisUniversal.do?typZpravy=8>
- Dědič, J., Čech, P.: *Obchodní právo po vstupu ČR do EU, aneb, Co všechno se po 1. květnu 2004 v obchodním právu změnilo?* Praha: Ivana Hexnerová - Bova Polygon, 2005. 485 s. ISBN 807273122X.
- Bakeš, M. a kol. *Finanční právo, 4. vydání.* Praha: C. H. Beck, 2006, 741 s. ISBN 8071794317.
- Šebestová, A., Smutný, A. *Aktuální otázky právní úpravy kolektivního investování.* Dostupný z: <http://portal.justice.cz/soud/soubor.aspx?id=65670>

Reviewer:

Michal Radvan

Contact – email:

michaela.mozdiakova@law.muni.cz

ROZHODOVÁNÍ O POSKYTOVÁNÍ INFORMACÍ

LUKÁŠ POTĚŠIL - FILIP RIGEL

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic - The Supreme Administrative
Court of the Czech Republic

Abstract in original language:

Příspěvek se zabývá problematikou ústavně zaručeného práva na informace. Zaměřuje se na procedurální aspekty poskytování informací. Věnuje se otázce povinných subjektů, které mají povinnost požadované informace poskytnout, ledaže jde o stanovenou výjimku. V případě neposkytnutí informací připadají v úvahu instituty fikce negativního rozhodnutí, nebo stížnost na nečinnost povinného subjektu. V příspěvku jsou zmíněny jak závěry teorie správního práva, tak i relevantní judikatury.

Key words in original language:

Právo na informace, povinný subjekt, veřejná správa, fikce negativního rozhodnutí, stížnost na nečinnost, správní soudnictví.

Abstract:

The contribution deals with constitutionally guaranteed right to information. It focuses on the procedural aspects of information providing process. It looks at the issue of mandatory bodies who have an obligation to provide the requested information, unless the terms of the exemption provided. In the absence of information would fall under the institutes of fiction negative decision, or the complaint. The conclusions of the theory of administrative law and relevant case law are mentioned as well.

Key words:

Right to information, mandatory subject, public administration, fiction of negative decision, complaint, administrative justice.

Problematika svobodného přístupu k informacím má poměrně široké a významné zakotvení. V ústavní a mezinárodněprávní rovině je právo na informace zachyceno zejm. v soft-law dokumentech Rady Evropy,¹ rámcové tzv. Aarhuské úmluvě,² aktech komunitárního práva³ nebo příslušných ustanoveních Listiny základních práv a svobod.⁴ Z obsahu naznačených

¹ Srov. Doporučení R (81)19 o přístupu k informacím v držení veřejných orgánů, Doporučení R (91)10 o sdělování osobních údajů v držení veřejných orgánů třetím osobám nebo Doporučení (2007)7 o dobré veřejné správě.

² Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 124/2004 Sb. m. s.

³ Směrnice Rady a Evropského parlamentu č. 2003/4/ES o přístupu veřejnosti k informacím o životním prostředí, Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2003/98/ES o opakovaném použití informací veřejného sektoru.

⁴ Podle čl. 17 odst. 1 je zaručeno právo na informace. Podle čl. 17 odst. 5 jsou státní orgány a orgány územní samosprávy povinny přiměřeným způsobem poskytovat informace o své činnosti. Podmínky a provedení stanoví zákon. Podle čl. 10 odst. 3 má každý právo na ochranu před neoprávněným shromažďováním, zveřejňováním nebo jiným zneužíváním údajů o své osobě. Zatímco uvedených práv se lze domáhat přímo s odkazem na Listinu

pramenů právní úpravy na úrovni mezinárodněprávní a ústavněprávní jednoznačně vyplývá, že právo na informace není bezbřehé (ostatně jako naprostá většina práv) a má své limity, které představuje především ochrana soukromí a osobních údajů. Zcela zřetelné to je na právní úpravě pocházející z Rady Evropy. Předmětné dokumenty se nejprve zabývaly otázkou práva na informace a jejich poskytování jako takovému, přičemž ochrana soukromí nastoupila jako regulativ tohoto práva až později. Listina základních práv a svobod, stejně jako recentní dokumenty, již pojímají právo na informace a ochranu soukromí ve svých textech současně.

Právo na informace je ve světle zmiňovaných textů právem politickým. Takto pojmenovaná práva (a svobody) obsahuje oddíl druhý druhé hlavy Listiny základních práv a svobod. V jeho systematice je na prvním místě uvedena svoboda projevu a právo na informace. Bez fungování těchto principů by totiž ani další politická práva neměla smysl. Systematické zařazení obecného přístupu k informacím má i další důležitý aspekt – vždy je totiž třeba přihlídnout k čl. 22 Listiny základních práv a svobod, který klade na všechny složky moci v oblasti politických práv určité nároky. Z uvedených ustanovení a smyslu tohoto práva je třeba vyjít při výkladu některých nejasných ustanovení zákona.

Základní prameny právní úpravy na zákonné úrovni představují zejména dva předpisy, které realizují jednak specifické právo na informace o životním prostředí a dále obecnější právo na informace jako takové.⁵ Předmětná právní úprava je obsažena v pramenech (zejména) správního práva. To je dáno skutečností, že je to právě veřejná správa, se kterou je problematika práva na informace a poskytování informací nejvíce spojena. Svobodný přístup k informacím je přitom významnou zárukou zákonnosti a kontrolním mechanismem nejen ve veřejné správě, ale v moderním demokratickém právním státě vůbec. Tyto závěry potvrdila i judikatura, která v daném smyslu k právu na informace přistupuje.⁶ V tomto ohledu je tak vyjádřen požadavek transparentnosti a otevřenosti veřejné správy, který je imanentně spojen s tzv. principem dobré správy, jako kvalitativního regulativu tzv. správní činnosti.

Stěžejní právní úpravu a zákonnou realizaci výše uvedených práv na informace představuje zákon č. 123/1998 Sb., o právu na informace o životním prostředí, ve znění pozdějších předpisů a zákon č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů. Je přitom poněkud paradoxní, že zákonodárce nejprve šel cestou specifické a užší právní úpravy práva na informace, kterou posléze doplnil úpravou komplexnější.⁷ Zmíněné zákony byly původně koncipovány, až na dílčí odlišnosti, shodně a byly postaveny na

základních práv a svobod, podle jejího čl. 41 se však práva na včasné a úplné informace o stavu životního prostředí a přírodních zdrojů podle čl. 35 odst. 2 lze domáhat pouze v mezích zákona, které toto ustanovení provádějí.

⁵ S ohledem na výše uvedené je třeba mezi prameny právní úpravy doplnit zákon č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů, ve znění pozdějších předpisů.

⁶ Srov. kupř. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 5. 2007, č. j. 3 Ads 33/2006-67, publikovaný pod č. 1272/2007 Sb. NSS.

⁷ Zcela záměrně neuvádíme pojmy „obecná“ a „zvláštní“ právní úprava, neboť mezi oběma zákony není vztah subsidiarity. Zákon č. 106/1999 Sb. proto nepředstavuje *lex generalis* vůči zákonu č. 123/1998 Sb., neboť oba zákony nemají společný předmět a právní úprava v nich obsažená je vzájemně nezávislá. Tento závěr ostatně plně podporuje znění § 2 odst. 3 zákona č. 106/1999 Sb. Přesto se lze setkat se závěry opačnými. K tomu srov. Damohorský, M. a kol. právo životního prostředí. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2003, s. 206.

podobných základech a institutech. Upravují proces poskytování informací, a to buďto cestou zveřejňování informací (aktivní zpřístupňování) nebo poskytování informací na základě podané žádosti (pasivní zpřístupňování). Oba jsou založeny na zásadě, že se poskytují všechny informace, které nejsou výslovně z poskytnutí vyloučeny.

Jde-li o situaci, kdy je informace poskytována (což se děje na základě žádosti), pak je třeba poukázat na skutečnost, že na toto podání jsou z procesního hlediska kladeny jisté nároky. Podle zákona č. 106/1999 Sb. lze žádost podat ústně nebo písemně, a to i prostřednictvím sítě nebo služby elektronických komunikací. V situaci, kdy ovšem nedostane žadatel na ústní žádost žádnou informaci, musí své podání učinit písemně (tento způsob je oboustranně průkaznější). Žádost nemusí být odůvodněna. Obdobné požadavky stanoví i zákon č. 123/1998 Sb.

Žádost je podána dnem, kdy ji obdržel povinný subjekt. Srozumitelný je požadavek zákona č. 123/1998 Sb., podle něhož žádost musí obsahovat identifikaci toho, kdo ji podal. Výrazně podrobněji totéž říká i zákon č. 106/1999 Sb. ve svém § 14 odst. 2. Lze pochopit úmysl zákonodárce, aby žádosti nebyly podávány anonymně. Jen stěží ovšem chápeme požadavek na to, aby v žádosti fyzické osoby bylo nutné uvádět datum narození. Pokud tento údaj bude absentovat, nebrání to postupu při vyřizování žádosti, a tedy informace – je-li na ni nárok – musí být poskytnuta.

Další požadavek zákona č. 106/1999 Sb., který může způsobovat jisté potíže, plyne z ustanovení § 14 odst. 2, dle něhož mj. ze žádosti musí být zřejmé, že se žadatel domáhá poskytnutí informace ve smyslu tohoto zákona. Pokud to zřejmé není, nejde vůbec o žádost, a tedy na ni nemusí být vůbec reagováno. Domníváme se, že řečené ustanovení je třeba vykládat tak, že je potřeba, aby ze žádosti alespoň implicitně vyplývalo, že je podávána v režimu uvedeného zákona.⁸ Jistě není třeba, aby žádost nutně musela výslovně obsahovat formulku typu: „Žádost podávám podle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím.“ Je ovšem třeba si uvědomit, že významný rozměr práva na informace tkví v jeho kontrolní funkci. Povinnému subjektu se nemusí vždy hodit informaci poskytnout. Proto by měl zákon obsahovat co nejméně sporných ustanovení, dávajících povinným subjektům do rukou možnost obstrukcí, které by formálně mohly odůvodňovat jim se hodícím výkladem některých ustanovení zákona.

Žádost musí být konkrétní, srozumitelná a musí z ní být patrné, jaká informace je požadována. Pokud tomu tak není, je žadatel vyzván k jejímu upřesnění (ve lhůtě sedmi dnů podle zákona č. 106/1999 Sb. a ve lhůtě patnácti dnů podle zákona č. 123/1998 Sb.). Není-li žádost o informaci upřesněna do třiceti dnů, povinný subjekt rozhodne o odmítnutí žádosti. Není-li žádost o informaci o životním prostředí upřesněna do patnácti dnů, má se za to, že od ní žadatel upustil. Zvláštní úprava je stanovena i v případech, kdy je žádost podána nepříslušnému subjektu. V takovém případě povinný subjekt žádost odloží a žadatele o tom s odůvodněním ve lhůtě sedmi dnů zpraví. V případě žádosti o informaci týkající se životního prostředí je stanoven postup jiný. V takové situaci je potřeba žadateli sdělit neprodleně (nejdéle ve lhůtě patnácti dní), že požadovaná informace nemůže být poskytnuta. Pokud je

⁸ Srov. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 3. 2006, č. j. 8 As 34/2005-76, nebo ze dne 28. 3. 2008, č. j. 3 As 13/2007.

ovšem dotazovanému subjektu známo, který povinný subjekt má požadovanou informaci k dispozici, postoupí mu žádost a uvědomí o tom žadatele.

Právo na informace je právem nárokovým. Povinné subjekty proto mají ze zákona povinnost požadované informace poskytnout, ledaže jde o některou z taxativně stanovených výjimek, kdy k jejímu poskytnutí nedojde. Nelze tak poskytovat informace, které jsou předmětem průmyslového vlastnictví, utajované informace, obchodní tajemství,⁹ data o trestních řízeních, informace, které by zasáhly do autorského práva, údaje týkající se majetkových poměrů těch, kteří nejsou povinnými subjekty apod. Podle zákona č. 123/1998 Sb. může být informace odepřena také v situaci, kdy by její zpřístupnění mohlo mít negativní dopad na životní prostředí v místech, kterých se informace týká. Informace týkající se osobnosti, projevů osobní povahy, soukromí fyzické osoby a osobní údaje poskytne povinný subjekt jen v souladu s právními předpisy upravujícími jejich ochranu. Ve všech výše uvedených případech jsou kladeny zvýšené požadavky na kvalitu odůvodnění toho, proč informace nebyla poskytnuta vůbec či proč byla poskytnuta jen zčásti. Je třeba také mít na paměti, že všechna omezení práva na informace provede povinný subjekt tak, že poskytne požadované informace s výjimkou těch, o nichž to stanoví zákon. Právo odepřít informaci trvá pouze po dobu, po kterou trvá i důvod odepření.

Na tomto místě je třeba poznamenat, že vedle obou „informačních zákonů“ existuje ještě celá řada právních úprav, podle nichž se postupuje v případech, kdy žadatel žádá o poskytnutí specifických informací. V daném ohledu je třeba vždy nutné zkoumat, zda se jedná o úpravy natolik komplexní, aby vyloučily použití zmíněných informačních zákonů.¹⁰ Zvláštní zákon musí zejm. stanovit specificky způsob podávání a vyřizování žádostí, poskytování informací, počítání lhůt, podávání opravných prostředků apod.

Povinné subjekty, které jsou definovány v § 2 odst. 1, 2 zákona č. 106/1999 Sb. a § 2 písm. b) zákona č. 123/1998 Sb., vedou rozhodovací proces¹¹ v nejširším slova smyslu, v němž posuzují podanou žádost a rozhodují, zda informace poskytnou, či nikoliv. Pokud dospějí k závěru, že jde o taxativně stanovené výjimky, rozhodnutím poskytnutí informace odepřou (v režimu zákona č. 123/1998 Sb.), či odmítnou (v režimu zákona č. 106/1999 Sb.). Ohledně užívaných pojmů v případě negativních rozhodnutí při poskytování informací, je třeba učinit kritickou poznámku nad jejich nejednotností. Navíc, institut odmítnutí má v procesním právu zcela jiný význam a účel,¹² proto se domníváme, že správnější je pojem „odepření“, neboť i v gramatickém významu lépe postihuje předmětnou skutečnost. Pokud však povinné subjekty v rámci rozhodovacího procesu dojdou k závěru, že se nejedná o stanovenou výlukou z poskytnutí informace, jsou povinny informaci ve stanovených lhůtách (a to opět rozdílně

⁹ K tomu blíže viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 10. 2007, č. j. 2 As 27/2007-87.

¹⁰ Jedná se kupř. o úpravu nahlížení do správního spisu (blíže viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 8. 2008, č. j. 2 As 38/2007-78) či poskytování údajů z katastru nemovitostí.

¹¹ Rozhodovacím procesem rozumíme myšlenkou činnost konkrétní úřední osoby, která posuzuje podanou žádost z hlediska poskytnutí, či neposkytnutí informace. K vlastnímu rozhodování jako takovému srov. Skulová, S. Rozhodování ve veřejné správě. Brno: Masarykova univerzita, 1996, 173 s.

¹² Podle procesních předpisů, jako je kupř. o. s. ř., s. ř. s., nebo správní řád platí, že odmítnutí návrhu představuje jeho nemeritorní vyřízení a představuje toliko procesní úkon, v němž se posuzuje splnění základních zákonných náležitostí návrhu.

dlouhých) požadovanou informaci poskytnout. Vycházejíce z nauky o formách činnosti veřejné správy a správních orgánů bychom mohli tuto činnost charakterizovat jako tzv. jiný úkon, zcela konkrétně pak jako sdělení.¹³ Sdělení je proto určitým nosičem požadovaných informací.

Informace mají být poskytovány bez zbytečného odkladu, nejdéle ve lhůtě patnácti dnů (podle zákona č. 106/1999 Sb.) ode dne podání žádosti či ode dne jejího doplnění či upřesnění, resp. třiceti dnů (podle zákona č. 123/1998 Sb.). Ze závažných důvodů či kvůli zvláštním okolnostem může povinný subjekt tuto lhůtu prodloužit a vyrozumět o tom žadatele ještě ve lhůtě základní. Lhůtu k poskytnutí informace lze prodloužit nejvíce o dalších třicet dní, je-li žádáno o informaci ohledně životního prostředí, resp. o deset dnů v případě žádosti podle zákona č. 106/1999 Sb.

Pro žadatele o poskytnutí informace je negativní druhá možnost, kdy buďto ve stanovených lhůtách k poskytnutí požadovaných informací nedojde vůbec, popřípadě je ve lhůtě vydáno rozhodnutí, kterým povinný subjekt žádosti o poskytnutí informace (byť jen zčásti) nevyhoví, tj. odepře zpřístupnit informaci (§ 9 zákona č. 123/1998 Sb.), nebo odmítne žádost (§ 15 zákona č. 106/1999 Sb.). Oba informační zákony stojí na pravidle, že informace se poskytují přímo (sdělují se žadateli) a pokud k jejich poskytnutí nedojde, vydává povinný subjekt rozhodnutí.

Vlivem zákona č. 61/2006 Sb. došlo v zákoně č. 106/1999 Sb. k poměrně zásadním koncepčním změnám, na které poukazujeme níže. Jak jsme již uvedli, byly oba „informační zákony“ koncipovány víceméně podobně. Kromě zmíněné zásady poskytování informací vycházely z institutu fiktivního negativního rozhodnutí. Jeho podstata vychází z toho, že v případě nečinnosti povinného subjektu v rámci lhůty pro poskytnutí informace nastává fikce vydání negativního rozhodnutí. Jak stanoví § 9 odst. 3 zákona č. 123/1998 Sb., jestliže povinný subjekt ve stanovené lhůtě neposkytl informace, či nevydal rozhodnutí, má se za to, že rozhodl informace odepřít. Tato koncepce byla zákonodárcem zvolena zcela záměrně, neboť umožňovala řešit situace, kdy povinnému subjektu uplynula lhůta k poskytnutí informace a současně i lhůta k vydání negativního rozhodnutí. S ohledem na zásadu svobodného přístupu k informacím šel zákonodárce touto cestou, která je in favorem žadatele a ve svém důsledku není restriktivní vůči právu na informace. O tom, že fikce může být vhodným řešením nežádoucí nečinnosti¹⁴ orgánů veřejné správy, pojednává teorie správního práva.

V důsledku výše uvedené novely se však s institutem fiktivního negativního rozhodnutí setkáme již jen v zákoně č. 123/1998 Sb. V zákoně č. 106/1999 Sb. je zvolena koncepce nečinnosti. Podle § 16a odst. 1 písm. b) a odst. 3 písm. b) uvedeného zákona lze podat stížnost na postup při vyřizování žádosti o informace. Tu lze podat nejen tehdy, kdy je povinný

¹³ Ačkoliv právní úprava procesu vydávání těchto tzv. jiných úkonů je obsažena v části čtvrté správního řádu, v případě poskytování informací podle obou „informačních zákonů“ se však podle správního řádu nepostupuje. Uvedený pojem proto používáme pro lepší názornost procesu poskytování informací.

¹⁴ K tomu blíže srov. Svoboda, P. Fikce správního aktu, devoluce a podobné právní instituty – recept proti průtahům ve správním řízení? Správní právo č. 1/1999, s. 276 - 288; nebo Košičiarová, S. Fikcia negativného správného aktu – nástroj ochrany žiadateľa o prístupnenie informácií o životnom prostredí? In. Aktuální otázky práva životního prostředí. Ed. Průchová, I. Masarykova univerzita, Brno, 2005, s. 37 -48.

subjekt nějakým způsobem nečinný, ale též tehdy, když nesouhlasí s vyšší úhrady či odměny související s poskytnutím informace (oba „informační zákony“ vycházejí z principu, že povinné subjekty mohou žádat pouze úhradu nákladů souvisejících s pořizováním kopií, opatřením technických nosičů dat a odesláním informací žadateli). Z předmětného ustanovení je zřejmá silná inspirace § 80 správního řádu a ochranou před nečinností. Tomu odpovídá i oprávnění nadřízeného orgánu podle § 16a odst. 6 téhož zákona.

Stížnost podle § 16a je třeba podat (písemně nebo ústně) u povinného subjektu. O stížnosti rozhoduje nadřízený orgán (výjimkou z tohoto principu je jakási obdoba autoremedury). Pokud jde o stížnost na nečinnost, nadřízený orgán přezkoumá postup povinného subjektu a jeho postup může potvrdit. Pokud tak neučiní, buď věc vyřídí sám (tento postup nelze použít vůči orgánům územních samosprávných celků při výkonu samostatné působnosti, neboť by šlo o nepřípustný zásah do jejich práva na samosprávu), anebo povinnému subjektu přikáže, aby ve stanovené lhůtě (maximálně však patnáctidenní) ode dne doručení rozhodnutí nadřízeného orgánu sám věc vyřídil. Nadřízený správní orgán rozhodne o stížnosti v patnáctidenní lhůtě ode dne předložení stížnosti. Proti jeho rozhodnutí se nelze odvolat.

Opravné prostředky existují i v situaci, kdy povinný subjekt činný je, avšak žádosti v plném rozsahu nevyhoví. Zákon č. 123/1998 Sb. sice nestanoví, že se lze proti prvostupňovému rozhodnutí odvolat, nicméně odkazuje na správní řád, jehož ustanovení o odvolacím řízení se tak použijí podřízeně. Zákon č. 106/1999 Sb. pak obsahuje v § 16 vlastní úpravu odvolání. Povinný subjekt předloží odvolání spolu se spisovým materiálem nadřízenému orgánu v patnáctidenní lhůtě ode dne doručení odvolání. Nadřízený orgán rozhodne o odvolání rovněž v patnáctidenní lhůtě, počítané ode dne předložení odvolání. Je-li podáván rozklad, započítávají se do patnáctidenní lhůty toliko pracovní dny (reálně tak je lhůta delší).

Využití uvedených opravných prostředků je vždy nezbytné k tomu, aby ve věci mohla být podána žaloba ve správním soudnictví. Podle povahy věci v úvahu připadá žaloba proti rozhodnutí správního orgánu podle § 65 a násl. s. ř. s. nebo žaloba na ochranu proti nečinnosti správního orgánu ve smyslu § 79 a násl. s. ř. s. Při soudním přezkumu rozhodnutí o odvolání podle zákona č. 106/1999 Sb. soud přezkoumá, zda jsou dány důvody pro odmítnutí žádosti. Nejsou-li takové důvody dány, správní soud zruší rozhodnutí o odvolání a rozhodnutí povinného subjektu o odmítnutí žádosti a povinnému subjektu nařídí požadované informace poskytnout. V dalším se soudní přezkum řídí soudním řádem správním. Stranou příspěvku ponecháváme, nakolik je vhodné, aby soud měl pravomoc nařizovat poskytnutí požadovaných informací.

Další oblastí, kterou bychom chtěli demonstrovat problematičnost obou právních úprav, resp. dnes toliko jen zákona č. 123/1998 Sb., je soudní ochrana v případě tzv. fiktivních negativních rozhodnutí. V situaci, kdy žadateli ve lhůtě informace není poskytnuta, nastává ze zákona fikce negativního rozhodnutí. Vůči němu jsou přípustné opravné prostředky. Nadřízený správní orgán je povinen o nich opětovně ve stanovených lhůtách rozhodnout, přičemž pokud tak neučiní, nastává opět fikce negativního rozhodnutí s tím, že byl opravný prostředek zamítnut.¹⁵ Judikatura se proto nutně musela vypořádat i s touto otázkou. Podle ní

¹⁵ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 11. 2003, č. j. 6 A 125/2000-45, nebo rozsudek ze dne 11. 3. 2008, č. j. 1 As 15/2008-61.

je takové rozhodnutí nepřezkoumatelné, a proto je třeba jej zrušit.¹⁶ Je to poměrně logický důsledek skutečnosti, že fakticky přezkoumávat není co, když rozhodnutí chybí. Nadále je tento postup možný pouze v případě zákona č. 123/1998 Sb.

Celkově tak lze shrnout, že oba „informační zákony“ mají více rozdílů než shod. Může jít o odlišnosti koncepční (jako v případě fikce zamítavého rozhodnutí) nebo víceméně detailní (jako v případě rozdílně upravených lhůt k některým obdobným úkonům). Co se týče procesu podávání žádosti, považujeme za „uživatelsky komfortnější“ zákon č. 123/1998 Sb. Jeho ustanovení jsou v tomto směru jednodušší a na žadatele a jeho žádost kladou méně formálních požadavků. Rozdíly v obou zmiňovaných úpravách jsou nedůvodné, nežádoucí, matoucí a volají po unifikaci. Důvody, které vedly zákonodárce k tomu, že oba zákony existují paralelně, je nutno spatřovat patrně v tom, že oba dva vycházejí ze dvou rozličných ustanovení Listiny základních práv a svobod. To samo o sobě ovšem ještě neznamená, že tyto právní úpravy musejí nutně vycházet z rozdílných pozic.

Literature:

- Damohorský, M. et al: Právo životního prostředí, Praha: C. H. Beck, 2003, 511 s., ISBN 80-7179-747-2
- Košičiarová, S.: Fikcia negatívneho správneho aktu – nástroj ochrany žiadateľa o sprístupnenie informácií o životnom prostredí. In Průchová, I. ed.: Aktuální otázky práva životního prostředí, Brno: Masarykova univerzita, 2005
- Průcha, P.: Správní právo. Obecná část. 7., doplněné a aktualizované vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2007, 418 s., ISBN 978-80-210-4276-6
- Rigel, F.: Poskytování soudních rozhodnutí prostřednictvím zákona o svobodném přístupu k informacím. Jurisprudence č. 4/2008, s. 3-8
- Skulová, S.: Rozhodování ve veřejné správě, Brno: Masarykova univerzita, 1996, 173 s., ISBN 80-210-1458-X
- Svoboda, P.: Fikce správního aktu, devoluce a podobné právní instituty – recept proti průtahům ve správním řízení? Správní právo č. 1/1999, s. 276-288

Reviewer:

Soňa Skulová

Contact – email:

LPotesil@seznam.cz - Filip.Rigel@nssoud.cz

¹⁶ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 7. 2003, č. j. 6 A 78/2002-39, publikovaný pod č. 202/2004 Sb. NSS.

PROBLEMATIKA DORUČOVÁNÍ PLATEBNÍHO ROZKAZU DE LEGE LATA A DE LEGE FERENDA

LENKA ŘEHULOVÁ

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstrakt:

Níže uvedený příspěvek je věnován otázce doručování platebního rozkazu, v níž byla a je spatřována největší slabina rozkazního řízení. V rámci platné právní úpravy je kladen důraz na problematické otázky, které činí interpretační potíže v aplikační praxi. V této souvislosti je proto provedena detailní analýza rozhodovací činnosti soudů, zejména Nejvyššího soudu ČR. Druhá část se zabývá právní úpravou de lege ferenda z pohledu poslední novely občanského soudního řádu, jejímž cílem by mělo být zrychlení, zefektivnění a zamezení průtahů v civilním procesu, tedy i zkráceném řízení.

Klíčová slova:

Občanský soudní řád; platební rozkaz; rozkazní/zkrácené řízení; doručování; doručenko; doručování do vlastních rukou; náhradní doručení; uložení; fikce doručení; doručování prostřednictvím veřejné datové sítě; datová schránka; elektronizace justice; žalobce; žalovaný; fyzická osoba; právnická osoba.

Abstract:

The under-mentioned paper is devoted to the issue of delivery of a compulsory payment order as the constant weakness of summary procedure. Within the scope of the valid legal regulation, the accent is put on the issues which cause interpretative difficulties in the practice of law. In this connection the detailed analysis of judicature (especially the judicature of the Supreme Court) is performed. The second part of the report is focused on the legal regulation de lege ferenda in terms of the latest amendment of Civil Procedure Code whereof aim would be acceleration, effectiveness and avoiding all delays in civil procedure therefore in the summary procedure.

Key words:

Civil Procedure Code; compulsory payment order; summary procedure; delivery/service; affidavit of service; delivery in one's own hands; substituted service; legal fiction of delivery; delivery by public data network; data box; electronisation of justice; plaintiff; defendant; natural person/individual; artificial person.

ÚVODEM

V problematice doručování platebního rozkazu byla v minulosti a je i v současnosti spatřována největší slabina rozkazního řízení. Přísná úprava doručování zakotvená v ustanovení §§172 a 173 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád ve znění pozdějších předpisů (dále v textu jen jako „OSŘ“), která je výrazem zvýšené ochrany žalovaného, je hlavním důvodem, proč platební rozkaz není zcela schopen plnit svou funkci institutu brzkého a efektivního vymáhání nesporných peněžitých pohledávek. Ve smyslu ustanovení §172 odst. 2 písm. a) OSŘ platební rozkaz nelze vydat, má-li být doručen žalovanému do ciziny a dále je navíc v ustanovení §173 odst. 1 OSŘ stanovena povinnost doručit platební rozkaz do vlastních rukou, bez možnosti náhradního doručení. Zákon tak garantuje žalovanému, aby se

předepsaným způsobem dozvěděl, že bez jednání soudu mu bylo uloženo zaplatit peněžité plnění. Následující řádky budou věnovány shora nastíněné otázce doručování platebního rozkazu (nikoliv však směnečného a šekového platebního rozkazu), kterážto se stává opět aktuální v souvislosti s přijetím zákona č. 7/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony, obsahující mj. i novou úpravu v systému doručování.

1. PRÁVNÍ ÚPRAVA DORUČOVÁNÍ PLATEBNÍHO ROZKAZU DE LEGE LATA

Při doručování platebního rozkazu je třeba postupovat nejen podle obecné právní úpravy doručování obsažené v ustanoveních §§45 až 50i OSŘ, ale zároveň mít na paměti speciální pravidla uvedená v úvodu tohoto příspěvku. Platební rozkaz (i tzv. elektronický platební rozkaz) je v listinné podobě v současné době nejčastěji doručován prostřednictvím soudního doručovatele¹, provozovatele poštovních služeb² a orgánu justiční stráže; v určitých případech stanovených občanským soudním řádem i prostřednictvím jiných orgánů.³ Zákon upravuje rozdílně doručování jednotlivým subjektům práva⁴, kdy pro potřeby rozkazního řízení nám však postačí, učiníme-li krátký exkurz v rozsahu doručování fyzickým a právnickým osobám, jež jsou nejfrekventovanějšími účastníky zkráceného řízení.

1.1 DORUČOVÁNÍ FYZICKÝM A PRÁVNICKÝM OSOBÁM

Písemnost určená **fyzické osobě** se ve smyslu ustanovení §46 odst. 1 OSŘ nejčastěji doručuje na adresu jejího bytu, místa podnikání, pracoviště nebo místa, kde se zdržuje. Požádá-li o to fyzická osoba, soud může předat písemnost k doručení na adresu jiného místa v České republice. Doručující orgán může písemnost doručit i všude tam, kde bude daná osoba zastížena.⁵ Zvláštní případy doručování fyzickým osobám jsou upraveny v ustanovení §46a OSŘ.⁶ Není-li adresát (fyzická osoba) na uvedené adrese zastížen, doručující orgán mu na

¹ Soud může zvolit i doručování písemností prostřednictvím soudního doručovatele, který tuto činnost vykonává v rámci svého živnostenského podnikání. Srov. usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 17. 5. 2006, sp. zn. 20 Cdo 685/2006.

² Jde o nejčastější formu doručování soudních písemností, a to na základě uzavřené poštovní smlouvy, z níž vyplývá povinnost dodat zásilku způsobem předepsaným občanským soudním řádem (§4 a násl. zákona č. 29/2000 Sb., o poštovních službách a o změně některých zákonů (zákon o poštovních službách). K porušení povinností provozovatele poštovních služeb srov. např. usnesení Krajského soudu ze dne 31. 8. 2001, sp. zn. 29 Ca 506/2000.

³ Např. prostřednictvím orgánů Vězeňské služby České republiky, zařízení pro výkon ústavní nebo ochranné výchovy, územní vojenské správy, Ministerstva vnitra či Ministerstva spravedlnosti.

⁴ Jde o doručování fyzickým osobám, právnickým osobám, patentovému zástupci, osobám vykonávajícím právní poradenství podle zvláštního předpisu, Úřadu pro zastupování státu ve věcech majetkových, státu, advokátovi, notáři, správnímu orgánu a územně samosprávným celkům.

⁵ Srov. usnesení Vrchního soudu v Praze ze dne 12. 1. 2009, sp. zn. 5 Cmo 868/98: „Soudní písemnosti, které je nutno doručit do vlastních rukou, lze adresátu doručit kdekoliv, kde bude zastížen.“

⁶ Jedná se o doručení písemnosti osobám ve výkonu trestu, osobám umístěným v zařízení pro výkon zabezpečovací detence, ústavní nebo ochranné výchovy, osobám požívajícím diplomatické výsady a imunity, vojákům a policistům.

místě zanechá výzvu⁷ a jde-li o žalobce, pak v případě nevyzvednutí písemnosti je platební rozkaz doručen třetím dnem ode dne zanechání předmětné výzvy, neboť soudní praxe zastává názor neexistence povinnosti doručení platebního rozkazu žalobci do vlastních rukou, jak bude podrobněji pojednáno níže. Při doručování platebního rozkazu žalovanému, jemuž naopak platební rozkaz musí být doručen do vlastních rukou, uvedená výzva neobsahuje žádné poučení o následcích nevyzvednutí ve lhůtě 10 dnů od uložení, neboť náhradní doručení nepřichází v úvahu. Poté co není taková zásilka ve lhůtě vyzvednuta, je vrácena zpět soudu.

Právnícké osobě se doručuje na adresu jejího sídla zapsaného do obchodního nebo jiného veřejného rejstříku⁸ nebo na adresu, kde skutečně sídlí.⁹ Stejně jako při doručování fyzické osobě, požádá-li o to právnická osoba, soud předá písemnost k doručení na jinou adresu v České republice. Tato možnost však v případě zkráceného řízení nepřichází příliš do úvahy. Za právnickou osobu mohou doručovanou písemnost přijmout orgány a osoby uvedené v ustanovení §21 OSŘ, a to statutární orgán, vedoucí jejího odštěpného závodu nebo vedoucí jiné její organizační složky, prokurista, její zaměstnanci (členové), kteří tím byli pověřeni a dále taktéž i jiné fyzické osoby, které k tomu právnická osoba zmocnila. Při nucené správě právnické osoby je k přijetí písemnosti oprávněn i nucený správce. Pověření fyzické osoby k přijímání zásilek doručovaných na adresu sídla právnické osoby může být i konkludentního charakteru.¹⁰

Pokud platební rozkaz určený do vlastních rukou právnické osoby jako žalovaného je doručen na adresu sídla právnické osoby uvedenou v obchodním rejstříku a převzat pracovníkem pověřeným k přejímání písemností s tím, že převzetí je potvrzeno otiskem razítka a podpisem, považujeme tuto písemnost za doručenu. Nelze tedy považovat za omluvitelný důvod pro rozhodnutí o prominutí zmeškání lhůty případ, kdy byl takový platební rozkaz statutárnímu orgánu, příslušnému útvaru či pracovníku předán teprve po uplynutí lhůty určené k podání odporu. Interní organizační opatření, upravující manipulaci s poštovními zásilkami či jinými písemnostmi, příp. neexistence takového opatření, nemá na doručování soudních písemností a den tohoto doručení vliv.¹¹ Obdobně platí, pokud směrnice právnické osoby omezí pracovníky

⁷ Výzva k vyzvednutí písemnosti musí obsahovat, komu je písemnost určena, který soud ji předal k doručení, u koho, kde a který den bude písemnost uložena a dokdy a v jaké době je možné si zásilku vyzvednout.

⁸ Dojde-li v průběhu řízení ke změně obchodního jména (obchodní firmy), Nejvyšší soud ČR v usnesení ze dne 21. 1. 2003, sp. zn. 20 Cdo 2227/2000, konstatoval, že zaslání písemností na původní adresu a pod původním označením nezpůsobuje vadu řízení. Tím, že soud účastníku řízení doručil písemnosti pod jeho starým obchodním jménem, mu soud neodňal možnost v průběhu řízení před soudem jednat.

⁹ Srov. ustanovení §19c zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník ve znění pozdějších předpisů (dále v textu jen jako „ObčZ“).

¹⁰ Viz usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 24. 7. 2008, sp. zn. 20 Cdo 2909/2006: „Při posuzování účinnosti doručení platebního rozkazu právnické osobě za situace, kdy jediný jednatel společnosti s ručením omezeným ponechal manželce razítko firmy a byl srozuměn s tím, že v sídle společnosti přebírala s jeho vědomím zásilky určené společnosti, i když nebyla zaměstnankyní právnické osoby a neměla ve vztahu k ní postavení některé z osob vyjmenovaných v § 21 odst. 1 OSŘ, tak s přihlédnutím k tomu, že „přijímající osobou byla manželka jediného jednatele společnosti“ a že „takový způsob doručování byl dlouhodobě praktikován“, lze dojít k závěru, že vykonávaný platební rozkaz byl společností účinně doručen, neboť písemnost převzala fyzická osoba (konkludentně) pověřena přijímáním zásilek doručovaných na adresu sídla právnické osoby.“

¹¹ Viz usnesení Vrchního soudu v Praze ze dne 4. 3. 1999, sp. zn. 10 Cmo 79/99.

oprávněné k přijímání písemností, např. přijímání písemností pouze určitého druhu a příslušná písemnost je některému z těchto pracovníků doručena, jde o doručení účinné.¹²

1.2 DORUČENKA

Doručuje-li soud písemnosti prostřednictvím doručujícího orgánu, vyznačí se doručení písemnosti na **doručence** (§50e odst. 2 OSŘ). Do přijetí novely občanského soudního řádu - zákona č. 555/2004 Sb. (účinnost k 1. 1. 2005)¹³ - byla doručka veřejnou listinou a soudy zpravidla trvaly na tom, aby na doručence bylo kromě podpisu přejímajícího uvedeno u právnické osoby a u fyzické osoby, která je podnikatelem, také razítko, ač tato povinnost nebyla zákonem nikterak uložena. Předmětná novela tuto rigidní praxi soudů odstranila a podrobně stanovila náležitosti doručky v konkrétních zákonem předvídaných případech s tím, že není-li prokázán opak, považují se údaje uvedené na doručence za pravdivé (§50f odst. 9 OSŘ - konstrukce tzv. vyvratitelné domněnky). Skutečnost, že doručka nemá náležitosti uvedené v ustanovení §50f OSŘ, neznamená bez dalšího vadnost doručení; soud je povinen jiným způsobem vyšetřit, zda bylo doručeno v souladu se zákonem.¹⁴ Čistě po technické stránce je třeba pro doručení platebního rozkazu použít obálku s doručenkou s modrým pruhem pro zásilky určené „do vlastních rukou“. Také v případě platebního rozkazu platí, že se účastníkům doručuje nikoli originál, nýbrž stejnopis písemného vyhotovení.¹⁵

1.3 DORUČOVÁNÍ DO VLASTNÍCH RUKOU ŽALOVANÉHO

Jak již bylo uvedeno shora, jediným možným způsobem doručení rozhodnutí vydaného ve zkráceném řízení (vzhledem k jeho povaze) je **doručení do vlastních rukou žalovaného**. Jakýkoliv způsob náhradního doručení je vyloučen. Není proto přípustné doručit tuto písemnost uložením podle §46 odst. 3 OSŘ pro fyzické osoby a podle §47 odst. 3 OSŘ pro právnické osoby. Nelze ani postupovat ve smyslu ustanovení pátého a šestého odstavce ustanovení §§46 a 47 OSŘ, uložení s fikcí doručení. O náhradní doručení však nejde, odmítne-li žalovaný přes výslovné poučení doručovatele platební rozkaz převzít, v takovém případě dojde k doručení dnem, kdy bylo jeho přijetí odepřeno (§50 odst. 1 OSŘ).^{16, 17} Byl-li

¹² Srov. usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 18. 2. 2004, sp. zn. 29 Odo 12/2001.

¹³ Zákon č. 555/2004 Sb., kterým se mění zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 549/1991 Sb., o soudních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 85/1996 Sb., o advokacii, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁴ Viz usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 17. 5. 2006, sp. zn. 20 Cdo 685/2006.

¹⁵ Viz usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 31. 3. 2005, sp. zn. 20 Cdo 891/2004: „...Co do podoby, v níž se platební rozkaz doručuje účastníkům, platí i zde, co je řečeno ohledně rozsudku v §158 odst. 2 OSŘ, že účastníkům řízení se doručuje nikoli originál, nýbrž stejnopis písemného vyhotovení rozhodnutí. Není žádný důvod, aby tomu bylo jinak; okolnost, že platební rozkaz vydává soud za specifických podmínek (bez jednání) na tom nic nemění.“

¹⁶ Sborník III., s. 336 in WINTEROVÁ, A.: Občanský soudní řád s vysvětlivkami a judikaturou. 2. vydání. Praha: Linde Praha, a.s. 2003, s. 379.

¹⁷ Dle důvodové zprávy k zákonu č. 555/2004 Sb., kterým se mění zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 549/1991 Sb., o soudních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 85/1996 Sb., o advokacii, ve znění pozdějších předpisů, by tentýž právní následek doručení písemností mělo mít i maření doručení příjemcem tím, že odmítá poskytnout doručujícímu orgánu součinnost

platební rozkaz doručen nesprávně osobě, odlišné od účastníka řízení, nelze jej považovat za doručený, a to ani tehdy, dostal-li se shodou okolností do rukou účastníka řízení, kterému byl určen.¹⁸ Doručením do vlastních rukou se teprve vyvozuje rovnost účastníků řízení, neboť i žalovanému je dána možnost projevit svou vůli a vyjádřit se. Zde pak již nezáleží na tom, zda svou vůli vyjádří žalobce konkludentně či písemným odporem, i když zákon s každou z těchto forem spojuje jiné následky. Nesplněním podmínky doručení platebního rozkazu do vlastních rukou, nenabude dané rozhodnutí právní moci. Pokud by tomu tak bylo, došlo by k porušení základního ustanovení zakotveného v čl. 1 a čl. 37 odst. 3 (o rovnosti účastníků v řízení) a dále čl. 36 odst. 1, a čl. 38 odst. 2 (o spravedlivém procesu) ústavního zákona č. 23/1991 Sb., kterým se uvozuje Listina základních práv a svobod ve znění pozdějších předpisů.¹⁹

Doručení písemnosti prostřednictvím veřejné datové sítě ve smyslu ustanovení §45f odst. 4 OSŘ se sice taktéž považuje za doručení do vlastních rukou, avšak s ohledem na skutečnost, že platební rozkaz (včetně elektronického) se vydává bez slyšení žalovaného, je zřejmé, že předpoklady doručení tímto způsobem uvedené v ustanovení §45f odst. 1 OSŘ nejsou naplněny. Aplikace ustanovení §45f OSŘ je striktně vázána na splnění hned několika podmínek. Jedná se o doručování na elektronickou adresu, kdy adresát musí mít opatřen zaručený elektronický podpis, tuto skutečnost soudu **sdělit** a zároveň požádat či **vysslovit souhlas s doručením písemnosti touto cestou**. S ohledem na charakter rozkazního řízení soud tyto údaje samozřejmě nebude mít k dispozici.

Je-li platební rozkaz **doručován více žalovaným** a nepodaří se jej doručit byť i jednomu z nich, soud usnesením platební rozkaz v plném rozsahu zruší (§173 odst. 2 OSŘ). Uvedené platí bez zřetele k tomu, že žalovaní mají ve sporu postavení samostatných společníků v rozepři (§91 odst. 1 OSŘ) a že po nich není požadováno stejné peněžité plnění. Jsou-li žalovaní zavázáni ke splnění povinnosti společně a nerozdílně, je samozřejmě tento požadavek opodstatněný. V takové situaci se totiž jedná o nerozlučné společenství účastníků ve smyslu ustanovení §91 odst. 2 OSŘ, kdy platí úkony jednoho z účastníků i pro ostatní. Naopak, nejsou-li žalovaní v postavení nerozlučných společníků a platební rozkaz každému z nich ukládá povinnost samostatně, domnívám se, že výše zmíněný postup je příliš rigidní a na překážku účelu zkráceného řízení. V soudní praxi totiž může velmi lehce nastat situace, kdy se platební rozkaz vydaný proti několika žalovaným stane pravomocným a vykonatelným vůči jen některým z nich (vůči těm, kterým byl řádně doručen a nepodali proti němu odpor), kdežto ve vztahu k ostatním žalovaným bude nadále probíhat proces doručování. Za daného stavu věci pak snáze vznikne spor z důvodu, že pro některé účastníky rozkazního řízení soudně vykonatelný platební rozkaz bude vůči všem žalovaným podle §174 odst. 2 zcela zrušen.²⁰ Občanský soudní řád před novelou provedenou zákonem č. 549/1991 Sb. řešil tuto

nutnou k doručení písemnosti (například tím, že doručovateli odmítá otevřít dveře svého bytu nebo jinak předstírá, že není doma, odmítne prokázat svou totožnost apod.). O následcích svého jednání (opomenutí) musí být příjemce poučen.

¹⁸ Usnesení Vrchního soudu v Praze ze dne 13. 2. 1996, sp. zn. 5 Cmo 280/95.

¹⁹ Nález Ústavního soudu ze dne 7. 11. 2000, sp. zn. II. ÚS 406/2000.

²⁰ Srov. BUREŠ, J., DRÁPAL, L., KRČMÁŘ, Z.: Občanský soudní řád. Komentář. I. díl. 7. vydání. Praha: C.H. Beck, 2006, s. 776. Soud by v takovém případě měl postupovat, co nejrychleji, aby závady v doručení platebního rozkazu ve vztahu k ostatním žalovaným vyřešil a těmto sporům předešel.

otázku v ustanovení §173 odst. 3 takto: „Nelze-li platební rozkaz doručit, předseda senátu jej usnesením zruší.“ Protože tento text vedl ke směřování samostatného a nerozlučného společenství, byl upraven do současné podoby. Ve vztahu k doručování platebního rozkazu více žalovaným by ryze pro tento účel bylo vhodnější, dle mého názoru, namísto dělení na společenství samostatné a nerozlučné, rozlišovat plnění společné a nerozdílné na jedné straně a jednotlivá plnění, ke kterým jsou žalovaní zvláště povinni na straně druhé. Platební rozkaz by pak mohl v případě samostatného společenství zůstat v platnosti vůči těm žalovaným, kterým se podařilo doručit.

1.4 KE SPLNĚNÍ PODMÍNKY NEDORUČITELNOSTI PLATEBNÍHO ROZKAZU

S ohledem na dikci §173 odst. 2 OSŘ „nelze-li platební rozkaz doručit“ není nikterak konkrétně zákonem stanoveno, za jakých podmínek či kdy, je tento předpoklad splněn. Proto je nutno analogicky vycházet ze základních ustanovení občanského soudního řádu, zejména §1, §5, §6 a §100 OSŘ. Nejvyšší soud ČSSR v jednom ze svých stanovisek dospěl k závěru, že *první bezvýsledný pokus o doručení zásilky nebude zásadně důvodem ke zrušení vydaného platebního rozkazu, nýbrž bude nutné ve smyslu citovaných ustanovení občanského soudního řádu působit k tomu, aby byl platební rozkaz doručen. Pokud by se ovšem i s použitím dalšího zákonem přípustného způsobu doručování nepodařilo zásilku doručit, bude soud povinen dle §173 odst. 2 OSŘ platební rozkaz zrušit.*²¹ V předmětném stanovisku se Nejvyšší soud ČSSR zabývá třemi případy, jež se vyskytují nejčastěji. Níže souhrnně uvedme nejpodstatnější skutečnosti.

1. Není-li možné zásilku doručit, protože žalovaný na uvedené adrese nebydlí, má soud s ohledem na obsah relace poštovního řádu postupovat podle ustanovení §43 odst. 1 OSŘ. Ukáže-li se i nový údaj o bydlišti žalovaného nesprávným, pak zpravidla bude splněn předpoklad pro závěr o nedoručitelnosti platebního rozkazu a soud jej usnesením zruší.

2. Pokud žalovaný na uvedené adrese sice bydlí, avšak tam nebyl zastižen, není možné doručení provést, neboť náhradní doručení je výslovně vyloučeno. Pak soud postupuje ve smyslu ustanovení §45a OSŘ, aniž by ovšem bylo nutné vyčerpat všechny v tomto ustanovení uvedené možnosti způsobu doručení. Mine-li se zmíněný postup soudu účinkem, pak bude opět splněn předpoklad pro zrušení platebního rozkazu.

3. Třetí případ může nastat, jak již bylo uvedeno výše, odepře-li adresát písemnost bezdůvodně přijmout, a to i přes poučení adresáta doručovatelem, pak je třeba vycházet z toho, že došlo k doručení písemnosti, a to dnem, kdy její přijetí bylo odepřeno (§50 odst. 1 OSŘ).

Je-li **platební rozkaz z důvodů jeho nedoručitelnosti zrušen** ve smyslu ustanovení §173 odst. 2 OSŘ, musí soud pokračovat v zahájeném řízení a o uplatněném nároku rozhodnout. Jde o obdobnou situaci jako v případě, když platební rozkaz je dle ustanovení §174 odst. 2 OSŘ zrušen podáním odporu anebo když soud dle ustanovení §172 odst. 3 OSŘ platební rozkaz vůbec nevydá.²² Proti usnesení o zrušení platebního rozkazu je přípustné **odvolání**.

²¹ S III. s. 336-337 in BUREŠ, J., DRÁPAL, L., KRČMÁŘ, Z.: Občanský soudní řád. Komentář. I. díl. 7. vydání. Praha: C.H. Beck, 2006, s. 777.

²² Cpj 65/65 in RUBEŠ, J., WINTEROVÁ, A.: Občanský soudní řád a předpisy souvisící. Praha: Linde Praha, a.s. 1993, s. 336.

Jediným způsobilým odvolacím důvodem v takovém případě je námitka řádného doručení všem žalovaným anebo skutečnost, že doručení do vlastních rukou žalovaného nic nebránilo. Zrušení platebního rozkazu má tytéž účinky jako včas podaný odpor (§174 odst. 2 OSŘ).²³

1.5 DORUČOVÁNÍ PLATEBNÍHO ROZKAZU ŽALOBCE

Zajímavou otázkou hodnou rozboru je i **doručování platebního rozkazu žalobci**. V ustanovení §173 odst. 2 OSŘ je zakotvena povinnost doručit platební rozkaz do vlastních rukou pouze žalovanému, o doručení žalobci tu není žádná zmínka. Některé soudy by tak mohli dovodit, že *povinnost doručování do vlastních rukou není ve vztahu k žalobci obligatorní či dokonce, že není třeba platební rozkaz žalobci doručovat a postačí doručení až poté, co nabyl právní moci*. Zčásti dané stanovisko podporuje i judikát citovaný v komentáři občanského soudního řádu autorky A. Winterové a kol., v němž je zjednodušeně řečeno konstatováno následující.²⁴ Ustanovení §174 odst. 1 a 2 OSŘ přiznává žalobci právo podat proti platebnímu rozkazu odpor, ale zároveň zakotvuje oprávnění žalobce podat proti výroku o nákladech řízení řádný opravný prostředek v podobě odvolání. S ohledem na to, že soud rozhoduje o nákladech řízení současně s vydáním platebního rozkazu a platební rozkaz, proti němuž nebyl podán odpor, má účinky pravomocného rozsudku, *lze dovodit, že je nutné doručit platební rozkaz i žalobci, nikoliv však do vlastních rukou*. Osobně se zčásti s tímto judikátem ztotožňuji, avšak se táži, z čeho jest v judikátu vyvozeno, že žalobci není třeba platební rozkaz doručit do vlastních rukou? Tato skutečnost by snad mohla vyplývat z ustanovení §173 odst. 1 OSŘ, jenž hovoří, jak uvedeno shora, pouze o povinnosti doručit platební rozkaz do vlastních rukou žalovaného nikoliv však již žalobce. Vzhledem k tomu ale, že platební rozkaz, proti němuž nebyl podán odpor, nabývá účinků pravomocného rozsudku, by měl být, dle dikce občanského soudního řádu, stejně tak jako jiná meritorní rozhodnutí, doručován do vlastních rukou všech účastníků.²⁵ Navíc připustíme-li, že není obligatorní doručit platební rozkaz do vlastních rukou žalobce, pak je možné obálku s platebním rozkazem předat i jiné fyzické osobě bydlící, působící nebo zaměstnané na témže místě jako žalobce nebo v jeho okolí, která jej zná a souhlasí s tím, že mu písemnost odevzdá.

V citovaném rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR se dále dočítáme, že *praxe některých soudů, jež doručují žalobci platební rozkaz až po nabytí právní moci s vyznačením této doložky, neodporuje zákonu*. Ani s tímto stanoviskem, domnívám se, nelze souhlasit. Je-li totiž žalovanému doručen platební rozkaz, počne běžet zákonem stanovená 15-ti denní lhůta pro podání odporu, po jejímž marném uplynutí, platební rozkaz nabývá účinků pravomocného rozsudku, nikoliv však současně i ve vztahu k žalobci, neboť žalobci od okamžiku doručení platebního rozkazu počne běžet lhůta pro podání odvolání proti výroku o nákladech řízení. Může totiž zcela reálně nastat situace, kdy soud nesprávně vyčíslí částku určenou na náhradu nákladů řízení. V takovém případě je žalobce oprávněn využít lhůtu k podání odvolání, která

²³ BUREŠ, J., DRÁPAL, L., KRČMÁŘ, Z.: Občanský soudní řád. Komentář. I. díl. 7. vydání. Praha: C.H. Beck, 2006, s. 776.

²⁴ Sborník IV s. 384 in WINTEROVÁ, A. a kol.: Občanský soudní řád s vysvětlivkami a judikaturou. 2. vydání. Praha: Linde Praha, a.s., 2003, s. 379.

²⁵ Srov. ustanovení §45b odst. 1 OSŘ: „Do vlastních rukou se doručují písemnosti, u nichž tak stanoví zákon, a jiné písemnosti, nařídí-li to předseda senátu.“ a ustanovení §158 odst. 2 OSŘ: „Stejnopis písemného vyhotovení rozsudku se doručuje účastníkům, popřípadě jejich zástupcům do vlastních rukou.“

však nepočne běžet dříve, než bude platební rozkaz žalobci doručen.²⁶ Jak by pak bylo realizovatelné vyznačení doložky právní moci na platebním rozkazu a jeho zaslání žalobci v souladu s ustanovením daného judikátu v tomto konkrétním případě? Bylo by to uskutečnitelné pouze za předpokladu vzdání se práva na podání odvolání, což dle mého názoru v rozkazním řízení nelze.²⁷ Tato praxe soudů, ač sleduje správný účel, a to úsilí o maximální zefektivnění civilního procesu, není v souladu s aktuálním zněním občanského soudního řádu a jako takovou ji tedy považuji za příliš unáhlenou. Usuzuji, že jako řešení, které by odpovídalo literě zákona, se nabízí postup soudu způsobem, že by byl platební rozkaz doručován žalobci a žalovanému současně, přičemž by byla přípustná varianta náhradního doručení žalobci. V opačném případě se sice jedná o prostředek zefektivnění civilního řízení soudního, avšak na úkor zákonnosti.

2. PRÁVNÍ ÚPRAVA DORUČOVÁNÍ PLATEBNÍHO ROZKAZU DE LEGE FERENDA

V částce 3 Sbírky zákonů s datem rozeslání 8. leden 2009 byl vyhlášen **zákon č. 7/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony**. Jde o tzv. souhrnnou novelu občanského soudního řádu vycházející z Programového prohlášení vlády ze dne 17. ledna 2007, kterážto je zaměřena na zrychlení, zefektivnění a zamezení průtahů v civilním řízení soudním. Předmětná novela, jež nabývá účinnosti prvním dnem šestého kalendářního měsíce následujícího po dni jeho vyhlášení, tj. 1. července 2009, obsahuje i **novou právní úpravu systému doručování**. Zaměříme se níže pouze na ty skutečnosti, které se promítnou do právní úpravy doručování v rámci zkráceného řízení.

2.1 NOVUM - DORUČOVÁNÍ PROSTŘEDNICTVÍM VEŘEJNÉ DATOVÉ SÍTĚ DO DATOVÉ SCHRÁNKY

Daný zákon mimo jiné mezi způsoby doručování v souvislosti s elektronizací justice zařazuje nově **doručení prostřednictvím veřejné datové sítě do datové schránky** (nově zejména v ustanovení §46 a §47 OSŘ), které na rozdíl od doručování prostřednictvím datové sítě na elektronickou adresu by nemělo být závislé na žádosti ani souhlasu adresáta. Adresou pro doručování prostřednictvím veřejné datové sítě bude adresa datové schránky evidovaná dle **zákona č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech, osobních číslech a autorizované konverzi dokumentů** (dále v textu jen jako „zákon o elektronických úkonech“), jež nabývá účinnosti taktéž dne 1. července 2009. **Datové schránky** bude zřizovat a spravovat Ministerstvo vnitra (dále v textu jen jako „ministerstvo“). Datovou schránku fyzické osoby, podnikající fyzické osoby²⁸ a právnické osoby neuvedené v §5 odst. 1 zákona č. 300/2008 Sb.

²⁶ Srov. usnesení Nejvyššího soudu ČSR ze dne 31. 12. 1980, sp. zn. Cpj 148/80: „...„Doručující orgán musí proto na doručence vyznačit datum doručení, aby bylo následně zřejmé, kdy byl platební rozkaz doručen a zda je odvolání včasné.“

²⁷ Srov. ustanovení §156 odst. 1 OSŘ: „Rozsudek se vyhláší vždy veřejně; vyhláší jej předseda senátu jménem republiky. Uvede přitom výrok rozsudku spolu s odůvodněním a poučením o odvolání a o možnosti výkonu rozhodnutí. Po vyhlášení předseda senátu zpravidla účastníky vyzve, aby se vyjádřili, zda se vzdávají odvolání proti vyhlášenému rozsudku.“

²⁸ §4 odst. 3 zákona o elektronických úkonech stanovuje výjimku vztahující se na advokáta, daňového poradce a insolvenčního správce jako podnikající fyzické osoby, jimž je datová schránka zřizována automaticky bez

zřídí ministerstvo bezplatně na žádost, a to do 3 dnů ode dne podání žádosti (tj. zřízení datové schránky u těchto subjektů bude ryze dobrovolného charakteru). Jde-li o právnické osoby zřízené zákonem či zapsané v obchodním rejstříku, orgány veřejné moci a orgány územně samosprávných celků, datová schránka těchto subjektů bude založena automaticky bezodkladně po jejich vzniku (tj. obligatorně bez nutnosti žádosti). Nová právní úprava staví doručování prostřednictvím veřejné datové sítě do datové schránky do prioritní pozice před ostatní formy doručování.

Nebude-li mít adresát zpřístupněnou datovou schránku, bude se doručovat na **adresu pro doručování** specifikovanou nově v ustanovení §46b OSŘ. Obecně u **fyzické osoby** se jedná o adresu evidovanou v informačním systému evidence obyvatel, na kterou ji mají být doručovány písemnosti²⁹; nebude-li taková adresa evidována, bude se doručovat na adresu trvalého pobytu vedenou podle zvláštního právního předpisu.³⁰ **Podnikající fyzické osobě** budou písemnosti doručovány na adresu místa podnikání nebo adresu zástupce pro doručování uvedenou ve smlouvě, ve sporu z této smlouvy; popřípadě na adresu sídla organizační složky (§46b písm. b) OSŘ). Konečně písemnost určená **právnické osobě** bude adresována na adresu sídla či adresu zástupce pro doručování uvedené ve smlouvě, ve sporu z této smlouvy; popřípadě shodně jako shora u fyzické osoby na adresu sídla organizační složky (§46b písm. e) OSŘ).

2.2 DORUČOVÁNÍ DO VLASTNÍCH RUKOU DE LEGE FERENDA

Z pohledu rozkazního řízení nás bude zajímat zejména problematika **doručování do vlastních rukou** obsažená nově v ustanovení §49 OSŘ, kterážto však na dosavadní právní úpravě doručování platebního rozkazu žalovanému toho příliš nezmění. Písemnosti určené do vlastních rukou adresáta budou doručovány na adresu pro doručování. Nebude-li adresát na dané adrese zastížen, doručující orgán **písemnost uloží** a adresátu **zanechá vhodným způsobem výzvu k vyzvednutí zásilky**.³¹ Nebude-li možné zanechat v místě doručování výzvu (tzn. ve velmi ojedinělých případech), doručující orgán vrátí písemnost odesílajícímu soudu a uvede, ve který den nebyl adresát zastížen. Odesílající soud vyvěsí na úřední desce výzvu k vyzvednutí písemnosti u soudu (§49 odst. 2 OSŘ). Písemnost bude ukládána stejně jako nyní u provozovatele poštovních služeb, jestliže bude písemnost doručována jeho prostřednictvím nebo v ostatních případech u okresního soudu, v jehož obvodu je místo doručení. Zachována zůstává i **úložní lhůta 10 dnů**, po jejímž marném uplynutí nastává **fikce doručení** a platí, že písemnost byla doručena posledním dnem této lhůty, i když se adresát o uložení nedozvěděl. Novum je v této souvislosti třeba spatřovat v tom, že po marném uplynutí dané lhůty doručující orgán **vhodí písemnost do domovní nebo jiné adresátem užívané**

žádosti, a to bezodkladně poté, co ministerstvo obdrží informaci o jejich zapsání do zákonem stanovené evidence.

²⁹ Ustanovení §10b odst. 1 zákona č. 133/2000 Sb., o evidenci obyvatel a rodných číslech a o změně některých zákonů (zákon o evidenci obyvatel), ve znění zákona č. 7/2009 Sb.

³⁰ Ustanovení zákona č. 133/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů, ustanovení §77 zákona č. 325/1999 Sb., o azylu a o změně zákona č. 283/1991 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

³¹ Podrobněji srov. Důvodová zpráva k zákonu č. 7/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony, k bodu 16 až 25, zvláštní část.

schránky, ledaže soud i bez návrhu vhození písemnosti do schránky vyloučí. I když „vhození do schránky“ nemá žádné právní účinky, zvyšuje se tím pravděpodobnost, že se účastník přece jen dozví, jaká písemnost mu byla doručena. Není-li takové schránky, písemnost se vrátí odesílajícímu soudu a vyvěsí se o tom sdělení na úřední desce soudu. I nadále však zákon u platebního rozkazu striktně trvá na doručení do vlastních rukou žalovaného bez možnosti náhradního doručení, a proto se nové ustanovení §49 odst. 4 OSŘ upravující institut doručení tzv. fikcí, neuplatní. Doručující orgán v takovém případě, stejně jako doposud, vrátí písemnost po marném uplynutí lhůty 10 dnů ode dne, kdy byla připravena k vyzvednutí, odesílajícímu soudu.

Za doručení do vlastních rukou adresáta se totožně jako v současné právní úpravě považuje i **doručení písemnosti prostřednictvím veřejné datové sítě**. Oproti předchozí právní úpravě však poskytuje poprvé možnost doručení platebního rozkazu nikoliv v listinné podobě, ale elektronickou formou prostřednictvím veřejné datové sítě do datové schránky. Předpokladem této formy doručení bude dle ustanovení §17 odst. 1 zákona o elektronických úkonech zpřístupnění zmiňované datové schránky, k němuž má dojít prvním přihlášením oprávněné osoby nebo administrátora, nejpozději však patnáctým dnem po dni doručení přístupových údajů těmto osobám (§10 odst. 2 zákona o elektronických úkonech). **Platební rozkaz**, který bude dodán do takto zpřístupněné datové schránky, pak bude **doručen okamžikem, kdy se do datové schránky přihlásí osoba, která má s ohledem na rozsah svého oprávnění přístup k dodanému dokumentu**. Nepřihlásí-li se daná osoba do datové schránky ve lhůtě 10 dnů ode dne, kdy byl dokument do datové schránky dodán, považuje se tento dokument za doručený posledním dnem této lhůty (tzv. fikce doručení); **to neplatí, vylučuje-li jiný právní předpis náhradní doručení** (§17 odst. 4 zákona o elektronických úkonech). Z uvedeného tedy vyplývá, že ani zde se institut tzv. fikce doručení ve zkráceném řízení nemůže uplatnit. Zůstává tedy otázkou do jaké míry a zda vůbec tato novela občanského soudního řádu společně se zákonem o elektronických úkonech, povedou ke zrychlení a tím i zefektivnění rozkazního řízení. Doručovat elektronické vyhotovení platebního rozkazu bude totiž možné pouze osobám, které budou mít zpřístupněnou datovou schránku a těchto osob (zejména fyzických osob), domnívám se, nebude mnoho. Navíc lze očekávat, že po určitou dobu budou žalovaní zpochybňovat účinky doručení do datové schránky s tvrzením, že datová schránka nebyla zpřístupněna, poněvadž se adresát do ní sám nepřihlásil a přístupové údaje mu nebyly řádně doručeny.

2.3 DORUČOVÁNÍ JINÝCH PÍSEMNOSTÍ

Pokud bychom připustili, že žalobci není nutné doručit platební rozkaz do vlastních rukou, pak nás bude zcela jistě zajímat i nové ustanovení §50 OSŘ hovořící o tzv. **doručování jiných písemností**. Nezastihne-li v takovém případě doručující orgán adresáta, doručí se písemnost vhozením do domovní nebo jiné adresátem užívané schránky, čímž se písemnost považuje za doručenou. Odpadne tedy zanechání výzvy a třídní lhůta uložení na poště. Oproti stávající právní úpravě již nebude možné doručit vhodné osobě bydlící, působící nebo zaměstnané na téže místě nebo v jeho okolí, která adresáta zná a souhlasí s tím, že mu písemnost odevzdá.

ZÁVĚREM

Ze shora uvedeného vyplývá, že současná právní úprava doručování platebního rozkazu i přes uvedenou novelu občanského soudního řádu a přijetí zákona o elektronických úkonech, je *sit venia verbo* z hlediska účelu zkráceného řízení ne příliš vyhovující. Pohledem veřejně

dostupných statistik je z celkového počtu platebních rozkazů úspěšně do vlastních rukou (bez možnosti náhradního doručení) doručeno asi 30 až 40%.³²

Doručování platebního rozkazu náhradním způsobem, tzn. uložení na poště s následnou možnou fikcí, jak je tomu i v jiných zemích, například ve Spolkové republice Německo, Nizozemí či Velké Británii, by dle mého názoru mohlo významnou měrou přispět k účinnosti tohoto institutu. Na druhou stranu ovšem by žalovanému v rámci zajištění procesní obrany musel být poskytnut jakýsi „mimořádný opravný prostředek“, kterým by měl možnost se bránit proti pravomocnému platebnímu rozkazu ve vykonávacím řízení. V takovém případě by pak žalovaný musel prokázat, že z omluvitelných důvodů nebyl schopen platební rozkaz převzít a ani v následné úložné lhůtě jej bez svého zavinění nebyl schopen vyzvednout. Jednalo by se o jakýsi „návrh na zrušení platebního rozkazu“, který by bylo nutno řádně odůvodnit a tvrzené důvody doložit listinami. Jestliže by bylo takovému návrhu soudem vyhověno, tento by pak i bez návrhu žalobce daný platební rozkaz usnesením zrušil a ve věci nařídil jednání, obdobně jako v případě uvedeném v ustanovení §173 odst. 2 OSŘ.³³

Literatura:

Monografie

- [1] BUREŠ, J., DRÁPAL, L., KRČMÁŘ, Z.: Občanský soudní řád. Komentář. I. díl. 7. vydání. Praha: C.H. Beck, 2006, s. 1046, ISBN 80-7179-378-7.
- [2] JIRSA, J.: Novinky v civilním řízení soudním. Praha: LexisNexis CZ s.r.o., 2005, s. 133, ISBN 80-8619-986-X.
- [3] RUBEŠ, J., WINTEROVÁ, A.: Občanský soudní řád a předpisy souvisící. Praha: Linde Praha, a.s. 1993, s. 539, ISBN 80-8564-700-1.
- [4] WINTEROVÁ, A.: Občanský soudní řád s vysvětlivkami a judikaturou. 2. vydání. Praha: Linde Praha, a.s. 2003, s. 1023, ISBN 80-7201-551-6.

Odborné články

- [1] KOZEL, R.: Jak urychlit vymáhání pohledávek v obchodních vztazích. Právní rádce, č. 7, 1997, ISSN 1210-4817.

Judikatura

- [1] Usnesení Nejvyššího soudu ČSR ze dne 31. 12. 1980, sp. zn. Cpj 148/80.
- [2] Usnesení Vrchního soudu v Praze ze dne 13. 2. 1996, sp. zn. 5 Cmo 280/95.
- [3] Usnesení Vrchního soudu v Praze ze dne 12. 1. 1999, sp. zn. 5 Cmo 868/98.

³² JIRSA, J.: Novinky v civilním řízení soudním. Praha: LexisNexis CZ s.r.o., 2005, s. 124.

³³ K tomu srov. KOZEL, R.: Jak urychlit vymáhání pohledávek v obchodních vztazích. Právní rádce, č. 7, 1997, s. 6.

- [4] Usnesení Vrchního soudu v Praze ze dne 4. 3. 1999, sp. zn. 10 Cmo 79/99.
- [5] Nález Ústavního soudu ze dne 7. 11. 2000, sp. zn. II. ÚS 406/2000.
- [6] Usnesení Krajského soudu ze dne 31. 8. 2001, sp. zn. 29 Ca 506/2000.
- [7] Usnesení Nejvyšší soud ČR ze dne 21. 1. 2003, sp. zn. 20 Cdo 2227/2000.
- [8] Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 18. 2. 2004, sp. zn. 29 Odo 12/2001.
- [9] Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 31. 3. 2005, sp. zn. 20 Cdo 891/2004.
- [10] Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 17. 5. 2006, sp. zn. 20 Cdo 685/2006.
- [11] Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 24. 7. 2008, sp. zn. 20 Cdo 2909/2006.

Právní předpisy

- [1] Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů.
- [2] Ústavní zákon č. 23/1991 Sb., kterým se uvozuje Listina základních práv a svobod, ve znění pozdějších předpisů.
- [3] Zákon č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech, osobních číslech a autorizované konverzi dokumentů; účinnost ode dne 1. 7. 2009.
- [4] Zákon č. 7/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony; účinnost ode dne 1. 7. 2009.
- [5] Zákon č. 133/2000 Sb., o evidenci obyvatel a rodných číslech a o změně některých zákonů, ve znění zákona č. 7/2009 Sb.
- [6] Zákon č. 325/1999 Sb., o azyl, ve znění pozdějších předpisů.
- [7] Zákon č. 283/1991 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

Důvodové zprávy k zákonům

- [1] Důvodová zpráva k zákonu č. 555/2004 Sb., kterým se mění zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 549/1991 Sb., o soudních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 85/1996 Sb., o advokacii, ve znění pozdějších předpisů.
- [2] Důvodová zpráva k zákonu č. 7/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony

*Dávid R., Neckář J., Sehnálek D., (Editors). COFOLA 2009: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4821-8*

Reviewer:
Jaruška Stavinohová

Contact – email:
mgr.lenka.rehulova@seznam.cz

MEZINÁRODNÍ SPOLUPRÁCE PŘI SPRÁVĚ DANÍ – PRAKTICKÉ ASPEKTY

PETRA SCHILLEROVÁ

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Hlavním cílem OECD v oblasti daňové problematiky je spolupráce daňových orgánů jednotlivých států v boji proti daňovým podvodům. Výměna informací mezi zahraničními daňovými správami přispívá ke zjištění velkého množství údajů o daňových subjektech, které by daňová správa sama nebyla schopna zjistit bez zahraniční pomoci.

Na našem území správce daně postupuje prostřednictvím zákona č. 253/2000 Sb., o mezinárodní spolupráci při správě daní a o změně zákona č. 531/1990 Sb., o územních finančních orgánech, ve znění pozdějších předpisů, ale pokud je dotaz směřován za hranice našeho státu, řídí se Směrnicí Rady 77/799/EHS o výměně informací.

Key words in original language:

Praktické aspekty výměny informací; povinnosti výměny informací; omezení výměny informací.

Abstract:

International cooperation in the administration of taxes is one of effective means to combat international tax avoidance and tax evasion. The main objective of the OECD on the tax issue is the cooperation of tax authorities in the fight against tax fraud. Exchange of information between the foreign tax administrations contribute to finding a large amount of tax bodies, tax administration by itself has not been able to determine, without external assistance. International exchange of information is possible only if the tax administration initiated the relevant tax proceedings. In this country the tax proceeds through domestic legislation, but if it is a question directed to the border of our state, the Council Directive 77/799/EEC on the exchange of information.

Key words:

Practical aspects of interchange of informations; Responsibilities of information exchange; Restrictions of information exchange.

Úvod

Mezinárodní spolupráce při správě daní je jedním z efektivních prostředků boje proti mezinárodnímu vyhýbání se daním a daňovým únikům.¹

¹ Mrkývka, P. a kol.: Finanční právo a finanční správa (1., 2. díl), Masarykova univerzita Brno, 2004, str.112)

Hlavním cílem OECD v oblasti daňové problematiky je spolupráce daňových orgánů jednotlivých států v boji proti daňovým podvodům. Výměna informací mezi zahraničními daňovými správami přispívá ke zjištění velkého množství údajů o daňových subjektech, které by daňová správa sama nebyla schopna zjistit bez zahraniční pomoci.

Mezinárodní výměna informací je možná jen tehdy, pokud je správcem daně zahájeno příslušné daňové řízení. Na našem území správce daně postupuje prostřednictvím zákona č. 253/2000 Sb., o mezinárodní spolupráci při správě daní a o změně zákona č. 531/1990 Sb., o územních finančních orgánech, ve znění pozdějších předpisů, ale pokud je dotaz směřován za hranice našeho státu, řídí se Směrnicí Rady 77/799/EHS o výměně informací.

Povinnosti a omezení výměny informací

ZMPŠD pamatuje i na situace, kdy výměna informací může být vyloučena (viz ust. § 10 zákona).

V takovém případě je na zvážení příslušného orgánu, jestli informaci poskytne či nikoliv, není to jeho povinností. Příslušným orgánem pro odmítnutí poskytnutí informací je v případě České republiky pouze Ministerstvo financí.

Jde zejména o následující situace:

V případě nedostatku reciprocity druhého státu.

Dožádaný stát může odmítnout poskytnout informaci, pokud žádající stát není schopen obdobné informace dožádanému státu recipročně poskytnout. Smluvní stát tak nemůže využít výhody daňového systému jiného smluvního státu, pokud jsou širší než jeho vlastní systém. Dožádaný stát také není povinen jít za hranice vlastního práva nebo správní praxe. Z požadavku reciprocity rovněž vyplývá určitá rovnováha v rozsahu a objemu poskytovaných informací.

V případě nebezpečí odhalení obchodního nebo profesního tajemství.

Dožádaný stát není povinen poskytnout informace, pokud by to vedlo k vyzrazení obchodního, průmyslového či profesního tajemství.

Pro poplatníky, kteří se zabývají obchodem či jiným podnikáním, má značný význam, aby jejich obchodní tajemství neodhalil některý z jejich konkurentů. Proto neexistuje žádná povinnost podat informaci, která by odhalila obchodní, průmyslový nebo odborný postup. Je na příslušném úřadu, aby určil zda "citlivá" informace bude předána či nikoli a místní daňový úřad by měl označit, jaké údaje by mohly být "citlivé".

Obvyklá povinnost zachovat důvěrnost daňových informací se ve všech zemích vztahuje i na obchodní tajemství. Ale všeobecně nemá ani poplatník ani třetí strana právo odmítnout poskytnutí takové informace daňovému úřadu.

S podobným problémem se lze setkat i u některých specifických profesí - (lékaři, právníci) při žádosti o poskytnutí informací, které se vztahují ke konkrétnímu klientovi, neboť tyto informace podléhají tajemství v souladu se speciální právní úpravou.

Ve většině zemí mají rovněž banky a podobné instituce ke svým klientům závazek utajení dat. Přesto mají daňové úřady v mnoha zemích pravomoc tento závazek překonat a získat specifické informace od bank pro daňové řízení (viz např. ust. § 34 odst. 11 zákona č. 334/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů). Zatímco v některých státech je tato pravomoc využívána omezeně v souladu s přesně vymezenou právní úpravou, jinde banky automaticky podávají informace daňovým úřadům².

V případě, kdyby zpřístupnění informace bylo v rozporu se zájmem státu a s veřejným pořádkem.

Dalším důvodem k odmítnutí výměny informací je omezení s ohledem na informace týkající se životních zájmů samotného státu. Životní zájem státu obecně zahrnuje otázky jako suverenitu, veřejný pořádek či bezpečnost státu.

V případě, že stát nevyčerpal vlastní obvyklé zdroje informací.

Dožádaný stát není povinen poskytnout informaci, pokud žádající stát nevyčerpal všechny vlastní obvyklé zdroje informací, s jejichž využitím by mohl žádanou informaci sám získat.

V případě, že žádající stát není schopen zajistit odpovídající utajení poskytnutých informací.

Důvodem k odmítnutí poskytnutí informací může být i nedostatečná úprava povinnosti zachovávat mlčenlivost žádajícího státu, resp. benevolentnější právní úprava nakládání se získanými informacemi v daňovém řízení v žádajícím státě oproti úpravě existující v dožádaném státě. Tento problém může žádající stát odstranit tím, že při nakládání s dožádanými informacemi vyhoví přísnějším podmínkám obsaženým v legislativě dožádaného státu.

Příslušným k posouzení, zda jsou splněny podmínky pro poskytnutí informací a zda bude zachována dostatečná právní ochrana proti zneužití těchto informací ze strany žádajícího státu je v případě ČR výhradně MF.

Ohledně nakládání s informacemi z pohledu zajištění důvěrnosti daňových záležitostí poplatníků je třeba podnikat kroky k tomu, aby se zabránilo možnému zneužití důvěrných informací shromážděných pro daňové účely, (viz § 8 ZMPSD).

Informace poskytnuté zahraničním partnerem by měly zůstat utajeny stejně jako informace získané z domácích zdrojů. Sankce za porušení této důvěrnosti se řídí právními a obecnými předpisy každého státu. V ČR jde zejména o úpravu mlčenlivosti definovanou ustanovením § 24 ZSDP.

ZMPSD dále stanoví, že informace získané prostřednictvím výměny informací mohou být zpřístupněny pouze pracovníkům příslušného správce daně, kteří se účastní procesu vyměření, výběru a vymáhání daní, kterých se daná výměna informací dotýká. Správce daně je oprávněn poskytnout informace pro soudní řízení o přezkoumání daňového rozhodnutí či orgánům činným v trestním řízení.

² konzultace s pracovníky FŘ

Tyto informace však mohou být zveřejněny v rámci výměny pouze, pokud příslušný orgán poskytující informace nevznesl proti tomu námitku. Předat informace dalšímu smluvnímu státu lze pouze se souhlasem státu, který informace poskytl.

Informace získaná výměnou nesmí být použita pro jiné účely, než pro které byla určena.

Zejména ji nelze použít pro nedaňové účely.

Praktická hlediska výměny informací

Výměna informací na žádost

Pokud při prošetřování určitého případu správcem daně vzniknou určité nejasnosti, k jejichž objasnění by mohly přispět informace, které je možno získat na území jiného státu, může požádat příslušný orgán smluvního státu o poskytnutí těchto informací.

Před zasláním žádosti o potřebné informace je však nutné zohlednit několik okolností:

1. Všechny požadavky by měly být předkládány pouze po racionálním úsilí o získání informace ze všech dostupných zdrojů.

2. Povinnost poskytnout informace mají státy

na základě mezinárodní smlouvy,

ve vztahu k členským státům EU.

3. Výměna informací s jednotlivými státy se řídí konkrétními ustanoveními o výměně informací.

4. Žádost musí být dostatečně konkrétní. Žadatel musí přesně specifikovat, co chce vyhledáváním zjistit. Nelze zaslat pouze obecnou žádost o poskytnutí "jakýchkoliv" informací týkajících se určitého daňového subjektu. Současně je nutné daný subjekt dostatečně specifikovat, nestačí pouze jménem osoby či názvem společnosti, což v praxi může způsobit někdy problém, neboť každá země vykazuje určité odlišnosti např. ve způsobu dohledání daňového subjektu prostřednictvím IČ.

V Německu se např. daňový subjekt přestěhuje do jiného státu, který mu změní IČ, ale český správce daně o této skutečnosti nemá tušení a proto možnost dohledání daňového subjektu je náročná. Nejlepší a nejpružnější spolupráce je mezi ČR a Slovenskou republikou, což je jistě dáno i historicky, zejména obdobným legislativním základem daňových a souvisejících zákonů.

Stejně i v případě již zmíněných bankovních účtů není předmět žádosti jednoznačně specifikován, pokud správce přesně neuvede číslo či alespoň název banky, u níž má určitý subjekt veden účet.

5. Žádost musí být natolik podrobná a srozumitelná, aby dožádaný stát správně pochopil, co žádající stát potřebuje. Nepřesnosti v obsahu žádosti mohou způsobit zpoždění při jejím vyřizování. Dožádaný stát může v případě nejasností požádat o upřesnění dotazu, aby mohl správně odpovědět.

6. Hledaná informace by měla být taková, že ji lze získat obvyklými postupy³.

Náležitosti, které by měla žádost obsahovat

odkaz na příslušný článek v příslušné smlouvě

přesná identifikace českých subjektů

přesná identifikace zahraničních subjektů

vztahy mezi subjekty

příslušné daně, jichž se informace týká

zkoumané zdaňovací období

požadovaná informace

jak je žádost urgentní, uvést důvody proč a zejména pak nejzazší datum, po kterém by tato informace byla již nepoužitelná

všechny ostatní informace, které lze považovat za vhodné (kopie faktur, smluv)

jméno a telefonní číslo úředníka, kterého lze kontaktovat v případě potřeby

Způsob zaslání žádosti

Daná žádost by měla být zaslána příslušnému úřadu kompetentnímu k výměně informací dle mezinárodních smluv oficiální cestou, tj. prostřednictvím příslušného finančního ředitelství. Příslušný pracovník finančního ředitelství zkontroluje úplnost a správnost dané žádosti. V případě správnosti ji dále postoupí příslušnému orgánu, v opačném případě musí být žádost vrácena místně příslušnému správci daně k možnému dopracování.

Příslušným orgánem k realizaci výměny informací je v souladu s mezinárodními smlouvami MF ČR, a to příslušný odbor, který zajistí přeložení žádosti do patřičného jazyka.

Lhůty pro vyřízení žádostí

Lhůta pro odpověď příslušného smluvního orgánu není závazně stanovena, státy by se však měly při výměně informací řídit určitými mezinárodními zvyklostmi, které stanoví tuto lhůtu v závislosti na povaze žádosti.

Pokud lze danou informaci vyhledat v údajích, které jsou daňovému úřadu již k dispozici např. z daňových přiznání, pak se doporučuje jako lhůta pro vyřízení žádosti lhůta do 3 měsíců od jejího obdržení.

Jestliže však požadovanou informaci nelze takto zjistit a pro získání informace bude nutný např. rozhovor s poplatníkem (je-li to možné), provedení daňového šetření (je-li to možné),

³ konzultace s pracovníky MF

opatření informace od třetí strany jako např. od banky atd. doporučuje se lhůta do 6 měsíců ode dne obdržení žádosti. Bohužel tyto lhůty nejsou stanoveny žádným obecně závazným právním předpisem, čili jejich vynutitelnost je téměř nemožná.

Odpověď na žádost

V případě žádosti o poskytnutí informací zaslané zahraničním správcem daně rovněž platí obdobný postup. Příslušný orgán smluvního státu zašle MF ČR svoji žádost, která je následně prostřednictvím příslušného odboru MF ČR přeložena do našeho mateřského jazyka a postoupena přes FŘ k vyřízení českému místně příslušnému správci daně. Ten zajistí shromáždění požadovaných informací z údajů, které jsou mu již k dispozici, nebo provede potřebná opatření k jejich získání.

Obdobně jsou doporučeny i výše uvedené lhůty k vyřízení žádosti pro poskytnutí požadovaných informací. Všeobecně platí, že pokud by opatření informací mělo trvat déle, než se dá předpokládat, je vhodné o tom smluvního partnera informovat a zaslat příslušnému úřadu předběžnou odpověď.

Do odpovědi českého daňového úřadu může být zahrnuta i doplňková informace zjištěná na základě šetření daného případu, která by mohla být pravděpodobně užitečná pro žádající stát, i když o ni původně ve své žádosti nepožádal. Současně by tak mohlo dojít k poskytnutí spontánní informace.

Sbírání a zjišťování informací pro smluvního partnera by mělo být provedeno přednostně, protože čas je v daňovém řízení zvláště významný a je vhodné přispět k tomu, aby se v opačném případě s žádostí zacházelo stejně. Pokud požadovanou informaci nemá dožádaný správce daně v dosahu, smluvní partner by měl být okamžitě informován a to prostřednictvím příslušného úřadu.

Žádost zaslaná cizím daňovým orgánem přímo místnímu správci daně

Místně příslušní správci daně nejsou oprávněni kontaktovat své zahraniční protějšky přímo, ledaže by k tomu byli delegováni příslušným úřadem, tj. MF ČR a tato delegace byla uznána i příslušným zahraničním úřadem.

Může se však stát, že český správce daně obdrží žádost, která již "obešla" jeden nebo oba příslušné úřady. O takovém případě by měl tento správce daně prostřednictvím příslušného FŘ uvědomit příslušný úřad, tj. MF ČR, které může rozhodnout o zamítnutí žádosti.

Pokud tak nerozhodne, je požadovaná informace poskytnuta způsobem obvyklým při výměně informací. To znamená, že místně příslušný správce daně postoupí informaci prostřednictvím FŘ příslušnému orgánu, tj. MF, které informaci zašle svému smluvnímu partnerovi spolu s upozorněním na nedodržení standardního postupu ze strany zahraničního správce daně.

Žádost zaslaná subjektem nezúčastněným v daňovém řízení

Občas v praxi nastane situace, že český správce daně obdrží žádost o poskytnutí informací od subjektu, který není účastníkem daňového řízení. Např. soud požádá o poskytnutí informace o příjmech určitého českého poplatníka. Zpravidla však jde o zjišťování těchto skutečností v souvislosti s řízením o stanovení výživného na nezletilé děti. V některých případech ani není záměrně účel žádosti přesně specifikován.

Je nutné zdůraznit, že požadované informace mohou být poskytnuty pouze kompetentním osobám a úřadům a ty je mohou využít jen pro účely vymezené v zákoně.

Poskytnutých informací nelze využít pro nedaňové účely!

Získávání informací od nesmluvních zemí (nečlenských zemí EU)

V případě zjišťování informací týkající se zemí, s nimiž ČR dosud neuzavřela příslušnou bilaterální smlouvu, která by umožnila výměnu informací v daňových záležitostech má správce daně obvykle k dispozici pouze informace obsažené ve veřejně přístupných záznamech.

Zaslání informací spontánně

Spontánní výměna informací spočívá v poskytnutí takových informací smluvnímu partnerovi, o kterých se předpokládá, že by mohly být pro něho významné a jejich zaslání se provádí bez předchozí žádosti o ně. Tento způsob se týká skutečností, které daňoví úředníci jednoho státu zjistili v průběhu vlastní daňové kontroly nebo šetření a je pravděpodobné, že mohou napomoci k odhalení daňových podvodů či případů vyhýbání se placení daní ve druhém státě.

Poskytnutí těchto informací zcela závisí na iniciativě samotného pracovníka správce daně. Je třeba zdůraznit, že čím více bude informace pro smluvního partnera zajímavá, tím více se bude snažit poskytnout zajímavou informaci na oplátku.

Jako příklady informací, které mohou být pro druhý stát zajímavé, je možné uvést:

- platby učiněné ve prospěch rezidenta druhého státu, u kterých je podezření, že v daném státě nebyly přiznány
- obchody nebo platby, které byly uskutečněny přes třetí stát za účelem daňového úniku
- snížení daně nebo osvobození od daně v jednom státě mohou způsobit vzrůst daňové povinnosti ve druhém státě
- transakce, jichž se účastní rezidenti druhého státu
- určení cen mezi spřízněnými subjekty, které neodpovídají principu nezávislého trhu

Poskytnutí těchto či obdobných informací z vlastního podnětu je realizováno způsobem obvyklým pro výměnu informací. Místně příslušný správce daně postoupí sdělení obsahující zjištěné informace prostřednictvím finančního ředitelství příslušnému orgánu, tj. MF ČR, které jej dále upraví a zašle smluvnímu partnerovi pro další využití.

Jako příklad lze uvést případ, kdy český správce daně zjistí při daňové kontrole, že kontrolovaný český daňový subjekt poskytl rezidentovi druhého státu provizi za zprostředkovatelskou činnost. Tuto informaci spontánně poskytne druhému státu, aby v případě zájmu prověřil, zda byla tato provize řádně zdaněna v tomto druhém státu. Zahraniční správce daně následně zjistí, že ve skutečnosti žádná provize zaplacená nebyla. Na základě požadavku na oznámení o využití spontánní informace danou skutečnost oznámí

českému správci daně. Výsledkem může být, že nebude uznána provize jako výdaj snižující základ daně a podle toho bude upraven daňový základ na dani z příjmů.

Seznam, co je třeba zahrnout do oznámení při spontánní výměně informací:

- odkaz na příslušnou právní úpravu
- přesná identifikace českých subjektů:
- přesná identifikace zahraničních subjektů
- příslušné daně, jichž se informace týká
- zdaňovací období, jehož se zmíněná informace týká
- významná informace (v případě potřeby zmínka, obsahují-li informace obchodní tajemství)
- kopie významných dokumentů a záznamů
- jméno a telefonní číslo úředníka, kterého lze kontaktovat v případě potřeby
- zmínka, je-li požadováno zpětné vyjádření o užitečnosti informací

Jako konkrétní příklad spontánní výměny informací bych uvedla situaci, kdy si český subjekt otevře účet v Rakousku a nechá si na tento účet od německého subjektu poslat 70 000 EUR za nějakou zprostředkovatelskou činnost. Německý správce daně podá informace českému správci, zda došlo ke zdanění této částky na našem území. Zjistí se, že český subjekt tuto částku nezdanil. Český subjekt to odůvodnil tím, že zplnomocnil jistou rakouskou osobu k disponování s tímto účtem a ta měla také odvézt daň. Tímto způsobem však argumentovat není možné, protože majitelem účtu je český subjekt a povinnost zmíněnou částku zdanit má on⁴.

Závěr

V poslední době je kladen velký důraz na co nejužší a efektivní spolupráci se zahraničními daňovými správami a její rozšiřování o další státy. Intenzivně probíhají jednání k uzavírání tzv. Memorand o porozumění s partnerskými orgány zahraničních daňových správ. Tato Memoranda o porozumění upřesňují praktické provádění všech forem mezinárodní spolupráce včetně tzv. simultánních daňových kontrol, přítomnosti daňových úředníků.

Zkratky:

ČR - Česká republika

MF – Ministerstvo financí

FŘ – Finanční ředitelství

⁴ konzultace s pracovníky FŘ

ZSDP - zákon č. 337/1992 Sb., o správě dní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů

ZMPŠD - zákon č. 253/2000 Sb., o mezinárodní pomoci při správě daní a o změně zákona č. 531/1990 Sb., o územních finančních orgánech, ve znění pozdějších předpisů

EU - Evropská unie

IČ - identifikační číslo

OECD - Organisation for Economic Co-operation and Development

Právní předpisy:

- Zákon číslo 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon číslo 253/2000 Sb., o mezinárodní pomoci při správě daní a o změně zákona č. 531/1990 Sb., o územních finančních orgánech, ve znění pozdějších předpisů
- Směrnice rady 77/799/EHS o vzájemné pomoci mezi příslušnými orgány členských států v oblasti přímých a nepřímých daních

Literature:

- Mrkývka, P. a kol.: Finanční právo a finanční správa (1., 2. díl), Masarykova univerzita Brno, 2004
- konzultace s pracovníky MF a FŘ
- www.mfcr.cz
- www.cds2005.mfcr.cz

Reviewer:

Petr Mrkývka

Contact – email:

petraschillerova@seznam.cz

TRANSLATION OF LEGAL TEXTS

TEREZIE SMEJKALOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language:

This paper deals with the questions of legal language, legal translation and conceptual equivalence. It shortly comments on the problematic points arising when translating a legal text from Czech into English and vice versa. Furthermore, it tries to specify basic requirements a truly competent legal translator should fulfil. To step away from the dry theory, a reference is made to an experiment, focusing solely on the translation of contracts.

Key words in original language:

Legal text; translation; legal translator; concepts; conceptual equivalence.

Abstract:

This paper deals with the questions of legal language, legal translation and conceptual equivalence. It shortly comments on the problematic points arising when translating a legal text from Czech into English and vice versa. Furthermore, it tries to specify basic requirements a truly competent legal translator should fulfil. To step away from the dry theory, a reference is made to an experiment, focusing solely on the translation of contracts.

Key words:

Legal text; translation; legal translator; concepts; conceptual equivalence.

1. INTRODUCTION

This paper deals with the questions of legal language, legal translation and conceptual equivalence. As the internationalisation of society has brought closer contacts among foreign countries in various aspects, translation of various legal documents becomes a relevant part of an everyday legal life. The European Union as well as the states themselves produce a large amount of legislation with which the companies and individuals have to deal. Still, an important part of legal relationships is carried out by means of 'private' regulations set by bi- or multi-lateral contracts by the individuals themselves (within a given legal context). Therefore, translating these contracts becomes a big issue and the main activity of numerous translation agencies.

Nowadays, English is the Latin of today. It is the main language of international trade and commerce. It is not only the language of contracts when one of their parties comes from an English-speaking environment but even when no native English-speaking party is involved. Although in certain cases English serves as the 'neutral' language of legal agreements, the general understanding of English is not at such a level that they would not need to be translated to people's mother tongues. Apart from that, legal English and ordinary English are not identical languages (Gubby 2007, 9) and the mastery of ordinary English does not mean a mastery of legal English. Therefore, to communicate properly the rights and obligations set in a contract is crucial.

This paper shortly comments on the most problematic points arising when translating a legal text from Czech into English and vice versa. It focuses on the problems of translation of legal concepts and it tries to specify basic requirements every truly competent legal translator should fulfil. To step away from the dry theory, a reference is made to an experiment conducted for the purpose of writing my BA thesis, focusing solely on the translation of contracts. Examples of actual translational solutions are given and commented on; and the experimental hypotheses are analyzed.

2. CONCEPTUAL EQUIVALENCE

Law's main function is to regulate social relationships. To fulfil this function, it has to communicate legal norms to their addressees. This is carried out solely by language. Legal language is dependent on a legal system in question – it is a system- and culture-bound language for special purposes.

It follows from the systemic differences between Czech and English law that often there is no equivalence between individual legal concepts. To find suitable translational solutions for legal terms is said to take up to 75 per cent of translational time (Biel 2008, 22). Even when there seems to be an obvious solution at hand, the terms hardly ever have the same semantic potential in the SL and TL (Biel 2008, 24). Cao (2007, 54) gives an excellent example of such an obvious concept as that of a theft, which I will try to extend to Czech as well. In English law, theft is the “*dishonest appropriation of property belonging to someone else with the intention of keeping it permanently*”.¹ In the Czech Republic the concept of theft is defined in a very different way.

The Czech Criminal Code offers different kinds of theft² which have in common only the first part of the definition: “*Whoever appropriates a thing belonging to someone else by taking possession of it...*”. The Czech definition does not explicitly require dishonesty or an intention to keep the stolen thing permanently. Even though *theft* is routinely translated as *krádež* and vice versa and everyone would agree that it means basically the same, the legal concepts behind these terms are not equivalent. Cao (2007, 33, quoting Toury 1986, 1123) proposes that because translating legal texts is a rather relative affair, “equivalence is a combination of, or compromise between, the two basic types of constraints that draw from the incompatible poles of the target system and the source text and system”. It seems to be futile to search for absolute equivalence when translating legal texts.

Legal language is dependent on law and law is in turn dependent on the society. As Alcaraz and Hughes write (2002, 25):

¹ English Theft Act 1968.

² Act No. 140/1961 Coll., Criminal Code, as amended: § 247 *Krádež* (1) *Kdo si přisvojí cizí věc tím, že se jí zmocní, a a) způsobí tak škodu nikoli nepatrnou, b) čin spáchá vloupáním, c) bezprostředně po činu se pokusí uchovat si věc násilím nebo pohrůžkou bezprostředního násilí, d) čin spáchá na věci, kterou má jiný na sobě nebo při sobě, nebo e) byl za takový čin v posledních třech letech odsouzen nebo potrestán, bude potrestán odnětím svobody až na dvě léta nebo peněžitým trestem nebo propadnutím věci nebo jiné majetkové hodnoty.*

“...in legal texts, terms are continually being redefined, as social developments overtake past practice and thus force legislation to change, simply in order to keep abreast of new standards of acceptable and unacceptable behaviour.”

Cao (2007, 55) proposes that a legal concept is three dimensional: it has a linguistic, referential and conceptual dimension. Real equivalents have to be equivalent or at least similar in these three dimensions. In reality, the words are rarely equivalent in all the three dimensions: there may be only a partial equivalent or there may be no equivalent at all. In these cases, translation methods can vary from an introduction of a new word (with an explanation of the concept), most often either by keeping the word in the SL (for example the English term and concept of *estoppel* is slowly finding its place in legal Czech) or by formal equivalence, that is a word-for-word translation (as with the *rule of law*, Czech: *vláda práva*; or *Rechtstaat – právní stát*), functional equivalence (*law* is translated as *právo* although the Czech word means *right* as well) or descriptive equivalence (*tort – mimosmluvní civilní delikt*).

2.1 FAUX AMIS

A related issue in translation between European languages is the problem of ‘false friends’ – terms that look similar in both the SL and the TL. This issue is more topical in translation between English and French for example, but there are certain *faux amis* in Czech and English as well. One of them is *magistrate*. The word almost wants to be translated as *magistrát*. However, there is a difference: the magistrate is a person appointed to judge minor cases and dispose of ‘summary offences’ at the magistrate’s court (within British legal context), not a municipal authority’s office.

2.2 AMBIGUITY

A large part of legal English and Czech vocabulary consists of words that carry both specific legal meanings and ordinary use meanings. For a translator, it is necessary to discern the meaning correct in the circumstances. To translate polysemous words correctly, the ‘context of utterance’ – the immediate physical, temporal and verbal environment in which the communication takes place – becomes crucial (Alcaraz and Hughes 2002, 37).

Another type of ambiguity may arise from the syntax. To solve it is not in the scope of a translator’s competence. Alcaraz and Hughes (2002, 45) write that

“[s]ince the ambiguity is inherent in the syntactic structure of the sentence, any translation that reproduces this is bound to be correct, in the sense that it will be equally ambiguous, and for the same reason. And that is what translators must do in cases of this kind, since it is no part of their business to decide between alternatives (...)”

3. LEGAL TRANSLATOR

Translation is a special type of communicative language use that requires language competence in two languages, the SL and TL. In addition to the language competence, legal translation requires a certain degree of understanding of law. There have been many opinions on what the ideal legal translator should be like. Sarcevic (1997, quoted by Cao 2007, 37) believes that the legal translator’s competence presupposes in-depth knowledge of legal terminology, thorough understanding of legal reasoning and the ability to solve legal

problems, to analyze legal texts, to foresee how a text will be interpreted and applied by the court. Weisflog (1987, quoted by Cao 2007, 37) wants the legal translator to have a thorough acquaintance of law as the subject matter, including laws and legal systems of the SL and TL countries. One can start wondering whether such ideal translators exist. Both these 'definitions' mention one very important element, though. A translator of medical science writings can translate them without any deep understanding of the subject, knowing only the relevant terminology. A translator of legal texts is lost without an insight into the legal systems of both, the SL and TL. I agree that a competent legal translator must have three prerequisites proposed by Smith (1995, 181 as quoted by Cao 2007, 37): basic knowledge of the legal systems, knowledge of the relevant terminology and competence in the TL specific legal writing style.

One may then ask whether it is even possible for a translator without legal education to translate legal texts. The problem is that having Czech legal education does not mean understanding English law and vice versa.

Although it is not the translator's job to have a sophisticated insight into all the legal problems, I believe that he/she should be able to understand the legal text in a way to be sure about the rights and obligations it imposes, various concepts used and the main problematic points. Czech and English legal practitioners know a translation when they see it. Unless the translator is active in given legal environment, it is almost impossible to give the TL text a truly idiomatic sound. I have to admit that it is very difficult for a Czech translator to translate into English legal language. But I am convinced that such a translator should be fully competent in Czech legal writing.

4. PRACTICAL EXAMPLES

To demonstrate clearly what the main mistakes made by Czech translators are, let me draw on the results of the research I conducted when writing my BA thesis. I have addressed two translation agencies (both advertising their competence in legal translation) and commissioned them with translating two texts: contracts. I have chosen the most common type of contract to deal with: the contract of purchase. The Czech text is a general purchase agreement (Czech: *rámcová kupní smlouva*), the English text is a share purchase agreement (Czech: *smlouva o koupi akcií*). Both the texts are real contracts, drafted by practising lawyers. Both contain an average amount of Czech and English legalese and they represent pieces of legal writing typical of each legal system, especially regarding their length. For the purpose of this research, and because of their length, whole Czech contract has been translated, but from the 25-page long English contract only chosen passages were translated.

I have expected the Czech texts to be better translations than the English ones and that the main mistakes in the translations will be related to conceptual (non-)equivalence. The findings of my research did not confirm these hypotheses. Although there have been problems with understanding the concepts, the main drawback of all the translations was their obvious incompetence in Czech legal writing. Let me present some of the examples of un-idiomatic translation:

...pro případ porušení závazku	...fail to fulfil his commitment	in case of breach of Seller's obligation...
dáno	executed	given
písemná vyhotovení	original copies in writing	counterparts

All the translations have shown fairly decent understanding of the individual concepts and subsequent proper – or at least acceptable – translational solutions. Let me shortly comment on several of them.

Vlastnické právo: ownership or ownership right. There is a difference in the conceptual perception of owning things between the continental and common-law legal thinking. Although I believe *ownership right* (text B) is an acceptable translational solution, for an English legal practitioner it is obvious that this term refers to continental legal thinking. The English idiomatic term *property* is not acceptable, because the concepts of *property* and *vlastnické právo* do not overlap to that extent. The most suitable equivalent may be just *ownership*. *Ownership right* in this sense is a calque rather than a conceptual equivalent, but I am convinced that a highly acceptable one. *Ownership title* (text A) seems to refer more to the Czech *vlastnický titul* which in legal Czech means the entitlement to own; therefore I would judge this solution as less acceptable.

Výpověď: Czech law distinguishes different ways of terminating a contract. *Výpověď* is one of them. It refers to a legal situation when a party is entitled to announce to the other party that he or she does not want to continue the legal relationship established by the contract. There may or may not be a period of time between the announcement and the actual termination of the contract. The common law does not think like that. It does not recognize this way of discharging of contractual obligations as a separate way. This way of ending the contract may fall under the “discharge by express agreement” (for individual ways of ending a contract refer to Gubby 2007, 188-193) because the contracting parties may agree on a notice period (e.g. one hour's notice, two week's notice), that is the period from the announcement to the termination of the contract. In this respect, I do not agree with the text B solution that calls it *written notice of withdrawal*, because withdrawal (if it is accepted in this sense of the word) refers rather to *odstoupení* – another specific Czech legal concept.³ The text A solution *terminated on the basis of a three months written notice* seems to be more equivalent to the fundamentals of *výpověď*.

³ See §48 of Czech Civil Code.

SL text	Text A	Text B
Vlastnické právo	Ownership title	Ownership right
Tuto smlouvu lze také vypovědět výpovědí výpovědní lhůtou...	...terminated on the basis of a three months written notice...	...withdrawn from by written notice of withdrawal with three-month notice period...

Shares: the first translational problem in the Share Purchase Agreement is the term *shares*. It may mean both *podíly* (shares) and *akcie* (stock); in British English the word *shares* means and very often replaces the word *stock*. The translator may choose any of the solutions, but he or she should keep the terminology throughout the text. Text D titles the contract as “*Smlouva o nákupu akcií*” but continues to use the word *podíl* further in the text.

5. CONCLUSION

In legal texts, translators face mainly conceptual problems arising from the difference between individual legal systems. To achieve mastery of legal translation, the translator should not be only well competent in the SL and TL. He or she should be acquainted with the legal systems, the relevant terminology and the TL specific legal writing style.

In general, it must be said that all the translations I analyzed were rather clumsy. Although there have been correct or highly acceptable translations of individual concepts or phrases, the overall style was not TL idiomatic and sometimes it was inconsistent; with regard to some of the texts even careless. From the results of this research follows, that none of the translations points at a truly competent translator, that is a translator who would fulfil the three requirements laid down by Smith (1995, 181 as quoted by Cao 2007, 37).

Literature:

- Alcaraz, E., Hughes, B. Legal Translation Explained. Manchester: St.
- Jerome, 2002.
- Biel, L. “Legal Terminology in Translation Practice: Dictionaries, Googling or Discussion Forums?” SKASE Journal of Translation and Interpretation online. 2008, vol.
- 3, no. 1 <http://www.skase.sk/Volumes/JTI03/pdf_doc/3.pdf>.
- Black, H. C. Blackův právnický slovník. Praha: Victoria Publishing, 1993.
- Cao, D. Translating Law. Clevedon: Multilingual Matters, 2007.
- Gubby, H. English Legal Terminology: Legal Concepts in Language. Hague: Boom

- Juridische uitgevers, 2007.
- Mellinkoff, D. The Language of the Law. Oregon: Resource Publications, 1963.
- Tiersma, P. Legal Language. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1999.
- Tiersma, P. The Nature of Legal Language. 1 February, 2009.
- <<http://www.languageandlaw.org/NATURE.HTM>>.
- Tomášek, M. Překlad v právní praxi. Praha: Linde, 2003.

Reviewer:
Radim Polčák

Contact – email:
smejkalova@mail.muni.cz

PRÁVO NA INFORMACE JAKO PROSTŘEDEK ŠIKANY

MICHAL ŠALOMOUN

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Právo na informace může být jako kterékoli jiné právo zneužito. Zpravidla se tak děje podáváním žádostí o informace, ve kterých žadatelé nejde o poskytnutí požadovaných informací, ale o to, aby zatížil povinný subjekt nějakou činností. V českém právním řádu lze k těmto účelům použít v zásadě tři předpisy, jednak zákon č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, dále zákon č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů, a dále zákon č. 123/1998 Sb., o právu na informace o životním prostředí.

Key words in original language:

Právo na informace; svobodný přístup k informacím; ochrana osobních údajů; šikana; zneužití práva.

Abstract:

The abuse of the right to information is a newly occurring phenomenon. Some applicants demand information not because of the information itself but because they intend to substantially increase the amount of work carried out by the office. There are two legal instruments, which can be applied in the given context in the Czech Republic. To wit, these are the Act No. 106/1999 Coll., on free access to information, the Act No. 101/2000 Coll., on the protection of personal data, and the Act No. 123/1998 Coll., on public access to environmental information.

Key words:

Right to information; free access to information; personal data protection; chicanery; misusing rights.

Prakticky jakékoli právo lze zneužít. Nejinak je tomu rovněž s právem na informace. Právo na informace může být realizováno několika způsoby, jednak jako povinnost určitých subjektů zveřejňovat určité informace, dále jako právo nahlížet do spisů vedených těmito subjekty a nebo jako povinnost poskytnout informace na žádost oprávněného subjektu. Právě tato poslední forma práva na informace může být účinným nástrojem k šikaně povinného subjektu.

K uvedenému účelu lze v českém prostředí použít v zásadě tři právní předpisy. Jednak je to zákon č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZSPI“ nebo „zákon o svobodném přístupu k informacím“), a dále zákon č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZOOU“ nebo „zákon o ochraně osobních údajů“) a rovněž zákon č. 123/1998 Sb., o právu na informace o životním prostředí (dále jen „zákon o právu na informace o životním prostředí“). Všechny tyto předpisy upravují právo na informace, zákon o svobodném přístupu k informacím právo na informace obecně, zákon o ochraně osobních údajů právo na informace o zpracování osobních údajů, zákon o právu na informace o životním prostředí informace o životním prostředí. Všechna uvedená práva na informace se realizují na žádost, které mají povinné subjekty povinnost vyhovět a požadované informace poskytnout.

Pro další úvahy o tom, kam až může realizace práva na informace zajít, si dovoluji uvést dva příklady, které pro stručnost pojmenuji podle povinných subjektů, tím prvním je obec Šimanov a tím druhým Policie ČR.

Šimanov je malá obec na Jihlavsku, kde notorický stěžovatel zcela ochromil fungování obecního zastupitelstva. Původně měla tato obec sedm zastupitelů, když dva z nich na svůj mandát rezignovaly. Na konci roku 2008 kvůli tomuto stěžovateli rezignovalo všech zbylých pět zastupitelů. Odstoupivší starostka důvody svého odstoupení vysvětlila následovně: „Naše odstoupení je výsledkem neustálého obtěžování pana Palána žádostmi o informace a vyřizováním jeho stížností. Píše do týdne tak dva dopisy. Žádá nejrůznější informace o prodeji pozemků, o kácení stromů, nebo nějaké jiné. Poté, co mu odpovíme, si obratem stěžuje, že jsme mu poslali špatnou odpověď nebo že jsme mu zamlčeli informace. [...] Odstoupení byl razantní krok, ale nic jiného nám nezbývalo. Bývalý starosta odstoupil také kvůli panu Palánovi. Stejně dva naši zastupitelé ze sedmi. Klesli jsme na minimum pěti a nakonec jsme to vzdali. Je to neštěstí, když vám takový „pomocník“ blokuje stavební řízení. Třeba práce na cestě k rodinným domkům se nehnou z místa.“¹ Odstoupivší zastupitelé se odmítají vrátit a podle nich se v Šimanově sotva najde někdo, kdo by je vystřídal. Chod obce do voleb tak bude řídit státem pověřený správce obce. Otázka je, zda ve volbách bude vůbec někdo kandidovat. Situace v obci se vyhrocuje, kdy asi polovina obyvatel obce Šimanova uspořádala demonstraci, při které protestovali proti tomuto stěžovateli a proti občanskému sdružení STOP černým skládkám, jehož jménem rovněž podával tento stěžovatel nejrůznější žádosti o informace a na následně stížnosti na jejich vyřízení.²

Případ Policie ČR je zdokumentován v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 1. 2009 č.j. 4 As 27/2008 - 89. Tento rozsudek si dovoluji zmínit v té souvislosti, že je v něm zdařile vysvětleno, které žádosti o informace je možné považovat za šikanózní. Ve stručnosti lze říci, že v uvedeném případě šlo o žádost o informace, které orgán prvního stupně nevyhověl. Na základě odvolání pak odvolací orgán požadované informace poskytl. Informace však poskytl později než v zákonné 15 denní lhůtě (v uvedeném případě bylo rovněž sporné, zda to po lhůtě vůbec bylo). Žadatele o informace pak přestaly poskytnuté informace zajímat a podal žalobu proti neposkytnutí informace (fiktivnímu negativnímu rozhodnutí), neboť informace mu byly poskytnuty až po zákonné lhůtě.

V odůvodnění citovaného rozsudku Nejvyšší správní soud uvádí: „Ve svém důsledku tak stěžovatel, který požádal o poskytnutí informací, v situaci, kdy mu po proběhnuvším řízení ke zjednaní nápravy stran předchozího postupu bylo vyhověno, se nejrůznějšími, a to ne vždy s podstatou posuzované věci zcela důvodně souvisejícími, námitkami (a někdy odvádějícími i pozornost samotného stěžovatele zcela jinam) požadovanému poskytnutí informací fakticky brání (jemu vyhovující rozhodnutí žádá zrušit), čímž popírá nejen svůj původně prezentovaný zájem na informacích, ale také i poslání samotného institutu svobodného přístupu k informacím. Přitom vytyká žalovanému, a stejně tak Městskému soudu v Praze, nejrůznější pochybení, které však ve svých důsledcích spíše odůvodňují jeho přístup, odmítající akceptovat vyhovující rozhodnutí, jímž ale stěžovatel fakticky popírá sám sebe. Bez zřetele

¹ Jelínek, S.: Šimanov nemá starostku, ani "vládu", Jihlavský deník, in: http://jihlavsky.denik.cz/zpravy_region/20081229_simanov_vlada.html.

² (Kra): Šimanov: protest proti stěžovateli, Jihlavské listy, in: <http://www.jihlavske-listy.cz/clanek3796-simanov-protest-proti-stezovateli.html>

není ani skutečnost, že tomuto svému přístupu stěžovatel věnuje obrovské úporné úsilí, které jej však ve svém důsledku nemůže dovést k vyššímu efektu, než mu založilo žalované rozhodnutí v polovině roku 2007, a naopak jej od odvoditelného efektu (žadatel přece žádal informace, jejichž poskytnutí se nyní brání) dosud jenom vzdaluje. Daný přístup stěžovatele může na nestranného pozorovatele působit dojmem, že patrně již ztratil a nemá zájem na poskytnutí dříve požadovaných informací, popř. dokonce i dojmem, že snad má zájem na tom, aby mu dané informace poskytnuty být nemohly, což jistě stěžovateli nelze podsouvat. Skutečností však je, že k faktickému konání v souladu s rozhodnutím, autoritativně zakládajícím právo (oprávnění), tj. v daném případě k „převzetí“ poskytovaných informací, nikoho nelze nutit, což souvisí již s tím, že bez žadatelovy součinnosti „poskytnutí a převzetí“ vyžadovaných informací ani nelze realizovat.“

Ve výše uvedených případech je možné spatřovat šikanózní výkon práva. Otázkou však je, jak vymezit jednání, které bychom mohli považovat za šikanózní výkon práva. Problémem je, že šikana a zneužití práva je především v motivech jednání, které však zůstávají zpravidla skryty, a proto zpravidla nezbyvá nic jiného, než atributy šikanózního výkonu práva odvozovat od formálních znaků tohoto jednání, ve kterých se rovněž mohou motivy jednání projevit. Těmito formálními znaky může být jednak četnost podávaných žádostí o informace a dále lpění na formálním postupu vyřízení žádosti o informace bez ohledu na faktické získání informací.

Lpění na faktickém postupu při vyřizování žádostí o informace při současném ignorování a vyhýbání se „převzetí“ poskytovaných informací jistě nebude hodno právní ochrany, a to na základě argumentů, které ve výše citované rozhodnutí uvedl Nejvyšší správní soud. V uvedeném případě je totiž zcela zřejmé, že žadateli o informace o poskytnutí těchto informací vůbec nejde, neboť dělá všechno pro to, aby mu informace nemohly být poskytnuty. Jedná se tedy svým způsobem o jednoznačný případ. Komplikovanější bude posouzení četnosti podávaných žádostí o informace jako jednoho ze způsobů šikany.

V případě četných žádostí o informace je třeba zhodnotit, zda podávání velkého počtu žádostí o informace může být oprávněné. To zajisté být může a zpravidla zřejmě je. Problém je však jinde, a to, zda takto oprávněně podávané žádosti o informace nemohou paralyzovat chod povinného subjektu. Pokud se podíváme na rozsah povinných subjektů dle zákona o svobodném přístupu k informacím, pak shledáme, že jsou mezi nimi dva typy subjektů. Jednak subjekty s profesionálním zázemím, které mají na uskutečňování své činnosti odborný úřednický aparát. Tento aparát (např. krajský úřad nebo obecní úřad s rozšířenou působností) má prioritně jiné úkoly než vyřizovat žádosti o informace, nicméně v rámci své činnosti je zpravidla s to bez větší zátěže informace vyřizovat. Proti tomu stojí malé obce s neuvolněným starostou, který zpravidla pracuje v nějakém občanském zaměstnání, a teprve po práci pracuje pro obec. Tyto obce nemají odborný úřednický aparát a lidé v jejich čele obtížně zvládají běžnou agendu, proto pro ně představují jakékoli žádosti o informace administrativní zátěž. Zatímco první typ povinných subjektů dle zákona o svobodném přístupu k informacím s odborným úřednickým aparátem se velkým počtem podaných žádostí dokáže zpravidla vyrovnat bez znatelných problémů, subjekty bez tohoto odborného zázemí mohou mít značné potíže. Je tak otázkou, zda tuto situaci nějakým způsobem legislativně řešit.

Jednou z možností legislativního řešení uvedené situace by mohlo být zvýšení úhrad za poskytnuté informace. Důvody, proč je práva na informace možno snadno použít k šikaně povinného subjektu, je možné shledat především bezplatnosti podání žádosti o informace. Dle § 17 ZSPI lze za poskytnutí informace požadovat úhradu ve výši, která nesmí přesáhnout

náklady spojené s pořízením kopií, opatřením technických nosičů dat a s odesláním informací žadateli, a dále úhradu za mimořádně rozsáhlé vyhledání informací. Jedná se tedy o určitou symbolickou úhradu, kterou lze velmi obtížně použít jako určitou (ekonomickou) regulaci četnosti podaných žádostí o informace. Nicméně je to jediná stávající možnost, jak četnost podaných žádostí alespoň nějak omezovat. V důsledku toho pak může nastat situace, že kdokoli může podávat žádost o informace jenom kvůli tomu, aby nějakou žádost podal, a nikoli kvůli tomu, že uvedené informace opravdu potřebuje.

Rovněž v justiční praxi se vyskytují případy notorických soudců, kteří se soudí kvůli čemukoli. Notorickým soudcům mnohdy nahrává rovněž institut osvobození od soudních poplatků. Pokud totiž člověk od soudních poplatků osvobozen není, pak si velice dobře rozmyslí, zda se bude soudit. Při právu na informace je přitom situace, jako by byli všichni od soudních poplatků osvobozeni, neboť ekonomické hledisko není obecně kritériem pro to, zda o informace dotyčný požádá či nikoli. Pokud by se úhrady za informace měly stát jakýmsi regulujícím nástrojem v této věci, musely by být zřejmě dva sazebníky úhrad za poskytované informace. Jednak sazebník mírnější pro povinné subjekty, které by měly zvláštní odborný aparát k provádění své činnosti, a pak „přísnější“ sazebník úhrad, pro subjekty, které by tento odborný aparát neměly. Existence těchto dvou sazebníků by byla žádoucí proto, že četnost podávaných žádostí o informace může být problémem především pro povinné subjekty bez odborného úřednického aparátu. Subjekty s odborným úřednickým aparátem, které jsou schopny čtené žádosti vyřizovat, by totiž nebylo třeba chránit před notorickými žadateli o informace.

Další možností by bylo rovněž omezování počtu žádostí o informace. Eventuálně kombinace uvedených legislativních opatření, kdy určitý počet žádostí subjektu za časovou jednotku by bylo možno podat za určitou (menší) úhradu a po překročení tohoto počtu by bylo možno další žádosti realizovat za zvýšenou úhradu. Uvedený systém je znám i z českého právního řádu, kdy žádost o informace o zpracování osobních údajů (§ 12 ZOOU) mohl subjekt údajů podat jednou za rok zdarma a po té již za úhradu (novela ZOOU – zákon č. 439/2004 Sb., kterým se mění zákon č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů a o změně některých zákonů, pak uvedené ustanovení změnila tak, že za každé poskytnutí informací je správce osobních údajů požadovat úhradu).

De lege ferenda by bylo vhodné kvůli prevenci před aktivními žadateli o informace zavést tento systém progresivního zvyšování úhrad za poskytnuté informace, neboť by byl jednotný a nerozlišoval by se mezi povinnými subjekty, které mají a nemají odborný aparát.

Určitým paradoxem je, že k šikanování povinných subjektů si žadatelé o informace vybírají ustanovení zákona o svobodném přístupu k informacím, nicméně k témuž účelu lze rovněž použít ustanovení zákona o ochraně osobních údajů, a to mnohem efektivněji a pro povinné subjekty též citelněji. Subjekt údajů má dle § 12 ZOOU právo na přístup k informacím o zpracování svých osobních údajů, kterému odpovídá povinnost správce (povinného subjektu) náležitě informovat subjekt údajů na žádost poskytnout. Plnění této povinnosti se vztahuje na všechny správce osobních údajů s výjimkou těch, kteří zpracovávají osobní údaje za specifickými (většinou bezpečnostními) účely uvedenými v § 3 odst. 6 ZOOÚ, takže je možné tohoto práva využít proti povinným subjektům na základě zákona o svobodném přístupu k informacím, a nejen jim, též vůči všem správcům osobních údajů, kterými jsou kromě orgánů veřejné správy např. podnikatelé, právnické osoby, zaměstnavatelé.

Uvedené právo na informace vyplývá z čl. 12 písm. a) evropské směrnice 95/46/ES o ochraně jednotlivců v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů, zaručuje každému právo získat od správce bez omezení, v rozumných intervalech a bez prodlení nebo nadměrných nákladů:

- potvrzení, že údaje, které se ho týkají, jsou či nejsou zpracovávány, jakož i informace týkající se alespoň účelů zpracování, kategorií údajů, na které se zpracování vztahuje, a příjemců nebo kategorií příjemců, kterým jsou údaje sdělovány,
- sdělení srozumitelnou formou o údajích, které jsou předmětem zpracování, a veškeré dostupné informace o původu údajů,
- oznámení postupu automatického zpracování údajů, které se ho týkají, alespoň v případě automaticky přijímaných rozhodnutí uvedených v čl. 15 odst. 1 směrnice 95/46/ES.

Podle § 12 odst. 2 ZOOU požádá-li subjekt údajů o informaci o zpracování svých osobních údajů, je mu správce povinen tuto informaci bez zbytečného odkladu předat. Správce má právo za poskytnutí informace požadovat přiměřenou úhradu nepřevyšující náklady nezbytné na poskytnutí informace (§ 12 odst. 3 ZOOU). Požadovat přiměřenou úhradu za poskytnutí informací má správce vždy. V některých zemích někdy národní zákonodárství přikazuje správci tyto informace poskytovat jednou za rok zdarma (Slovensko, Finsko, Litva, Rakousko). Podle české právní úpravy má správce osobních údajů informovat subjekt údajů bezodkladně. Některé evropské právní úpravy stanovují kromě této subjektivní lhůty též lhůtu objektivní, která bývá zpravidla 1 měsíc ode den doručení žádosti (Slovensko – 30 dní, Litva – 30 dní, Dánsko – 4 týdny, Rakousko – 8 týdnů)³.

Vzhledem k tomu, že ZOOÚ žádnou objektivní lhůtu k poskytnutí informací nestanoví, je možné vyjít z obecného předpisu, jež reguluje poskytování informací, tedy ze zákon o svobodném přístupu k informacím. Objektivní lhůta pro poskytnutí informací je podle § 14 odst. 5 písm. d) ZSPI 15 dnů ode dne přijetí žádosti. Lhůta bez zbytečného odkladu podle § 12 odst. 1 ZOOÚ by tak neměla být delší než 15 dnů. K uvedenému závěru lze dospět teleologickým výkladem. Pokud totiž zákonodárce pro poskytnutí jakýchkoli informací stanovil lhůtu 15 dnů, pak by lhůta pro poskytnutí speciálních informací (informací o zpracování osobních údajů) neměla být delší, neboť tyto informace se bytostně dotýkají soukromí žadatele o informace.

Právo na přístup k informacím dle zákona o svobodném přístupu k informacím představuje zpravidla majetkové nebo obecně informační zájmy žadatele o informace, kde se prodlení s poskytnutím informace, může projevit v rovině majetkové ale nikoli osobnostní. Zatímco zásah do majetkové roviny lze úspěšně napravovat (zpravidla penězi), zásah do osobnostního práva lze napravit jen přiměřeně a ještě s velkými obtížemi, proto musí být regulace ochrany soukromí jako určité osobnostní složky zaměřena na prevenci. Prevenci představuje pak právo subjektu údajů na přístup k informacím o zpracování jeho osobních údajů. Aby mohlo poskytnutí informací o zpracování osobních údajů plnit svoje preventivní poslání, je třeba,

³ Šalomoun, M.: Ochrana osobních údajů jako právo na informace sui generis, Právní rozhledy 11/2006, str. 395–396.

aby lhůta k získání těchto informací nebyla delší než lhůta při poskytování informací dle zákona svobodném přístupu k informacím, které nemá preventivní povahu.

Pokud srovnáme úpravu poskytnutí informací dle zákona o svobodném přístupu k informacím a dle zákona o ochraně osobních údajů, je třeba si všimnout, že při poskytování informací dle zákona svobodném přístupu k informacím se pohybujeme v režimu správního práva, zatímco při poskytování informací dle zákona o ochraně osobních údajů v režimu občanského práva. Výše uvedené rozlišení má význam z hlediska obrany proti neposkytnutí informací. V režimu zákona o svobodném přístupu k informacím je obranou proti špatnému vyřízení žádosti nějaký prostředek správního práva (stížnost, odvolání), o které rozhoduje nadřízený orgán, přičemž tento orgán může sám požadovanou informaci poskytnout. U žádostí o informace o zpracování osobních údajů neexistuje žádný nadřízený orgán povinného subjektu, a proto nelze očekávat, že by někdo nadřízený požadované informace poskytl.

V případě nedostatečného vyřízení žádosti o informace o zpracování osobních údajů je obranou žaloba v režimu civilního práva. V případě nedostatečného vyřízení žádosti o informace v režimu zákona o svobodném přístupu k informacím je obranou žadatele odvolání, případně stížnost a teprve poté žaloba v režimu správního soudnictví.

Problémem povinných subjektů může být též hrazení peněžních částek za nesprávné nebo nedostatečné vyřízení žádostí o informace. Tyto vynaložené peněžní částky jsou především náhrady za prohrané soudní řízení. Tyto částky nejsou sice z povahy věci určeny k satisfakci žadatele o informace, nicméně představují výdaje povinných subjektů, kdy zvyšování těchto výdajů povinných subjektů může být rovněž motivujícím faktorem pro podávání žádostí o informace.

Náklady řízení se skládají zejména ze soudního poplatku a odměny advokáta při zastoupení účastníka řízení advokátem. Při souzení v režimu zákona o svobodném přístupu k informacím se pohybujeme v režimu správním soudnictví, kde náklady řízení jsou účtovány dle jednotlivých úkonů právní služby podle advokátního tarifu (vyhláška č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif)), přičemž hodnota jednoho úkonu právní služby je stanovena na 2100,- Kč (§ 9 odst. 3 písm f) a § 7 advokátního tarifu). Zpravidla tyto úkony bývají tři (převzetí zastoupení, sepis správní žaloby, zastoupení u jednání), celková hodnota poskytnutých právních služeb je tak 6.300,- Kč. Pokud budeme uvažovat o řízení ve dvou stupních, pak opravným prostředkem proti rozhodnutí správního soudu je kasační stížnost, kde půjde vlastně o dva úkony právní pomoci (sepis kasační stížnosti, zastoupení u jednání při projednání kasační stížnosti), tedy 4.200,- Kč.

Při soudním projednávání nesprávného nebo nedostatečného vyřízení žádostí o informace dle § 12 ZOOU jsme plně v rovině civilního řízení. Odměna advokáta jakožto součást nákladů řízení v tomto případě není účtována dle advokátního tarifu, ale dle vyhlášky o paušální odměně a činí 15.000,- Kč v 1 stupni řízení (§ 6 písm. b) vyhlášky č. 484/2000 Sb., kterou se stanoví paušální sazby výše odměny za zastupování účastníka advokátem nebo notářem při rozhodování o náhradě nákladů v občanském soudním řízení a kterou se mění vyhláška Ministerstva spravedlnosti č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif), ve znění pozdějších předpisů).

Při porovnání obou těchto režimů je zřejmé, že eventuelní povinnost hradit náklady řízení je pro povinný subjekt mnohem citelnější, pokud jde o poskytování informací v režimu zákona o

ochraně osobních údajů. Podávání žalob za neposkytnutí informace o zpracování osobních údajů (dle § 12 ZOOU) má ještě jednu přednost a tou je snadný odhad eventuelního úspěchu ve věci. Před podáním jakékoli žaloby je totiž pro žalobce nezbytné, aby zvážil, zda lze mít vůbec ve věci úspěch. Pokud žalobce podává žalobu v režimu správního soudnictví za nesprávně nebo nedostatečně poskytnuté informace podle zákona o svobodném přístupu k informacím, vystavuje se riziku toho, zda bude správní soud na onu nesprávnost nebo nedostatečnost nahlížet stejně. V tomto režimu se tak žalobce může dostat do výkladových potíží. Při žalobách podaných na vynucení informace o zpracování údajů dle § 12 ZOOU se však žalobce nemusí obávat těchto výkladových potíží. Příslušné ustanovení zákona totiž zcela jasně stanoví, co má uvedené sdělení obsahovat. Podle § 12 odst. 2 ZOOU je obsahem poskytnuté informace vždy sdělení o

a) účelu zpracování osobních údajů,

b) osobních údajích, případně kategoriích osobních údajů, které jsou předmětem zpracování, včetně veškerých dostupných informací o jejich zdroji,

c) povaze automatizovaného zpracování v souvislosti s jeho využitím pro rozhodování, jestliže jsou na základě tohoto zpracování činěny úkony nebo rozhodnutí, jejichž obsahem je zásah do práva a oprávněných zájmů subjektu údajů,

d) příjemci, případně kategoriích příjemců.

Vzhledem k tomuto pregnantnímu výčtu, co má uvedená informace obsahovat, si tak může potenciální žalobce poměrně snadno vyhodnotit, zda se žalobou uspěje či nikoli, tedy zda informace, které od povinného subjektu obdržel, požadavky § 12 odst. ZOOU naplňuje či nikoli.

Dalším aspektem, proč je nevyhovění žádosti o informace podaném v režimu zákona o ochraně osobních údajů mnohem větší hrozbou než nevyhovění žádosti o informace podané v režimu zákona o svobodném přístupu k informacím je spáchání správního deliktu. Nevyřízení žádosti o informace dle zákona o ochraně osobních údajů by totiž mohl Úřad pro ochranu osobních údajů kvalifikovat jako správní delikt a povinnému subjektu uložit pokutu do výše 5.000.000,- Kč (§ 45 odst. 1 písm. g) a § 45 odst. 3 ZOOU). V tomto kontextu je třeba zmínit, že za neposkytnutí informace podle zákona o svobodném přístupu k informacím žádná obdobná sankce povinnému subjektu nehrozí.

Pokud se týká zneužití práva na informace o životním prostředí, pak je třeba konstatovat, že povinné subjekty mají dle § 10a zákona o právu na informace o životním prostředí natolik rozsáhlou informační povinnost, že v případě podání žádostí o informace budou často odkazovat na zveřejněnou informaci dle § 5 uvedeného zákona, alespoň tehdy, pokud si svoji informační povinnost plní. Poskytování informací dle zákona o právu na informace o životním prostředí je regulováno obdobným způsobem jako je poskytování informací podle zákona o svobodném přístupu k informacím. V případě nedostatečného poskytnutí informací se proti tomuto nedostatku brojí prostředky správního práva v rovině správního řízení a eventuelně správního soudnictví. Vzhledem k tomu je možné závěry uvedené ohledně poskytování informací v režimu zákona o svobodném přístupu k informacím vztahovat rovněž na poskytování informací dle zákona o právu na informace o životním prostředí.

Právo na informace ostatně jako každé právo může být zneužito. Právních prostředků proti obraně před tímto zneužitím práva mnoho není a za jediný takový prostředek by bylo možno považovat možnost povinných subjektů účtovat za poskytnutí informací úhradu. Tento prostředek je však naprosto nedostatečný.

V globálním měřítku zřejmě nepředstavuje zneužívání práva na informace zásadní problém. Za určitých okolností nicméně může dojít k takovým problémům jako je paralyzování chodu obecního zastupitelstva, což by mohlo vést alespoň k zamyšlení, zda-li není možné na právní úpravě něco zlepšit.

Zajímavým jevem je, že přestože lze k šikaně úřadů a dalších povinných subjektů užít kromě zákona o svobodném přístupu k informacím též zákona o ochraně osobních údajů, tento postup nebývá využíván. Pravděpodobně se o jeho existenci notoričtí stěžovatelé našťestí pro povinné subjekty ještě nedozvěděli. Až se tak stane, může to být pro povinné subjekty opravdový problém, který by mohl rovněž citelně zasáhnout do jejich rozpočtů.

Literature:

- Šalomoun, M.: Ochrana osobních údajů jako právo na informace sui generis, Praha: C.H.Beck - Právní rozhledy 11/2006, 2006, 8 stran, ISSN 1210-6410.

Reviewer:

Ivo Telec

Contact – email:

advokacie@oou.cz

AGGRIEVED PARTY AND THE RIGHT TO INFORMATION ABOUT CRIMINAL PROCEEDINGS

ONDREJ ŠTEFÁNIK

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Příspěvek pojednává o možnostech poškozeného získat informace o trestním řízení v České republice. Hlavní cílem příspěvku je popsat postavení poškozených v českém trestním řízení, zejména ve vztahu k jejich právu na informace o trestním řízení tak, jak ho nalzáme v českém trestním řádu a pokusit se zjistit, zda je právní úprava na tomto úseku dostatečná či nikoliv.

Key words in original language:

Poškozený, trestní řízení, informace

Abstract:

The paper deals with possibilities of aggrieved party to gain information about criminal proceedings in Czech Republic. The main goal of the paper is to describe the position of aggrieved parties in the criminal proceedings, particularly in relation to their rights to information about criminal proceedings, as we can find in Czech Criminal procedure code, as well as to find out if the current legislation in this field is sufficient or not.

Key words:

Aggrieved party, Criminal proceedings, Information

1. ÚVOD

V posledních desetiletích se zejména v podmínkách anglo-americké právní kultury rozvíjí nový koncept nahlížení smyslu, podstaty a účelu trestního práva, a to tzv. restorativní justice. V našich právních podmínkách se o restorativní justici začalo mluvit v několika posledních letech, zejména v souvislosti s tzv. alternativním řešením trestních věcí, tj. alternativními tresty a procesními odklony. V tomto však základní myšlenka restorativní justice nespočívá a lze vyslovit názor, že alternativní řešení trestních věcí představuje spíše pouze jakýsi průvodní jev uplatňování principů restorativní justice.

Koncept restorativní justice ve své podstatě opustil myšlenku, že trestný čin je porušením zákonných norem. V rámci tohoto myšlenkového proudu se za trestný čin považuje přímý sociální konflikt mezi obětí a pachatelem trestného činu, který je za aktivní účasti těchto dvou subjektů a za podpory jejich sociálního společenství nutno vyřešit.

Smyslem trestního práva v restorativním slova smyslu tedy není (jenom) náležité zjištění všech spáchaných trestných činů a následné spravedlivé potrestání pachatelů, ale zejména odškodnění obětí, náprava vztahů mezi obětí a pachatelem a v neposlední řadě ozdravení hodnot v rámci společnosti. Restorativní justice tedy opustila striktní zaměření na pachatele trestného činu a na místo něho klade do popředí oběť, resp. poškozeného, od kterého se

veškeré další úvahy a postupy restorativní justice odvíjejí.¹ Aby však mohli poškozený a obviněný svým aktivním a iniciativním přístupem vyřešit vzájemný konflikt, který mezi nimi vzniknul v důsledku spáchání trestného činu, je v první řadě nevyhnuté, aby byli oba v co největší možné míře informováni o konkrétní trestní věci.

Orgány činné v trestním řízení se tak musí zajímat nejenom o osobu pachatele, ale také a zejména o osobu poškozeného, zkoumat jeho potřeby a zájmy a především mu poskytnout náležité informace o trestním řízení.

2. ČESKÝ TRESTNÍ ŘÁD A POJEM „POŠKOZENÝ“

Po krátkém exkurzu do konceptu restorativní justice nám už nic nebrání pustit se do analýzy postavení poškozeného v českém trestním právu, a to zejména z pohledu jeho práva na informace o trestním řízení. V první řadě je však nezbytné ujasnit si vůbec samotný pojem poškozeného a jeho místo v trestním řízení. Zejména je pak důležité uvědomit si rozdíl mezi poškozeným, který má nárok na náhradu škody a mezi poškozeným, kterému toto právo přiznáno není.

Pojem poškozeného nám vymezuje ustanovení § 43 odst. 1 trestního řádu, které říká, že poškozeným je ten, komu bylo trestným činem ublíženo na zdraví, způsobena majetková, morální nebo jiná škoda. Toto ustanovení je následováno negativním vymezením pojmu poškozeného, když je v § 43 odst. 2 trestního řádu uvedeno, že za poškozeného se nepovažuje ten, kdo se sice cítí být trestným činem morálně nebo jinak poškozen, avšak vzniklá újma není způsobena zaviněním pachatele nebo její vznik není v příčinné souvislosti s trestným činem. Konečně § 43 odst. 3 trestního řádu předpokládá rozdělení poškozených do dvou základních skupin, a to poškozených s nárokem na náhradu škody vůči pachatelům trestné činnosti a poškozených, kteří tento nárok nemají. Toto rozdělení poškozených není provedeno výslovným zákonným vymezením dvou skupin poškozených, nicméně z dikce, že „poškozený, který má podle zákona proti obviněnému nárok na náhradu škody, jež mu byla trestným činem způsobena, ...“ lze dovodit záměr zákonodárce tyto dvě skupiny poškozených rozlišovat, když nadto poškozeným, kterým byla trestným činem způsobena škoda přiznává kromě „běžných“ práv poškozeného i práva další, a to zejména právo navrhnout, aby soud v odsuzujícím rozsudku uložil obžalovanému povinnost nahradit tuto škodu. Význam tohoto rozdělení spočívá zejména v tom, že pouze poškozený ve smyslu § 43 odst. 3 trestního řádu může být účastníkem tzv. adhezního řízení,² tj. řízení, které je součástí trestního řízení a projednává se v něm nárok poškozeného na náhradu škody způsobené trestným činem.³

1 K pojmu restorativní justice srov. blíže zejména: Karabec, Z.: Restorativní justice – Sborník příspěvků a dokumentů. Praha: Institut pro Kriminologii a sociální prevenci, 2003; Sotolář, A., Púry, F., Šámal, P.: Alternativní řešení trestních věcí v praxi. Praha: C.H.Beck, 2000; Sotolář, A., Válková, H.: Restorativní justice – trestní politika pro 21. století? In: Trestní právo. Praha: LexisNexis CZ, č. 1, 2000; Zehr, H.: Úvod do restorativní justice. Preložili Hasmanová L., Ouředníčková L. Praha: Sdružení pro probaci a mediaci v justici, 2003; atd.

2 Blíže k uvedenému rozdělení poškozených do dvou skupin srov.: Růžička, M., Púry, F., Zezulová, J. Poškozený a adhezní řízení v České republice. 1. vydání. Praha : C.H. Beck, 2007, s. 242

3 Látal, J. Poškozený v trestním řízení a rozhodování o náhradě škody v adhezním řízení. Praha : SEVT, 1994, s. 24

Právě kvůli možnosti účelnému uplatnění nároku na náhradu škody, případně účelnému vymožení škody způsobené trestným čin v řízení ve věcech občanskoprávních (pokud není náhrada škody přiznána v trestním řízení) je pro poškozeného nezbytné mít přístup k adekvátním informacím, které by mu uplatnění tohoto jeho esenciálního práva, ale i jeho dalších procesních práv, bylo náležitě i fakticky umožněno.

3. PRÁVO POŠKOZENÝCH NA INFORMACE

Právo poškozených na informace se však nemůže pochopitelně omezovat pouze na otázky jejich odškodnění. Je prakticky nemožné představit si vyčerpávající okruh důvodů, kvůli kterým by poškozený mohl informace o trestním řízení požadovat. Kromě účelného uplatnění již zmiňovaného práva na náhradu škody to může být například zabezpečení vlastní bezpečnosti, získání pocitu zadostiučinění tím, že se dozví, že jeho věc byla náležitě vyřízena nebo třeba pouze ze zájmu o to, jak bylo s jeho případem vůbec naloženo.

Výkladové ustanovení § 12 odst. 6 trestního řádu definuje poškozeného vedle toho proti komu se řízení vede, zúčastněné osoby a (v řízení před soudem i) státního zástupce, jako stranu. „Je třeba zdůraznit, že poškozený je stranou zcela samostatnou a nezávislou na ostatních stranách“⁴ a má zásadně rovnocenné postavení s ostatními stranami, což mu ve svém souhrnu umožňuje samostatně a aktivně zasahovat do trestního řízení a svými návrhy a zásahy přispět k správnému zjištění skutkového stavu a správnému rozhodnutí.⁵

Cílem následujících řádků je tedy zodpovědět otázku, zda takto vymezenému postavení poškozeného odpovídá i jeho informovanost o průběhu trestního řízení a zda je naplňování tohoto „přirozeného“ práva na informace (neboť poškozený ho takto skutečně pociťuje) v České republice naplňováno dostatečně.

Okruh práv, kterými v trestním řízení disponuje poškozený, se liší podle toho, zda se jedná o poškozeného, který má nárok na náhradu škody nebo o poškozeného, který tento nárok nemá.⁶ Jinak tomu není ani u práva poškozených na informace.

Bez ohledu na možnost požadovat náhradu škody má každý poškozený právo na to, aby byl ve smyslu ustanovení § 46 odst. 1 o svých právech poučen a právo na poskytnutí plné možnosti k jejich uplatnění. Dále se jedná třeba o právo poškozeného na informace o propuštění obviněného z vazby nebo z výkonu trestu ve smyslu ustanovení § 44a trestního řádu. S právem poškozeného na informace souvisí i jeho právo na jednání s orgány činnými v trestním řízení ve svém mateřském jazyce (§ 2 odst. 14 trestního řádu). Každý poškozený má dále právo nahlížet do spisu, což mu umožňuje ustanovení § 65 trestního řádu. Poškozený má dále právo požadovat, aby mu byly do vlastních rukou doručeny opisy rozhodnutí, proti kterým může podat opravný prostředek (§ 64 odst. 1 písm. b) trestního řádu), právo na doručení usnesení o odložení věci a právo podat stížnost proti tomuto usnesení (§ 159a odst. 5, 6 trestního řádu), právo aby mu bylo oznámeno usnesení o postoupení věci (§ 171 odst. 2 trestního řádu), právo být vyrozuměn a podat stížnost do usnesení o zastavení trestního

4 Srov.: Jelínek, J. Poškozený v českém trestním řízení. Praha : Karolinum, 1998, s. 39

5 Srov.: tamtéž

6 V podrobnostech srov. tamtéž, s. 41

stíhání (§ 172 odst. 3 trestního řádu) a právo být vyrozuměn o přerušení trestního stíhání (§ 173 odst. 3 trestního řádu) a právo na doručení opisu obžaloby podle § 196 odst. 1 trestního řádu.

Z pohledu práva poškozeného na informace (zejména pak z pohledu jejich využití) jsou nezanedbatelná třeba následující práva poškozeného: právo účastnit se hlavního líčení, se souhlasem předsedy senátu také právo klást otázky vyslychaným osobám, právo vyjádřit se k věci před skončením hlavního líčení, atd.

Poškozený, který má nárok na přiznání náhrady škody nemá z pohledu přímého práva na informace o moc lepší postavení, ale trestní řád mu přiznává více práv, na základě kterých může takto získané informace využít, přičemž se jedná třeba o právo učinit návrh na zajištění nároku na náhradu škody na majetku obviněného, právo uplatňovat nárok na náhradu škody, právo na doručení opisu rozsudku, právo podat proti rozsudku do výroku o náhradě škody odvolání, právo uzavírat s obviněným dohody, které jsou podkladem pro případné rozhodnutí soudu o schválení podmíněného zastavení a narovnání atd.⁷

4. NEJDŮLEŽITĚJŠÍ PRÁVA POŠKOZENÉHO S OHLEDEM NA JEHO INFORMOVANOST

4.1 PRÁVO BÝT POUČEN O SVÝCH PRÁVECH A PRÁVO NA JEJICH UPLATNĚNÍ

Toto právo je zakotveno v § 46 trestního zákona, který výslovně stanovuje, že Orgány činné v trestním řízení jsou povinny poškozeného o jeho právech poučit a poskytnout mu plnou možnost k jejich uplatnění. Je však nutno dodat, že toto poučení se týká pouze jeho práv v procesním, nikoliv také v hmotněprávním smyslu. Uvedené neplatilo v rámci českého, resp. československého práva vždy. Ze starší socialistické judikatury lze dovodit někdejší povinnost orgánů činných v trestním řízení poučit poškozeného (ale i další subjekty – obviněného) i o některých významných okolnostech hmotněprávní povahy, zejména co se týká případného promlčení nároků.⁸

Uvedené však bylo opuštěno, a poučovací povinnost orgánů činných v trestním řízení nyní spočívá výlučně v poučení o procesních právech poškozeného. Autor tohoto textu se však se zúžením poučovací povinnosti ne zcela ztotožňuje, neboť má především s ohledem na ideály a principy restorativní justice zato, že pokud je orgánům činným v trestním řízení známa okolnost, která má pro subjekt na který dopadají trestněprávní normy zásadní význam, měl by být o této skutečnosti náležitě poučen (ať už v trestním řízení zastává jakoukoliv roli). Je však potřeba si zároveň uvědomit, že třeba poučování obviněného o možnosti uplatnit námitku promlčení by stavělo do negativní pozice právě poškozené, které restorativní justice v rámci řešení trestních věcí naopak preferuje. Pokud by tedy měly orgány činné v trestním řízení

⁷ V rámci výčtu práv poškozeného na informace vycházel autor z celkového výčtu práv poškozeného v trestním řízení tak, jak je popsal Jiří Jelínek v publikaci: Jelínek, J. Poškozený v českém trestním řízení. Praha : Karolinum, 1998, s. 41 - 44

⁸ Srov.: Látal, J.: Poškozený v trestním řízení a rozhodování o náhradě škody v adhezním řízení. Praha : SEVT, 1994, s. 52-53

poučovat subjekty v širším rozsahu, než je pouhé poučení o jejích procesních právech, bude nezbytné velice pečlivě zvážit, v jaké míře by se mělo takové poučení realizovat.

4.2 PRÁVO NA INFORMACI O PROPUŠTĚNÍ PACHATELE

Toto nezanedbatelné právo je obsaženo v ustanovení § 44a trestního řádu, který říká:

(1) Shledá-li orgán činný v trestním řízení, že poškozenému nebo svědkovi hrozí nebezpečí v souvislosti s pobytem obviněného nebo odsouzeného na svobodě, poučí poškozeného nebo svědka o možnosti žádat informace o tom, že

a) obviněný byl propuštěn z vazby nebo z ní uprchl, nebo

b) odsouzený byl propuštěn z výkonu trestu odnětí svobody nebo z něj uprchl.

(2) Poškozený nebo svědek může žádost podle odstavce 1 podat u soudu a v přípravném řízení u státního zástupce. Pokud je odsouzený ve výkonu trestu odnětí svobody, podává se žádost podle odstavce 1 soudu, který rozhodoval v prvním stupni.

Od 1.1.2010 v důsledku novely trestního řádu 41/2009 Sb. bude odstavec 1 citovaného usnesení obohacen ještě o písmeno c) a d), ve kterých bude uvedeno, že:

c) odsouzený byl propuštěn z výkonu ochranného léčení nebo z jeho výkonu uprchl, nebo

d) odsouzený byl propuštěn z výkonu zabezpečovací detence nebo z jejího výkonu uprchl.

Ze samotné dikce tohoto ustanovení je patrné, že zájem poškozeného na získání této informace nebude motivován snahou po odškodnění, ale snahou o zajištění vlastní bezpečnosti. Jak je však patrné, získat uvedenou informaci bude pro poškozeného častokrát téměř nadlidský výkon. V první řadě bude muset orgán činný v trestním řízení shledat, že poškozenému hrozí nebezpečí, samotné tvrzení, že se poškozený cítí být ohrožen tedy zjevně postačovat nebude. A i když orgán činný v trestním řízení tuto skutečnost zjistí a ověří, pořád není povinen informaci poškozenému ihned poskytnout. Je povinen poškozeného poučit pouze o možnosti o takovou informaci požádat. Bude tedy spočívat opět jen na iniciativě poškozeného, zda se k takové informaci dostane, či nikoliv.

Uvedenou úpravu považuje autor tohoto textu za více než nedostatečnou. Vzhledem k nebezpečí, před kterým toto ustanovení poškozeného chrání, by bylo vhodné de lege ferenda uvažovat o povinnosti orgánů činných v trestním řízení, informovat poškozeného o propuštění pachatele z vlastní iniciativy (pokud orgán činný v trestním řízení nazná, že poškozený je v nebezpečí). A rozhodně není vhodné omezit se pouze na strohou informaci o tom, zda byl pachatel propuštěn nebo uprchl. Taková informace mnohdy málo právně erudovaným poškozeným nedovede adekvátním způsobem pomoci. Bylo by tedy vhodné zakotvit rovněž povinnost orgánů činných v trestním řízení, informovat poškozeného o tom, na koho se má v případě, že se cítí ohrožen obrátit a jak má adekvátně zajistit svojí bezpečnost.

I kdyby policejní orgán neshledal nebezpečí pro poškozeného, bylo by vhodné tuto informaci poškozenému na jeho žádost poskytnout vždy, neboť respektujíc principy restorativní justice, je „přirozeným“ právem poškozeného dozvědět se o tom, jakým způsobem se obviněný staví

ke své trestné činnosti a jakým způsobem vykonává trest, tedy také zda uprchl nebo byl propuštěn.

4.3 PRÁVO NAHLÍŽET DO SPISU

Právo poškozeného nahlížet do spisu je zakotveno v § 65 odst. 1 trestního řádu, který stanovuje, že poškozený má právo nahlížet do spisů, s výjimkou protokolu o hlasování a osobních údajů svědka podle § 55 odst. 2, činit si z nich výpisky a poznámky a pořizovat si na své náklady kopie spisů a jejich částí.

„Otázkou zůstává, zda „i při postupu před zahájením trestního stíhání (prověřování) má osoba, ohledně níž jsou dány skutečnosti nasvědčující tomu, že jí bylo trestným činem ublíženo na zdraví, způsobena majetková, morální nebo jiná škoda, postavení poškozeného ve smyslu § 43 odst. 1 trestního řádu, a přísluší jí tedy i právo nahlížet do spisu již v této fázi trestního (přípravného) řízení“⁹. S ohledem na uvedené se lze plně ztotožnit s názorem, že tento výklad oprávnění poškozeného je plně v souladu s požadavky zajištění co nejširší ochrany zájmů poškozeného v trestním řízení. S ohledem na výše uvedené oprávnění poškozeného nahlížet do spisu se může pojmově uplatnit již v rámci prověřování skutečností nasvědčujících tomu, že byl spáchán trestný čin, a to poté, kdy byl sepsán policejním orgánem podle § 158 odst. 3 tr. řádu záznam o zahájení úkonů trestního řízení nebo byly provedeny neodkladné a neopakovatelné úkony.“¹⁰

Druhý odstavec § 65 trestního řádu pak dodává, že v přípravném řízení může státní zástupce nebo policejní orgán právo nahlédnout do spisů a spolu s tím ostatní práva uvedená v odstavci 1 ze závažných důvodů odepřít. Závažnost důvodů, ze kterých tato práva odepřel policejní orgán, je na žádost osoby, jíž se odepření týká, státní zástupce povinen urychleně přezkoumat. Tato práva nelze odepřít obviněnému a obhájci, jakmile byli upozorněni na možnost prostudovat spisy.

Rozebíranému ustanovení nelze vytknout žádný závažný nedostatek. Za jistých okolností lze pochopit i odepření práva nahlédnout do spisu. Jedinou spornou myšlenkou, na kterou lze na tomto místě poukázat, je skutečnost, že je opět zvýhodňována jedna ze stran trestního řízení, a to obviněný, kterému již nemůže být poté, co byl spolu s případným obhájce upozorněn na možnost prostudovat spis, toto právo odepřít. Tím se opět poškozený dostává ve vztahu k obviněnému do „méněcenné“ pozice, a to i přesto, že jejich postavení v trestním řízení by mělo být zásadně stejné, nehledě už na skutečnost, že obviněný a obhájce musí být na možnost prostudovat spis upozorněni, kdežto u poškozeného je nahlížení do spisu ponecháno výlučně na jeho iniciativě.

9 P. Vantuch, K oprávnění poškozeného nahlížet do spisu ve stadiu postupu řízení před zahájením trestního stíhání, *Trestněprávní revue* 2005, č. 6, s. 145,

10 K uvedenému srov.: Krzysztyniak, K. Poškozený v českém a polském trestním řízení. Univerzita Karlova v Praze, dizertační práce, 2006, s. 68

5. PRÁVO POŠKOZENÉHO NA INFORMACE V SLOVENSKÉM TRESTNÍM ŘÁDU

Vymezení pojmu poškozený, jak ho provádí slovenský trestný poriadok je zásadně shodné s tím, které nalézáme v české právní úpravě. Již shora však bylo naznačeno několik nedostatků české právní úpravy, které byly na Slovensku v rámci celkové rekonstrukce trestního práva odstraněny.

Třeba ustanovení § 46 odst. 8, 9 trestného poriadku upravuje právo poškozeného na informace o útěku, resp. propuštění obviněného z vazby nebo z výkonu trestu, přičemž ale na rozdíl od české právní úpravy výslovně ukládá orgánu činném v trestním řízení, že v případě, že poškozenému hrozí nebezpečí v souvislosti s pobytem obviněného nebo odsouzeného na svobodě, nepoučuje ho o možnosti žádat informace, ale informuje ho přímo vlastní iniciativy, přičemž na žádost poškozeného je orgán činný v trestním řízení povinen tuto informaci poskytnout.

Jinak se ale poškození, na které dopadá režim slovenského trestného poriadku, potýkají se zásadně totožnými problémy, jaké potkávají poškozené v rámci českého trestního řízení.

6. ZÁVĚR

Na závěr nelze než zkonstatovat prakticky obecně známou notorietu o nerovnosti postavení poškozeného a obviněného v trestním řízení. Uvedená nerovnost se neprojevuje pouze ve shora popsaných aspektech, ale rovněž v mnoha dalších skutečnostech. Poškozenému, který se k trestnímu řízení nepřipojil s nárokem na náhradu škody není soud povinen doručit ani rozsudek, kterým ve věci rozhodl, neboť takovému poškozenému není přiznáno právo do rozsudku se odvolat. Poněkud v lepší situaci je poškozený, který se k trestnímu řízení s nárokem na náhradu škody připojil. Tento se může odvolat do výroku týkajícího se náhrady škody a tudíž je mu z povahy věci rovněž nutné doručit meritorní rozhodnutí ve věci.

V případě, že soud rozhoduje trestním příkazem (tzv. od stolu), je situace poškozených ještě mnohem horší. Poškozenému, který se k řízení nepřipojil se tento trestní příkaz ani jen nedoručí, takže se zcela pravděpodobně může stát, že se nikdy ani nedozví, zda a jak jeho trestní věc skončila. Poškozený, který nárok na náhradu škody uplatnil, je na tom o něco lépe v tom směru, že se mu trestní příkaz obdobně jako rozsudek doručí, nicméně pokud soud rozhodl trestním příkazem, poškozenému není přiznáno právo podat do takového trestního příkazu odpor, tudíž se proti rozhodnutí nemůže prakticky bránit, a to ani v situaci, že by o jeho nároku soud zcela opomenul rozhodnout. Jedinou možností, kterou poškozený v takovém případě má, je obrátit se na státního zástupce a požádat ho, aby odpor podal za něj. Otázkou však zůstává, jak se má poškozený o takové možnosti dozvědět, když o ní není poučen, navíc se jedná o zcela neformální postup, který není normami trestního řádu přímo upraven.

Mluvit o postupu soudu v tzv. vykonávacím řízení (tedy třeba o přeměnách alternativních trestů, osvědčení se odsouzeného ve zkušební době podmíněného odsouzení, zda a jak hradí odsouzený náhradu škody případným dalším poškozeným, ...) nemůže být řeč už vůbec, přičemž i toto jsou informace, které jsou zejména z pohledu restorativní justice pro poškozeného velice důležité.

Je tedy zcela zjevné, že pokud by mělo být cílem trestního práva „zrovnoprávnit“ postavení poškozeného a obviněného v trestním řízení, bude nevyhnutné o právech poškozených uvažovat v značně širší míře, než je tomu dnes.

Literature:

- Karabec, Z.: Restoratívni justice – Sborník příspěvků a dokumentů. Praha: Institut pro Kriminologii a sociální prevenci, 2003
- Krzysztyniak, K. Poškozený v českém a polském trestním řízení. Univerzita Karlova v Praze, dizertační práce, 2006
- Látal, J. Poškozený v trestním řízení a rozhodování o náhradě škody v adhezním řízení. Praha : SEVT, 1994
- Růžička, M., Púry, F., Zezulová, J. Poškozený a adhezní řízení v České republice. 1. vydání. Praha : C.H. Beck, 2007
- Sotolář, A., Púry, F., Šámal, P.: Alternatívni řešení trestních věcí v praxi. Praha: C.H.Beck, 2000
- Sotolář, A., Válková, H.: Restoratívni justice – trestní politika pro 21. století? In: Trestní právo. Praha: LexisNexis CZ, č. 1, 2000
- Zehr, H.: Úvod do restoratívni justice. Preložili Hasmanová L., Ouředníčková L. Praha: Sdružení pro probaci a mediaci v justici, 2003

Reviewer:

Věra Kalvodová

Contact – email:

ondro@mail.muni.cz

ZVEŘEJŇOVÁNÍ INFORMACÍ

LENKA TUŠEROVÁ

Faculty of Law, Masaryk University, the Czech Republic

Abstract in original language:

Tento příspěvek se věnuje problematice zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů. Tímto zákonem byly od 1. 1. 2000 do českého právního řádu zavedeny dvě formy poskytování informací, a to poskytování informací na základě žádosti a poskytování informací zveřejněním. Vzhledem ke skutečnosti, že druhá forma poskytování informací, která v poslední době zejména vlivem práva Evropské unie zaznamenala několik významných změn, není v odborné literatuře tolik frekventována, zaměřuje se předkládaný příspěvek právě na tuto formu poskytování informací.

Key words in original language:

Zákon č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím; právo na informace; poskytování informací na žádost; zveřejňování informací; informační a komunikační technologie; prostředky umožňující dálkový přístup; Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2003/98/ES ze dne 17. 11. 2003, o opakovaném použití informací veřejného sektoru.

Abstract:

The contribution deals with the issue of Act No. 106/1999 Coll., On Free Access to Information, as amended. This Act introduced from 1. 1. 2000 into the Czech legal order two forms of providing information that is providing information upon request and providing information through information disclosure. As the latter form of providing information, which in recent years mainly due to European Union Law has gone through several significant changes, is not given relevant attention by scientific literature, therefore the contribution focuses on this form of providing information.

Key words:

Act No. 106/1999 Coll., on Free Access to Information; right to information; providing information upon request; information disclosure; information and communication technologies; manner allowing remote access; Directive of European Parliament and Council 2003/98/EC of 17 11. 2003, on the reuse of public sector information.

S účinností zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů¹ (dále jen „zákon o svobodném přístupu k informacím“), který realizoval čl. 17 odst. 1, 2, 4 a 5 Listiny základních práv a svobod (dále též „Listina“) a naplnil tak ústavně zakotvené právo na informace², byly do českého právního řádu zavedeny dvě formy

¹ Zákon o svobodném přístupu k informacím nabyl účinnosti dne 1. 1. 2000.

² Podle D. Hendrycha lze v praxi jednotlivých států rozeznat „dvě základní koncepce řešení tohoto problému. První vychází z principu publicity správy a dává všem občanům právní nárok na přístup k informacím kromě těch, které jsou zákonem taxativně vyloučeny. Druhá koncepce vychází naopak z principu diskrétnosti správy a poskytuje občanům nárok na přístup k informacím je tehdy, stanoví-li tak právní předpis, popř. povolení přístupu ponechává na volné úvaze správních činitelů.“ (Viz Hendrych, D. Správní právo. Obecná část. 6. vydání. Praha : C. H. Beck, 2006, s. 655.)

poskytování informací, a to poskytování informací na základě žádosti, v odborné literatuře označované též jako pasivní poskytování informací, a poskytování informací zveřejněním (tzv. aktivní poskytování informací)³. Současně nalezlo právo na informace, jakožto jedna ze záruk zákonnosti ve veřejné správě⁴ v podmínkách moderního demokratického právního státu své zákonné vyjádření⁵.

Podle důvodové zprávy⁶ jsou povinné subjekty⁷ zavázány především k tomu, aby zveřejňovaly základní a standardní informace o své činnosti automaticky tak, aby byly všeobecně přístupné. V této souvislosti lze souhlasit s D. Hendrychem, že „povinnost spontánně informovat veřejnost o různých závažných okolnostech a nebezpečí vyplývá již z toho, že veřejná správa je veřejnou službou.“⁸ Ostatní informace, které mají povinné subjekty k dispozici, poskytnou na žádost každé fyzické nebo právnické osoby.

Prvnímu typu poskytování informací je v české odborné literatuře, a dále zejména v judikatuře správních soudů⁹ v návaznosti na praktickou aplikaci příslušných ustanovení zákona o svobodném přístupu k informacím, věnováno množství pozornosti¹⁰. Naproti tomu druhá forma poskytování informací, která v poslední době zejména vlivem práva Evropské unie zaznamenala několik významných změn, není podle mého názoru v zájmu jednotlivých autorů tolik frekventována. V dalším textu se proto zaměříme právě na tuto formu poskytování informací. Již v úvodu bych však chtěla podotknout, že úmyslem tohoto příspěvku není postihnout problematiku zveřejňování informací v celém jejím celku a do všech detailů, ale nastínit toliko základní otázky této problematiky.

Ustanovení zákona o svobodném přístupu k informacím, jež se věnují poskytování informací jejich zveřejněním nejsou početná. Při jejich výčtu, opomeneme-li úvodní ustanovení vymezující například základní pojmy, se lze v podstatě omezit na ust. § 4 a 5 citovaného zákona, jež v podrobnostech specifikují druhy informací a způsob poskytování informací formou zveřejňování.

³ Viz ust. § 4 odst. 1 zákona o svobodném přístupu k informacím.

⁴ Zárukami zákonnosti je Podle P. Průchy třeba obecně rozumět souhrn právních prostředků, určených k zabezpečení dodržování a zákonné realizace práva pro případ jeho porušení. Blíže viz Průcha, P. Správní právo. Obecná část. 7. doplněné a aktualizované vydání. Brno : Masarykova univerzita, 2007, s. 319 a násl.

⁵ Ke stejnému závěru dospěl Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 16. 5. 2007, č. j. 3 Ads 33/2006-57.

⁶ Viz důvodová zpráva k návrhu zákona o svobodném přístupu k informacím ze dne 18. 6. 1998, PSP tisk 16/0. Obecná část.

⁷ K problematice vymezení povinných subjektů podle zákona o svobodném přístupu k informacím blíže viz Horník, J. K některým úskalím svobodného přístupu k informacím. Právní rozhledy, 2004, č. 10, s. 371 -379.

⁸ Viz Hendrych, D. Správní právo. Obecná část. 6. vydání. Praha : C. H. Beck, 2006, s. 665.

⁹ Blíže viz například Melzer, F. Judikatura Nejvyššího správního soudu ve věcech práva na informace podle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím. Soudní rozhledy, 2005, č. 11, s. 397 – 401. Dále viz zejména webová stránka Nejvyššího správního soudu, www.nssoud.cz.

¹⁰ Viz odborná periodika z oblasti správního práva jako například časopis Správní právo, Právní rozhledy, Právní fórum, Právní rádce, apod.

V souladu s ust. § 5 odst. 1 zákona o svobodném přístupu k informacím¹¹ musí každý povinný subjekt pro informování veřejnosti ve svém sídle a svých úřadovnách zveřejnit na místě, které je všeobecně přístupné¹², jakož i umožnit pořízení jejich kopie, následující informace:

- a) důvod a způsob založení povinného subjektu, včetně podmínek a principů, za kterých provozuje svoji činnost;
- b) popis své organizační struktury, místo a způsob, jak získat příslušné informace, kde lze podat žádost či stížnost, předložit návrh, podnět či jiné dožádání anebo obdržet rozhodnutí o právech a povinnostech osob;
- c) místo, lhůtu a způsob, kde lze podat opravný prostředek proti rozhodnutím povinného subjektu o právech a povinnostech osob, a to včetně výslovného uvedení požadavků, které jsou v této souvislosti kladeny na žadatele, jakož i popis postupů a pravidel, která je třeba dodržovat při těchto činnostech, a označení příslušného formuláře a způsob a místo, kde lze takový formulář získat;
- d) postup, který musí povinný subjekt dodržovat při vyřizování všech žádostí, návrhů i jiných dožádání občanů, a to včetně příslušných lhůt, které je třeba dodržovat;
- e) přehled nejdůležitějších předpisů, podle nichž povinný subjekt zejména jedná a rozhoduje, které stanovují právo žádat informace a povinnost poskytovat informace a které upravují další práva občanů ve vztahu k povinnému subjektu, a to včetně informace, kde a kdy jsou tyto předpisy poskytnuty k nahlédnutí;
- f) sazebník úhrad za poskytování informací;
- g) výroční zprávu za předcházející kalendářní rok o své činnosti v oblasti poskytování informací (§ 18);
- h) výhradní licence poskytnuté podle § 14a odst. 4;
- i) usnesení nadřízeného orgánu o výši úhrad vydaná podle § 16a odst. 7;
- j) adresu elektronické podatelny.

Z dikce zákona o svobodném přístupu k informacím vyplývá¹³, že povinný subjekt samozřejmě může tyto informace zveřejnit i dalšími způsoby než jen na místě, které je všeobecně přístupné. Ačkoliv zákon o svobodném přístupu k informacím nestanoví o jaké jiné způsoby by se mělo jednat, lze si představit například informační místo příslušného povinného subjektu, či periodické publikace povinného subjektu vztahující se k předmětu jeho činnosti, v nichž se mohou v relativně pravidelných intervalech objevovat vybrané

¹¹ K problematice vztahu zákona o svobodném přístupu k informacím a zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů, v souvislosti se zveřejňování obsahu úřední desky způsobem umožňujícím dálkový přístup blíže viz Vedral, J.: Správní řád – komentář. Praha: Polygon, 2006, s. 206 a násl.

¹² Nejčastěji se jedná o nejrůznější typy informačních vývěsek.

¹³ Podle ust. § 5 odst. 7 zákona o svobodném přístupu k informacím.

informace. V těchto případech se však podle mého názoru do určité míry ztrácí měřítko „všeobecné přístupnosti“, neboť profilový záběr těchto publikací do značné míry předurčuje a tím zužuje okruh informovaných subjektů.

Shora uvedený výčet povinně zveřejňovaných informací dále obecně rozšiřuje ust. § 5 odst. 2 téhož zákona, podle kterého jsou povinné subjekty povinny ve svém sídle v úředních hodinách zpřístupnit právní předpisy vydávané v rámci jejich působnosti a seznamy hlavních dokumentů, zejména koncepční, strategické a programové povahy, které mohou být poskytnuty podle tohoto zákona včetně případných návrhů licenčních smluv, a to tak, aby do nich mohl každý nahlédnout a pořídit si opis, výpis nebo kopii.

Rostoucí vliv informačních a komunikačních technologií a neustálý vývoj v této oblasti je reflektován závazkem povinného subjektu zveřejňovat výše prezentovaný souhrn informací též způsobem umožňujícím dálkový přístup, tj. především prostřednictvím Internetu. Toliko v případě právních předpisů vydávaných v rámci působnosti příslušného povinného subjektu postačuje ke splnění předmětné povinnosti uvedení odkazu na místo, kde jsou tyto informace již zveřejněny způsobem umožňujícím dálkový přístup.

Jak je z ust. § 5 odst. 4 zákona o svobodném přístupu k informacím patrné, zákonodárce si byl vědom náročnosti, a to nejenom po odborné, ale též technické a finanční stránce, jež sebou přináší povinnost zveřejňování vymezeného okruhu informací též způsobem umožňujícím dálkový přístup, a proto z této povinnosti vyňal povinné subjekty, které jsou pouze fyzickými osobami¹⁴. U těchto osob tedy i nadále postačí zveřejnění informací na místě, které je všeobecně přístupné ve smyslu ust. § 5 odst. 1 zákona o svobodném přístupu k informacím. Do značné míry je zde možno vidět určitou paralelu mezi zákonem o svobodném přístupu k informacím a zákonem č. 500/2004 Sb., správním řádem, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), který podobně v případě povinnosti zřizování úřední desky stanoví výjimku u fyzických osob, které vykonávají působnost správního orgánu.

Poněkud zavádějícím se pak v návaznosti na výše uvedené jeví ust. § 5 odst. 5 citovaného zákona, podle kterého jsou povinné subjekty, které vedou a spravují registry, evidence, seznamy nebo rejstříky obsahující informace, které jsou na základě zvláštního zákona každému přístupné, povinny tyto informace zveřejňovat v přehledné formě způsobem umožňujícím i dálkový přístup. Spojka „i“ totiž při použití toliko gramatického výkladu vzbuzuje dojem, že kromě způsobu umožňujícího dálkový přístup jsou tyto informace zveřejňovány též „klasickým způsobem“, tj. v sídle a úřadovnách povinného subjektu na místě, které je všeobecně přístupné. Z vnitřní systematiky ust. § 5 zákona o svobodném přístupu k informacím a dále z původního znění citovaného ustanovení však vyplývá, že takovýto výklad není správný. Na předmětné ustanovení je tedy nezbytné pohlížet jako na takové, jež povinným subjektům, které vedou a spravují registry, evidence, seznamy nebo rejstříky obsahující informace, které jsou na základě zvláštního zákona každému přístupné, nově stanoví povinnost zveřejňovat tyto informace v přehledné formě, a to konkrétním způsobem, tj. způsobem umožňujícím dálkový přístup.

Okruh povinně zveřejňovaných informací ovšem není výše citovanými ustanoveními zákona o svobodném přístupu k informacím zdaleka vyčerpán, neboť je v jednotlivých případech, a to

¹⁴ Viz ust. § 5 odst. 4 zákona o svobodném přístupu k informacím.

ve vazbě na poskytování informací na základě individuální žádosti, dále rozšířen. Podle ust. § 5 odst. 3 téhož zákona je povinný subjekt povinen do 15 dnů od poskytnutí informací na žádost tyto informace zveřejnit, a to způsobem umožňujícím dálkový přístup. Přičemž o informacích, poskytnutých v jiné než elektronické podobě, nebo mimořádně rozsáhlých elektronicky poskytnutých informacích postačí zveřejnit doprovodnou informaci vyjadřující jejich obsah. Okruh těchto dalších informací tedy již nebude záviset na příslušné zákonné úpravě, ale na iniciativě jednotlivých žadatelů a okruhu jejich zájmů. Lze si pak představit situaci, kdy rozsah povinně zveřejňovaných informací může být u některých povinných subjektů výrazným způsobem rozšiřován jen díky nadměrnému a ne vždy odůvodněnému zájmu několika jedinců v postavení žadatelů o informace.

Zákon o svobodném přístupu k informacím však nebrání tomu, pokud se ovšem nejedná o informace, které není povinný subjekt oprávněn poskytnout¹⁵ (například informace, které jsou na základě zákona prohlášeny za utajované; informace porušující ochranu osob a jejich soukromí, apod.)¹⁶, aby povinný subjekt zveřejnil i další informace. Jako příklad můžeme zmínit úřední hodiny včetně jejich změn, aktuální otázky týkající se působnosti povinného subjektu, problematické aspekty v činnosti povinného subjektu, apod.

Lze bezesporu souhlasit s názorem J. Horníka, že zákon o svobodném přístupu k informacím by měl „zároveň fungovat i jako impuls pro povinné subjekty k automatickému zveřejňování maximálního možného objemu informací o své činnosti, tak jak to některé povinné subjekty již činí, když zveřejňují i takové informace, jejichž povinné zveřejňování jim zákon neukládá. Předchází tím totiž případným žádostem o jejich poskytnutí, a šetří tak zejména svůj čas a prostředky, když je evidentně levnější a efektivnější příslušnou informaci zveřejnit při jejím vzniku, než ji následně složitě vyhledávat a provozovat s tím spojenou agendu. ... Není však pochyb o tom, že i nadále budou existovat povinné subjekty, které budou považovat automatické zveřejňování informací o své činnosti nad rámec zákona za nepřijatelné nebo se budou snažit přístup k informacím znemožnit či ztížit. V takovém případě bude zákon plnit svoji hlavní funkci, tj. bude fungovat pro žadatele jako nástroj k tomu, aby dosáhli poskytnutí příslušných informací.“¹⁷

Zcela specifickou úlohu hraje podle mého názoru ve vztahu k zveřejňování informací způsobem umožňujícím dálkový přístup ust. § 5 odst. 6 zákona o svobodném přístupu

¹⁵ Blíže viz ust. § 7 a násl. zákona o svobodném přístupu k informacím.

¹⁶ Ostatně skutečnost, že právo na informace není bezbřehé a je nutně omezeno chráněnými zájmy dle čl. 17 odst. 4 Listiny základních práv a svobod, ostatními ústavně zaručenými právy a svobodami (čl. 10 Listiny), jakož i dalšími pravidly pro možná omezení práva na informace dle čl. 17 odst. 5 Listiny, potvrzuje rovněž rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 6. 2008, č. j. 5 As 53/2007-85. Na druhou stranu je však při realizaci ústavně zaručeného práva na informace třeba jakákoli možná omezení poskytování informací vykládat restriktivním způsobem, což lze dovodit z judikatury Ústavního soudu (srov. například nález ze dne 24. 1. 2007, sp. zn. I. ÚS 260/06). Obdobně se vyjádřil i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 10. 10. 2003, č. j. 5 A 119/2001 - 38, publikovaném pod č. 74/2004 Sb. NSS. Opačný postup, tedy extenzivní výklad podmínek, za kterých zákon o svobodném přístupu k informacím umožňuje právo na poskytnutí informací omezit a informace neposkytnout, by směřoval proti vlastnímu smyslu a účelu jak samotného zákona, tak i ústavně zaručeného veřejného subjektivního práva garantovaném čl. 17 Listiny (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 5. 2007, č. j. 3 Ads 33/2006-57).

¹⁷ Viz Horník, J. K některým úskalím svobodného přístupu k informacím. Právní rozhledy, 2004, č. 10, s. 371 - 379.

k informacím. Domnívám se, že předmětné ustanovení v sobě nese jakousi průběžnou kontrolní funkci, když stanoví, že povinnost zveřejnit informace podle odstavců 4 a 5 splní povinný subjekt tím, že je způsobem umožňujícím dálkový přístup bez zbytečného odkladu zpřístupní správci portálu veřejné správy nebo mu je předá¹⁸. Konstruuje se tak mechanismus průběžné kontroly plnění povinnosti zveřejňování informací podle zákona č. 106/1999 Sb.¹⁹

Na závěr nutno poznamenat, že problematika poskytování informací zveřejňováním doznala největších změn v souvislosti s novelou zákona o svobodném přístupu k informacím provedenou zákonem č. 61/2006 Sb.²⁰, která do českého práva zavedla základní principy a požadavky stanovené směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2003/98/ES ze dne 17. 11. 2003, o opakovaném použití informací veřejného sektoru²².

Harmonizační změny se dotkly zejména ust. § 4 zákona o svobodném přístupu k informacím, které kromě preferování poskytování informací na žádost v elektronické podobě, ve svém odstavci 2 nově stanovuje, že informace poskytovaná zveřejněním se poskytuje ve všech formátech a jazycích, ve kterých byla vytvořena. Pokud je taková informace zveřejněna v elektronické podobě, musí být zveřejněna i ve formátu, jehož specifikace je volně dostupná a použití uživatelem není omezováno. Přijatou úpravu odůvodňuje citovaná směrnice zejména tím, že „možnosti opakovaného použití mohou být zlepšeny omezením potřeby převádění papírových dokumentů do elektronické formy nebo zpracovávání elektronických souborů, aby byly navzájem slučitelné. Proto by měly subjekty veřejného sektoru poskytovat dokumenty ve všech již existujících formátech nebo jazycích, v elektronické formě, pokud je to možné a vhodné. ... Pro zjednodušení opakovaného použití by měly subjekty veřejného sektoru poskytovat své vlastní dokumenty ve formátu, který nezávisí na použití zvláštního programového vybavení, pokud je to možné a vhodné. Subjekty veřejného sektoru by měly zohlednit možnosti opakovaného použití dokumentů zdravotně postiženými osobami a pro zdravotně postižené osoby, pokud je to možné a vhodné.“²³

Jak je z výše uvedeného patrné, smyslem dané právní úpravy poskytování informací zveřejněním, který je těmito harmonizačními změnami ještě více posílen, je, aby široká veřejnost získala základní okruh informací bez toho, aby o ně musela žádat klasickým způsobem. Tím se zvyšuje otevřenost přístupu veřejné správy k veřejnosti, zároveň se posiluje

¹⁸ Formu a datový formát zpřístupňovaných a předávaných informací stanoví prováděcí právní předpis.

¹⁹ K otázce charakteru a významu kontroly ve veřejné správě blíže viz Průcha, P. Správní právo. Obecná část. 7. doplněné a aktualizované vydání. Brno : Masarykova univerzita, 2007, s. 319 a násl.

²⁰ Zákon č. 61/2006 Sb., kterým se mění zákon č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), ve znění zákona č. 81/2005 Sb., a zákon č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), ve znění pozdějších předpisů.

²¹ Změnami, které do zákona o svobodném přístupu k informacím přinesla výše uvedená novela se blíže věnuje Mates, P. Pátá novela zákona o svobodném přístupu k informacím. Právní rozhledy, 2006, č. 4, s. II.

²² Předmětná směrnice je volně dostupná v databázi EUR-LEX, viz <http://eur-lex.europa.eu>.

²³ Viz směrnice Evropského parlamentu a Rady 2003/98/ES ze dne 17. 11. 2003, o opakovaném použití informací veřejného sektoru.

rovnost subjektů pokud jde o základní okruh zveřejňovaných informací a v konečném důsledku pak dochází k odbřemenění činnosti povinných subjektů v této oblasti.

Literature:

- Hendrych, D.: Správní právo. Obecná část. 6. vydání. Praha : C. H. Beck, 2006, 861 s., ISBN 80-7179-442-2
- Horník, J.: K některým úskalím svobodného přístupu k informacím. Právní rozhledy, 2004, č. 10, s. 371 -379.
- Mates, P. Pátá novela zákona o svobodném přístupu k informacím. Právní rozhledy, 2006, č. 4, s. II.
- Melzer, F. Judikatura Nejvyššího správního soudu ve věcech práva na informace podle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím. Soudní rozhledy, 2005, č. 11, s. 397 – 401.
- Průcha, P.: Správní právo. Obecná část. 7. doplněné a aktualizované vydání. Brno : Masarykova univerzita, 2007, 418 s., ISBN 978-80-210-4276-6
- Vedral, J.: Správní řád – komentář. Praha: Polygon, 2006, 1042 s., ISBN 80-7273-134-3

Reviewer:

Jana Jurníková

Contact – email:

61184@mail.muni.cz

SEKCE AUTONOMIE VŮLE STRAN



SECTION AUTONOMOUS WILL OF PARTIES

THE INTEGRITY OF CONSENT TO MARRIAGE IN THE ROMANIAN LAW AND THE FRENCH LAW

ALIN-GHEORGHE GAVRILESCU

Constantin Brancusi University of Târgu-Jiu, Faculty of Juridical Sciences, Romania

Abstract in original language:

The marriage is a legal deed which results from an agreement of wills. For the valid formation of the marriage, the assent of the future husbands must be expressed in full freedom and given with full knowledge of the facts, which supposes for it to be excluded of vices. In the matter of the assent to the marriage the vices of the will are in the Romanian law: the error on the physical identity of the other husband, the fraud and violence and in the French right the error and violence, the fraud being excluded.

Key words in original language:

Marriage, assent, husbands, error, violence.

1. INTRODUCTORY NOTIONS

Marriage is a judicial act which results from an agreement of wills. For the valid creation of this agreement the consent to marriage has to be freely expressed by the future spouses.

The condition of existence of a free consent when the marriage is concluded results from the provisions Art. 16 paragraph (2) of the Universal Declaration of Human Rights which establishes that the marriage can only conclude with the full and free consent of the future spouses, provisions that have also been resumed in Art. 23 par. (3) of the International Pact on Civil and Political Rights¹, as well as from the provisions Art. 10 pct. 1 from International Pact on Economic, Social and Cultural Rights² according to which no marriage can be legally entered into without the free consent by the future spouses.

Free consent when the marriage is concluded is also required by the provisions of the Romanian legislation and of those of the French one. Thus, under the Romanian law, the stipulations Art. 48 par. (1) from the Constitution and of Art. 1 par. (3) from the Family Code which show that family is founded on the freely consented marriage between spouses. Under the French law, the requisite of freedom of consent is regulated by Art. 180 par. (1) from the Civil Code which provides that if a marriage has been contracted without the free consent of the future spouses or of one of them, it can be contested by the spouses, by the spouse whose consent was not free or by the judge.

¹ Adopted by the General Assembly of ONU la data de 16. 12. 1966, ratified by Romania through the Decree of The State Council nr. 212/1974 published in the „Official Bulletin” nr. 146 from 20. 11. 1974

² Adopted by the General Assembly of ONU by the rezolution 2200A (XXI) from 16. 12. 1966. Romania signed the Pact at 27. 06. 1968 and ratified it through the Decree of The State Council nr. 212/1974 publicat în „Buletinul oficial” nr. 146 from 20. 11. 1974.

Being a fundamental element in forming marriage, the will of the future spouses has to be freed from vices only this way the marriage can be concluded with the full and free consent of those who want to get married.

2. VITIATED CONSENT IN MARRIAGE

2.1 THE VICES OF CONSENT TO MARRIAGE IN THE ROMANIAN LAW

In the Romanian law, the vices of consent to marriage are regulated in Art. 21 paragraph (1) in the Family Code according to which the marriage can be annulled at the petition of the spouse whose consent has been vitiated on the grounds of error regarding the physical identity of the other spouse, on the grounds of falseness or of duress. Therefore, in the matter of marriage the vices of consent are the error on the physical identity of the other spouse, willful misrepresentation and duress.

Error

Error leads to the annulment of marriage only if it bears upon the physical identity of the other spouse (Art. 21 in the Family Code). It concerns a circumstance that is highly unlikely to arise in practice due to the conditions under which the marriage is concluded: the personal presence of the future spouses before the Registrar of Civil Status, usually after a preliminary acquaintance and identification of them by the Registrar of Civil Status.

Error on civil identity, that is on the civil status of the other future spouse (for instance, he or she is divorced, although the other thought that he or she was single; or one of the future spouses thought that the other belongs to one family, while he or she belongs to another) does not constitute a vice of consent to marriage, and neither does any other error, such as that on physical qualities, on temperament, professional qualification, economic status etc., produce any effects on marriage.

The fact that law considers only the error concerning the physical identity of the other spouse is accountable by the need to avoid the situations in which, by invoking all kinds of cases of error, it would hurt the stability of the marriage and elude the stipulations concerning divorce by camouflaging it in the form of an action in annulling the marriage.

In judicial practice it was decided that the un-acknowledgement by a husband of his wife's state of pregnancy at the conclusion date of the marriage, a state that resulted from the relations she has had with another man and which she concealed from her husband before marriage does not constitute an error on the wife's physical identity since it was her he wanted to marry and not another woman³, yet such a concealment delusive of the state of pregnancy can constitute a legal reason to annul the marriage on account of malicious concealment⁴.

Duress

³ District Court Timiș, civil decision nr. 37/1970, in *The Romanian Law Magazine*, nr. 6/1971, p.150.

⁴ The Supreme Court, civil section, decision nr. 1049/1976, in *Collection of Decisions*, 1976, p.160.

Duress vitiates the consent of the future spouse by fear it has caused as a result of physical constraint (by threatening the person with causing imminent harm). Duress includes an objective element, constraint, and a subjective element, the fear induced, which determines the lack of freedom of consent of the future.

The duress acts exerted on the spouse whose consent has been vitiated have to have a certain seriousness and intensity, putting them in the objective position of not being able to oppose marriage⁵. The duress acts have to be appreciated as against the psychic state of that spouse⁶.

Not considered a vice of consent to marriage (duress) is the so-called „reverential fear”, that is the one due to the feeling of respect that sons or daughters naturally have towards their parents or other ascendants and towards their normal teachings and advice. In practice it was decided that moral pressure exerted by the wife’s parents in order to urge her to get married does not frame within the notion of moral duress, being likely to inspire at most a mere reverential fear⁷.

Given the conditions in which the marriage is concluded, in practice, the cases of duress are very rare.

Willful misrepresentation

Willful misrepresentation can lead to the abrogation of marriage whenever, commissively or omissively, one of the spouses determined the other to conclude the marriage by fraudulent means; in other words, when the error provoked was the one to determine the consent to marriage. being an error provoked, willful misrepresentation contains a subjective element, that is the error, and an objective element, that is the malicious means used to provoke the error.

In the matter of marriage a vice of consent is only the main willful misrepresentation, that is the one that creates an error in whose absence the person in question would have by no means concluded the marriage, not the incident willful misrepresentation too, that is the one by which an error is created in the absence of which the spouse in question would have nevertheless consented to concluding the marriage. Thus, the malicious means used by one of the future spouses have to be determined for the other to show their consent. The decisive character of the fraud must be appreciated from case to case depending on the life experience, the preparation and other dates concerning the one who claims to be a victim of the malicious means⁸.

Willful misrepresentation is the cause for the annulment of marriage when it concerns qualities of the person of the future spouse, which if the other spouse have known, he or she

⁵ Supreme Court, civil section, decizia nr. 1119/1974, în I.G. Mișuță, Al Lesvioidax, *Repertoire of judicial practice in civil matter de of the Supreme Court and of other judicial instances, years 1969-1975*, Editura Științifică și Enciclopedică, Bucharest, 1976, p.17.

⁶ The Supreme Court, civil section, decision nr. 1005/1974, în *Culegere de Decizii*, 1974, p.166-167.

⁷ People’s Court, sentence nr. 373/1961, L.P. nr.12/1961, p.103.

⁸ The Supreme Court of Justice, civil section, decision. 2196/1999 in *the Bulletin of Jurisprudence, 1990-2003*, Made by S. Angheni, M. Avram, R. A. Lazăr, I. Ionescu, Editura All Beck, București, 2004, p. 480.

would not have concluded the marriage. Hence, these qualities are subjectively decisive in order to conclude the marriage, but at the same time, objectively necessary to conclude the marriage. If one of the future husbands would be misled by malicious means by the other with regard to his economic status, decisive as it were for concluding the marriage, the error thus provoked cannot devise an action in annulling the marriage. What cannot likewise be decisive in forming the agreement of will when concluding the marriage, not being a motive to annul the marriage, is the concealment, through malicious manoeuvres, by one of the spouses of his or her real age, as well as of having been married before because it does not refer to essential personal qualities that can jeopardize the marriage⁹.

Willful misrepresentation constitutes a vice of consent and in the case in which the manoeuvres delusive are manifested in the form of reluctance¹⁰, that is by silencing certain situations whose knowledge by the other future spouse might have determined them to conclude the marriage. It is considered willful misrepresentation by reluctance the fact of willfully and wittingly concealing by one of the future spouses from the other, the disease that they suffer from or only its extent and its concrete manifestations, if the disease seriously affects the relations between the spouses¹¹, being incompatible with the normal unfolding of family life.

In order for the concealment of a disease to lead to the annulment of a marriage, it must present a certain seriousness. In the case of minor curable ailments that do not affect life, the spouse's health or the finality of the marriage, the omission to communicate them is irrelevant¹² since it would thus hurt the very institution of marriage and promote sanctions for irrelevant deeds in point of the purpose of the sanction stipulated by law¹³. In order for the annulment action to be granted proof must be given that the respective spouse had knowledge of that serious disease or of its forms of manifestation and that he or she deliberately failed to inform the other spouse of the state of his or her health¹⁴. By virtue of Art. 1169 from the Civil Code proof of willful misrepresentation by reluctance, as a ground for acquiring nullity of marriage, is incumbent to the claimant¹⁵.

In judicial practice it is established that causes for the relative annulment of marriage can be constituted by: the inability to perform the sexual act¹⁶; the inability to procreate¹⁷; pregnancy

⁹ The Supreme Court, civil section, decision nr. 449/1977, n I.G. Mișuță, Al. Lesvioudax, *Repertoire of judicial practice in civil matter de of the Supreme Court and of other judicial instances, years 1975-1980*, Editura Științifică și Enciclopedică, București, 1982, p.13-14.

¹⁰ Supreme Court, civil decision nr. 779/1981, in Collection of Decisions, 1981, p.135.

¹¹ The Supreme Court of Justice, civil section, decision 764/1971, în I. G. Mișuță, *Probleme de drept în practica Tribunalului Suprem în materie civilă*, în *Revista Română de Drept* nr. 1/1973, p.119.

¹² The Supreme Court of Justice, civil section, decision nr. 324/1990, în *Revista Dreptul* nr. 9-12/1990, p. 232.

¹³ The Supreme Court of Justice, civil section, decision nr. 614/1978, in *Culegere de Decizii*, 1978, p.145.

¹⁴ The Supreme Court of Justice, civil section, decision nr.1373/1969, in I.G. Mișuță, Al. Lesvioudax, *Repertoriu...*, 1969-1975, *op. cit.*, p.17; The Supreme Court of Justice, civil section, decision nr. 2218/1984, in *Legislația familiei și practica judiciară în materie*, Ministerul Justiției, 1987, p. 267;

¹⁵ The Supreme Court, civil section, decision nr. 935 din 11. 03 2003, pe [www. scj. ro](http://www.scj.ro).

¹⁶ The Supreme Court, civil section, decision nr. 2042/1976, in *Revista Română de Drept* nr. 5/1977, p. 67.

of the spouse, resulted from the intimate relations he had with another man, prior to concluding the marriage¹⁸, all these if they have been known and willfully concealed when the marriage concludes. Moreover, it has been decided that the genital malformation which does not constitute a sexual undifferentiating, but has the character of a disease which has been unknown by the other spouse, concealed from him, constitutes a cause for the relative annulment of marriage¹⁹.

2.2 THE VICES OF CONSENT TO MARRIAGE IN THE FRENCH LAW

With regard to marriage, from the provisions Art. 180 in the Civil Code it results that it can be attacked either because one of the spouses or both spouses failed to give free consent and, consequently, they underwent a violence, either because there was an error. Excluding the nullity of marriage for willful misrepresentation leads to rejecting the nullity action based on a cause of error which is not stipulated by the law, such as the error on the intelligence or on the character of the other spouse. But, if the willful misrepresentation involved the error of one the future spouses on the identity or on the essential qualities of the others, marriage obtains a judgment of nullity.

Error

In the regulation of the French Civil Code the error is a cause for the annulment of the marriage when it bears on the person and on the essential qualities of a person. This conclusion is arrived at by analyzing the provisions at Art. 180 paragraph. 2 in the Civil Code from which it results that if a spouse has been in error concerning the person or the essential qualities of the person of the other spouse, they will be able to ask for the nullity of the marriage.

Error on the person is looked at in the French doctrine as an error on the physical identity of the other spouse (an unlikely hypothesis when a person is substituted in the room of another) or on the their civil identity (for ex. one of the spouses presents themselves as belonging to a family it does not belong, one of the spouses has usurped the civil status of a defunct person etc.)²⁰.

Where the error on the essential qualities of the person is concerned, it has been shown in the judicial French literature that it is insufficient for the respective qualities to be essential for public opinion, instead they have to be essential for the spouse who is the victim of the error²¹

¹⁷ The Supreme Court, civil section, decision nr. 629/1975, in *Revista Română de Drept* nr. 11/1976, p. 42.

¹⁸ District Court Arad, civil sentence nr. 51/1972, notes by A. Pişcoreanu, in *The Romanian Law Magazine* nr.5/1973, p.111-114; Supreme Court, civil section, decision nr. 1049/1976, în *Legislația familiei, op. cit.*, p. 268;

¹⁹ Supreme Court, civil section, decision nr.1196/1972, in *Collection of Decisions*, 1972, p.199.

²⁰ To this effect see J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, Presses Universitaires de France, Paris, 1955, 1956, Quadrige, 2004, p. 1172; F. Terré, D. Fenouillet, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, Éditions Dalloz, Paris, 2005, p. 342; P. Courbe, *Droit de la famille*, 4^e éditions, Armand Colin, Paris, 2005, p. 48, F. Eudier, *Droit de la famille*, Armand Colin, Paris, 2003, p. 39.

²¹ See F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, p. 344

since these are essential qualities that they expected to find in the other spouse²². It is necessary for the error to have had a decisive character for the spouse who is the victim of the error in that if they had known the absence of the quality in the other spouse the moment the marriage act is concluded they would not have given their consent to it, a fact that can be proven by any means of proof²³. The duty of proof of the existence of the error is incumbent on the claimant²⁴. In the French law it has been considered that an error on the essential qualities is constituted by: an error on the respectability of the other spouse (for ex. they have a criminal record, they practiced prostitution etc.), an error which bears on the mental state of the other spouse or on their ability to have sexual relations, an error which bears on the existence of a religious marriage or a divorce, an error on the religious convictions of the other spouse²⁵.

Duress

Physical duress, existing at the moment of solemnizing marriage, is hard to find due to the solemnity implied in the conclusion of marriage. Moral duress is susceptible to vitiate the consent to marriage when manifesting in the form of pressure exerted on a person to coerce them into marriage, but it can also result from a previous physical duress²⁶.

Until the amendment of Art. 180 Civ. C. by Law no. 399 from 04. 04. 2006²⁷ the mere reverential fear for parents or ascendants did not constitute a coercion to vitiate consent neither in the French civil law (Art. 1114 Civ. C.)²⁸. Nowadays, however, Art. 180 par. 1 Civ. C. provides for the exerting of a coercion on the spouses or on one of them, also including the reverential fear for an ascendant constitute a case of nullity of marriage.

3. THE SANCTION OF THE VICES OF CONSENT

3.1 ACTION IN ANNULING MARRIAGE

3.1.1 PERSONS WHO CAN INVOKE RELATIVE NULLITY

In the case of vitiation of the consent, the marriage annulment action only concerns the spouse whose consent was vitiated by error, willful misrepresentation or duress, having a strictly personal character.

Hence relative nullity can only be invoked by the spouse whose consent was vitiated, as provided in Art. 21 par. (1) Family Code. The other spouse does not have the right to invoke

²² See F. Eudier, *op. cit.*, p. 40

²³ See F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, p. 344 și urm.

²⁴ See L Stasi, *Droit civil. Personnes. Incapacités. Famille*, Paradigme, 2006, p. 141.

²⁵ See P. Courbe, *op. cit.*, p. 49, F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, p. 344; C. Renault-Brahinsky, *Droit de la famille. Concubinage. Pacs et mariage. Divorce. Filiation*, Montchrestien, 2006, p. 84.

²⁶ P. Courbe, *op. cit.*, p. 49.

²⁷ J. Of. din 05. 04. 2006

²⁸ See F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, p. 342; P. Courbe, *op. cit.*, p. 50.

relative nullity since the protection of the sanction of annulment does not concern his consent, who was not vitiated. Being an action with a personal character the creditors of the spouse titular of the right to annul are not entitled to enter action obliquely. Likewise, neither the heirs of the spouse titular of the right to action, cannot begin nor can they continue the annulment action, since each time the law-maker wanted for an action to be continued by the heirs he provided it expressly, as is the case of the action in establishing the filiation towards the mother, the action in establishing paternity, the action in denying paternity.

Under the French law, the annulment action for the vitiation of consent by error can only be begun by the spouse who is a victim of the error and the annulment action for the vitiation of consent by duress can be begun either by the spouses or by the one spouse whose consent was not free, and by the prosecutor (Art. 180 Civ. C.).

3.1.2 PRESCRIPTIBILITY OF THE ACTION IN ANNULING MARRIAGE

The prescriptible character of the action in annulling marriage results from the provisions Art. 21 par. (2) in the Family Code according to which the annulment of marriage in the case in which it was concluded by vitiating the consent of one of the spouses, can be demanded by him or her within 6 months from the cessation of the duressor from the discovery of the error or of the fraud. Under the French law, the term under which the relative nullity of marriage can be invoked on account of the vitiation of consent by error or by duress is within 5 years (Art. 181 Civ. C.) from the date on which the spouse became aware of the error or the duress ceased.

3.1.3 CONFIRMING MARRIAGE AS RELATIVELY NULL

Relative nullity can be confirmed by the spouse whose consent was vitiated because only they are interested in applying the sanction. The confirmation can be express—made through a written or oral, or tacit—without using by the entitled spouse of the opportunity to ask, in legal terms, for declaring a marriage null and void. Under the French law to the relative nullity of marriage can be confirmed expressly or tacitly by the spouse whose consent was vitiated, after the cessation of the duress or after having known the error, the validity of marriage thus being retroactively ensured²⁹.

Since the right to demand the annulment of marriage for vices of consent is a personal right of the spouse whose consent was vitiated, the law-maker makes the respective spouse "the only judge of the validity of their marriage"³⁰, instead leaving him the liberty to claim the marriage as null and void, to be able to declare expressly that it deems it valid. In order for this declaration of express renunciation of the marriage annulment on grounds of vice of consent to be valid, it must be given after the discovery of the error or fraud or after the cessation of the duress for only then does the declaration emanate from a free will of the spouse. In the case of the tacit renunciation, the spouse whose consent was vitiated, although free in his consent continues to cohabit with their spouse in the period in which he or she was entitled to ask for the annulment of marriage.

²⁹ See F Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, p. 360.

³⁰ Tr. Ionașcu, *Course of civil right, family law*, litographed, București, 1945, p. 252.

Reviewer:
David Sehnálek

Contact – email:
alin77gav@yahoo.com

LES LIMITES DU DROIT DE PROPRIÉTÉ DÉFINIES PAR LA VOLONTÉ DES PARTIES

ANA-MARIA DIACONU

Constantin Brancusi University of Târgu-Jiu, Faculty of Juridical Sciences, Romania

Abstract in original language:

Reversul alienabilității și al caracterului transmisibil al dreptului de proprietate, respectiv inalienabilitatea, poate rezulta nu numai din lege, ci și din voința părților. Problema admisibilității clauzelor de inalienabilitate este controversată. Astfel, principiul apărării dreptului de proprietate și principiul liberei circulații a bunurilor se opun admiterii unor asemenea clauze, însă, totodată principiul libertății de voință ce guvernează materia actelor juridice civile dar și prevederile art.480 Cod civil, conform cărora, în virtutea absolutismului dreptului de proprietate, proprietarul are și puterea de a-si autolimita dreptul, le impun admisibilitatea.

Key words in original language:

Voința părților; limitele dreptului de proprietate; clauze de inalienabilitate.

Abstract:

The reverse of the abalienation and of the transmissible character of the property right, the inalienability, may result not only from the law but even from the will of the parties. The issue of admissibility of clauses inalienability of i is controversial. Thus, the principle of defense of the property right and the principle of free movement of goods are opposed of the admission of such clauses, but the principle of freedom of will which governs the civil legal acts and the dispositions of the art.480, Romanian Civil Code, under which, in virtue of the property right absolutism, the owner has the power to selflimitation the right, require the admissibility.

Key words:

Parties will; the limits of the property right; clauses inalienability.

La définition juridique du droit de propriété est assurée par le Code civil dans l'art. 480, par la révélation de ses attributs, en déclarant que «La propriété est le droit d'une personne de jouir et de disposer d'une chose exclusivement et absolument, mais dans les limites fixées par la loi».¹

La justification de la limitation se trouve dans l'idée d'harmoniser l'intérêt individuel avec l'intérêt général de la société, car, indépendamment de sa forme, la propriété accomplit aussi une fonction sociale.

¹ Dans le Projet du Code civil adopté dans la réunion du Gouvernement roumain du 11 Mars 2009, dans le Livre III, intitulé De biens, le Titre II - La propriété privée, l'art. 572, il est disposé que "La propriété privée est le droit du titulaire de posséder, d'utiliser et de disposer librement et complètement d'un bien, dans les limites fixées par la loi."

Les limites de l'exercice du droit de propriété sont classées dans les limites établies en intérêt privé et les limites établies dans l'intérêt public.² Les limites de l'exercice du droit de propriété établies en intérêt privé se classifient en limites établies par la volonté du titulaire et limites légales. On inclut dans la première catégorie les démembrements de la propriété et la clause d'inaliénabilité.

Les limitations apportées à la transmissibilité des biens peuvent être imposées par la loi ou par la volonté de l'homme. Les atteintes de la libre transmissibilité de la propriété apportées par le législateur sont faites aux fins de l'ordre public; celles-ci, n'étant pas acceptés par le propriétaire, constituent les limitations du droit de propriété. Les autres atteintes ne sont pas requises par la loi, mais par la volonté de l'homme, respectivement le propriétaire précédent, par sa volonté, il comprend que le bien qu'il l'ait aliéné ne soit pas aliéné par celui qui l'a acquis, donc le propriétaire restant seulement lui.

Ainsi, à la différence du droit français, dans le droit civil roumain, l'inaliénabilité peut se produire sous deux formes, à savoir: l'inaliénabilité légale, c'est-à-dire les situations où la loi elle-même prévoit une interdiction d'aliénation et lorsque les bénéficiaires doivent se conformer à ses dispositions impératives sous la sanction de la nullité absolue de l'acte et l'inaliénabilité conventionnelle, c'est-à-dire telle situation où les parties contractantes, par l'intermédiaire de leur expression de volonté, elles comprennent de formuler une interdiction d'aliénation concernant un bien.

En doctrine, il a été jugé comme nécessaire d'exiger des éclaircissements terminologiques, afin de saisir et de clarifier les sens des notions d'inaliénabilité, d'indisponibilité et d'intransmissibilité, afin d'éviter toute confusion³

Ainsi, il a estimé que l'inaliénabilité est „cette qualité-là d'un bien ou d'un droit qui ne peut pas être un objet d'une aliénation, soit par l'effet de l'interdiction légale (les biens du domaine public, le droit d'emploi et d'habitation - ces derniers étant rattachés au possesseur), soit en vertu de la volonté de l'homme (il s'agit des clauses d'inaliénabilité conventionnelle, temporaire et d'un intérêt légitime - art. 900-1 / C. civ. français – ou les substitutions autorisées – l'art. 1048 / C. civ. français), mais dans le même contexte l'inaliénabilité est classée comme une «espèce de notions plus générales d'intransmissibilité et indisponibilité”, mais avec laquelle la première ne doit pas être confondue.⁴

En ce qui concerne l'indisponibilité, elle représente «une qualité d'un bien ou d'un droit qui ne peut faire l'objet d'aucun acte de disposition (aliénation ou constitution d'hypothèque)», tandis

² Après avoir disposer, dans l'art. 573 du Projet du Code civil, que par la loi, on puisse limiter l'exercice des attributs du droit de propriété, l'art.620, paragraphe 1 : La loi peut limiter l'exercice du droit de propriété soit dans l'intérêt public, soit dans l'intérêt privé.

³ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 6eme édition, PUF, Paris, 2004, p. 464 -502, cité par L. M. Crăciunean , *Considérations concernant la clause conventionnelle d'inaliénabilité*, les Pandectes Roumaines, no. 2/2007, p. 233.

⁴ G. Cornu, op. cit. p. 464.

que l'intransmissibilité, c'est „ cette qualité-là d'un droit ou d'une obligation qui ne peut faire l'objet d'aucune transmission ou dont transmission est limité”⁵

En conclusion, il a considéré que le rapport entre la notion d'inaliénabilité et celles d'indisponibilité respectivement d'intransmissibilité c'est l'un du privé au général, les deux derniers ayant une portée plus large⁶, et la première se limitant aux situations où la loi interdit l'aliénation et, respectivement la situation où les parties stipulent, dans les conditions prévues par la loi, une clause qui interdit l'aliénation d'un bien ou d'un droit. ⁶

D'un point de vue technique, la limitation du droit de propriété ayant comme source formelle le contrat vise ses attributs et elle se manifeste dans un sens négatif, le titulaire ne pouvant pas se jouir ou disposer de son droit que respectant certaines conditions, formalités, celles-ci étant imposées à titre de restrictions dans l'exercice de son droit. Il existe deux modes de fonctionnement de ces limitations, selon la limitation de la propriété constitue l'objet principal du contrat ou on réalise des suites d'assumer, par le propriétaire, des obligations secondaires.

Ainsi, la convention peut avoir comme objet la clôture même de la propriété, comme l'état de voisinage, des obligations assumées par les propriétaires voisins, par exemple, de planter des arbres, réciproquement ou unilatéralement, à une distance moindre que celle légale.⁷ La convention peut avoir comme objet la transmission à titre onéreux ou gratuit du droit de propriété concernant un bien, en établissant l'obligation de l'acheteur ou de donateur de ne pas l'aliéner, ou par exemple, de ne pas construire que dans certaines conditions de distance ou d'hauteur. Par rapport à l'objet principal de la convention (la transmission d'un droit réel) la limitation du droit de propriété transmis a un caractère secondaire dans ces hypothèses.⁸

Selon certains auteurs⁹, la clause d'inaliénabilité, appelée pactum de non alienando, est une disposition conventionnelle ou volontaire par laquelle les parties concernées se mettent d'accord sur le retrait d'un certain bien du circuit civil général, sous certaines conditions et pour une certaine période de temps, et selon d'autres auteurs¹⁰, cela représente une disposition comprise dans un acte translatif de propriété ou un testament, qui interdit au nouveau propriétaire du bien qui a fait l'objet de l'acte juridique, de signer des actes de disposition concernant ce bien. Concrètement, le nouveau propriétaire ne peut pas vendre, donner, échanger ou même hypothéquer le bien en question.

⁵ G. Cornu, op. cit. p.502.

⁶ L. M., Crăciunean, op .cit. p. 233.

⁷ C. Bîrsan, *Droit civil. Droits réels principaux*, III^{ème} édition revue et augmentée, l'Édition Hamangiu, Bucarest, 2008, p. 52- 54; O. Ungureanu, C. Munteanu, *Traité de droit civil. Les biens. Les droits réels principaux*, l'Édition Hamangiu, Bucarest, 2008, p. 199.

⁸ Zamșa, C., *La clauza d'inaliénabilité. La nature juridique. L'opposabilité*, in honorem Corneliu Bîrsan, Liviu Pop, l'Édition Rosetti, Bucarest, 2006, p.219.

⁹ L. M. Crăciunean , op.cit. p. 234; V. Stoica, *Droit civil. Droits réels principaux*, l'Édition Hamangiu, Bucarest, 2004 p. 239.

¹⁰ Gh. Comăniță, *De la clause d'inaliénabilité et ses effets*, dans la Revue de Droit commercial, no. 5/2007, l'Édition Lumina Lex, Bucarest, 2007.

Aussi, les clauses d'inaliénabilité sont des stipulations prévues dans un acte de disposition et qui ont pour objet d'empêcher un acquéreur d'un bon de l'aliéner; par conséquent, elles interdisent l'aliénation de biens¹¹.

En ce qui concerne le champ d'application, la clause d'aliénabilité a une plus large application pratique dans les cas des actes juridiques à titre gratuit (des donations, des testaments), que dans les cas des actes à titre onéreux. Cela s'explique, parce que la présence d'une telle clause dans un contrat de vente achat diminuerait à l'évidence la valeur de la chose vendue, vu que l'éventuel acheteur ne serait pas disposé à offrir plus d'un prix inférieur au marché pour un produit dont il ne pourrait disposer légalement.

En conséquence, le champ d'application des clauses d'inaliénabilité le représentent les actes à titre gratuit, puisque, d'une part, la personne qui dispose, se privant de son droit de propriété sans avantage (d'argent), se trouve en position dominante face à l'acquéreur et il peut lui imposer une telle clause, et, d'autre part, la clause d'inaliénabilité peut être justifiée par un intérêt légitime soit dans l'intérêt la personne qui dispose soit dans l'intérêt d'un membre de la famille de la personne qui dispose ou d'un tiers (par exemple, pour que les revenus réalisés du bien transmis soient utilisés pour le paiement de la rente viagère), soit même dans l'intérêt de l'acquéreur (par exemple, s'il souhaite vendre à un bon prix la bien transmis).¹²

En doctrine, il est noté que, en dehors de certains avantages, telles clauses peuvent donner lieu à des inconvénients, parce que, économiquement, elles peuvent être néfastes et peuvent donner lieu à la méfiance, parce qu'elles constituent un grave préjudice à la libre transmissibilité des droits patrimoniaux et en même temps elles paralysent un droit dans le patrimoine de son titulaire. En outre, dans certains cas, ces clauses peuvent être contraires non seulement dans l'intérêt de l'acquéreur qui devra conserver dans son patrimoine un bien improductif et il peut être difficile de le conserver, mais aussi dans l'intérêt général qui réclame que les biens soient aliénés pour qu'ils soient utiles pour la communauté.¹³

Également il a apprécié que la simple stipulation dans un acte d'une interdiction d'aliénation ne suppose pas toujours une inaliénabilité proprement dite, mais elle peut être seulement une obligation de ne pas aliéner à caractère personnel et, par conséquent, une telle condition ne signifie pas nécessairement une indisponibilité propter rem.¹⁴

En ce qui concerne la question de la nature juridique de la clause d'inaliénabilité, la doctrine n'est pas unitaire, cela en proposant plusieurs systèmes, mais il commence de l'observation

¹¹ O. Ungureanu, C. Munteanu, op. cit. p. 171.

¹² C. Hamangiu, C., Rosetti-Bălănescu, I., Băicoianu, Al., *Traité de droit civil roumain Restitutio*, II^{ème} vol., l'Editure All Beck, Bucarest, 1996, p. 56.

¹³ Ch. Larroumet, *Droit civil. Les Biens. Droit réels principaux*, Tome II, 5^e édition, Economica, Paris, 2006, p. 202

¹⁴ I. F. Popa, *L'inaliénabilité volontaire*, in honorem Corneliu Bîrsan, Liviu Pop, Editure Rosetti, Bucarest, 2006, p. 103-104.

suiuante : la clause est insérée dans un acte juridique soit considérer le bien (indisponibilité réelle) soit considérer la personne (le propriétaire du bien).¹⁵

Selon un premier système, il a été considéré que la nature juridique de la clause d'inaliénabilité est celle d'une obligation de ne pas faire, régie par l'art. 1076 du C. civ. qui, si elle n'est pas respectée, elle confère au créancier la possibilité de demander au tribunal de condamner le débiteur à détruire ce qu'il a fait en violant cette obligation ou d'autoriser de détruire lui-même au ses frais de débiteur ou, en d'autres termes, selon ceux qui accèdent ce système, la dissolution (constater la nullité relative) de l'acte juridique que le débiteur de la clause d'inaliénabilité l'aurait conclu avec un tiers. Le système est critiquable par cela que les dispositions de l'article. 1075-1075 / C. civ. ne concerne que la situation de l'exécution forcée des obligations de faire, respectivement de ne pas faire, obligations découlant d'un acte juridique valable conclu, tandis que dans le cas du sous-acquéreur d'un bien affecté par une clause d'inaliénabilité il s'agit d'un acte juridique qui est frappé par nullité.¹⁶

Un deuxième système s'est proposé l'explication de la clause d'inaliénabilité, par la mise en place une correspondance entre elle et une incapacité prévue en considération de la personne (*in personam*).¹⁷ Ce système, bien qu'il essaie de trouver le régime juridique de la clause d'inaliénabilité à partir de l'objectif poursuivi par l'intermédiaire de celle-ci omet un élément essentiel et devient contestable à bien des égards.¹⁸

Selon certains auteurs la stipulation d'une clause d'inaliénabilité se traduirait par une indisponibilité dans la considération du bien (*in rem*). Comme il a été apprécié, dans cette situation nous ne serions pas dans la présence d'une clause d'inaliénabilité, mais dans la présence d'une indisponibilité totale et absolue ou, le cas échéant, relative et temporaire, du bien en considérer sa nature, c'est-à-dire d'une inaliénabilité légale.¹⁹

Il est mentionné que, selon d'autres points de vue, dans la situation de la stipulation d'une clause d'inaliénabilité nous nous trouvons en présence de la modalité du droit de propriété, respectivement la propriété inaliénable, qui se réduit au droit de posséder et d'utiliser en lui manquant temporairement le droit de disposition et ainsi se rapprochant d'usufruit.²⁰

Un dernier système est celui qui a tenté à accréder la théorie selon laquelle la clause d'inaliénabilité est une condition résolutoire qui, conformément à l'art. 1019 C. civ. "suppose

¹⁵ C. Zamša, op. cit. p. 220.

¹⁶ L. M. Crăciunean, op. cit. p. 234

¹⁷ En général, les incapacités *in personam* ont comme finalité la protection ou la défense d'une certaine personne ou de certaines catégories de personnes, étant donnée la situation spéciale et/ou temporaire où elle se situe. Ainsi, les dispositions de l'art. 950 le paragraphe 4, en parlant des incapacités de contracter, les déclare incapables de contracter „en général tous ceux auxquels la loi les a interdit certaines contrats”

¹⁸ Pour plus de détails, voir L. M. Crăciunean, op. cit. p. 234-235.

¹⁹ 19. Idem, p. 235

²⁰ O. Ungureanu, C. Munteanu, Ungureanu., *Droit civil. Les droits réels*, édition III –revue et augmentée, Editure Rosetti, 2005, 193-194.

la suppression de l'exigence à un événement prochain et incertain; elle ne suspend pas l'exécution de l'obligation, mais seulement elle oblige le créancier à restituer ce qu'il a reçu, en cas de réalisation de l'événement mentionné de la condition".

L'objet de restrictions prévues par le contrat stipulées par la clause d'inaliénabilité, est constitué par la privation du droit de propriété de son attribut essentiel -abusus -, dans le sens qu'au l'acquéreur lui est interdit de disposer juridiquement de bien, sous la réserve d'observer certaines conditions.

La question de savoir si on peut insérer dans un contrat ou dans un testament des clauses d'inaliénabilité interdisant à l'acquéreur, au donateur ou au légataire, d'aliéner un bien qu'il l'avait reçu il a rencontré, dans la première moitié du XIXe siècle, de graves oppositions. Cela parce que, à ce moment-là, la jurisprudence (française) a déclaré comme nulles ces clauses, la Cour de Cassation considérant la libre circulation des biens "une règle d'ordre et d'intérêt public dont les particuliers ne peuvent pas déroger".²¹ Il a été estimé que ces clauses étaient considérées comme contraires à la définition de la propriété, réalisée par l'art. 480, et par l'art. 1310 du Code civil, seulement la loi pouvant établir une telle restriction.²²

Ultérieurement, dans la deuxième moitié du XIXe siècle (surtout en France), époque à laquelle la propriété n'est plus considérée comme un droit exclusif du titulaire, les clauses d'inaliénabilité ont commencé à être admises, premièrement ayant en vue les intérêts de la personne qui dispose, mais on demandait un intérêt sérieux, apprécié par le juge. En outre, parce que l'inaliénabilité constituait une atteinte à la liberté de la transmissibilité du bien, la loi a entendu la limiter en temps, en interdisant l'inaliénabilité perpétuelle du bien, ainsi que, après une période donnée (variable, selon le cas) et en fonction de l'intérêt, lui-même variable, qui peut justifier la clause, elle cesse ses effets et le bien pourrait être aliéné par son propriétaire.

Sur l'aspect de la consécration législative, il doit être noté que, bien que le Code civil roumain, à la différence de celui français ne prévoit pas une réglementation de la clause d'inaliénabilité, l'opinion presque unanime à la fois de la littérature de spécialité et de la jurisprudence est d'admission d'une telle clause.

Ainsi, même si il a été souligné dans notre doctrine, à compter même avec l'ancienne doctrine, que, en principe, l'inaliénabilité d'un bien ne peut pas être déclaré par la volonté de l'homme, car cela pourrait affecter les principes fondamentaux de droit civil, il a été admis qu'il existe des circonstances où telles clauses devraient être acceptées dans les actes translatifs²³ de propriété, en particulier dans la situation des contrats par lesquels on peut transmettre le droit de propriété respectivement vente achat, donation ou échange, mais aussi dans le cas de

²¹ Bergel, J.L., Bruschi, M., Cimamonti, S., *Traité de droit civil. Les biens*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2000, p. 90.

²² Selon cet article „ Toutes les choses qui sont en commerce peuvent être vendues, sauf le loi l'interdit".

²³ L, Pop, *Le droit de propriété et ses démembrements*, Editure Lumina Lex, Bucarest, 2001, p. 48.

certaines contrats synallagmatiques à caractère aléatoire (contrat de rente viagère ou contrat de maintenance)²⁴.

Mais dans toutes les situations l'inaliénabilité apparaît comme une exception du principe de la libre circulation des biens.

En outre, le Projet du Code civil, après que, dans l'art. 573, le paragraphe 3, stipule que la limitation du droit de propriété privée peut être faite aussi par voie de convention, avec les exceptions prévues par la loi, régit dans la Section II, intitulée "Limites conventionnelles", l'art. 644-647 clause de l'inaliénabilité. À cet égard, l'art. 644 prévoit que "Le propriétaire peut convenir de limiter son droit par des actes juridiques s'il n'apporte pas atteinte à l'ordre public et aux bonnes moeurs", et conformément à l'art. 645, par. 1 "Par convention ou par testament on peut interdire l'aliénation d'un bien, mais seulement pour une période ne dépassant pas 75 ans et s'il y a un intérêt sérieux et légitime».

En ce qui concerne les conditions de validité, il a été considéré qu'une telle clause ne sera pas valable que si elle est temporaire et justifiée par un intérêt sérieux et légitime. Par conséquent, celui qui s'appuiera sur une clause d'inaliénabilité devra justifier un intérêt sérieux, qui peut consister dans l'intérêt du bénéficiaire (par exemple, le désir d'assurer la maintenance du bien en famille), dans l'intérêt du bénéficiaire (par exemple, contre le manque de son expérience) ou même dans l'intérêt d'un tiers (par exemple, pour assurer une rente viagère au créancier), l'intérêt peut être matériel ou moral, l'appréciation appartenant à l'instance, dans tous les cas, le juge ayant un pouvoir de contrôle afin de déterminer qui est l'intérêt qui a prévalu entre l'acquéreur et la personne qui dispose.

En ce qui concerne le caractère temporaire de la clause, il a été admis en jurisprudence que cette condition est accomplie si la limite a été fixée à la vie du bénéficiaire; mais, comme l'a souligné, en réalité, ce terme sera évalué en fonction des circonstances de chaque cas²⁵. Aussi, tant dans notre jurisprudence, que dans la doctrine, il a été admis qu'une clause d'inaliénabilité peut être aussi perpétuelle s'il se pose la question d'un intérêt commun, comme le cas d'une fondation, parce que ainsi les dons effectués ne soient pas détournés de leur objectif initial, mais, bien sûr il y a toujours la possibilité de la révision de cette clause et de l'augmenter lorsque les intérêts visés à son établissement, sont disparus²⁶.

Il a été mis le problème de la nature de la sanction affectant perpétuité clause d'inaliénabilité conclue en violant les conditions mentionnées, chose assez difficile.

Ainsi, selon certains auteurs²⁷, la sanction qui opère est la nullité, qui affecte seulement la clause et non tout le contrat dans lequel elle est stipulée. Toutefois, si on prouve que l'existence de la clause a eu un rôle significatif dans l'expression de l'accord de l'aliénation, la

²⁴ . Pour plus de détails, voir, L. M. Crăciunean op. cit. p. 234-235.

²⁵ O. Ungureanu, C. Munteanu, op. cit. p. 174.

²⁶ Fr. Deak, *Traite de droit civil. Contrats spéciaux*, Editure Universul Juridic, Bucarest, 2001, p. 52; P. Perju, *Problèmes de droit civil et processuel civil de la jurisprudence du Tribunal du Département de Suceava*, dans le Droit no. 4/1993, p. 51; I.F. Popa, op. cit, p. 109;

²⁷ Gh. Comăniță, op. cit. p. 58, Fr. Deak, op. cit. p.52

peine affecte tout l'acte et non seulement la clause respective. La nullité qui affecte la clause est une absolue, car on préjudicie un principe d'intérêt public à savoir celui concernant la libre circulation des biens. Selon l'avis exprimé par d'autres doctrinaires, en cas de non respect de cette clause, la sanction ce n'est pas la nullité, mais sa résolution, respectivement la révocation de l'acte juridique conclu²⁸. Cela parce qu'un bien touché par l'inaliénabilité conventionnelle n'est pas un bien compromis, parce que seulement l'ordre public peut déclarer un bien en dehors du circuit civil, de sorte que le fait qu'un bien ne soit pas touché par l'inaliénabilité conventionnelle n'est pas une condition de validité d'une convention translatrice de propriété, la convention étant valable même si la personne qui aliène n'a pas respecté une telle clause d'inaliénabilité.

Mais si l'acte d'aliénation a été conclu ne respectant pas l'art. 5 C. civ., ce qui est contraire à l'ordre public et à la morale, il sera touché par la nullité absolue. Il convient de noter que si la clause d'inaliénabilité se réfère aux biens mobiles le tiers acquéreur qui est de bonne foi et il n'a pas connu la clause il sera protégé par l'art. 1909 C. Civ., étant le propriétaire du bien. Aussi, on pose la question, qui est la situation du droit du tiers acquéreur, dans le cas de la résolution de l'acte, droit qui, en vertu de la règle *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* disparaît. En doctrine il a apprécié que, toutefois, s'il s'agit d'un bien immobile et la clause n'a pas été soumise aux formalités de publicité, le tiers acquéreur sera protégée s'il ne l'a pas connue, comme dans le cas où il est bon la foi et on transmet un bien mobile (art. 1909 C. civ.), mais, s'il elle est de mauvaise foi et de la clause a été notée dans la carte foncière, il sera applicable le règle *resoluto jure dantis*, et le bien transmis sera renvoyé à la personne qui l'a aliéné premièrement ou à ses héritiers.²⁹

Selon l'art.646, alin.2 du Projet du Code Civil pour opposabilité, la clause d'inaliénabilité doit être soumise aux formalités de publicité mentionnées dans la loi, s'il y a le cas. Pour les personnes intéressées d'acquérir un droit réel sur un objet affecté d'une inaliénabilité conventionnelle, est important de connaître si le bien est aliénable ou non par son propriétaire, parce que sur toute la durée de l'existence de la clause le bien grevé de l'inaliénabilité ne peut être l'objet de l'exécution forcée. Pour cette raison, la sphère de notion de personne en cette matière est large, comprenant les créiteurs du stipulant de la cause, les créiteurs chirographaires du destinataires de la clause (acquéreur du bien) la personne – acquéreur du bien et aussi les créiteurs hypothécaires sur le bien inaliénable. La mention de la clause d'inaliénabilité sera faite en base de la Loi no. 7/1996 et de l'art. 42 alin. (2) lett. h) du Règlement, laquelle fait référence à « l'interdiction d'écarter ou de grever l'immeuble, ainsi que les modalités d'interdiction de déplacer ou de grever ».

Dans la doctrine on a apprécié que, même s'il n'y a pas un texte légal pour réglementer ce fait et même quand l'inaliénabilité semble temporaire et justifiée d'un intérêt sérieux et légitime, l'instance, à la demande du sollicitant intéressé, pourra ordonner la retraite de la clause, si l'intérêt que l'a justifié est disparu ou s'il y a un intérêt supérieur. Comme elle est née de l'accord des parties, l'inaliénabilité peut être annulée en tout moment par leur volonté

²⁸ En même sens, V. Stoica, op. cit., p. 239; E. Chelaru, *Droit civil. Droits réels principaux*, l'Editure C.H. Beck, Bucarest, 2006, p. 37

commune, même si l'effet intentionné au moment de l'insertion de la clause dans le contrat n'est pas totalement réalisé et, en plus, la clause pourra être annulée si le stipulant y renonce.

Literature:

- C. Bîrsan, Droit civil. Droits réels principaux, III eme édition revue et augmentée, l'Édition Hamangiu, Bucarest, 2008 ;
- O. Ungureanu, C. Munteanu, Traité de droit civil. Les biens. Les droits réels principaux, l'Édition Hamangiu, Bucarest, 2008 ;
- Gh. Comăniță, De la clause d'inaliénabilité et ses effets, dans la Revue de Droit commercial, no. 5/2007, l'Édition Lumina Lex, Bucarest, 2007 ;
- L. M. Crăciunean, Considérations concernant la clause conventionnelle d'inaliénabilité, les Pandectes Roumaines, no. 2/2007 ;
- E. Chelaru, Droit civil. Droits réels principaux, l'Édition C.H. Beck, Bucarest, 2006 ;
- Ch. Larroumet, Droit civil. Les Biens. Droit réels principaux, Tome II, 5 e édition, Economica, Paris, 2006;
- F. Popa, L'inaliénabilité volontaire, in honorem Corneliu Bîrsan, Liviu Pop, Édition Rosetti, Bucarest, 2006 ;
- C. Zamșa, La clauza d'inaliénabilité. La nature juridique. L'opposabilité, in honorem Corneliu Bîrsan, Liviu Pop, l'Édition Rosetti, Bucarest , 2006;
- G. Cornu, Vocabulaire juridique, 6eme édition, PUF, Paris, 2004 ;
- V. Stoica, Droit civil. Droits réels principaux, l'Édition Hamangiu, Bucarest, 2004 ;
- Fr. Deak, Traite de droit civil. Contrats spéciaux, Editure Universul Juridic, Bucarest, 2001;
- L. Pop, Le droit de propriété et ses démembrements, Editure Lumina Lex, Bucarest, 2001 ;
- J.L., Bergel, M.. Bruschi, S.Cimamonti, Traité de droit civil. Les biens, Libraire Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2000 ;
- C. Hamangiu, C., Rosetti-Bălănescu, I., Băicoianu, Al., Traité de droit civil roumain Restitutio, IIeme vol., l'Édition All Beck, Bucarest, 1996 ;
- P. Perju, Problèmes de droit civil et processuel civil de la jurisprudence du Tribunal du Département de Suceava, dans le Droit no. 4/1993.

*Dávid R., Neckář J., Sehnálek D., (Editors). COFOLA 2009: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4821-8*

Reviewer:
Moise Bojincă

Contact – email:
anemaridiaconu@yahoo.com

ODPOVĚDNOST OPRAVNĚNÉHO ZA NÁKLADY EXEKUCE PŘI ZASTAVENÍ EXEKUCE PRO NEMAJETNOST POVINNÉHO VE SVĚTLE JUDIKATURY NEJVYŠŠÍHO A ÚSTAVNÍHO SOUDU ČR

PAVEL ANDRLE

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Otázkou, jež je probírána v příspěvku, je odpovědnost oprávněného za náklady exekuce při zastavení exekuce pro nemajetnost povinného ve světle judikatury Nejvyššího a Ústavního soudu ČR.

Klíčem k řešení této otázky byla otázka procesního zavinění oprávněného při nařízení exekuce, resp. během vedení exekuce.

V současné době je úprava taková, že v případě zastavení exekuce pro nemajetnost povinného jsou výdaje soudního exekutora hrazeny ex lege oprávněným, nehledě na jeho případné zavinění.

Key words in original language:

Exekuce; soudní exekutor; náklady; odměna; oprávněný.

Abstract:

The question, which is discussed in the contribution, is responsible for the costs entitled in the execution halt for pauper in the light of the jurisprudence of the Supreme and Constitutional Court of the Czech Republic.

The key to this issue, the question of legitimate procedural fault in the execution thereof, respectively. management during execution.

At present, the change is such that in the case of stopping execution of pauper, the distrainer expenditure are paid by entitled ex lege, regardless of any fault.

Key words:

Execution; distrainer; costs; reward; legitimate.

Dne 1.9.2001 nabyl účinnosti zákon č. 120/2001 Sb., o soudních exekutorech a exekuční činnosti (exekuční řád) a o změně dalších zákonů (dále jen „exekuční řád“ nebo „EŘ“), na základě něhož začaly být prováděny nucené výkony rozhodnutí, resp. exekuce subjektem odlišným od soudů, a to soudními exekutory.

Již v době schválení exekučního řádu byl tento procesní předpis kritizován za neúplnost, nejasnost a nedomyšlenost některých jeho institutů, což se v následujících letech pouze potvrdilo praxí nejen soudů odvolacích, ale i Nejvyššího soudu či soudu Ústavního.

Zůstane nezodpovězenou otázkou, zda za některými rozporuplnými rozhodnutími soudů nestojí osobní zášť či závist soudů, resp. soudců na činnost soudních exekutorů, jež téměř čistě úřední činností dosahují značných zisků.

Jednou z nejasností a nedodělků, jenž byl v posledku napraven až novelizací exekučního řádu zákonem č. 347/2007 Sb., kterým se mění zákon č. 120/2001 Sb., o soudních exekutorech a exekuční činnosti (exekuční řád) a o změně dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů, byla úprava nákladů exekuce při zastavení exekuce pro nemajetnost povinného.

Pro názornou představu – skutkový stav při uváděném problému je takový, že oprávněný podá návrh na nařízení exekuce, při níž pověřený soudní exekutor zjistí nemajetnost povinného a z důvodu nemajetnosti povinné podá soudní exekutor návrh na zastavení exekuce.

Celá problematika je zakotvena zvláště v ustanovení § 89 EŘ, jež v původním znění do nabytí účinnosti zákona 347/2007 Sb., tedy od 1.9.2001 do 1.1.2008 zněl takto: „Dojde-li k zastavení exekuce, může soud uložit oprávněnému, aby nahradil náklady exekuce“.

Samozřejmě, otázka nákladů exekutora při zastavení exekuce pro nemajetnost povinného je bytostně spjata nikoliv pouze s ustanovení § 89 EŘ, ale zvláště základního principu exekučního řízení vyjádřeného v ustanovení § 3 EŘ, ve kterém je stanovena zásada úplatnosti exekuční (a další) činnosti v souvztažnosti s § 2 EŘ, podle něhož exekutor vykonává exekuční činnost nezávisle.

Ústavněprávní rovina problematiky je zakotvena v čl. 11 ústavního zákona č. 2/1993 Sb., o vyhlášení LISTINY ZÁKLADNÍCH PRÁV A SVOBOD jako součásti ústavního pořádku České republiky, podle něhož má každý právo vlastnit majetek. Vlastnické právo všech vlastníků má stejný zákonný obsah a ochranu.

Náklady exekuce se podle ustanovení § 87 odst. 1 EŘ míní „(...) odměna exekutora, náhrada paušálně určených či účelně vynaložených hotových výdajů (...).

Dále se analogicky za použití § 52 odst. 1 EŘ, podle něhož „Nestanoví-li tento zákon jinak (rozuměj exekuční řád), použijí se pro exekuční řízení přiměřeně ustanovení občanského soudního řádu“ používalo ustanovení § 271 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád (dále jen „OSŘ“), a to věta první, „Dojde-li k zastavení nařízeného výkonu rozhodnutí, rozhodne soud o náhradě nákladů, které účastníkům prováděním výkonu rozhodnutí vznikly, podle toho, z jakého důvodu k zastavení výkonu rozhodnutí došlo“.

Možnost soudního exekutora podat návrh na zastavení exekuce pro nemajetnost se dovozuje z ustanovení § 268 odst. 1 písm. e) OSŘ, podle něhož bude výkon rozhodnutí (exekuce) bude zastaven, jestliže průběh výkonu rozhodnutí ukazuje, že výtěžek, kterého jím bude dosaženo, nepostačí ani ke krytí jeho nákladů.

Podzákoným předpisem, jež se při zastavení exekuce při nemajetnosti povinného používal, je vyhláška ministerstva spravedlnosti č. 330/2001 Sb., o odměně a náhradách soudního exekutora, o odměně a náhradě hotových výdajů správce podniku a o podmínkách pojištění odpovědnosti za škody způsobené exekutorem, a to jeho ustanovení § 11 odst. 2 nazvaná „Společná ustanovení k odměně za výkon exekuční činnosti“, podle kterého „Zanikne-li pověření exekutora k provedení exekuce rozhodnutím soudu o vyloučení exekutora nebo o zastavení exekuce anebo o pověření jiného exekutora provedením exekuce [§ 51 písm. a), b) a d) zákona], činí odměna exekutora, jehož pověření zaniklo, 3 000 Kč, nestanoví-li se dále jinak“.

V jednom z prvních, ne-li ve vůbec prvním rozhodnutí Ústavního soudu¹ ve věci nákladů oprávněného při zastavení exekuce pro nemajetnost povinného, resp. oprávnění exekutora k náhradě nákladů exekuce při jejím zastavení, odmítl Ústavní soud přirovnat činnost soudního exekutora k práci zaměstnance pověřeného oprávněným. Ústavní soud správně uvedl, že činnost exekutora je podnikáním podnikatele podle obchodního zákoníku. Z definice podnikání, tedy činnosti, prováděné samostatně podnikatelem vlastním jménem a na vlastní odpovědnost za účelem dosažení zisku dovedl Ústavní soud i činnost exekutora na vlastní riziko s tím, že toto riziko nelze bezdůvodně přenášet na osobu oprávněnou.

Je pravdou, že postavení soudního exekutora nelze zaměňovat s postavením zaměstnance, jak činila stěžovatelka ve výše uvedeném rozhodnutí Ústavního soudu. Tento soud se však nezabýval zjevným rozdílem mezi „běžným“ podnikatelem ve smyslu obchodního zákoníku a činností soudního exekutora, byť tento je taktéž správně považován za podnikatele ve smyslu obchodního zákoníku.

Avšak již v dalším rozhodnutí Ústavního soudu² bylo soudnímu exekutorovi přiznáno právo na odměnu, „úplatu“ ve smyslu § 3 EŘ, když tuto odměnu nelze nepřiznat z důvodu nedostatku „procesního zavinění“. „Pro tento případ exekuční řád zjevně "stanoví jinak" a subsidiární použití o.s.ř., na nějž odkazuje § 52 exekučního řádu, je vyloučeno. Náklady exekuce tedy musí hradit buď povinný a, není - li to možné, tedy jestliže soud dospěje k závěru, že jsou důvody proto, aby neuložil povinnost k náhradě nákladů řízení povinnému, musí být rozhodnuto o uložení povinnosti náhrady nákladů oprávněnému. Oprávněný tak musí při podání návrhu na provedení exekuce toto riziko s ohledem na možnosti povinného zvážit. Každé takové rozhodnutí soudu musí být pochopitelně řádně odůvodněno“.

Tedy, nárok na odměnu soudního exekutora při zastavení exekuce pro nemajetnost povinného byl již v roce 2005 přiznán Ústavním soudem s odkazem na § 3 EŘ.

V dalším z klíčových rozhodnutí Ústavního soudu³ tento do jisté míry popřel své rozhodnutí II. ÚS 150/04 ze dne 31. srpna 2004, když uvedl, že „Ústavní soud při svých úvahách vzal primárně na zřetel charakter činnosti vykonávané exekutorem tak, jak vyplývá z exekučního řádu. Stát přenesl zákonem č. 120/2001 Sb. na exekutory část svých mocenských pravomocí. Současně stanovil, že exekutor vykonává tuto činnost nezávisle a nestranně (§ 2 citovaného zákona). Nezávislost exekutora je zabezpečena v rámci zákona č. 120/2001 Sb. různými způsoby, mimo jiné též úpravou, obsaženou v § 3, dle něhož exekutor vykonává exekuční a další činnost za úplatu a současně je omezen na výdělečných činnostech; (...) Nelze současně nezmínit, že s ohledem na ustanovení § 30 citovaného zákona lze provedení požadovaných úkonů v rámci exekuce odmítnout jen z velmi omezených důvodů. Exekutor tedy zásadně nemá volnost při výběru provedení exekuce. Nezávislost exekutora (i ekonomická) na státu je základním předpokladem jeho nestrannosti při výkonu exekuční činnosti (srov. mj. důvodovou zprávu k exekučnímu řádu).

Ustanovení exekučního řádu, která upravují náhrady nákladů exekuce, proto musí být aplikována a interpretována s ohledem na specifické postavení exekutora v řízení o exekucích a na nezbytnost zachování a šetření jeho nezávislosti. Jestliže na jedné straně zákonodárce vyjádřil zcela zjevně svůj úmysl, aby exekutor vykonával svou činnost za úplatu, přičemž toto ustanovení chrání jeho nezávislost, nelze další ustanovení téhož právního předpisu aplikovat a interpretovat zcela opačně, s tímto úmyslem v rozporu, tedy ignorovat specifika exekutorova postavení a v řízení o exekuci mu nepřiznat nejen odměnu, ale ani náhradu dalších nákladů, při provádění exekuce vzniklých. To vše pochopitelně platí pouze tehdy, pokud by takový

záměr zákonodárce z příslušných ustanovení zákona č. 120/2001 Sb., jimiž se upravuje náhrada nákladů řízení, explicitně nevyplýval. K takovému závěru však podle názoru Ústavního soudu dospět nelze. Podle § 87 odst. 2 a odst. 3 citovaného zákona leží povinnost k úhradě nákladů exekuce zásadně na povinném, a to jak vůči oprávněnému, tak i vůči exekutorovi. Podle § 89 citovaného zákona však soud může uložit oprávněnému, aby nahradil náklady exekuce, dojde-li k zastavení exekuce. Vzhledem k premise, že náklady exekutora musí být nahrazeny, tedy musí mu být zajištěna „úplata“, jak zaručuje § 3 citovaného zákona, není možné náhradu nákladů exekutora odmítnout s odkazem na subsidiární užití občanského soudního řádu pro nedostatek „procesního zavinění“. Pro tento případ zákon č. 120/2001 Sb. zjevně „stanoví jinak“ a subsidiární použití o.s.ř., na něž odkazuje § 52 zákona č. 120/2001 Sb., je vyloučeno. Náklady exekuce tedy musí hradit buď povinný, a není-li to možné, tedy jestliže soud dospěje k závěru, že jsou důvody proto, aby neuložil povinnost k náhradě nákladů řízení povinnému, musí být rozhodnuto o uložení povinnosti náhrady nákladů oprávněnému. Oprávněný tak musí při podání návrhu na provedení exekuce toto riziko s ohledem na možnosti povinného zvážit. Každé takové rozhodnutí soudu musí být pochopitelně řádně odůvodněno.

Pokud tedy oprávněná za dané situace zvolila cestu exekuce, pověřený exekutor (stěžovatel) v průběhu exekuce zjistil, že výtěžek, kterého jím bude dosaženo, nepostačí ani ke krytí jejich nákladů a požádal proto o zastavení exekuce, nelze po stěžovateli spravedlivě požadovat, aby tíhu nákladů na zjevně bezúspěšnou exekuci nesl sám.

Jestliže tedy obecný soud při svém rozhodování zcela pominul kogentní ustanovení § 3 zákona č. 120/2001 Sb. a nárok na úplatu stěžovateli odepřel, vymyká se jeho rozhodnutí zcela zjevně nosnému principu, na němž je zákon č. 120/2001 Sb. vybudován, a ohrožuje i pro futuro nezávislost exekutora.

Výše citovaný judikát velmi precizně rozvedl základní principy postavení exekutora, a to zvláště jeho nezávislost, jež je zaručena právem na odměnu; toto je podtrženo nemožností odmítnout provést exekuci, resp. striktní vymezení důvodů, pro něž takovýto úkon odmítnout být může. Na těchto principech vystavěl Ústavní soud tu argumentaci, jež ukládá přiznat odměnu exekutorovi při jejím zastavení pro nemajetnost, resp. princip, že musí být zkoumáno zavinění jednotlivých účastníků exekučního řízení a nelze-li zavinění klást povinnému, je nutno přiznat náhradu nákladů řízení proti oprávněnému.

Od této doby to byl (s správně i měl být) oprávněný, jenž nese riziko spojené s případnými náklady při nezdaru vymožení pohledávky v exekučním řízení.

I z výše uvedeného je však zřejmo, že exekuční soud mohl přiznat náklady proti povinnému, kterýžto však nemá žádný majetek; takovéto vymáhání nákladů řízení je zcela zbytečné.

K výkladu problematiky nákladů soudního exekutora při zastavení exekuce pro nemajetnost povinného se připojil i Nejvyšší soud ve svém kontroverzním plenárním stanovisku⁴, ve kterém v části XIV. např. uvádí: „Oprávněnému lze uložit povinnost k náhradě nákladů exekuce (§ 89 ex. ř.), jestliže při zastavení exekuce je z hlediska zásad uvedených v § 271, větě první, o. s. ř. osobou povinnou k náhradě nákladů exekučního řízení“.

Dále ve stanovisku Nejvyšší soud uvádí, že „Nelze-li oprávněnému přičítat zavinění, že exekuce byla zastavena proto, že u povinného nebyl zjištěn postižitelný majetek (§ 268 odst. 1

písm. e/ o. s. ř.), nelze oprávněnému uložit povinnost k náhradě nákladů exekuce; osobou povinnou k jejich náhradě exekutorovi může být jen povinný“.

Dále Nejvyšší soud správně odkázal na subsidiární použití § 271 OSŘ (§ 52 odst. 1 EŘ), které doplňuje ustanovení § 89 EŘ, podle kterého, dojde-li k zastavení exekuce, může soud uložit oprávněnému, aby nahradil náklady exekuce.

Jako chybná rozhodnutí označil Nejvyšší soud hojně zastávanou praxi soudů prvního stupně, které ukládaly povinnost k náhradě nákladů exekuce oprávněnému a současně ve prospěch oprávněného uložili povinnost k náhradě těchto nákladů povinnému.

Další závěr Nejvyššího soudu je ten, že „Jestliže však oprávněnému nelze přičítat zavinění na tomto výsledku, pak z hlediska názoru, který byl výše ohlášen (jako správný), mu nelze ani ukládat povinnost k náhradě nákladů exekuce, jelikož ustanovení § 89 EŘ se vzhledem k § 271 OSŘ neuplatní, a naopak se prosadí standardní režim exekučních nákladů podle § 87 odst. 3 EŘ. Tomu odpovídá, že povinnost k náhradě nákladů exekuce nelze uložit nikomu jinému než povinnému, a to bez ohledu na to, že bylo v řízení shledáno, že je „insolventní“, resp. že možnost jejího splnění se nejeví reálnou“.

Zde se tedy podle mého názoru (v době před účinností novely č. 347/2007 Sb.) jeví klíčovým to, zda oprávněný nesl procesní zavinění za zastavení exekuce pro nedostatek majetku povinného. Tato otázka však není tak jednoduchá, jak by se mohla zdát. Uveďme si však ještě další rozhodnutí Ústavního soudu, které se právě k otázce procesního zavinění vztahují.

Podle rozhodnutí Ústavního soudu sp.zn. III. ÚS 282/06 ze dne 20. dubna 2006, lze oprávněnému uložit povinnost k náhradě nákladů exekuce (§ 89 ex. ř.), jestliže při zastavení exekuce je z hlediska zásad uvedených v § 271 větě první o. s. ř. osobou povinnou k náhradě nákladů exekučního řízení.

Nelze-li oprávněnému přičítat zavinění, že exekuce byla zastavena proto, že u povinného nebyl zjištěn postižitelný majetek [§ 268 odst. 1 písm. e) o. s. ř.], nelze oprávněnému uložit povinnost k náhradě nákladů exekuce; osobou povinnou k jejich náhradě exekutorovi může být jen povinný.

Velmi obdobnou argumentaci lze shledat i v rozhodnutí pléna Ústavního soudu Pl. ÚS 23/06 ze dne 12. září 2006, ve kterém se uvádí, že „Není porušením čl. 11 a čl. 36 odst. 1 Listiny základních práv a svobod, jestliže obecný soud při rozhodování o nákladech exekuce v případě, že je exekuce zastavena pro nedostatek majetku na straně povinného a na straně oprávněného nelze shledat procesní zavinění za zastavení exekuce (při respektování požadavku náležité opatrnosti a uvážlivosti), přiznává exekutorovi náhradu nákladů řízení vůči povinnému“.

Podobnou argumentaci lze shledat i u rozhodnutí Ústavního soudu sp.zn. IV. ÚS 1903/07 ze dne 15. ledna 2008 (shodně i IV. ÚS 2888/07), ve kterém se uvádí, že „Jen v situaci, kdy k objektivní skutkové okolnosti zastavení exekuce z důvodů nedostatku majetku povinného přistoupí i konkretizované okolnosti subjektivní povahy (procesní zavinění oprávněného), může být uložena povinnost náhrady nákladů řízení oprávněnému. Procesní zavinění oprávněného nelze bez dalšího založit pouze na jeho dispozičním úkonu - návrhu na nařízení exekuce“.

Jako další klíč k posouzení, zda oprávněný postupoval při návrhu na nařízení exekuce dostatečně opatrně, lze použít rozhodnutí Ústavního soudu pod sp.zn. III. ÚS 1226/08 ze dne 9. října 2008, který stanovil, že „Je porušením čl. 11 a čl. 36 odst. 1 Listiny základních práv a svobod, jestliže obecný soud pominul závěry stanoviska Ústavního soudu ze dne 12. 9. 2006 sp. zn. Pl. ÚS-st. 23/06 a při rozhodování o nákladech exekuce v případě, že je exekuce zastavena pro nedostatek majetku na straně povinného, nezohlednil, zda lze na straně oprávněného spatřovat zavinění na zastavení exekuce (nerespektováním požadavku náležité opatrnosti a uvážlivosti)“.

Tudíž, pokusme se odpovědět na otázku, co bylo lze shledat procesním zaviněním a kdy tedy byla, resp. měla být přisouzena náhrada nákladů řízení soudnímu exekutorovi vůči oprávněnému.

Jako hlavní kritérium bylo nutno zohlednit objektivní skutkové okolnosti daného případu, avšak za současného zohlednění konkretizovaných okolností subjektivní povahy.

Dále, přístup oprávněného byl zvláště zkoumán z hlediska jeho procesní opatrnosti a uvážlivosti.

Jestliže připustíme, že řadě oprávněných je, alespoň zčásti, známa situace (budoucího) povinného a že každý oprávněný může ve veřejně dostupných rejstřících shledat, zda-li ten který povinný vlastní nějaký majetek či vlastní činností lze zjistit, zda povinný pracuje, lze těžko v této situaci pochopit krok oprávněného, který po negativním zjištění ohledně majetku povinného by neměl nést odpovědnost za náklady bezúspěšné exekuce.

Na druhou stranu, zanedbáním náležité péče před podáním návrhu na zahájení exekuce se oprávněný taktéž dostává do rizika, že v případě zastavení exekuce pro nemajetnost povinného bude nucen uhradit náklady exekuce.

Jak vidno, obě cesty vedou ke shodnému konci.

Pouze v případě, kdyby oprávněný zjistil možný majetek povinného, lze snad přisvědčit názoru, že by oprávněný neměl nést odpovědnost za případný neúspěch exekutora při vymožení pohledávky.

Výše uvedené závěry jsou však již překonány prací zákonodárce, který zákonem č. 347/2007 Sb. změnil a doplnil klíčové ustanovení § 89 EŘ. Tato novelizace nabyla účinnosti k 1. lednu 2008.

Novelizované ustanovení § 89 EŘ zní takto: „Dojde-li k zastavení exekuce, hradí náklady exekuce a náklady účastníků ten, který zastavení zavinil. V případě zastavení exekuce pro nemajetnost povinného hradí paušálně určené či účelně vynaložené výdaje exekutorovi oprávněný“.

V důvodové zprávě k výše uvedené novele exekučního řádu č. 347/2007 Sb. zákonodárce opětne neodůvodnil změnu klíčového ustanovení § 89 EŘ.

Novelizace ust. § 11 vyhlášky č. 330/2001 Sb. se nedotklo smyslu odst. 2, které se pouze přecísliilo na odst. 4, obsah zůstal zcela nezměněn.

U novelizovaného ustanovení § 89 EŘ je nutné poznamenat, že nejenom že rozlišilo zastavení exekuce pro nemajetnost a „ostatní případy“ ve smyslu § 268 odst. 1 OSŘ, ale že namísto slova „náklady“ exekuce používá slovo „paušálně určené či účelně vynaložené výdaje...“.

Je škoda, že k téže novelizaci nedošlo v ustanovení § 11 vyhlášky č. 330/2001 Sb., která nerozlišuje mezi zastavením exekuce z důvodu nemajetnosti povinného a „ostatní“ případy zastavení exekuce.

Nicméně mám za to, že i jazykovým výkladem lze dospět k závěru, že odměna exekutorovi nyní nepřísluší, přísluší mu „pouze“ výdaje, které s vedením exekuce měl; tento závěr podporuje i ten fakt, že exekutor je nyní motivován k vymožení pohledávky oprávněného, neboť jen při úspěchu jej čeká odměna a nikoliv jen „výdaje“.

Tedy, situace je nyní taková, že v případě nemajetnosti povinného je to ex lege oprávněný, který bude povinen hradit výdaje vzniklé při exekuci. Podle mého názoru se již nelze odvolat na procesní (ne)zavinění, což je však opět chybná právní úprava, která takto paušalizuje tisíce rozličných případů.

Mám za to, že oprávnění, kteří skutečně odpovědně a s patřičnou opatrností a uvážlivostí podali návrh na nařízení exekuce, která však spíše pro „šikovnost“ povinného nebyla v posledku úspěšná, by měli mít možnost se vyvinout z exekučních nákladů.

Literature:

- II. ÚS 150/04 ze dne 31. srpna 2004
- II. ÚS 372/04 ze dne 8. srpna 2005
- I. ÚS 290/05 ze dne 23. února 2006
- Stanovisko pléna Nejvyššího soudu Cpjn 200/2005 k výkladu zákona č. 120/2001 Sb., o soudních exekutorech a exekuční činnosti (exekuční řád) a o znění dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů

Reviewer:

Jaruška Stavínohová

Contact – email:

mgr.pavel.andrle@gmail.com

THE UTILITY OF MEDIATION IN ROMANIA

ANA DANIELA BOBARU

Constantin Brancusi University of Târgu-Jiu, Faculty of Juridical Sciences, Romania

Abstract:

The Law nr.192 on mediation and the mediator profession entered into force in 2006, but many Romanian have recourse to this procedure since 2003 and they could perceive the benefits and the utility of mediation. All the people were aware that the misunderstandings have arisen between them as a result of deficiencies or lack of communication and found that the mediator is the person who facilitated the restoration of dialogue and finding solutions widely accepted.

Key words:

Mediation; Romanian Law nr.192 on mediation and the mediator profession; lack of communication.

The study of the conflict and of it`s solve through alternative ways may be the most important study of all.

Economic and social situation in Romania is not very different from other Community countries, so that referral attention to alternative methods of resolving conflicts is the desire to waive the lengthy and expressive trials in court hearings.

Because of how rapidly interaction, people may not always hold control over the relationship and often there is the risk of conflict situations in which the results are not expected. Concern for the establishment of criteria balancing gains and losses must overcome the barrier of their own interests. Therefore, mediation as a method of alternative dispute resolution offers the possibility of introducing in the conflict a third party, neutral and impartial, which sets general, in an attempt to identify a solution.

The occurrence of mediation in Romania is the solution for a large part to interpersonal conflicts. An institution that does not judge and does not act, but succeeds to bring the two parties to decide by mutual agreement, will not generate any pride to the winner or frustrations to the defeated. Thus, aware of the agreement reached, which benefits both parties, social life will be natural, the inter-fragment is left. [2]

The conflict has multiple causes and is initiated by one, against the background of a long accumulation. Obviously, this is not true for conflicts that are spontaneous favored by some state or experience of the moment.

The most important causes that lead to conflict are:

- c. poor communication (providing insufficient information, or truncated using inadequate means and channels);
- d. the amounts (disagreement focuses on the ethical aspects and the ways in which power should be exercised - taking into account the moral probity and fairness,

disputes affecting choice of objectives and methods, dialogue between the deaf - the principle that results in degradation genre who's not with us is against us);

- e. the existence of different purposes (parties tend to be differentiated in terms of priorities, even when they pursue the same thing);
- f. ambiguous style (fight to strengthen positions causes a distortion of reality, until incompetence treatment situation);
- g. limited resources (in case of failures, the development of structural elements is affected);
- h. mutual dependence (a response to the needs of other parts depend on the proper attitude, there is a blockage or distortion of information, needs overvaluation or mistrust);
- i. complaints (against the honorable status, ideas - find naive, resistance to new, complex problems, advice – ignored, charges, etc. [3])

This are the countless situations in which the Ombudsman finds its applicability and usefulness.

In the mediation session, one thing is very important, which is a first step in resolving the conflict: the parties to communicate again.

By using the mediator of communication techniques, and active listening, they gradually become confident that is where I can resolve the conflict.

Even if the top (in joint session) tonality and intensity of discussions between the parties seems to hide irreconcilable positions, during, and especially in separate meetings, the parties begin to generate options to resolve the conflict. These are points which may lead to a final intersect interests to stakeholders and the birth of a solution to resolve the conflict, mutually accepted.

Resolving conflict is in some cases impossible, but the communication between the parties may want to reduce, with the mediator.

Perception of the Romanian society on conflict management can not be assessed by the number of conflicts that arise, but by the efficiency with which they are addressed.

In addition to lack of efficiency with which conflicts are resolved in our country, calling on the courts, paradoxically, is observed and a crisis response to mediation, both in terms of the community in general, and parties who may be interested advantaged and mediation in particular.

The concept of the idea of mediation and amicable settlement of conflicts are closely linked to the cultural identity of a people, and their implementation has involved a long process even in countries with traditional mediation.

The institution of mediation was born in the U.S. and then was taken and the Europe, because of outstanding results obtained, as a voluntary and amicable. Founded as a way of reduction

of the courts of numerous pending cases, the mediation has become a usual practice with regard to resolving conflicts amicably. Both in America and in Europe, where it became a habit to call the mediator, that pending the court were significantly reduced, so that only 5% of the conflicts come to be settled by court.

The mediation is a novelty for our country, Romania is not a tradition in this field.

Law nr.59/1968 can not be considered a precedent in respect of mediation committees established by the court at that time being vested with powers to prosecute effectively, not mediation. Moreover, these meetings were public commissions, and decisions by the judge could impose sanctions, ranging from reprimand to a fine of warning.

Law nr.192/2006, its content includes the principles that guided the mediator, and confidentiality, neutrality and impartiality. None of these are found in Law nr.59/1968 .

Association with the mediation committee hearing is an error and as such it should be avoided.

The first project in Romania was developed through a partnership of U.S. Embassy, the Ministry of Justice and Bar Dolj, which aimed at establishing a Pilot Mediation Center in Craiova, which will carry out training of mediators and promotion of mediation in Romania. Since 2003 until now Craiova Mediation Center has held a promotion and training of mediators along with them voluntarily engaging in mediation related to the local courts. [4] Therefore, in a period of years aprox.5 who called to mediate in the center saw the usefulness of particular elegance that can resolve a dispute in a civilized society. [5]

Dispute resolution through mediation clearly brings benefits on many levels. Contribute before any argument to the improvement of justice - the courts are relieve , moving the weight on the quantitative criterion of pending cases to be dealt with celerity, based on quality of the solutions adopted, individuals have an alternative system Legal and their defenders represent or assist them in mediation proceedings.

Currently those who are in dispute, rather choose the court in resolving the conflict rather than an alternative method. And because we are facing a lack of information public about the procedure. Public opinion in general, individuals in particular, although have heard of the procedure of mediation and mediators choose the halls of the court to resolve conflicts. We believe that this procedure is a procedure which will need time to be known and understood in particular and the profession is at the top of the road and its fate depends on many factors who strike destiny in general practitioners in the market were decide, through the mechanism of demand and supply. It is natural, knowing the traditions and mentalities Romanians things to be done slowly and safely.

Communication advantages resolve conflicts through mediation must be in the future one of the concerns of professionals to conduct ongoing program of transmitting information locally and nationally. Along with these activities to practice the profession with dignity, conducting training programs and ongoing expressions of interest for advanced mediators confers prestige of the profession and lead mediator by default win the confidence of civil society in the mediation.

In our opinion, the usefulness of mediation can be charged only when you're in the middle of this procedure, either party or lawyer or mediator.

Literature:

- [1] Şuştac Zeno, Claudiu Ignat, alternative means of conflict resolution (ADR), University Publishing House, Bucharest, 2008, pag.121-122;
- [2] Gabriel Here, authorized the Ombudsman and social construction, Review Romanian Mediation nr.1/2009, Publishing Consensus, Craiova, pag.8;
- [3] Eugene Gherga, Gabriela Gherga, Conflict Mediation, printed paper in the package antirasist in 2000, pag.11;
- [4] In the Craiova Mediation Center were about 800 trained mediators, who from all socio-professional categories: lawyers, professors, judges, notaries, economists, legal advisers, priests, teachers in pre-university education, engineers, psychologists , doctors and journalists. It notes the formation of a variety of professional people who have chosen and another opportunity for training, part observable in the current economic context, when many are thinking of Romanian professional reorientation;
- [5] During this period were almost resolved. 400 cases through mediation.

Reviewer:

Jiří Valdhans

Contact – email:

danielabobaru@yahoo.com

FORUM SHOPPING: UNACCEPTABLE PRACTICE?

PETRA BOHŮNOVÁ

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Tento příspěvek se zabývá jevem "forum shopping" v mezinárodních sporech, kdy strany využívají možnosti zvolit si mezi pravomocí soudů různých států. Nejprve je definován pojem forum shopping. Poté jsou popsány různé druhy fora shopping. Následně jsou představena a zhodnocena pozitiva a negativa jevu forum shopping. Dále jsou rozebírány možnosti a nutnost omezení fora shopping. V závěru je potvrzena stanovená hypotéza.

Key words in original language:

Forum shopping; výběr fóra; žalující; žalovaný; právní jistota; unifikace; kritéria pro určování pravomoci.

Abstract:

This contribution deals with legal international forum shopping. Firstly, the term forum shopping is defined. Then, various forms of forum shopping are introduced. Afterwards, positives and negatives of forum shopping are presented and evaluated. Subsequently, the possibilities of reduction of forum shopping and its necessity are discussed. Finally, the stated hypothesis is confirmed.

Key words:

Forum shopping; choice of venue; plaintiff; defendant; legal certainty; unification; basis of jurisdiction.

1. INTRODUCTION

„Forum shopping is a dirty word; but it is only a pejorative way of saying that, if you offer a plaintiff a choice of jurisdictions, he will naturally choose the one in which he thinks his case can be most favorably presented: this should be a matter neither for surprise nor for indignation.“ (Lord Simon of Glaisdale¹)

“Forum shopping is a plaintiff by-passing his natural forum and bringing his action in some alien forum which would give him relief or benefits which would not be available to him in his natural forum.” (Lord Pearson²)

At the moment of lodging a claim, the claimant's aim is, of course, to achieve the best possible result of the dispute. Thus, he must consider carefully, in which venue to file an action (provided the litigants did not prorogate the venue in their contract).

¹ In Lowenfeld, A. F. Forum Shopping, Antisuit Injunctions, Negative Declarations, and Related Tools of International Litigation. American Journal of International Law, 1997, p. 314.

² In Fawcett, J. J. Forum Shopping – Some Questions Answered. Northern Ireland Legal Quarterly, 1984, No. 2, p. 141.

This phenomenon of choosing between two and more possible venues is called forum shopping. The phrase forum shopping has been generally known for about thirty years³ as a result of an increased number of transnational disputes connected with emergence of global economy.⁴

In legal practice, forum shopping is on one hand regularly used by litigants and on the other hand, widely disapproved by judges. The same disparity rules over legal literature. Forum shopping is seen as a natural act of seeking the most advantageous venue in which to try a case.⁵ At the same moment, it is also criticized because, in some opinions, forum shoppers unfairly exploit jurisdictional or venue rules to affect the result of a dispute.⁶

Therefore, the focus of this paper is to confirm or refuse the following hypothesis: "Forum shopping is an unavoidable procedural tactic of litigants that is based on the possibility to choose between jurisdictions of courts of various states. Forum shopping cannot be completely eliminated."

At the beginning, I will introduce the phenomenon forum shopping which is only rarely discussed in Czech legal literature.⁷ In the second part of this contribution, I will concentrate on the consequences of forum shopping. After that, I will prove possible means of dealing with forum shopping and their efficiency.

In this article, I am going to deal with legal international forum shopping. On the contrary, I do not concern misusing procedural practices of litigants.

2. TERM „FORUM SHOPPING“

Before starting to deal with the phenomenon forum shopping, it is necessary to define the term because it is understood very differently.

Basically, it can be differentiated between

- 1) Legal forum-shopping,
- 2) Misusing forum-shopping.

³ The practice as such is definitely older. It was firstly mentioned in a judicial opinion in 1952 but the term was known years before. Juenger, F. S. *Forum Shopping, Domestic and International*. *Tulane Law Review*, 1988 – 1989, p. 553.

⁴ Bell, A. S. *Forum Shopping and Venue in Transnational Litigation*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 14 - 15.

⁵ Forum shopping defense e.g. Algero, M. G. In *Defense of Forum Shopping: A Realistic Look at Selecting a Venue*. *Nebraska Law Review*, 1999, p. 79 – 112; Juenger, F. S., fn. 3, p. 553 – 574; McGuire, M.-R. *Forum Shopping und Verweisung. Über die Vermeidung missbräuchlicher Prozesspraktiken im Europäischen Zivilprozessrecht*. *ZfRV*, 2005, No. 3, p. 83 – 93.

⁶ Opeskin, B. R. *The Price of Forum Shopping: A Reply to Professor Juenger*. *Sydney Law Review*, 1994, No. 14, p. 14 – 27.

⁷ E.g. Pauknerová, *Evropské mezinárodní právo soukromé*. Praha: C. H. Beck, 2008, p. 341; Rozehnalová, N., Týč, V. *Evropský justiční prostor ve věcech civilních*. Brno: Masarykova univerzita, 2003, p. 29 – 32.

2.1 LEGAL FORUM SHOPPING

Legal „forum shopping“ is defined as an act of seeking the most advantageous venue where a case is to be tried.⁸ In other words, the claimant makes legally use of his right to choose between the courts which have jurisdiction to decide a case.

Such possibility of forum shopping is caused by lack of uniformity, e.g. by

the existence of separate, often broadly based and thus concurrent jurisdictions⁹ all over the world and

differences in states' choice of law rules and internal laws^{10,11}

The second important factor is a frequent presence (not only physical) of defendants – multinational corporations and individuals - within more than one forum, which increases the number of possible jurisdictions.¹²

Accordingly, legal forum shopping is based on procedural rules, i.e. on valid laws. Thus, forum shopping is an expression of the principle of autonomous will which rules in private law.

2.2 MISUSING FORUM SHOPPING

From legal forum shopping, misusing forum shopping must be distinguished. The choice of forum is abusing when a claim is purposely lodged by a court which apparently does not have jurisdiction.

For example, parties to a contract prorogated the jurisdiction of Austrian courts in their agreement but the claimant filed an action at an Italian court. The only reason for it was that proceedings before Italian courts take very long time. The claimant actually wanted to obstruct the proceedings and in Italy he could be sure that he would win not only months but several years until the court decides that it has no jurisdiction.¹³

In other words, the aim of such choice of venue is not to protect one's rights but to blockade the protection of counterparty's rights. Such special cases of forum shopping are called “(Italian) torpedoes”. The main difference between “classical” forum shopping and torpedo is that the goal of the former is to influence the decision of the court while the aim of the latter is

⁸ Algero, M. G., fn. 5, s. 79.

⁹ E.g. art. 14 of the French Code Civil (it allows French plaintiffs to sue anybody in France) or sec. 23 of the German Code of Civil Procedure (it allows to sue in Germany anybody who has some assets (no matters of which amount) there). Bell, A. S. fn. 4, p. 9.

¹⁰ This is also true in the member states of the EU. Although legal protection here is taken for equally effective, it is not congenerous. McGuire, M.-R. fn. 5, p. 86 – 87.

¹¹ Bell, A. S. fn. 4, p. 15.

¹² *Ibid.*, p. 11.

¹³ Decision of the European Court of Justice C-116/02 *Erich Gasser GmbH v. MISAT Srl.* from 9. 12. 2003.

that there is no decision at all. 14 Unlike forum shopping, torpedoes are based on factual aspects of the case and the jurisdiction of courts is not decisive for them. It is only a misusing procedural tactic which shall be eliminated.¹⁵

Similar effect can have a situation when a defendant lodges a counterclaim at a court that does not have a jurisdiction.

2.3 OTHER TYPES OF FORUM SHOPPING

Besides legal and misusing forum shopping, it can be differentiated between:

1) a) Horizontal forum-shopping – shopping for the best venue from among the courts within the same court system, e.g. for the best state court.

b) Vertical forum-shopping – shopping for federal court instead of state court and vice versa.¹⁶

2) a) Domestic forum shopping – forum shopping within one (federal) state. Domestic forum shoppers are primarily motivated to gain more favorable substantive law.¹⁷

b) International forum shopping – forum shopping between two or more states. International forum shoppers try to take advantage of procedural legal advantages.¹⁸

3) a) Claimant's forum shopping – lodging of a claim by a court according to the claimant's choice.

b) Defendant's = Reverse forum shopping – defendant's effort to change the court, e.g. by lodging a counterclaim at another court or by objection of forum non-conveniens.

It must be added that forum shopping is not equal to choice of venue made by a mutual agreement of parties to a contract (prorogation).

3. REASONS FOR FORUM SHOPPING

Choice of a particular venue can be of vital importance in transnational litigation because it influences many factors that are decisive for the result of a dispute. These factors can be basically divided in two groups:

¹⁴ To the states with very slow court proceedings count also Belgium, Portugal and France. McGuire, M.-R. fn. 5, p. 86 – 87. For more details about torpedoes see Hartley, T. C. The European Union and the Systematic Dismantling of the Common Law of Conflict of Laws. *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, No. 10, p. 815 – 821.

¹⁵ *Ibid.*, p. 93.

¹⁶ Algero, M. G., fn. 5, p. 80.

¹⁷ Dorward, D. J. The Forum Non Conveniens Doctrine and the Judicial Protection of Multinational Corporations from Forum Shopping Plaintiffs. *U. Pa. J. Intl'Econ. L.*, 1998, No. 1, p. 151.

¹⁸ *Ibid.*

Legal

Procedural rules of the venue (e.g. long-lasting procedure, costs of proceedings, discovery, juries etc.),

Choice of law rules of the venue,

Governing substantive law likely to be applied by the courts of the venue (huge amounts of damages¹⁹, limitation periods, possibility to get divorced²⁰ etc.),

Claimant's orientation in the law of the venue,

Possibility of recognition and enforcement of the court's decision in foreign states.

Factual

Convenience of the claimant (familiarity with the venue, claimant's orientation in the state of the venue, the language to be used in a court, contacts with lawyers in the state, political connections, contacts to lawyers etc.),

Location of the witnesses,

Reputation of the judges and/or jurors of the venue (fairness, pro-plaintiff bias),

Political climate and bias.

From these entire factors, the most decisive for claimants are their familiarity with the forum, procedural advantages for plaintiff (or procedural disadvantages for defendant), legal costs, speed and mode of the litigation etc. On the contrary, the divergences of the choice of law rules are not as crucial for plaintiff's decisions as it is sometimes believed²¹. In short, the roots of forum shopping lie in lack of uniformity of a mixture of internal laws, choice of law rules and procedural laws of various legal systems.²²

4. EVALUATION OF FORUM SHOPPING

4.1 CLAIMANTS' AND DEFENDANTS' POSITIONS IN FORUM SHOPPING

The critics of forum shopping understand it as a wrongdoing and abuse of plaintiffs to which they are not entitled. The reason is that plaintiffs, being the first to decide actively about the

¹⁹ A typical case is the USA with jury trials, large damages awards, non-recovery of costs rules, and expansive rules of pre-trial recovery. It is said that „As a moth is drawn to the light, so is a litigant drawn to the United States.“ Juenger, F. S., fn. 3, p. 562.

²⁰ Schack, H. Internationales Zivilverfahrensrecht. 3. Auflage. München: C. H. Beck, 2002, p. 101.

²¹ Bell, A. S. fn. 4, p. 47; Juenger, F. S., fn. 3, p. 572 – 573.

²² Bell, A. S., fn. 4, p. 24 – 25.

forum, have better chances to determine it. Therefore, in the critics' opinions, plaintiffs gain unfair advantages over defendants.²³

This statement can be agreed with. Being the first to choose the forum, plaintiff can win a tactical advantage in the procedure. For example, the chosen forum provides remedies for a plaintiff, which he otherwise would not have. A defendant has only the possibility to react on the venue chosen by the plaintiff and to defend himself against it if it is necessary whereas his tools to achieve this goal efficiently are limited by the court selected by the plaintiff.²⁴ In extreme cases, the trial in an alien forum may make it difficult for the defendant to put up an adequate defense.

But this does not mean that the defendant will be only disadvantaged. For example, if the plaintiff chooses a venue with efficient procedural rules and/or lower costs of litigation, both parties can benefit from it.²⁵ Moreover, if the defendant is permitted to defend himself from forum shopping, the plaintiff's forum shopping converts in defendant's forum shopping. This is the case when defendants lodge a counterclaim or an objection of forum non-conveniens.

In addition, if jurisdictional rules of various states allow forum shopping, plaintiffs can be hardly blamed for choosing the venue where they can receive the most favorable judgment. Only a deliberate choice of a forum, which is inconvenient and oppressive for the defendant, can be suppressed.²⁶

4.2 LEGAL UNCERTAINTY

A typical reason underlying the policy against forum shopping is the uncertainty about venue and consequently, uncertainty about applicable substantive law which it causes. I share the opinion that choice of law rules and consequent material laws can be the important motives for plaintiff's decision. This again is disadvantageous for defendants who cannot influence the choice of law by choice of forum. On the other hand, the diversity of legal solutions and the litigants' opportunity to choose a suitable legal climate can be taken for very positive and desirable for the parties to a dispute.²⁷

These attitudes differ according to the legal culture, the former being typical for continental Europe while the latter for the Common law states.

4.3 UNNECESSARY COSTS

It is also objected to forum shopping that it is a waste of time, money and resources.²⁸ If parties to a dispute can choose a venue, there is always space for litigating the jurisdiction of a

²³ Dorward, D. J., fn. 17, p. 151 – 152.

²⁴ This topic is more dealt with in chapter 5.

²⁵ *Ibid.*, p. 152.

²⁶ Fawcett, J. J., fn. 2, p. 144

²⁷ Rozehnalová, fn. 7, p. 29.

²⁸ Algero, M. G., fn. 5, p. 111.

court by other courts. Thus, the costs are bigger and additional proceedings oppress the parties and overload the courts. Conversely, it can be argued, that the costs, time and resources lost while litigating of venue are nothing unusual. Choice of jurisdiction is a procedural issue. Litigating venue is like litigating any other procedural issue, e.g. evidentiary issues, which the parties must count with.²⁹

Then, forum shopping is often rejected with a “public interest argument”. Many foreign actions brought before courts of a particular state (such as the USA) in connection with the necessity to familiarize themselves with foreign substantive laws and to apply it constitute serious burdens for the courts. Consequently, the local actions can be delayed.³⁰

This might be true. But on the other hand, the choice of a particular forum means its popularity. It shows that it is a centre for international trade and that foreign businessmen confide in its courts. Accordingly, the litigants bring not only disputes before the courts but also trade to the country. A typical example of such a popular venue is London.³¹

5. DEALING WITH FORUM SHOPPING

As I showed in the previous chapter, forum shopping can really have some negative consequences, especially for defendants. Hence, I will now concentrate on potential mitigation of this problem. There are several possibilities how to deal with forum shopping the keyword being unification. They can be divided into two groups:

Jurisdictional rules

Bases of jurisdictions stated in legal rules and/or judicial decisions,

Tools for contravening the jurisdiction (to be used ex offio or on defendants discretion),

Unification of choice of law rules/substantive laws.

Basically, dealing with jurisdiction depends on the legal culture the particular state belongs to. While the civil law countries maintain the legal predictability and certainty mirrored in the clear written (not only) jurisdictional rules and the tools to oppose them, the common law states live from their (for continental lawyers) sometimes vague judicial decision tradition. This, of course, influences their approaches to forum shopping.

5.1 JURISDICTIONAL RULES

5.1.1 BASES OF JURISDICTION

For forum shopping are decisive the bases of jurisdiction allowed by various states. To avoid forum shopping, it is necessary to define bases of jurisdiction which require a substantial

²⁹ Ibid., p. 111.

³⁰ Fawcett, J. J., fn. 2, p. 145.

³¹ Ibid., p. 146.

connection with the forum.³² This does not mean that only exclusive jurisdictions must be approved but that the concurrent jurisdictions must be reduced.³³

a) European Union

An example of such efficient rules are the regulations Brussels I³⁴ and Brussels II³⁵ - although they allow more than one jurisdiction for various situations³⁶ (i.e. they do not completely eliminate forum shopping within the member states of the European Union, hereinafter “EU”) they ensure that disputes are sufficiently linked with the forum state.³⁷ Combined with the Rome Convention on law applicable to the contracts (hereinafter “Rome Convention”, see next chapter) providing similar choice of law rules in all member states, the incentives to forum shop are strongly reduced in the whole EU.

Conversely, e.g. two bases for jurisdiction, which are not sufficiently linked with a particular venue like the American minimum contact jurisdiction, open room for litigants to forum shop.

Another example of unified jurisdictional rules that also allow to choose from more than one jurisdiction is the article 31 of the Geneva Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (hereinafter “CMR”). A litigant can choose among several alternative fora according to the ordinary residence of the defendant, the defendant’s principal place of business, the branch or agency through which the contracts of carriage are made or the place of take-over or delivery of the goods.

However, the situation is different than under the Brussels regulation that is prevailed by CMR which is as a specific legal regulation. These venues are not always situated in the member states of the EU and hence, it cannot be counted with the same choice of law rules as under the Rome Convention. Therefore, CMR is an example of uniform international jurisdictional rules that not only admit forum shopping but that can even promote it.³⁸

³² Fawcett, J. J., fn. 2, p. 146.

³³ Schack, H., fn. 19, p. 102 - 103.

³⁴ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters; similar rules are contained in the Lugano Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.

³⁵ Council Regulation (EC) No 2201/2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000.

³⁶ For example, in matters relating to a contract, plaintiff can choose between the general jurisdiction stipulated according to the domicile of the defendant (article 2) and the alternative jurisdiction stipulated according to the place of performance of the obligation (article 5.1).

³⁷ Similar attempts to widely unify the rules for determining of the jurisdiction of the courts were made on the world level with the proposal of the Hague Agreement on Jurisdiction and Civil Judgments. One of the reasons for its failure were the provisions concerning refusal of jurisdiction (the “American” approach) and avoiding of parallel jurisdictions (the “European” Approach) discussed in the next chapter.

³⁸ Ferrari, F. Forum Shopping Despite International Uniform Contract Law Conventions. *International and Comparative Law Quarterly*, 2002, p. 692 – 694.

Notwithstanding, the chances to forum shop are definitely narrower than in the states approving exorbitant jurisdictions.

b) Federal Law of the United States of America

A different example offer the USA where the base of jurisdiction is created especially by the judgment of the Supreme Court of the USA *International Shoe v. Washington*³⁹. This case shifted from the strictly territorial jurisdiction of courts to personal jurisdiction, based either on the so called minimum contact of the defendant with the venue⁴⁰ or on the tag/transient jurisdiction.⁴¹

This means that the dispute must not have a sufficient link to the venue and it can be still brought before an American court. For that reason, American courts are overloaded with foreign claims that were lodged only to gain benefits from the favorable American laws and they will have to cope with it unless they change their laws.

5.1.2 INITIATIVE OF DEFENDANTS - DISCRETIONARY POWER OF COURTS

When considering defendants' possibilities to oppose the venue chosen by a plaintiff, it must be again distinguished whether the dispute takes place in countries with common law or civil law tradition. However, under both systems, it is possible to bring an action for negative declaratory relief in a state that convenes the prospective defendant before the prospective plaintiff commences its action in another state. In this way, a potential defendant can have his rights and liabilities as to the potential plaintiff declared by the court.⁴²

a) European Union

Concerning the refusing of the venue by defendants, in the EU operates the so called Brussels system established on *lis pendens* ("the first in time rule"): the jurisdiction has the first seized court if proceedings in the second state involve the same claim between the same parties pending already at the first court. In such a case, the second court must defer the action to the first court to eliminate parallel proceedings.⁴³ There is no room for discretion of courts under the European regulations.

This system might on one hand raise the race to a court; however, I find it still better because it rules out seriously inconvenient fora. Beyond that, the standard of civil proceedings in the

³⁹ *International Shoe v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945).

⁴⁰ E.g. sale of goods to an American who sold the goods further to consumers living in the USA who were injured by it.

⁴¹ E.g. If the defendant is on a fortnight holiday in the USA. Philip, A. *The Global Hague Judgments Convention: some comments*. In *Intercontinental cooperation through private international law: essays in memory of Peter E. Nygh*. Einhorn, T., Siehr, K. The Hague: T. M. C. Asser Press, 2004, s. 301.

⁴² *Algero*, M. G., fn. 5, s. 102 – 103.

⁴³ For more details see e.g. Bohúnová, P. *Odmítnutí pravomoci soudů ve věcech občanských a obchodních: americké a kontinentální řešení*. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2008, No. 4, p. 378 – 385.

EU is generally taken for comparable so the litigants are not forced to forum shop as much as in other cases.

For those reasons, the other defendants' tools to fight against forum shopping usual in common law countries are taken unnecessary and not allowed in the EU. In summary, forum shopping is still available to the first plaintiff but not to its adversary.

b) Federal Law of the United States of America

In states where jurisdictions of courts are widely defined, the discretionary power to refuse jurisdiction of courts can be an effective means of reducing forum shopping. The proceedings can be counterattacked through following tools:

Doctrine forum non-conveniens,

Anti-suit injunction.

Both doctrines can be granted under the fulfillment of two conditions: the defendant must raise the objection of forum non-conveniens or claim an antisuit injunction and the court must decide to grant them. The court's decision is subject to a great degree of interpretation and discretionary power of the tribunal.⁴⁴

While the doctrine forum non-conveniens allows courts to decline their jurisdiction to decide a case if – according to judge's opinion – a more suitable alternative forum exists, antisuit injunctions have a reverse goal: they protect courts' jurisdictions by issuing an order that prevents an opposing party from commencing or continuing a proceeding in another jurisdiction. Both solutions are derived from the broadening concept of personal jurisdiction to moderate the expansion of jurisdiction.⁴⁵ Forum non-conveniens is defined and delineated in the U.S. Supreme Court case law; it has no statutory or constitutional foundation. Anti-suit injunctions were developed by case law as well.⁴⁶

Thus, the defendants in Common law states have more chances to impugn the jurisdiction chosen by plaintiffs. However, they can never be sure that courts really accept their objections. This is not in conformity with legal predictability required by critics of forum shopping. On the other hand, if the courts are friendly to defendants, they support the reverse forum shopping. In short, the tools that shall help to fight against forum shopping can actually encourage it.

Being a continental lawyer I prefer the Brussels systems with its certain degree of legal certainty (though without defendant's chances to contravene the chosen forum) to the complicated and sometimes unclear common law systems.

⁴⁴ Nelson, N. Forum non-conveniens, comity, antitrust injunctions and parallel proceedings. In: Proceedings of the annual meeting. 1996, p. 62 - 67.

⁴⁵ The test of application of the doctrine is stated in the judgment 330 U.S. 501 (1947) Gulf Oil Corp v. Gilbert.

⁴⁶ One of the earliest cases was Unterwesser Reederei 428 F.2d 888 (5th Cir. 1970). In Nelson, N. Forum non-conveniens, comity, antitrust injunctions and parallel proceedings. In: Proceedings of the annual meeting. 1996, s. 65.

5.2 UNIFICATION OF CONFLICT OF LAW RULES

There have been several attempts in the field of the unification of conflict of law rules that states a higher degree of legal predictability and legal certainty of the parties that shall suppress forum shopping as one of their main goals.⁴⁷ The unification of choice of law rules is definitely very advantageous for the determination of applicable laws.⁴⁸ Notwithstanding, in practical terms, this method has had, as yet, only a little effect when dealing with forum shopping as it can never discourage a litigant who seeks procedural advantages.⁴⁹

The unification of choice of law rules is not necessary where the domestic laws of alternative fora are identical. However, this is an Utopian idea. The unification of substantive laws regulating the interstate relations has been only minor. In a limited way, it was achieved with a few international conventions such as the above mentioned Convention CMR or by the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). This is especially due to the limited sphere of application of the conventions, to their (usually) dispositive nature, possibility of declaring reservations and diverging interpretations of their provisions. There are also often loopholes in texts of the conventions which have to be filled in by the law of the forum. Sometimes, conventions expressly refer to *legis fori*. Moreover, the unification of legal rules for international cases in connection with different jurisdictional rules can even promote forum shopping.⁵⁰

In summary, the unification of choice of law rules and uniform international rules can reduce the possibility for forum shopping but it cannot prevent it. These methods for dealing with forum shopping are only back-up discouragement factors which do not get to the root of the problem that is basically the jurisdictional one.⁵¹

Conversely, one could say that forum shopping leads to the unification of conflict of law rules so forum shopping is positive because thanks to it, determining of applicable law is easier.

6. CONCLUSION

In my contribution, I wanted to answer two basic questions – whether forum shopping is only a negative phenomenon and whether it can be eliminated.

The first question is answered in the fourth chapter. Here, I showed that the position of claimant is definitely stronger than the position of defendant. It is also clear that forum shopping can bring legal unpredictability and sometimes additional costs to all parties and courts as well. However, the reality of forum shopping is not only one-colored.

⁴⁷ E.g. Rome Convention on law applicable to the contracts.

⁴⁸ Rozehnalová, N. fn. 7, p. 30 – 32.

⁴⁹ Fawcett, J. J., fn. 2, p. 150.

⁵⁰ Ferrari, F., fn. 38, p. 689 – 707.

⁵¹ Fawcett, J. J., fn. 2, p. 150; Ferrari, F., fn. 39, p. 707.

The named negatives can be often counterbalanced by various positives the defendants or forum-shopping-popular countries can profit from. The awareness of the possible negatives of forum shopping also compels the parties to concern about their rights before a dispute arises between them. Therefore, they agree on jurisdiction of courts and on applicable law in their contracts which brings the required legal predictability in their relations. This is a really efficient way how to avoid forum shopping.

Moreover, it must be considered that forum shopping is not a bad will of the claimant. Plaintiffs' initial selection of the venue is a lawful strategic choice. It should not be understood as an unfair and abusive practice as it is founded on the availability of various laws which is neither wrong nor unusual. Thus, it does not necessarily violate ethical rules.

The said unavoidable plurality of world legal systems, culture and other factors also allows the conclusion that forum shopping can never be really eliminated. As long as various laws exist, forum shopping will exist. There are no ways around it, it can be only reduced.

For all these reasons, I share the opinion that forum shopping should be recognized as a legitimate practice and legitimate use of procedure when procedural rules are followed.⁵² Therefore, the hypothesis is confirmed.

Literature:

- Algero, M. G. In Defense of Forum Shopping: A Realistic Look at Selecting a Venue. *Neb. L. Rev.*, 1999, p. 79 – 112.
- Arkins, J. R. C. Borderline Legal: Anti-Suit Injunctions in Common Law Jurisdictions. *Journal of International Arbitration*, 2001, No. 6, p. 603 – 616.
- Bell, A. S. *Forum Shopping and Venue in Transnational Litigation*. Oxford: Oxford University Press, 2003, ISBN 0-19-924818-4.
- Bohůnová, P. Odmítnutí pravomoci soudů ve věcech občanských a obchodních: americké a kontinentální řešení. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2008, No. 4, p. 378 – 385.
- Dorward, D. J. The Forum non Conveniens Doctrine and the Judicial Protection of Multinational Corporations from Forum Shopping Plaintiffs. *U. Pa. J. Intl Econ. L.*, 1998, No. 1, p. 141 – 168.
- Fawcett, J. J. Forum Shopping – Some Questions Answered. *Northern Ireland Legal Quarterly*, 1984, No. 2, p. 141 – 152.
- Ferrari, F. „Forum Shopping Despite International Uniform Contract Law Conventions. *International and Comparative Law Quarterly*, 2002, p. 689 – 707.

⁵² Algero, M. G. fn. 5, p. 111.

- Hartley, T. C. The European Union and the Systematic Dismantling of the Common Law of Conflict of Laws. *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, No. 10, p. 813 – 828.
- Juenger, F. S. Forum Shopping, Domestic and International. *Tulane Law Review*, 1988 – 1989, p. 553 – 574.
- Lowenfeld, A. F. Forum shopping, antisuit injunctions, negative declarations, and related tools of international litigation. *American Journal of International Law*, 1997, p. 314 – 324.
- McGuire, M-R. Forum Shopping und Verweisung. Über die Vermeidung missbräuchlicher Prozesspraktiken im Europäischen Zivilprozessrecht. *ZfRV*, 2005, No. 3, p. 83 – 93.
- Nelson, N. Forum non-conveniens, comity, antitrust injunctions and parallel proceedings. In: *Proceedings of the annual meeting*. 1996, p. 62 - 67.
- Opeskin, B. R. The Price of Forum Shopping: A Reply to Professor Juenger. *Sydney Law Review*, 1994, No. 14, p. 14 – 27.
- Pauknerová, M. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. Praha: C. H. Beck, 2008, ISBN 978-80-7400-034-8.
- Philip, A. The Global Hague Judgements Convention: some comments. In *Intercontinental cooperation through private international law: essays in memory of Peter E. Nygh*. Einhorn, T., Siehr, K. The Hague: T. M. C. Asser Press, 2004, p. 299 – 303.
- Rozehnalová, N., Týč, V. *Evropský justiční prostor ve věcech civilních*. Brno: Masarykova univerzita, 2003, ISBN 80-210-3054-2.
- Schack, H. *Internationales Zivilverfahrensrecht*. 3. Auflage. München: C. H. Beck, 2002, ISBN 3406488951.

Reviewer:

Naděžda Rozehnalová

Contact – email:

pbohunova@volny.cz

VOLBA LEX MERCATORIA V INTENCÍCH MEZIAMERICKÉ ÚMLUVY O PRÁVU APLIKOVATELNÉM NA MEZINÁRODNÍ SMLOUVY

MARTIN CRHA

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Organizace amerických států se na konferenci CIDIP V. pořádané v 90. letech 20. století věnovala kolizním smluvním závazkům, výsledkem pak byla Meziamerická úmluva o právu aplikovatelném na mezinárodní smlouvy. V tomto příspěvku se chceme věnovat volbě práva v dosahu této úmluvy, rovněž také přístupu k lex mercatoria, neboť tato úmluva jde v této materii dále než Římská úmluva o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy.

Key words in original language:

Meziamerická úmluva o právu aplikovatelném na mezinárodní smlouvy, volba práva v intencích této úmluvy, přístup k lex mercatoria

Abstract:

The Organization of the American States dealt with the conflicts of law on the conference held in the 90ies in the Mexico City, as result of this the Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts was adopted. We do want to deal with the choice of law approach within this Convention, because this Convention offers different approach to the lex mercatoria as the Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations does.

Key words:

Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts, choice of law, approach to lex mercatoria within this Convention

Aplikace lex mercatoria je v teorii mezinárodního práva soukromého pravidelně středem zájmu. Hojně diskuse probíhaly v posledních letech při modernizaci Římské úmluvy o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (dále jen „Římská úmluva“), která vyústila v přijetí Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 593/2008 ze dne 17. června 2008 o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Řím I.), které ovšem v článkovém znění volbu lex mercatoria nepřipouští. Volba lex mercatoria v případě Římské úmluvy¹ dle převažujících názorů možná není².

Na americkém kontinentě vznikl pokus unifikovat kolizní závazkové právo, a to v podobě Meziamerické úmluvy o právu aplikovatelném na mezinárodní smlouvy (tzv. Mexická

¹ Na Dánsko se nařízení Řím I. nevztahuje, Velká Británie se nařízení Řím I. neúčastní, pro tyto země se tak od 17.12.2009, kdy vstoupí až na čl. 26 nařízení Řím I. v účinnost, užije původní Římská úmluva.

² Srov. ROZEHNALOVÁ, N., TÝČ V. Evropský justiční prostor v civilních otázkách. Brno : Masarykova univerzita v Brně, 2003, s. 65.

úmluva)³. Úmyslně jsme zmínili slovo „pokus“, neboť ve skutečnosti se v případě této úmluvy nejedná o skutečný unifikační nástroj, neboť Mexickou úmluvu ratifikovaly jen Mexiko a Venezuela⁴, což ale postačovalo ke vstupu v platnost.

U řady článků Mexické úmluvy je možné pozorovat, že inspirací při jejím vzniku byla Římská úmluva.⁵ U Mexické úmluvy však lze pozorovat jiný přístup k *lex mercatoria*, který bude předmětem zájmu tohoto příspěvku.

1. 1. POJEM LEX MERCATORIA

Lex mercatoria lze charakterizovat jako svébytný systém norem mající za společný základ myšlenku existence svébytného systému norem, případně samostatného právního odvětví či dokonce systému práva upravujícího právní vztahy vznikající mezi mezinárodními obchodníky. Společným jmenovatelem těchto norem je skutečnost, že nevznikly v rámci legislativní činnosti státu či států, ale mimo tuto činnost⁶.

Za jednotlivé součásti souboru *lex mercatoria* jsou obvykle považovány⁷:

3. mezinárodní obchodní zvyklosti – v rámci nich je dále rozlišováno mezi zvyklostmi formulovanými jako např. INCOTERMS a neformulovanými či spíše písemně nezachycenými a uměle nedopracovanými
4. obecně uznávané právní principy či zásady – tento termín je chápán různě široce. Některými autory je chápán obdobně ve smyslu čl. 38 (1) c Statutu mezinárodního soudního dvora jako obecné zásady právní uznané civilizovanými národy. V oblasti závazkového práva je stěžejní princip smluvní svobody stran⁸.

S tím vším souvisejí i uměle vzniklé soubory zásad mezinárodních smluv či smluvního práva vytvářené soukromě. Z této oblasti lze v případě Mexické úmluvy, jak bude specifikováno

³ Srov. k jednotlivým fázím vzniku této úmluvy PARRA-ARANGUREN, G. The Fifth Inter-American Specialised Conference on Private International Law – Mexico City, 14-18 March, 1994, in: *E Pluribus Unum – Liber Amicorum Georges A.S. Droz*, Haag, Boston, London : Martinus Nijhoff Publisher, 1996, s. 99 an. Označení Mexická úmluva je pak podle místa uzavření této úmluvy.

⁴ Srov. ke stavu ratifikací www.oas.org.

⁵ Juenger hovoří o tom, že Mexická úmluva kopíruje Římskou úmluvu. Srov. JUENGER, F.K. The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons. *American Journal of Comparative Law*, sv. 42, 1994, s. 386.

⁶ Tak ROZEHNALOVÁ, N. *Právo mezinárodního obchodu*. Brno : Masarykova univerzita v Brně, 2004, s. 128.

⁷ Srov. ROZEHNALOVÁ, N. *Právo mezinárodního obchodu*. Brno : Masarykova univerzita v Brně, 2004, s. 135.

⁸ Pokud jde o další, lze odkázat např. publikaci K. P. Bergera: *International Economic Arbitration* v českém překladu srov. ROZEHNALOVÁ, N. *Právo mezinárodního obchodu*. Brno : Masarykova univerzita v Brně, 2004, s. 136. V případě mezinárodní kupní smlouvy lze uvést MAGNUS, U. *Allgemeine Grundsätze im UN-Kaufrecht*. *Rabels Zeitschrift*, 1995, s. 480 – 490 – některé zásady u tohoto autora se vztahují pouze k mezinárodní kupní smlouvě, jiné mají právě povahu právě obecných zásad právních.

níže, vyzdvihnout Zásady mezinárodních obchodních smluv vypracované organizací UNIDROIT⁹.

2. 2. VOLBA PRÁVA DLE MEXICKÉ ÚMLUVY

Čl. 7 Mexické úmluvy stanoví, že smlouva se řídí právem zvoleným stranami. Tato volba musí být výslovná, pokud není, tak musí vyplývat z chování stran a ustanovení smlouvy jako celku. Zvolené právo nemusí mít vztah ke smlouvě a smluvní strany mohou provést volbu práva ke kterémukoli okamžiku, rovněž je možné změnit již jednou provedenou volbu práva, nesmí však být dotčena práva třetích osob a formální platnost smlouvy¹⁰. Články 7 a 8 Mexické úmluvy umožňují štěpení obligačního statutu (dépeçage). Za povšimnutí je věta v čl. 7, ze kterého vyplývá, že prorogační dohoda nutně neimplikuje volbu práva. Volba práva je omezena otázkami z Mexické úmluvy vyloučených (např. otázky osobního stavu a způsobilosti k právním úkonům, otázky z dědického a rodinného práva, rozhodčí řízení a právo obchodních společností). Pokud by však k Mexické úmlouvě přistoupila země common law, aplikovala by se na trusty. Volba práva také bude omezena aplikací norem mezinárodně kogentních (čl. 11 Mexické úmluvy).

Co se týče lex mercatoria, lze se v teorii mezinárodního práva soukromého setkat s třemi možnostmi aplikace lex mercatoria¹¹:

- a. Subsidiární aplikace, tj. aplikace lex mercatoria v mezích daných kogentními normami práva určeného kolizní normou nebo jinak. Toto pojetí je nejméně vstřícné k možnosti aplikace lex mercatoria.
- b. Aplikace, kdy je lex mercatoria rovnocenné s aplikací národního práva některého státu.
- c. Přednostní aplikaci lex mercatoria, která znamená, že na soukromoprávní vztahy obsahující mezinárodní prvek a spadající svým předmětem do této oblasti, budou aplikovány tyto normy bez dalšího.

V případě Mexické úmluvy nabádají dle názoru Hernández-Bretona čl. 9 odst. 1, 10 Mexické úmluvy k názoru, že je beze vší pochyb možná volba lex mercatoria¹²:

⁹ Srov. stručně k jejich vývoji a především vztah k Mexické úmlouvě HERNÁNDEZ-BRETÓN, E. Internationale Handelsverträge im Lichte der Interamerikanischen Konvention von Mexiko über das auf internationale Verträge anwendbare Recht, IPRax, 1998, s. 383. Dále např. BONELL, M.J. Das UNIDROIT-Projekt für die Ausarbeitung von Regeln für internationale Handelsverträge. Rabels Zeitschrift, 1992, s. 275.

¹⁰ Srov. HERNÁNDEZ-BRETÓN, E. Internationale Handelsverträge im Lichte der Interamerikanischen Konvention von Mexiko über das auf internationale Verträge anwendbare Recht. IPRax, 1998, 380.

¹¹ Srov. ROZEHNALOVÁ, N. Právo mezinárodního obchodu. Brno : Masarykova univerzita v Brně, 2004, s. 138, ROZEHNALOVÁ, N. Lex mercatoria – teorie či fikce. Právník, 1998, č. 11.

¹² Srov. HERNÁNDEZ-BRETÓN, E. Internationale Handelsverträge im Lichte der Interamerikanischen Konvention von Mexiko über das auf internationale Verträge anwendbare Recht, IPRax, 1998, s. 382.

Čl. 9: If the parties have not selected the applicable law, or if their selection proves ineffective, the contract shall be governed by the law of the state with which it has the closest ties.

The Court will take into account all objective and subjective elements of the contract to determine the law of the State with which it has the closest ties. It shall also take into account the general principles of international commercial law recognized by international organizations¹³.

Čl. 10: In addition to the provisions in the foregoing articles, the guidelines, customs, and principles of international commercial law as well as commercial usage and practices generally accepted shall apply in order to discharge the requirements of justice and equity in the particular case.

Hernández-Breton dále uvádí i opačné názory – Fernández Arroyo, Romero, Boggiano – dle kterých volba *lex mercatoria* možná není¹⁴. K tomu, že je možná volba *lex mercatoria* se pak dále přiklání kromě Hernández-Bretona i Juenger¹⁵ a Pereznieta Castro. Volba *lex mercatoria* by tak znamenala teorii rovnocenného postavení. Naproti tomu lze zaznamenat názory, které se k volbě *lex mercatoria* nevyjadřují, ale hovoří spíše o subsidiární aplikaci až ve fázi určení práva náhradním hraničním určovatelem - podle názoru autora k tomuto závěru dochází de Maekelt¹⁶ a Burman¹⁷. Rovněž se v literatuře upozorňuje na to, že čl. 9 Mexické úmluvy se snaží přiznat zvláštní význam Zásadám UNIDROIT přijatým v roce 1994.¹⁸

V této souvislosti lze zmínit i vztah Mexické úmluvy a venezuelského zákona o mezinárodním právu soukromém přijatého v roce 1998. Kolizním závazkům jsou zde věnovány čl. 29 až 33, které v podstatě parafrázuji příslušné články Mexické úmluvy¹⁹. Čl. 31 pak doslovně přebírá znění čl. 10 Mexické úmluvy²⁰.

¹³ Tato formulace byla navržena USA. Srov. BURMAN, H.S. *International Conflict of Laws, The 1994 Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts, and Trends for the 1990s*. The Vanderbilt Journal of Transnational Law, 1995, s. 381.

¹⁴ Srov. HERNÁNDEZ-BRETÓN, E. *Internationale Handelsverträge im Lichte der Interamerikanischen Kovention von Mexiko über das auf internationale Verträge anwendbare Recht*, IPRaX, 1998, s. 381.

¹⁵ Srov. JUENGER, F.K. *The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons*. American Journal of Comparative Law, sv. 42, 1994, s. 392: “*At the same time, article 9 (2), second sentence, clarifies that the parties are free to stipulate to the general principles of international commercial law, a choice the Rome Convention failed to authorize.*”

¹⁶ Srov. de MAEKELT, T. B. *Neues venezolanisches IPR-Gesetz*. Rabels Zeitschrift, 2000, s. 331.

¹⁷ Srov. BURMAN, H.S. *International Conflict of Laws, The 1994 Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts, and Trends for the 1990s*. The Vanderbilt Journal of Transnational Law, 1995, s. 381.

¹⁸ Srov. *ibidem*.

¹⁹ Srov. znění článků v *Yearbook of private international law*. Volume I., 1999, s. 345.

²⁰ Srov. *ibidem*, s. 346.

Z rozhodovací praxe soudů je známo rozhodnutí venezuelského nejvyššího soudu ve věci *Embotelladora Caracas C.A. y otros v. Pepsi Cola Panamericana S.A.*²¹, kde byly aplikovány Zásady UNIDROIT.

3. 3 ZÁVĚREM

Závěrem lze poukázat na skutečnost, že odmítavé názory u některých latinskoamerických autorů mohou souviset s odmítáním volby práva z koncepčních důvodů, volbu práva odmítal i slavný uruguayský právník Quitín Alfonsín²². Pokud má soud brát v úvahu u práva určeného na základě náhradního hraničního určovatele dle čl. 9 obecné principy mezinárodního obchodního práva uznávané mezinárodními organizacemi, proč by mělo být stranám zapovězeno zvolit si *lex mercatoria*? Navíc čl. 10 navíc hovoří, že kromě ustanovení předchozích článků (míněna Hlava II. Mexické úmluvy), se aplikují návody, zvyky a principy mezinárodního obchodního práva, jakož i zvyklosti praktiky obecně uznávané, aby bylo učiněno zadost požadavkům spravedlnosti v konkrétním případě.

Volba práva v Mexické úmluvě představuje moderní úpravu, která v podstatě zcela vychází z Římské úmluvy, přístup k *lex mercatoria* není zcela dotážen, z předestřených názorů v literatuře je dle našeho názoru zřejmé, že osciluje mezi teorií rovnocenného postavení a subsidiárním použitím. Přestože jde Mexická úmluva v přístupu k *lex mercatoria* dále než Římská úmluva, volba *lex mercatoria* patrně mohla být obsažena přímo v ustanoveních o volbě práva, předešlo by se tak sporům.

Literature:

- BONELL, M.J. Das UNIDROIT-Projekt für die Ausarbeitung von Regeln für internationale Handelsverträge. *Rabels Zeitschrift*, 1992
- BURMAN, H.S. International Conflict of Laws, The 1994 Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts, and Trends for the 1990s. *The Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1995
- de MAEKELT, T. B. Neues venezolanisches IPR-Gesetz. *Rabels Zeitschrift*, 2000
- HERNÁNDEZ-BRETÓN, E. Internationale Handelsverträge im Lichte der Interamerikanischen Kovention von Mexiko über das auf internationale Verträge anwendbare Recht, *IPRaX*, 1998
- JUENGER, F.K Contract Choice of Law in the Americas. *The American Journal of Comparative Law*. 1997, sv. 45

²¹ Srov. de MAEKELT, T. B. Neues venezolanisches IPR-Gesetz. *Rabels Zeitschrift*, 2000, s. 331.

²² Srov. JUENGER, F.K Contract Choice of Law in the Americas. *The American Journal of Comparative Law*. 1997, sv. 45, s. 197.

- JUENGER, F.K. The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons. *American Journal of Comparative Law*, sv. 42, 1994
- MAGNUS, U. Allgemeine Grundsätze im UN-Kaufrecht. *Rabels Zeitschrift*, 1995
- PARRA-ARANGUREN, G. The Fifth Inter-American Specialised Conference on Private International Law – Mexico City, 14-18 March, 1994, in: *E Pluribus Unum – Liber Amicorum Georges A.S. Droz*, Haag, Boston, London : Martinus Nijhoff Publisher, 1996
- ROZEHNALOVÁ, N., TÝČ V. *Evropský justiční prostor v civilních otázkách*. Brno : Masarykova univerzita v Brně, 2003
- ROZEHNALOVÁ, N. Lex mercatoria – teorie či fikce. *Právník*, 1998, č. 11
- ROZEHNALOVÁ, N. *Právo mezinárodního obchodu*. Brno : Masarykova univerzita v Brně, 2004
- *Yearbook of private international law. Volume I.*, 1999

Reviewer:

Naděžda Rozehnalová

Contact – email:

74306@mail.muni.cz

QUO VADIS PROROGACE?

VLADIMÍR DOLEŽEL

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Příspěvek se zabývá otázkou prorogačního ujednání, jakožto nejsilnějšího projevu autonomie vůle stran v oblasti mezinárodního práva procesního. Do budoucna lze počítat se třemi základními právními předpisy: novým ZMPS, nařízením Brusel I a konvencí o dohodách o volbě soudu. Tyto tři předpisy jsou podrobeny komparaci s cílem nejen rozebrat jejich obsah, ale i zjistit jejich limity a vzájemný vztah. Jako výsledek je na konci uvedeno shrnutí o pravděpodobné budoucí situaci v oblasti prorogace.

Key words in original language:

Prorogace; volba soudu; fórum; konvence o volbě soudu; nařízení Brusel I.

Abstract:

This paper deals with a prorogation clause, as the most important sign of will of parties in international procedural law. In the future, there will be 3 main legal documents in the area: new PIL, regulation Brussels I and Convention on choice of court agreements. These documents are being compared with the aim not only to analyze them, but also find out their limits and their interaction. As a result a summary on likely situation in prorogation in the future is given at the end.

Key words:

Prorogation; choice of court agreement; forum; convention on choice of court agreements; regulation Brussels I.

Český právní řád prochází obdobím bouřlivých změn. Zásadní změnou byl vstup České republiky mezi členské země Evropské unie, který přinesl přednostní aplikaci evropského práva¹. Současná vláda pokračuje v pracích na reformě stávajících a tvorbě nových právních kodexů. Vznikl nový trestní zákon, připravuje se nový civilní kodex². Změn ušetřena nezůstala ani oblast mezinárodního práva soukromého. Novou podobu má získat i zákon o mezinárodním právu soukromém³ (dále jen "nový ZMPS"). Ten již prošel připomínkovým řízením a oproti původnímu návrhu doznal v některých částech významných změn. Dle

1Pauknerová, M. Evropské mezinárodní právo soukromé. 1.vyd. Praha : C.H. Beck, 2008. ISBN 978-80-7400-034-8. s. 67.

² Podrobnosti o chystaných změnách lze nalézt zde <http://www.reformajustice.cz>

³ Text návrhu je dostupný na adrese http://obcanskyzakonik.justice.cz/tinymce-storage/files/Zakon_o_mezinarodnim_pravu_soukromem_po_pripominkach.pdf [cit. 25.6.2009]

představ ministerstva spravedlnosti by nový ZMPS měl nabýt účinnosti ve stejný den jako nový občanský zákoník a obchodní zákon⁴.

Statické však není ani dění na mezinárodní právní scéně. Vznikají návrhy nových konvencí a mezinárodních smluv. Mezinárodní organizace zabývající se mezinárodním právem soukromým plní své poslání a produkují nové a nové návrhy směřující ke zjednodušení a globalizování mezinárodních právních vztahů v oblasti civilního práva. Jedním z těchto produktů je text konvence o dohodách o volbě soudu, ze dne 30. června 2005 (dále jen "CCCA")⁵, která vznikla v rámci globální mezivládní organizace Haagská konference o mezinárodním právu soukromém⁶. CCCA je již nyní široce diskutovaným nástrojem, byť zatím není účinná⁷. CCCA bude existovat vedle Nařízení (ES) č. 44/2001, o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech (dále jen "nařízení Brusel I")⁸, Bruselské a Luganské úmluvy a také vedle národních právních úprav. Cílem CCCA je sjednotit úpravu exkluzivní prorogace.

Tento příspěvek si dává za cíl nastínit budoucí stav v oblasti právní úpravy prorogačního ujednání, jakožto nejvýznamnějšího projevu autonomie vůle stan v oblasti mezinárodního práva procesního. Zkoumány tak budou shody, rozdíly a způsob vzájemné koexistence mezi novým ZMPS, CCCA a nařízením Brusel I v otázce prorogačního ujednání.

Převládající metodou uchopení problematiky bude komparace příslušných ustanovení na základě jejich analýzy. Tím by měly být přehledně zobrazeny rozdíly v jednotlivých právních úpravách v důsledku čehož bude možné stanovit způsoby vzájemné interakce mezi zkoumanými právními předpisy. Předpisy budou podrobeny komparaci v ustáleném pořadí: nový ZMPS, nařízení Brusel I, CCCA.

1. SYSTEMATIKA PROROGAČNÍCH NOREM

Již se samotné povahy předpisů, v němž jsou příslušné normy zakotveny vyplývají odlišnosti v systematice. Zatímco nový ZMPS a nařízení Brusel I jsou právními předpisy s širší věcnou

⁴Viz <http://obcanskyzakonik.justice.cz/cz/zakon-o-mezinarodnim-pravu-soukromem/obecna-vychodiska-navrhu-obchodniho-zakoniku.html> [cit. 3.5.2009]

⁵ Text konvence je dostupný na adrese http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=98 [cit. 3.5.2009]

⁶ Pro bližší informace <http://www.hcch.net> [cit. 3.5.2009]

⁷ Podle čl. 31 CCCA nabude CCCA účinnost prvního dne měsíce následujícího po 3 měsících od uložení ratifikace či akceptace či akcese druhého státu. Ke dni tohoto příspěvku CCCA ratifikovalo Mexiko a podepsaly USA a EU. Aktuální stav lze nalézt na adrese http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=98 [cit. 3.5.2009]

⁸ Text nařízení je dostupný na adrese <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?checktexts=checkbox&val=258092%3Acs&pos=7&page=1&lang=cs&pgs=10&nbl=8&list=480817%3Acs%2C451583%3Acs%2C432569%3Acs%2C274261%3Acs%2C261587%3Acs%2C260050%3Acs%2C258092%3Acs%2C258091%3Acs%2C&hwords=&action=GO&visu=%23texte> [cit. 3.5.2009]

působností, v nichž se jen určité normy zabývají otázkou prorogace, CCCA je mezinárodní smlouvou, jejímž předmětem je ujednání o volně soudu (prorogace) a uznání a výkon rozhodnutí vydaných na základě takového ujednání⁹.

Prorogace je v novém ZMPS upravena v ust. §85, §86 a §88. Ustanovení §85 se týká prorogace českých soudů. Prorogace zahraničních soudů, tedy z pohledu České republiky derogace pravomoci českých soudů, je upravena v ust. §86 nového ZMPS. Jak ust. §85, tak §86 představují obecná ustanovení o prorogaci. Ust. §88 nového ZMPS je ustanovením speciálním vůči oběma prvně jmenovaným, upravující prorogaci v pracovních vztazích.

Nařízení Brusel I se prorogací zabývá zejména v ust. čl. 23. Někdy je za specifickou verzi prorogace považována i úprava obsažená v čl. 24 nařízení Brusel I. Jiní autoři tuto normu označují termínem “podřízení se řízení” a neřadí ji mezi prorogační ustanovení. Speciální normy upravující prorogaci v oblastech pojistných, spotřebitelských a pracovních vztahů jsou obsaženy v čl. 13,17 a 21. Předřazení *lex specialis* v čl. 13,17 a 21 nařízení Brusel I před obecnou úpravou obsaženou v čl. 23 je poněkud nezvyklé. Obvykle jsou *lex specialis* umístěna za *lex generalis*. Tato odchylka však na povaze ustanovení čl. 13,17 a 21 nařízení Brusel I jako *lex specialis* nic nemění¹⁰. Z hlediska vzájemného poměru pak v oblastech, které normy obsažené v čl. 13,17 a 21 nařízení Brusel I neupravují (např. otázka formy), bude nutné aplikovat pravidla obsažená v čl. 23.

V CCCA je prorogace upravena v oddílu I a II. Oddíl I je představován čl. 1-4 a je věnován samotné prorogační dohodě, její definici a definici termínů s prorogací spojených. Oddíl II, tvořený čl. 5-7 pak stanovuje signatářským státům povinnosti a práva v případech uzavření prorogační dohody v režimu CCCA. CCCA neobsahuje žádná *lex specialis* pro specifické oblasti právních vztahů.

Zachování systematiky, kdy se explicitně odděluje režim prorogace a režim derogace je typickým znakem české právní úpravy prorogace. Domnívám se, že se jedná o projev národního původu právního předpisu. Vzhledem k působnosti norem nového ZMPS pouze na území České republiky se domnívám, že zachování odděleného režimu prorogace a derogace je vhodné, a to z důvodu srozumitelnosti a aplikační jednoduchosti. Nařízení Brusel I ani CCCA žádná ustanovení o derogaci neobsahují. To je pravděpodobně dáno mezinárodním původem obou norem¹¹. Nařízení Brusel I působí na území ES mimo Dánska¹² a CCCA na území signatářských států a výslovná úprava derogace by tak na rozdíl od úpravy vtahující se pouze k jednomu státu znamenala komplikaci a zesložnění systému prorogace norem o

⁹ Všechny tři srovnávané právní předpisy obsahují ustanovení o uznávání a výkonu rozhodnutí vydaných v jimi určeném režimu. Tento příspěvek se však věnuje výhradně otázce prorogačního ujednání jako takového.

¹⁰ Podobně Rozehnalová, N., Týč, V., Novotná, M. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. 1. vyd. Brno: MU v Brně, 2000. ISBN 80-210-1867-4. s.181.

¹¹ Nařízení vzniklo transformací z tzv. Bruselské úmluvy.

¹² Pauknerová, M. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. 1. vyd. Praha : C.H. Beck, 2008. ISBN 978-80-7400-034-8. s. 127.

prorogaci. Nový ZMPS se však zřejmě inspiroval nařízením Brusel I v oblasti prorogace v pracovních vztazích. Ačkoliv prorogace v pracovních vztazích byla možná i dle současného znění ZMPS, tento na rozdíl od nového ZMPS žádnou speciální normu pro tuto oblast neobsahoval.

2. VĚCNÁ PŮSOBNOST

Věcná působnost norem o prorogaci vymezuje oblast právních vztahů u kterých lze pravomoc soudů prorogovat. Jedná se proto o stěžejní otázku.

Nový ZMPS vymezuje věcnou působnost norem o prorogaci v ust. §85 a §86 slovy “ve věcech závazkových a jiných majetkových práv.” Dovětek “a jiných majetkových práv” byl do nového ZMPS doplněn v připomínkovém řízení, neboť věcná působnost na věci závazkové byla užší než věcná působnost ve stávajícím zákonu č.97/1963Sb, o mezinárodním právu soukromém a procesním, ve znění pozdějších předpisů (dále jen “stávající ZMPS”)13. V ust. §88 je věcná působnost vymezena na “věci pracovní”. Důvodová zpráva tyto termíny nijak nekonkretizuje. Všechny termíny - pracovní právo a závazkové právo i majetková práva jsou standardními termíny české právní terminologie a ačkoliv se jistě vyskytnou otázky jejich výkladu v mezních situacích, bude se nejspíše jednat o minoritní problematiku. Limity věcné působnosti ust. §85 a §86 nového ZMPS mohou být otázky sporů z porušování práv k nehmotným statkům, či některé instituty rodinného práva, jako např. výživné manžela. V obou případech zřejmě budou nastolené otázky spadat pod prorogační ustanovení, neboť u nich lze sledovat obvykle určitý majetkový reflex. Je pravděpodobné, že oba termíny budou justiční praxí vykládány extenzivně, tak jako tomu bylo u termínu “majetkové spory” použitého ve stávajícím ZMPS14

Věcná působnost čl. 23 nařízení Brusel I i dalších výše uvedených článků upravujících prorogaci v nařízení Brusel I je dána věcnou působností nařízení Brusel I samotného, upravenou v čl. 1 odst. 1 - věci občanské a obchodní, s omezeními uvedenými v čl. 1 odst. 2. nařízení Brusel I. Termín “věci občanské a obchodní” je třeba vykládat autonomně15. Právo ES obecně nerozlišuje mezi oblastí práva soukromého a veřejného, významná část judikatury, zabývající se výkladem termínu “věci občanské a obchodní” je proto soustředěna na určení věcí občanských a obchodních z tohoto pohledu a vymezení působnosti nařízení Brusel I vůči aktům veřejné moci a právním vztahům s veřejnou mocí16. Pro českého právníka je taková

¹³ K tomu blíže Doležel, V. Comparison of provisions on prorogation in current and proposed versions of the Czech statute on private international law and regulation (ES) No. 44/2001. In *Dny práva - 2008-Days of Law*. 1. vyd. Brno:Tribun EU s.r.o., 2008. ISBN 978-80-210-4733-4.

¹⁴ Kučera, Z., Tichý, L. *Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním. Komentář*. 1. vyd. Praha: Panorama, 1989. ISBN 11-057-89. s. 222.

¹⁵ Pauknerová, M. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. 1. vyd. Praha : C.H. Beck, 2008. ISBN 978-80-7400-034-8. s. 128.

¹⁶ Blíže Pauknerová, M. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. 1. vyd. Praha : C.H. Beck, 2008. ISBN 978-80-7400-034-8. s. 130.

otázka hůře pochopitelná, neboť v českém právu je prorogace čistě soukromoprávní institut a hranice mezi soukromým a veřejným právem je v českém právním řádu vymezena jasněji než v právu ES. Z hraničních rozhodnutí ESD v rozsudku De Cavel II¹⁷ připustil aplikaci Bruselské úmluvy na předběžné opatření ohledně plateb měsíčního výživného mezi manželi a naopak rozsudkem De Cavel I¹⁸ nepřipustil aplikaci na ochranné opatření zmrazení majetku při rozvodovém řízení. Spory z práv k nehmotným statkům zřejmě pod rozsah nařízení Brusel I spadat budou. Celkově lze říci, že nařízení Brusel I upravuje užší oblast vztahů než nový ZMPS.

Na prorogaci ve věcech občanských a obchodních je zaměřena i věcná působnost CCCA. V jejím případě je však velmi zajímavá otázka určování obsahu těchto pojmů. CCCA ve svých ustanoveních definuje mnohé pojmy. Avšak termíny občanské a obchodní definuje jen částečně, a to negativním vymezením v čl. 2 CCCA. Podle toho se CCCA nevztahuje zejména na prorogační ujednání ve spotřebitelských a pracovněprávních vztazích, včetně smluv z kolektivního vyjednávání (čl. 2 odst. 1 CCCA). Další limity jsou stanoveny v ust. čl. 2 odst. 2 CCCA. Naopak podle CCCA je možné sjednávat prorogační ustanovení ve věcech pojištění a zajištění (čl. 17 CCCA), ovšem vzhledem ke znění čl. 2 odst. 1 písm a) CCCA se bude muset jednat o pojistné smlouvy mezi profesionály a nikoliv pojištění poskytovaná spotřebiteli. Pro další výklad pojmů občanský a obchodní CCCA uvádí v ust. čl. 23, že konvence má být vykládána s ohledem na její mezinárodní charakter a s nutností zajištění její uniformní aplikace. Jedná se o standardní přístup k výkladu mezinárodních pramenů práva¹⁹. V podobném smyslu se vyjadřuje Evropský soudní dvůr (dále jen "ESD") směrem k autonomnímu výkladu některých termínů použitých v nařízení Brusel I. Vystává tak zajímavá otázka, na kolik může výklad termínů "věci občanské a obchodní" podaný ESD sloužit k výkladu stejných termínů obsažených v CCCA. Je jisté, že ESD nebyla svěřena pravomoc k výkladu CCCA. Taková pravomoc ohledně CCCA nebyla svěřena žádné instituci. ESD judikoval, že pojmy "občanské a obchodní" obsažené v nařízení Brusel I mají být vykládány autonomně, tedy bez závislosti na národním právním řádu, a tedy lze říci v souladu s mezinárodním charakterem. Při konkrétních případech, kdy byly ve sporech vymezovány limity věcí občanských a obchodních, pak ESD v tomto směru postupoval. Nevycházel z národního právního řádu, ale ze studia mnohých právních řádů, čímž naplnil požadavek ohledu na mezinárodní charakter. Domnívám se proto, že vymezení pojmů podané ESD je dalece lepším vodítkem než vymezení podávané národními soudy nebo dokonce výklad těchto pojmů prismatem národního právního řádu.

3. OSOBNÍ PŮSOBNOST NOREM A PODMÍNKY PROROGACE

Samotné vymezování osobní působnosti norem o prorogaci by bylo velmi jednoduché, v této oblasti nelze předpokládat výrazné rozdíly. Určité skupiny osob však požívají zvláštní

¹⁷ Rozsudek ESD č. 120/79 Louise de Cavel v. Jacques de Cavel

¹⁸ Rozsudek ESD č. 143/78 Jacques de Cavel v. Louise de Cavel

¹⁹ Blíže Kučera, Z. Mezinárodní právo soukromé. 4. vyd. Brno: Doplněk, 1999. ISBN 80-7239-037-6. s.196n.

ochrany, díky čemuž je možnost sjednávání prorogačního ujednání s nimi omezeno nebo vázáno na splnění určitých podmínek. Vzhledem k tomu, že obě tyto otázky se týkají určité skupiny osob, spojím je dohromady.

Nový ZMPS nevymezuje v žádné ze zkoumaných norem zvláštní osobní působnost. Zvláštní podmínky pro derogaci pravomoci českých soudů jsou dány v ust. §86 odst. 1 věta druhá nového ZMPS, které zní “Ve věcech pojištění a spotřebitelských smluv je takové ujednání přípustné jen po vzniku sporu nebo jestliže umožňuje pouze pojistníkovi, pojištěnému, jiné oprávněné osobě, poškozenému nebo spotřebiteli zahájit řízení u soudu jiného státu.” Tím zajišťuje beneficentům právní úpravy spotřebitelských a pojistných smluv vyšší míru ochrany a omezuje možnosti sjednání prorogace časově i prostorově. Pro oblast pracovních vztahů disponuje ust. §88 odst. 2 nového ZMPS analogii citované úpravy pro pojistné a spotřebitelské smlouvy. Nový ZMPS tak překročil stín stávajícího ZMPS, který rozlišoval mezi právníky a fyzickými osobami²⁰.

Jak jsem již uvedl výše, nařízení Brusel I se nezabývá explicitně derogací pravomoci. Z hlediska subjektu nerozlišuje mezi právníky a fyzickými osobami. Podmínkou aplikovatelnosti čl. 23 odst. 1. nařízení Brusel I však je, aby alespoň jedna strana, lhostejno zda žalobce či žalovaný, měla bydliště na území ES a zároveň musí být prorogován soud členského státu. Nařízení Brusel I rovněž limituje možnosti prorogace pouze na soudy členských států²¹. Toto omezení je logické vzhledem k povaze nařízení. Speciální normy o prorogaci obsažené v čl. 13,17,21 shodně upravují vztahy, kdy jedna ze stran je výrazně ekonomicky silnější. Z důvodu ochrany slabší strany proto stanovují pro možnost sjednání prorogace další omezení a podmínky. Ve vztazích pojistných, spotřebitelských a pracovních smluv může být prorogace sjednána pouze po zahájení sporu a ve prospěch slabší strany, aby tato mohla zahájit spor i u jiných soudů než těch určených v nařízení Brusel I²². I v tomto bodu lze spatřovat inspiraci nového ZMPS nařízením Brusel I.

U CCCA žádná z norem nemá zvláštní osobní působnost. Vzhledem k tomu, že vztahy spotřebitelské a pracovní jsou vyloučeny z dosahu CCCA, neobsahuje CCCA pro prorogaci ani žádnou zvláštní podmínku.

4. FORMA PROROGAČNÍ DOLOŽKY

Nový ZMPS vyžaduje pro prorogační dohodu písemnou formu jak pro prorogaci dle ust. §85, §88, tak pro derogaci dle ust. §86. Není povinnost, aby dohoda byla uzavřena na jedné listině. Vyhovuje i situace, kdy dohoda byla sjednána ústně a následně písemně potvrzena. Nový ZMPS se nevyslovuje k méně tradičním způsobům uzavírání smluv. Zatímco fax může být považován dodržení písemné formy, u e-mailu bude záležet zda bude elektronicky podepsán.

²⁰ K tomu blíže Kučera, Z., Tichý, L. Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním. Komentář. 1. vyd. Praha: Panorama, 1989. ISBN 11-057-89. s. 224.

²¹ Oficiální překlad Nařízení je v tomto místě zavádějící a evokuje možnost prorogovat prostřednictvím čl. 23 pouze soudy bydliště strany. Jedná se o chybný překlad. Anglická a německá verze textu Nařízení umožňuje prorogaci soudů jakéhokoliv členského státu.

²² Pro bližší detaily u jednotlivých typů smluv - viz text nařízení Brusel I.

Nařízení Brusel I je výrazně benevolentnější. Požaduje sice písemnou formu, ale v důsledku praktik a zvyklostí připouští i dohodu ústní nebo dokonce konkludentní. Nadto se nařízení Brusel I explicitně vyjadřuje k elektronickým způsobům komunikace, které, pokud umožňují trvalý záznam dohody, staví na roveň s písemnou formou. I zde bude možno dohodu uzavřít na jednom či více dokumentech.

CCCA je z pohledu formy prorogační doložky poměrně striktní. Je vyžadována písemná forma, přičemž tato je blíže specifikována v čl. 3, písm. c). V první řadě je pro zachování písemné formy dostačující, je-li sjednaná prorogační dohoda písemně potvrzena. Přitom se za písemnou formu považuje papírová podoba nebo jiná podoba komunikace, která umožňuje zachování obsahu informací a jeho pozdější vyvolání. Bohužel CCCA neumožňuje prorogaci v důsledku praktik zavedených mezi stranami či obchodních zvyklostí.

Společné všem normám je, že pod písemnou formu nezahrnují ujednání o prorogaci obsažené v obchodních podmínkách na zadní straně formulářové smlouvy. Nejedná se explicitně o ustanovení, ale k tomuto závěru docházela soudní praxe²³. U CCCA tento závěr ještě nebyl judikován, ale vzhledem k tomu, že se jedná o standardní a dlouhodobý přístup k této otázce, lze takový závěr s nejvyšší pravděpodobností očekávat. Je politováníhodné, že nová česká norma nepřevzala rozšířený systém, kdy v důsledku zvyklostí a praktik nebývá trváno na písemné formě²⁴. Rovněž neakceptaci moderních prostředků komunikace nelze kvitovat u nové právní úpravy.

5. ČAS UZAVŘENÍ PROROGAČNÍ DOLOŽKY, ROZSAH VZÁJEMNÝCH VZTAHŮ NA KTERÉ DOPADÁ PROROGACE

Časový rozměr zahrnuje velikou šíři možností, kdy může být prorogační dohoda sjednána a uzavřena. Může to být dopředu při sjednávání právního rámce vzájemných právních vztahů. Častou možností pak bude při uzavírání samotné smlouvy. Strany se na uzavření prorogačního ustanovení mohou dohodnout až v momentě sporu, ale také až v průběhu sporu. Ne všechny tyto možnosti musí být stranám nutně přístupné. Záleží na normách upravujících prorogaci, zda nevystaví limity.

Pro oblast vztahů, ve kterých je uzavření prorogace dovoleno, obecně platí, že lze uzavřít prorogaci pro celou oblast vzájemných vztahů, pro konkrétní právní vztah nebo pouze pro určité otázky z oblasti nebo konkrétního právního vztahu.

Nový ZMPS se otázkou času uzavření prorogace zabývá pouze v zájmu ochrany slabší strany u pojistných, spotřebitelských a pracovních smluv, a to omezením možností prorogace po vzniku sporu, pokud ujednání nemá jednostranně rozšiřovat práva slabší strany. Žádné mantinely nejsou vystavěny co do rozsahu vzájemných vztahů.

U nařízení Brusel I je situace značně složitější. Český překlad inkriminovaného ustanovení čl. 23 zní "... v již vzniklém nebo budoucím sporu z určitého právního vztahu...". Není pochyb

²³ Rozehnalová, N., Týč, V., Novotná, M. Evropské mezinárodní právo soukromé. 1.vyd. Brno: MU v Brně, 2000. ISBN 80-210-1867-4. s. 201.

²⁴ Takové schéma je zakotveno např. ve Vídeňské úmluvě OSN o mezinárodní koupi zboží.

o tom, že prorogační doložku lze uzavřít kdykoliv před i po vzniku sporu. Jazykový výklad vede k závěru, že platně jde prorogační doložku uzavřít jen pro konkrétní právní vztah²⁵, nikoliv pro oblast právních vztahů mezi stranami²⁶. Jedná se o dle mého názoru závažné omezení. Další limity Nařízení jsou zakotveny v ustanoveních týkajících se spotřebitelských, pracovních a pojistných smluv, kdy z důvodu ochrany ekonomicky slabší strany je možné prorogační doložku platně sjednat pouze po vzniku sporu. I v tomto bodu je zjevná inspirace nového ZMPS nařízením Brusel I.

CCCA je, stejně jako nařízení Brusel I, omezeno pouze na konkrétní právní vztah (čl. 3 písm. a)). Z pohledu času uzavření prorogační smlouvy pak CCCA zasahuje prorogační doložky uzavřené jak před vznikem, tak po vzniku sporů (čl. 3 písm. a)).

6. EFEKTY PROROGAČNÍHO USTANOVENÍ - EXKLUZIVITA PROROGACE

V teorii se vyskytují dva možné přístupy k prorogační doložce. Dle prvního je k projednání sporu příslušné pouze fórum, které je prorogováno a jiné soudy se nesmí sporem zabývat. V tomto pojetí se jedná o exkluzivní prorogaci. V druhém pojetí si sice strany zvolily fórum, avšak i jiné soudy mohou spor projednat, pokud jim strany spor předloží. Jedná se o neexkluzivní prorogaci. Strany většinou tuto problematiku výslovně neřeší a tak často záleží na pohledu fóra, zda prorogaci považuje za exkluzivní, či ne.

Věta první ust. § 86 odst. 2. nového ZMPS, svědčí o přijetí koncepce exkluzivity prorogovaného fóra. Dle písmena a) odst. 2. ust. §86 nového ZMPS české soudy i přes derogaci jejich pravomoci spor projednají, pokud strany prohlásí, že na ujednání netrvají. Dle mého názoru tímto ustanovením není koncept exkluzivní prorogace narušen, neboť obsahem prohlášení stran je změna prorogační dohody²⁷. Dle písmen b) a c) však český soud spor projedná, pokud by rozhodnutí vydané v cizině nemohlo být v České republice uznáno nebo jestliže se zahraniční soud odmítl věcí zabývat [přestože byl prorogován - pozn. autora]. Obě možnosti znamenají nepochybně porušení exkluzivity prorogovaného fóra. Při zcela striktním pohledu by se tak zdálo, že nový ZMPS přijal koncepci neexkluzivní prorogace. Důvodová zpráva v komentáři k ust. §87 uvádí, že se jedná o výjimky z koncepce exkluzivní prorogace, které jsou do textu zákona vtěleny ze zcela praktických důvodů²⁸, s čímž nelze než souhlasit.

Nařízení Brusel I výslovně uvádí v čl. 23, že pravomoc soudů dohodnutá mezi stranami je výlučná, není-li v dohodě uvedeno jinak. Výjimku tvoří čl. 24 Nařízení, tzv. podřízení se

²⁵ V anglické verzi “particular legal relationship”.

²⁶ Shodně Rozehnalová, N., Týč, V., Novotná, M. Evropské mezinárodní právo soukromé. 1. vyd. Brno: MU v Brně, 2000. ISBN 80-210-1867-4. s. 197.

²⁷ Určitá výjimečnost tohoto ustanovení tak spočívá v tom, že písemná prorogační dohoda může být měněna i ústním prohlášením stran.

²⁸ Ministerstvo spravedlnosti. Důvodová zpráva k návrhu zákona o mezinárodním právu soukromém. [online] 2009. [cit. 29.11.2009] Dostupný z: http://obcanskyzakonik.justice.cz/tiny-mce-storage/files/Zakon_o_mez_pravu_soukromem-duvodova_zprava_po_pripominkach.pdf s.23.

řízení, které obsahem a smyslem odpovídá ust. §86 odst. 2. písm. a) nového ZMPS. Ve vztahu k prorogačním dohodám, které nespádají pod rozsah nařízení Brusel I29 avšak prorogují soud členského státu pak v odst. 3. čl 23 Nařízení je upravena situace obdobně s ust. §86 odst. 2. písm. c) nového ZMPS.

Působnost CCCA je omezena pouze na exkluzivní prorogační ujednání (čl. 1 odst. 1 CCCA), přičemž, pokud není výslovně ujednáno mezi stranami jinak, má se za to, že se jedná o prorogaci exkluzivní. Koncepce exkluzivní prorogace je částečně prolomena v čl. 6 CCCA. Tento článek umožňuje, aby věc projednal i soudy jiného než prorogovaného fóra, pokud je prorogační dohoda neplatná, byla by způsobena zjevná nespravedlnost nebo nastal rozpor s veřejným pořádkem, dohoda nemůže být rozumně vykonána nebo prorogovaný soud odmítl řízení zahájit. Jedná se o stejné výjimky, jaké byly popsány u nového ZMPS.

7. DŮSLEDKY NEDODRŽENÍ PROROGAČNÍ DOHODY

Ačkoliv všechny předpisy přiznávají sudišti zvolenému stranami exkluzivitu pro řešení sporu, v praxi se mohou vyskytnout případy, kdy soudy některého státu tuto exkluzivitu poruší.

Na základě ust. §16 odst. 1 písm. a) nového ZMPS soud neuzná pravomocná cizí rozhodnutí, pokud “věc náleží do výlučné pravomoci českých soudů”. Nedodržení dohod o derogaci českých soudů tak nebrání aby cizí rozhodnutí mohlo být uznáno v České republice. Jak je to však v případech, kdy jsou prorogovány české soudy, ale přesto ve věci rozhodne zahraniční soud? Ve světle předchozího odstavce by měly v důsledku exkluzivity volby rozhodovat o věci výlučně české soudy. Otázku, zda judikatura nevyužije zúženého výkladu termínu “výlučná pravomoc” např. na spory z práv k nemovitostem, vyřešilo poslední znění nového ZMPS, kdy k původnímu textu zmíněného ustanovení bylo přidáno “ledaže se účastník řízení pravomoci cizího orgánu dobrovolně podrobil”. Je tak nepochybné, že pakliže se účastníci i přes uzavřenou prorogační dohodu podrobí pravomoci jiného soudu, bude takové rozhodnutí uznatelné a vykonatelné.

Z pohledu nařízení Brusel I se rozhodnutí vydané soudem, který ve věci jednal v rozporu se sjednanou prorogací přesto uzná, neboť oddíl 7. nařízení Brusel I, který prorogaci upravuje, není vyjmenován mezi oddíly, jejichž nedodržení způsobí neuznání rozhodnutí. Cílem zřejmě bylo zajistit maximálně snadný oběh rozhodnutí. Považuji za významné připomenout, že oblast uznávání v nařízení Brusel I je čistě intrakomunitární³⁰ a jedná se tudíž pouze o uznávání rozhodnutí jiných členských států. Vycházím-li z premisy, že ve všech členských státech je zajištěna určitá minimální míra spravedlnosti jak procesněprávní, tak hmotněprávní, pak je pochopitelné, že rozhodnutí věci jiným než prorogovaným fórem není problémem, pro který by rozhodnutí nemělo být uznáváno.

V CCCA je uznání a výkon rozhodnutí vydaných na základě dohody o exkluzivní prorogaci podle CCCA upraveno v hlavě III. CCCA. Mezi důvody, pro které by bylo možné odepřít uznání či výkon cizího rozhodnutí, a které jsou uvedeny v čl. 9 CCCA, jako důvod rozhodnutí

²⁹ Např. žádná ze stran nemá bydliště v členském státu.

³⁰ Pauknerová, M. Evropské mezinárodní právo soukromé. 1. vyd. Praha : C.H. Beck, 2008. ISBN 978-80-7400-034-8. s. 133.

vydané soudem jiného fóra, než které bylo prorogováno nefiguruje. To je poměrně logické, neboť samotná CCCA v čl. 6 sice zakazuje, aby soudy jiného státu než prorogovaného zahajovaly či pokračovaly v řízení, avšak v písm. a) - e) zmíněného článku činí výjimky z uvedeného pravidla. Zajímavou otázkou bude, zda rozhodnutí vydaná na základě výjimek daných v čl. 6, písm. a)-e) CCCA budou uznatelná a vykonatelná v režimu CCCA, ačkoliv tato konvence v čl. 8 odst. 1 CCCA omezuje svůj režim uznání a výkonu pouze na rozhodnutí vydaná soudem členského státu určeného učiněnou exkluzivní volbou stran, případně soudem na kterého byla pravomoc spor rozhodnout přenesena podle čl. 5 odst. 3 CCCA. Bližší studium této otázky by překračovalo vymezený předmět této práce.

8. VZÁJEMNÉ VZTAHY MEZI PŘEDPISY

Vztah mezi novým ZMPS a nařízením Brusel I je dán principem aplikační přednosti³¹, ze kterého plyne že v případech, kdy bude možné v otázce prorogace aplikovat jak nový ZMPS, tak nařízení Brusel I, použije se norma obsažená v nařízení Brusel I. Nový ZMPS se tak bude používat pouze v případech na které nedopadá nařízení Brusel I. Jako příklad lze uvést prorogaci českých soudů jako neutrálního fóra ve sporech, kdy žádný z účastníků nemá bydliště na území ES nebo prorogace soudů mimo ES. Takový závěr je potvrzen i výslovně v ust. §3 nového ZMPS.

CCCA představuje mezinárodní konvenci a jako taková by měla mít přednost před novým ZMPS. “Problém” s takto jednoduchým vymezením postavení CCCA spočívá ve způsobu jejího přijetí, kdy na základě čl. 61 písm. c) a čl. 65 Smlouvy o Evropských společenství jsou to právě evropská společenství (dále jen “ES”), která jsou za splnění určitých podmínek výlučně oprávněna sjednávat závazky se třetími zeměmi a mezinárodními organizacemi³². Haagská konference mezinárodního práva soukromého, jakožto autor CCCA, je právě takovou organizací a změnou svého Statutu umožnila, aby se členy staly regionální organizace ekonomické integrace. ES rozhodnutím Rady č. 2006/719/ES vymezila v jakém rozsahu přecházejí pravomoci přijímat opatření v oblasti mezinárodního práva soukromého z členských států na ES a přijetí CCCA do této působnosti patří. Obecně platí, že mezinárodní smlouvy sjednané ES mají přednost před sekundárním právem ES³³. Vztah mezi CCCA a předpisy ES je v otázce prorogace výslovně upraven v ust. čl. 26 odst. 6 písm. a) CCCA. CCCA se bude aplikovat přednostně ve všech případech, s výjimkou případů, kdy obě smluvní strany prorogačního ujednání budou rezidenty³⁴ členských států ES³⁵.

³¹ blíže Pauknerová, M. Evropské mezinárodní právo soukromé. 1. vyd. Praha : C.H. Beck, 2008. ISBN 978-80-7400-034-8. s. 67n.

³² blíže Pauknerová, M. Evropské mezinárodní právo soukromé. 1. vyd. Praha : C.H. Beck, 2008. ISBN 978-80-7400-034-8. s. 50 a s.108n.

³³ blíže Pauknerová, M. Evropské mezinárodní právo soukromé. 1. vyd. Praha : C.H. Beck, 2008. ISBN 978-80-7400-034-8. s. 63

³⁴ Otázku rezidence řeší CCCA výslovně v čl. 4 odst. 2., přičemž kritéria pro určení residence jsou velmi široká. Mezi jednotlivými kritérii není výslovně zakotven žádný vzájemný poměr. Domnívám se, že pro určení residence v určitém státu bude dostačující splnění jediného jakéhokoliv z daných kritérií.

Z výše uvedeného pak vyplývá, že po vstupu všech probíraných norem v účinnost se bude prorogace řídit v první řadě CCCA, ve věcech nespádajících do věcné působnosti CCCA nebo mezi smluvními stranami rezidentními ve státech ES to pak bude nařízení Brusel I, kterému bude prorogační úmluva podléhat a pokud věc nebude spadat ani pod nařízení Brusel I, bude nutné prorogační ujednání posuzovat podle nového ZMPS. Hraniční body mezi nařízením Brusel I a novým ZMPS byly popsány výše. Zbývá tedy popsat hraniční body mezi nařízením Brusel I a CCCA. Pro tuto otázku je důležité určit charakter dosahu norem obsažených v CCCA. Dle mého názoru normy obsažené v hlavě I a II CCCA jsou normami s působností "erga omnes". K tomuto závěru mě vede skutečnost, že v těchto hlavách je veškerá pozornost soustředěna na to, aby soud, který bude věc rozhodovat byl soudem státu, který je smluvní stranou CCCA. Z pohledu samotných stran je dáno pouze, že prorogační dohoda musí mezinárodní charakter (čl. 1 odst. 1 a odst. 2 CCCA). Nikde není dáno, že prorogační ujednání musí být uzavřeno mezi stranami z nichž alespoň jedna musí být rezidentem smluvního státu CCCA. Je-li tento závěr správný, pak platí, že CCCA se bude aplikovat i v případech, kdy dohodu o prorogaci uzavřou osoby s rezidencemi ve státech, které nejsou smluvními stranami CCCA ve prospěch fóra státu, který smluvní stranou je. Takovému závěru svědčí i hlava III. CCCA, zabývající se uznáním a výkonem rozhodnutí vydaných podle CCCA, který má charakter jasné *inter partes* 36a je výslovně jmenována pozornost tomu, aby stát vydávající rozhodnutí i stát v němž je o uznání a výkonu žádáno byli oba smluvními stranami CCCA. CCCA tak nařízení Brusel I nahradí v mnohých případech. Již výše bylo řečeno, že nařízení Brusel I se použije místo CCCA v případech, kdy obě strany budou residenty ES. Nařízení Brusel I se taktéž bude aplikovat ve věcech, které jsou vyloučeny z působnosti CCCA. Nejčastěji to bude prorogace ve vztazích pracovních a spotřebitelských. Naopak CCCA se použije místo nového ZMPS v případech, kdy fórum České republiky bude zvoleno neutrálním fórem mezi stranami, z nichž ani jedna není rezidentem ES. Příkladem pro použití nového ZMPS tak může být např. prorogace českých soudů ve věcech pracovních uzavřená mezi stranami z Ruska a Číny.

9. ZÁVĚR

Po přijetí CCCA i nového ZMPS bude možnost sjednání prorogace upravena ve třech právních předpisech současně. Vzhledem ke vzájemným poměrům mezi nimi nelze říci, že by se některý z těchto předpisů stal prakticky obsolentním. Ač se jednotlivé předpisy v mnohém překrývají a lze konstatovat, že zvolili stejný přístup k pojímání prorogační doložky, vzhledem k omezením daným lze očekávat využívání a aplikaci každého ze zkoumaných předpisů, neboť tyto navzájem překrývají svá "slabá" místa. Situace existence tří souběžně aplikovatelných právních předpisů jistě nebude z pohledu aplikační právní praxe nejvýhodnější a nejjednodušší. Lze očekávat spory o vymezení působnosti a vzájemných vztahů mezi jednotlivými předpisy. Specifikem ve vztahu mezi předpisy pak je, že mezi nimi nejsou hierarchické vztahy v užším smyslu slova, ale vzájemné postavení je dáno aplikačními přednostmi.

³⁵ Shodně Pauknerová, M. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. 1. vyd. Praha : C.H. Beck, 2008. ISBN 978-80-7400-034-8. s. 176 a s.155

³⁶ Podobné uspořádání má i nařízení Brusel I. viz blíže Pauknerová, M. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. 1. vyd. Praha : C.H. Beck, 2008. ISBN 978-80-7400-034-8. s. 133.

Literature:

- Kučera, Z. Mezinárodní právo soukromé. 4. vyd. Brno: Doplněk, 1999. 430s. ISBN 80-7239-037-6.
- Kučera, Z., Tichý, L. Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním. Komentář. 1. vyd. Praha: Panorama, 1989. 368s. ISBN 11-057-89.
- Ministerstvo spravedlnosti. Důvodová zpráva k návrhu zákona o mezinárodním právu soukromém. [online] 2009. [cit. 29.11.2009] Dostupný z:<http://obcanskyzakonik.justice.cz/tinymce-storage/files/Zakon_o_mez_pravu_soukromem-duvodova_zprava_po_pripominkach.pdf>
- Pauknerová, M. Evropské mezinárodní právo soukromé. 1.vyd. Praha : C.H. Beck, 2008. 409 s. ISBN 978-80-7400-034-8.
- Rozehnalová, N., Týč, V., Novotná, M. Evropské mezinárodní právo soukromé. 1.vyd. Brno: MU v Brně, 2000. 346s. ISBN 80-210-1867-4.
- Týč, V. Základy práva Evropské unie pro ekonomy. 3.vyd. Praha:Linde Praha, a.s., 2001.335s. ISBN 80-7201-296-7

Reviewer:

Naděžda Rozehnalová

Contact – email:

vladimir.dolezel@centrum.cz

PŘEDSMLUVNÍ ODPOVĚDNOST V ZÁVAZKOVÉM PRÁVU JAKO POSÍLENÍ AUTONOMIE VŮLE STRAN?

LENKA DOUBRAVOVÁ

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Předsmluvní odpovědnost není v současném právním řádu České republiky explicitně upravena, ale počítá s ní návrh nového občanského zákoníku, kterým by mělo dojít k posílení autonomie vůle stran v procesu uzavírání smluv. Cílem tohoto příspěvku je analyzovat současnou právní úpravu a zkonfrontovat ji jednak s připravovaným kodexem, jednak provést komparaci se dvěma vybranými frankofonními evropskými státy. Závěrem dojde ke shrnutí poznatků a k doporučením de lege ferenda.

Key words in original language:

Předsmluvní odpovědnost (*culpa in contrahendo*); autonomie vůle; dobrá víra; náhrada škody; ochrana informací; zásada prevence.

Abstract:

Precontractual liability is not actually expressly defined in Czech legislation, but the proposal of new civil codex regulates it. The aim of the new regulation is to enforce the parties' autonomy during the process of concluding contracts. This paper analyses the actual legislation, compare it with the codex in preparation and with two chosen foreign francophone European countries. Finally the conclusions will be made and some recommendations de lege ferenda will be proposed.

Key words:

Precontractual liability (*culpa in contrahendo*); parties' autonomy; good faith; compensation for damage; protection of information; principle of prevention

Úvod

Návrh nového občanského zákoníku obsahuje i ustanovení o předsmluvní odpovědnosti. V důvodové zprávě k předmětným ustanovením je zdůrazňována nutnost této změny jako posílení autonomie vůle stran v závazkovém právu. Je vskutku absence explicitní předsmluvní odpovědnosti v současné právní úpravě problém? Dojde zákonným zakotvením této odpovědnosti opravdu k posílení autonomie vůle stran? Cílem tohoto příspěvku je rozbor současné právní úpravy v oblasti předsmluvní odpovědnosti a komparace s navrhovanými změnami v novém občanském zákoníku. Rovněž dojde ke srovnání se zahraničními právními úpravami.

Na samotný úvod je třeba zdůraznit, že předsmluvní odpovědnost není žádnou revoluční právní novinkou. Již římské právo používá pojem *culpa in contrahendo* jako výraz pro nedbalost při uzavírání smlouvy způsobující nesouhlas vůle s projevem. Jednalo se o odpovědnost za zaviněné nedorozumění, event. omyl. To znamená, že kontrahendi odpovídali

nejen na splnění smlouvy, ale i za škodu, která by druhému vznikla z toho, že vinou partnera nevznikla smlouva platná.¹

Současná právní teorie chápe princip smluvní svobody ve dvou směrech. Za první se jedná o svobodu každého rozhodnout se, zda a s kým smlouvu uzavře, za druhé se pak projevuje ve svobodě určit obsah této smlouvy. Oba principy se opírají o obecnou zásadu, na níž stojí celé soukromé právo: soukromoprávní subjekty mají oprávnění samostatně rozhodovat o svém právním postavení.²

1. Současná právní úprava

Platná legislativa tedy nezná institut předsmluvní odpovědnosti, tedy odpovědnosti za škodu vzniklou porušením předsmluvní povinnosti. Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "obchodní zákoník") sice určuje podmínky, za nichž vzniká odpovědnost za neplatnost právního úkonu (ustanovení § 268 obchodního zákoníku) a za porušení povinnosti ochrany informací (ustanovení § 271 obchodního zákoníku), nicméně dopad této právní úpravy je omezen jen na situace v citovaných ustanovením předvídané. Totéž platí o úpravě odpovědnosti za neplatnost právního úkonu obsažené v ustanovení § 42 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "občanský zákoník"). Není obecně důvod, proč by se zákonná povinnost vyplývající z ustanovení § 415 občanského zákoníku označovaná jako zásada prevence neměla vztahovat i na chování potenciálních smluvních partnerů při jednání o uzavření smlouvy³.

Podle české právní úpravy závazkového práva (tedy jak podle občanského, tak i obchodního zákoníku) přichází v úvahu v předsmluvní fázi následující odpovědnosti⁴:

- odpovědnost za neplatnost smlouvy, která je řešena jinak v obchodním (ustanovení § 268) a jinak v občanském zákoníku (ustanovení § 42). V prvním z citovaných zákoníků dochází k odkazu na náhradu škody vzniklou porušením smluvní povinnosti a v druhém případě je pouhý odkaz na obecnou úpravu.

- informační povinnost v souvislosti s uzavíráním smlouvy, která je ale obecně zakotvena pouze výjimečně. Jedná se zejména o případy, kdy je druhou stranou spotřebitel. V některých případech zakládá neplatnost právního úkonu, někdy je důvodem pro odstoupení.

- povinnost předcházet sporům ve smyslu ustanovení § 43 občanského zákoníku.

- prevenční povinnost obsažená v ustanovení § 415 občanského zákoníku. Její koncept ale není jednoznačně rozpracován (až na judikaturu Nejvyššího soudu, která bude rozebrána níže).

¹ Bartošek, M.: Encyklopedie římského práva, Praha: Academia, 1994, s. 80.

² Bejček, J., Eliáš, K., Raban, P.: Kurs obchodního práva. Obchodní závazky, Praha: C.H.Beck, 2003, s. 9.

³ http://www.profipravo.cz/index.php?page=article&id_category=11&id_article=244660&csum=8bd89e37

⁴ Dělení převzato z Hulmák, M.: Uzavírání smluv v civilním právu, Praha: C.H.Beck, 2008, s. 154-163.

- jednání v rozporu s dobrými mravy, klasicky chápáno jako šikanózní výkon práva. Nejčastěji půjde o případy, kdy jedna ze stran vstupuje do procesu vyjednávání smlouvy bez úmyslu smlouvu uzavřít, tedy pouze s úmyslem způsobit druhé straně újmu. Odpovědnost za škodu podle ustanovení § 424 občanského zákoníku vzniká ale pouze v případě, kdy škůdce jedná úmyslně.

- zneužití informací ve smyslu ustanovení § 271 obchodního zákoníku

- porušení smluvní povinnosti, jelikož strany mají samozřejmě možnost upravit si nejen samotný kontraktační proces, ale i odpovědnost v rámci něj.

K předšmluvní odpovědnosti se v rámci své rozhodovací činnosti vyjádřil i Nejvyšší soud České republiky. Potvrdil rozhodnutí Vrchního soudu v Praze ze dne 2. června 2004, č.j.5 Cmo 502/2003-133, který konstatoval, že v podmínkách českého právního řádu je aplikace institutu předšmluvní odpovědnosti komplikovaná, protože neexistuje pozitivní právní úprava, na základě které by bylo možný takový nárok posoudit. V souvislosti s jednáním o uzavření smlouvy totiž většině podnikatelských subjektů nutně vznikají předvídatelné náklady, přičemž je zřejmé, že i přes vynaložení těchto nákladů ne každé jednání vyústí v uzavření smlouvy. Měla-li by být dána povinnost k úhradě nákladů vzniklých v souvislosti s jednáním o uzavření smlouvy, aniž by existovala konkrétní dohoda stran v tomto směru, muselo by jít dle názoru Vrchního soudu v Praze o náklady nikoli obvyklé. V úvahu přichází zaprvé úhrada nákladů založena na existenci obchodních zvyklostí podle ustanovení § 264 odst. 1 obchodního zákoníku, kdy by bylo možné u určitého obchodu či zboží počítat s případnou úhradou některých nákladů i tehdy, pokud by k uzavření smlouvy nedošlo. Druhou alternativou je tzv. prevenční povinnost podle ustanovení § 415 občanského zákoníku. Jestliže v rámci jednání o uzavření smlouvy jeden z potenciálních smluvních partnerů dává druhému naději, že k uzavření smlouvy dojde, například tím, že žádá dopracování některých podmínek nebo další doplnění a v souvislosti s tímto jednáním a dalšími požadavky vznikají druhé straně další náklady, bylo by při extenzivním výkladu na takový případ možné aplikovat citované ustanovení. To však jen za předpokladu existence konkrétního ujednání, z něž by bylo možno dovodit porušení práva nebo povinnosti jedním z možných smluvních partnerů.

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 11. října 2006, č.j. 29 Odo 1166/2004, jehož právní názor je závazný pro soud prvního stupně i pro odvolací soud, považuje právní posouzení věci odvolacím soudem, jak je popsáno výše, v zásadě za správné v obou jeho částech.

Zajímavý je i pohled ze strany mezinárodního práva soukromého, přesněji právní normy nařízení Řím II. Podle článku 1 se toto nařízení vztahuje na mimosmluvní závazkové vztahy občanského a obchodního práva v případě kolize právních řádů. Aplikace nařízení je tedy možná pouze v případě vztahu s mezinárodním prvkem, a to na mimosmluvní závazky - tedy civilní delikty a kvazidelikty (bezdůvodné obohacení a jednatelství bez příkazu). Nařízení ovšem pod pojem mimosmluvní závazek zahrnuje také tzv. předšmluvní odpovědnost, i když je toto zahrnutí diskutabilní. Stejně tak si lze totiž představit, že by se na případy mimosmluvní odpovědnosti použila Římská úmluva o právu rozhodném pro závazky ze smluv. Pokud se ovšem budeme držet nařízení Řím II, odkazuje v případě předšmluvní odpovědnosti základní kolizní norma (bez ohledu na to, zda došlo ke skutečnému uzavření smlouvy) na právo, které se použije na smlouvu nebo které by se na ni použilo, kdyby byla uzavřena. Pokud tímto způsobem nelze rozhodné právo určit, bude se postupovat podle článku 12 odst. 2, který odkazuje na právo země, ve které škoda vznikla, nebo mají-li strany

obvyklé bydliště ve stejné zemi v okamžiku, kdy došlo ke skutečnosti, jež vedla ke vzniku škody, pak právo této země (*lex communis*)⁵.

Na základě rozboru výše by bylo možné shrnout, že i když není předsmulvná odpovědnost explicitně našim právním řádem jako samostatný institut upravena, vše nasvědčuje tomu, že je do jisté míry uznávána. Diskutabilní ovšem zůstává otázka náhrady vynaložených nákladů.

2. Návrh nového občanského zákoníku

Dle důvodové zprávy k návrhu občanského zákoníku⁶ náš právní řád postrádá ustanovení o předsmulvné odpovědnosti. Výjimkou je jen ustanovení § 271 obchodního zákoníku o důvěrných informacích. Jak již bylo ale naznačeno v první části mého příspěvku, i současná právní úprava a judikatura zahrnuje pod předsmulvnou odpovědnost širší právní rámec, který byl shrnut výše do sedmi bodů. Význam nové úpravy by tedy měl být v kodifikaci této roztržité úpravy a mělo by dojít k jejímu zpřehlednění.

Již samotné paragrafové znění prošlo připomínkovým řízením a všechna tři ustanovení o předsmulvné odpovědnosti (původně ustanovení § 1527-9) prošla jistými změnami (v konsolidované verzi ustanovení § 1470-1472), aniž by byly nějak blížeji vysvětleny v důvodové zprávě. Je až s podivem, že důvodová zpráva zůstala do písmene stejná.

Věcný záměr nového občanského zákoníku konstatuje, že návrh upravuje po vzoru ustanovení § 271 obchodního zákoníku předsmulvnou odpovědnost. Jde tedy zejména o zneužití získaných informací. Dále je v rámci návrhu zavedena i úprava odpovědnosti za jednání při uzavření smlouvy (*culpa in eligendo*). Upraveny jsou jednak následky jednání, kdy jedna ze stran uzavírajících smlouvy od uzavření smlouvy bez vážného důvodu a v rozporu s principem dobré víry ustoupí, jednak jednání, kdy jedna ze stran vyvolala kontraktní jednání s druhou stranou pouze za účelem zmaření smlouvy této strany s třetí osobou. Návrh nepočítá s fikcí vzniku zmařené smlouvy, ale poškozenému se založí nárok na náhradu škody. Při této příležitosti by se mělo dle věcného návrhu zvážit, zda poškozenému nepřiznat také právo na přiměřené zadostiučinění⁷.

Navržená úprava vychází rovněž z návrhu CEC (čl. 6 až 8) a je dle důvodové zprávy důsledně založena na smluvní svobodě. Na druhou stranu se snaží chránit dobrou víru osoby, se kterou je jednáno.

Hospodářská komora České republiky, která připomínkovala původní návrh občanského zákoníku se zaměřením na ustanovení týkající se podnikatelů a podnikatelských subjektů, má ale na posílení smluvní svobody jiný názor⁸. I když obecně komora vítá návrh kodexu a

⁵ <http://www.epravo.cz/top/clanky/nova-kolizni-uprava-mimosmluvnich-zavazku-na-komunitarni-urovni-54994.html>

⁶ <http://obcanskyzakonik.justice.cz/cz/navrh-zakona.html>

⁷ nett.aid.cz/sbornikOZ/textydown/vecnyzamerovz.rtf

⁸

http://www.hkcr.cz/Files/P%20C5%99ipom%20C3%ADnkov%20C3%A1n%20C3%AD%20z%20C3%A1kon%20C5%AF/Materialy/78_P%20C5%99ipom%20C3%ADnky%20HK%20C4%8CR_Ob%20C4%8Dansk%20C3%BD%20z%20C3%A1kon%20C3%ADk_final.pdf

oceňuje jeho pojetí a rovněž zakotvení předsmulvné odpovědnosti, vyjadřuje na druhou stranu některé dílčí obavy. Zdůrazňuje zejména, že je prakticky velmi složité prokázat nedostatek úmyslu smlouvu uzavřít. Komora se proto domnívá, že ustanovení § 1528 (nyní §1470 a § 1471) ve svém důsledku může vyvolat spíše omezení privátní autonomie vůle stran než posílení jejího významu, alespoň tedy v kontextu případného rozhodnutí ukončit jednání o uzavření smlouvy. Rovněž kritizuje až příliš výraznou komercializaci návrhu, jelikož například ustanovení o ztrátě z neuzavřeného obchodu (současné ustanovení § 1470 odst. 3) není totiž omezeno jen na vztahy mezi podnikateli. Na závěr zmiňuje komora svůj negativní postoj k nejasnému pojmu "spravedlivý důvod", jenž je použit v souvislosti s ukončením jednání o uzavření smlouvy (ustanovení § 1470 odst. 2). Tato možnost žalovat někoho, kdo si v nějaké, byť pokročilé, fázi jednání rozmyslí uzavření smlouvy, dává "obrovský prostor těm silnějším ve vztahu vynutit si uzavření smlouvy". Dle názoru komory není ani tak důležité, zda by bylo případné žalobě vyhověno, ale jde o možnost "tlačit na protistranu otevřením nekonečného soudního řízení používáním různých předběžných opatření atd." Komora své stanovisko uzavírá tvrzením, že "institut smluvní odpovědnosti dává prostor k nátlaku silnější smluvní (či přesněji předsmulvné) strany a omezuje tedy smluvní volnost slabšího partnera."

Závěrem k návrhu nového občanského zákoníku nezbyvá než podotknout, že je třeba ocenit snahu zákonodárce o kodifikaci norem předsmulvné odpovědnosti a její jasné vymezení, na druhou stranu zůstává nejasná otázka náhrada škody, zejména co týče ztráty z neuzavřeného obchodu.

3. Zahraniční právní úpravy

V poslední části příspěvku dojde ke komparaci institutu předsmulvné odpovědnosti se zahraničními právními řády. S ohledem na skutečnost, že tato oblast byla již částečně monitorována⁹, zaměřím se pouze na frankofonní oblasti, kterým buď byla věnována menší, nebo žádná pozornost, přesněji na Francii a Švýcarsko.

Francouzská právní úprava zdůrazňuje dvě pravidla, kterými se musí strany řídit v průběhu kontrakčního procesu¹⁰. Za prvé zejména platí, že kontraktace může být kdykoli ukončena, jelikož strany ještě nejsou vázány závazkem. Za druhé ale musí být proces směřující k uzavření smlouvy veden v dobré víře. Každá ze stran musí tedy řádně informovat předsmulvného partnera a zejména nesmí prodlužovat kontrakční proces, pokud se již rozhodl smlouvu uzavřít. V důsledku toho tedy strana, která ukončí proces směřující k uzavření smlouvy bez spravedlivého důvodu a náhle¹¹ (například pouhým "prásknutím" telefonu) nejedná v dobré víře a dopustila se jednání, které zakládá odpovědnost. Jedná se o odpovědnost deliktní ve smyslu článku 1382 Code civil¹², která předpokládá jednání, škodu a kauzální nexus mezi nimi. Zajímavostí je, že předsmulvné odpovědnost se dle francouzské právní teorie blíží odpovědnosti za brutální porušení slibu uzavřít manželství.

⁹ Hulmák, M.: Uzavírání smluv v civilním právu, Praha: C.H.Beck, 2008, s. 164-172.

¹⁰ Légier, G.: Droit civil. Les obligations, Paříž: Éditions Dalloz, 2005, s. 29.

¹¹ Francouzská právní teorie používá dokonce termín "brutálně".

¹² Originální znění je dostupné na <http://admi.net/code/CCIVILL0-1382.html>

Z výše uvedeného plyne dle mého názoru velmi zajímavá paralela s návrhem našeho občanského zákoníku. Jedna z výtek Hospodářské komory ČR směřovala proti pojmu "spravedlivý důvod", který se ve francouzské úpravě rovněž používá a je měřítkem pro přiznání odpovědnosti. Je pravda, že vágní pojmy obecně snižují právní jistotu stran, na druhou stranu by bez nich náš právní řád nemohl fungovat a dávají možnost posuzovat každý případ zvláště, se zvážením všech specifik a okolností.

Švýcarská právní teorie¹³ dedukuje z pravidla dobré víry, že strany, které vstupují do předsmulvních vyjednávání, mají jisté povinnosti. Strany si mohou samozřejmě dohodou upravit i předsmulvních pravidla-jako např. dočasnou exkluzivitu (neboli závazek nevést jednání o uzavření smlouvy s jinou stranou), úplatu za některé úkony (například vypracování nabídky), ochranu důvěrných informací apod. Judikatura švýcarských soudů¹⁴ rozlišuje čtyři předsmulvních povinnosti:

a) Povinnost jednat vážně: s respektováním zásady smluvní svobody a možností kdykoli (a to i bez udání důvodu) jednání o uzavření smlouvy ukončit je třeba ctít zásadu dobré víry. Porušení této povinnosti může mít za následek náhradu škody.

b) Povinnost informovat druhou stranu a radit ji: záleží samozřejmě na okolnostech, smluvních stranách¹⁵, typu smlouvy apod. Porušení této povinnosti může zejména znamenat neplatnost smlouvy (z důvodu omylu) a v některých případech i náhradu škody.

c) Povinnost se sám informovat: každý, kdo vstupuje do jednání o uzavření smlouvy je povinen shánět veškeré informace, které lze od něj spravedlivě očekávat a jednat opatrně a pozorně. Obecně tedy nemůže strana, které si nesehnala dostatečné informace, namítat svůj omyl, jen za určitých podmínek se může vyplatit a to tak, že druhé straně nahradí způsobenou škodu.

d) Povinnost jednat poctivě: tedy obecná povinnost neohrožovat druhou stranu, nevyvíjet na ni protiprávní nátlak, nešířit důvěrné informace a jednat v souladu s dobrými mravy.

Švýcarská právní úprava tedy rozlišuje v případě porušení výše zmíněných předsmulvních povinností situace, kdy byla a kdy nebyla smlouva uzavřena. Pokud smlouva byla uzavřena, může dotčená strana namítat nedostatek vůle a odstoupit od smlouvy, popř. se domáhat její neplatnosti. Teorie absorpce ale tvrdí, že se uplatní smluvní odpovědnost, která jakoby "pohltní" předsmulvních. Pokud ovšem smlouva není uzavřena, může se dotčená strana domáhat náhrady škody. Tento druhý případ je považován za jakousi "čistou podobu" předsmulvních odpovědnosti. Ovšem o povaze této odpovědnosti nepanuje shoda. Nejedná se ani o deliktní odpovědnost, ani o smluvní odpovědnost, judikatura švýcarských soudů v ní vidí specifický druh odpovědnosti, který má některé prvky z deliktní a některé ze smluvní odpovědnosti.

¹³ Tercier, P.: Le droit des obligations, Zurich: Schulthess Médias Juridiques SA, 2004, s. 123-126.

¹⁴ Rozhodnutí soudu jsou ve Švýcarsku pramenem práva.

¹⁵ Je třeba si uvědomit, že švýcarské závazkové právo je jednotné, není tak jako u nás rozděleno mezi občanský a obchodní zákoník podle subjektů.

Dalo by se tedy shrnout, že švýcarská legislativa, stejně tak jako například česká, výslovně institut předsmuvní odpovědnosti neupravuje, ale judikatura jako pramen práva určitá pravidla výkladem dovodila. Interpretace předsmuvní odpovědnosti jako specifického druhu je mi velmi blízká a dle mého názoru výborně vystihuje předmětný institut.

Závěr

I když současná česká právní úprava explicitně neupravuje předsmuvní odpovědnost, dají se jisté povinnosti v průběhu kontraktačního procesu vyvodit například z odpovědnosti za neplatnost smluvy, z informační povinnosti, z principu prevence, povinnosti předcházet sporům, respektu dobrých mravů a zákazu zneužití informací. Rovněž judikatura Nejvyššího soudu potvrdila zejména požadavek jednání v souladu s dobrými mravy, diskutabilní je ovšem otázka náhrada škody, jež přichází v úvahu zatím jen u nákladů nikoli obvyklých. V této oblasti by dle návrhu nového občanského zákoníku mělo dojít k největší změně. Kodex totiž počítá s náhradou škody a v některých specifických případech dokonce s dostatečným zadostiučiněním. Odborná veřejnost představovaná zejména Hospodářskou komorou ČR kritizuje na tomto návrhu zejména možné zneužití ze strany silnějšího předsmuvního partnera a vyjadřuje obavu z možného zneužití předmětného institutu. Zahraniční právní úprava rozebraná v tomto příspěvku akcentuje spravedlivý důvod pro ukončení předsmuvních jednání a zejména švýcarská právní teorie podtrhuje specifickou předsmuvní odpovědnost, která není ani čistě deliktivní, ani smluvní. Domnívám se, že nejde jednoznačně v této fázi příprav nového kodexu říct, zda doopravdy dojde v případě jeho schválení v současném znění opravdu k posílení autonomie vůle stran v kontraktačním procesu či nikoli. Na druhou stranu vítám explicitní zakotvení tohoto institutu, jenž by měl dle mého názoru zvýšit právní jistotu a měl by přispět k poctivému obchodnímu styku.

Literature:

- Hulmák, M.: Uzavírání smluv v civilním právu, Praha: C.H.Beck, 2008, 203 stran, ISBN 978-80-7400-062-1
- Bartošek, M.: Encyklopedie římského práva, Praha: Academia, 1994, 471 stran, ISBN 80-200-0243-X.
- Bejček, J., Eliáš, K., Raban, P.: Kurs obchodního práva. Obchodní závazky, Praha:C.H.Beck, 2003, 603 stran, ISBN 80-7179-746-4.
- Légier, G.: Droit civil. Les obligations, Paříž: Éditions Dalloz, 2005, 221 stran, ISBN 2-247-06312-8.
- Tercier, P.: Le droit des obligations, Zurich: Schulthess Médias Juridiques SA, 2004, 385 stran, ISBN 3-7255-4843-9.
- K předsmuvní odpovědnosti [cit 06-05-2009]
http://www.profipravo.cz/index.php?page=article&id_category=11&id_article=244660&sum=8bd89e37

- Knapová, J.: Nová kolizní úprava mimosmluvních závazků na komunitární úrovni [cit 06-05-2009] <http://www.epravo.cz/top/clanky/nova-kolizni-uprava-mimosmluvnich-zavazku-na-komunitarni-urovni-54994.html>
- Věcný záměr občanského zákoníku (kodifikace soukromého práva) [cit 07-05-2009] <http://nett.aid.cz/sbornikOZ/textydown/vecnyzamerov.rtf>
- Návrh občanského zákoníku před zasláním do připomínkového řízení [cit 08-05-2009] <http://obcanskyzakonik.justice.cz/cz/navrh-zakona.html>
- Návrh občanského zákoníku pro zpracování připomínek [cit 08-05-2009] <http://obcanskyzakonik.justice.cz/cz/navrh-zakona.html>
- Důvodová zpráva k návrhu občanského zákoníku [cit 08-05-2009] <http://obcanskyzakonik.justice.cz/cz/navrh-zakona.html>
- Připomínky k materiálu Ministerstva spravedlnosti ČR (Návrh občanského zákoníku) [cit 19-04-2009] http://www.hkcr.cz/Files/P%C5%99ipom%C3%ADnkov%C3%A1n%C3%AD%20z%C3%A1kon%C5%AF/Materialy/78_P%C5%99ipom%C3%ADnky%20HK%20%20C4%8CR_Ob%C4%8Dansk%C3%BD%20z%C3%A1kon%C3%ADk_final.pdf

Reviewer:

Karel Marek

Contact – email:

lenkadou@seznam.cz

AUTONOMIE VŮLE STRAN PRACOVNÍHO POMERU - FIKCE NEBO REALITA.

JINDŘIŠKA FIALOVÁ

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

V červnu tohoto roku měla být vládě předložena koncepční novela zákoníku práce, tj. z. č. 262/2006 Sb., přičemž jedním z jejích hlavních cílů bylo rozšíření autonomie vůle stran pracovního poměru. Současná vláda se sice novelou zabývat nebude, nicméně, příspěvek se věnuje zásadní otázce, zda-li je vůbec možné autonomii vůle stran rozšířit, zejména při změně či skončení pracovního poměru bez udání důvodu.

Key words in original language:

Nerovné postavení stran; Zákonná omezení; Odstoupení od pracovní smlouvy; Skončení pracovního poměru bez udání důvodu.

Abstract:

The conceptual amendment of Labour Code should have been submitted to the Government in June of this year. Its main aim was the extension of the decision-making autonomy of the parties of employment. Current government will not decide it, however, the paper deals with the crucial question whether it is possible to extend the autonomy of will to e.g. alternation of employment relation or to termination without any reason.

Key words:

Non equal position of the parties; Legal limits; Recision of contract of employment; Termination without any reason.

(Poznámka úvodem.. V průběhu zpracovávání tohoto příspěvku se nový ministr práce a sociálních věcí JUDr. Šimerka vyjádřil, že ač je návrh koncepční novely zákoníku práce v připomínkovém řízení, vládě předložen nebude. Nicméně, neznamená to nutně, že se ním nebude zabývat v říjnu vláda nová, a proto se na obsahu příspěvku nic nemění.)

Pracovní právo je součástí odvětví práva soukromého a zásada smluvní svobody je jednou ze základních zásad soukromého práva. Avšak uplatnění této zásady v českém pracovním právu se podstatně liší od uplatnění v dalších odvětvích soukromého práva. Nutno totiž vycházet ze základního faktu, že strany pracovního poměru nemají zásadně rovné postavení. Pouze v okamžiku uzavírání pracovní smlouvy, ovšem tím rovnost stran končí. Zaměstnavatel je ten, kdo poskytuje práci a kapitál, zaměstnanec je ten, kdo tuto práci podle pokynů zaměstnavatele za odměnu vykonává. Zaměstnavatel je ekonomicky silný subjekt a zaměstnanec je na něm ve většině případů závislý. Z tohoto důvodu tu po léta existoval a existuje takový zákoník práce, který se snaží svými zásahy a ochranou zaměstnance tuto přirozenou nerovnost vyvážit a tím pádem a priori vylučuje uplatnění zásady autonomie vůle stran. Domnívám se, že je neefektivní na současném trhu práce vytvářet umělé prostředí pro zaměstnance, kterému není umožněno se samostatně rozhodovat (to činí stát prostřednictvím ochrannářského zákoníku práce za něj) a ukládat zaměstnavatelům neustále nové povinnosti, které je mnohdy jen zdržují od jejich hlavního cíle, tj. dosažení hospodářského úspěchu. Na druhou stranu by bylo vhodné, aby zákoník práce upravoval obecná minima, kterými se budou pracovněprávní

vztahy řídit, tak aby nedocházelo k obcházení zákona (především ve výkonu nucené a nedostatečně placené práce). Trh práce si uvolnění pravidel zaslouží, není možné, aby zákonná ochrana práv zaměstnance byla postavena nad vůli stran. Také proto v současné době prochází vnějším připomínkovým řízením konečná podoba koncepční novely zákoníku práce. Díky ní, by měla být ustanovení zákoníku práce flexibilní, liberalizovaná a právní úprava zjednodušená.

Jak jsem již zmínila, strany pracovního poměru nemají rovné postavení, což se snaží zákoník práce změnit zvýšenou ochranou práv zaměstnance. Stanoví pevná pravidla, zákonné limity pro autonomii vůle stran, což činí pracovní právo rigidním a málo efektivním. Například zákoník práce sice umožňuje sjednání zkušební doby, ovšem stanoví mimo jiné její maximální délku, čímž se snaží minimalizovat období nejistoty, které zaměstnanec prožívá po dobu jejího trvání s ohledem na možnost ukončit pracovní poměr bez důvodu kdykoli v tomto období. Zákonodárce se zřejmě domnívá, že zaměstnavateli nehrozí odchod zaměstnance nebo, že to pro jeho existenci neznamená totéž, co pro zaměstnance. Zákoník dále umožňuje změnu pracovního poměru pouze v případech uvedených v zákoně; taxativně stanoví, z jakých důvodů může zaměstnavatel rozvázat pracovní poměr se zaměstnancem, přičemž zaměstnanec žádná omezení nemá; určuje minimální výši odstupného, výpovědní doby, mzdy i platu; délku dovolené; podmínky pro odpovědnost zaměstnance při náhradě škody, atd. Zákon tak de facto v současné době neumožňuje rovnocenný, pro obě strany pracovního poměru výhodný, vztah. Naopak, počítá preventivně s tím, že se někde něco „zvrtné“, nejčastěji tedy na straně zaměstnavatele. (Paradoxní pak je, že pracovní právo stojí pouze na relativní neplatnosti a je na zaměstnanci, aby se případnému porušení pracovněprávních předpisů bránil soudní cestou.)

Připravovaná koncepční novela zákoníku práce klade mnohem větší důraz na flexibilitu pracovních vztahů, což spočívá v možnosti uplatnění smluvního principu. Hlavním pilířem by se měly stát základní zásady, jakýsi „vyvážený soubor pravidel, která utvářejí podmínky konání závislé práce zaměstnance pro zaměstnavatele za odměnu“¹, podle kterých se následně použije konkrétnější ustanovení zákoníku práce. Tímto je jasně ponechán smluvním stranám prostor k dohodě dle individuálních potřeb; pracovní poměr tak byl založen na základních zásadách (zákaz nucené práce, zásada odměňování, odpovědnost), které jsou zakotveny v zákoně, ostatní aspekty pracovního poměru (délka pracovní doby, dovolená, ale i skončení pracovního poměru) by si strany domlouvaly dle konkrétního pracovního poměru. Novela také formuluje obecné pravidlo, vyjadřující možnost subsidiárního použití občanského zákoníku v případech, které zákoník práce výslovně neřeší. V této souvislosti se naskýtá možnost uvažovat nad institutem odstoupení od pracovní smlouvy v souladu s ustanovením § 48 občanského zákoníku. Současný zákoník práce umožňuje odstoupení od pracovní smlouvy pouze zaměstnavateli, a to v případě, že zaměstnanec nenastoupí ve sjednaný den do práce (§ 36 odst. 2). Podle JUDr. Bezoušky by mohly strany pracovního poměru odstoupit od smlouvy podle občanského zákoníku, a to až do okamžiku, kdy vzniká pracovní poměr. Po vzniku pracovního poměru by strany měly tuto možnost již neměly.² Subsidiární použití

¹ Hůrka, P.: Připravovaná novelizace zákoníku práce. Právní rozhledy č. 8/2009, Praha: C.H.Beck, 2009, str. II.

² Bezouška, P.: Náměty ke koncepčním změnám v zákoníku práce. Příloha č. 1. Pracovní právo 2008. Sborník příspěvků z mezinárodní konference na téma Zákoník práce po nálezů Ústavního soudu, Brno: Masarykova Univerzita, 2008.

občanského zákoníku je samozřejmě nezbytné, zejména s ohledem na nález Ústavního soudu č. 116/2008 Sb., ovšem je za potřebí si připomenout, že pracovní právo se vyvíjelo odchylně od občanského práva a ne všechny instituty, které občanský zákoník upravuje, lze použít v pracovněprávních vztazích. Právě zmiňované odstoupení od smlouvy je podle mého názoru v pracovním právu použitelné pouze v období od podpisu pracovní smlouvy do samotného vzniku pracovního poměru. Okamžikem nástupu zaměstnance do práce vzniká pracovní poměr, který je chráněn zákoníkem práce a jeho skončení je možné pouze za podmínek zde stanovených. Nyní se neobracím od smluvní volnosti stran, ale odstoupení od smlouvy podle občanského zákoníku nelze dost dobře na pracovní smlouvu použít, neboť by to mělo dalekosáhlé následky na postavení zaměstnance, nároky vyplývající z pracovního vztahu, atd.

Novela se významně dotkne i institutu změny pracovního poměru. Návrh počítá s tím, že dosavadní striktní znění §§ 40 až 47 bude nahrazeno liberálnějšími ustanoveními, která umožňují stranám pracovního poměru jejich písemnou dohodou změnit místo i druh sjednané práce. Hlavní myšlenkou nové změny pracovního poměru je možnost zaměstnavatele nabídnout zaměstnanci jinou práci a možnost zaměstnance požádat o změnu pracovní smlouvy. Není také důvod, proč omezovat smluvní svobodu při tzv. půjčování zaměstnanců mimo rámec podnikatelské činnosti zaměstnavatele, tj. bezplatně. „Důvodem pro takové přidělení může být např. zaškolení, stáž, výpomoc kolegovi při přechodném nedostatku práce, získání potřebných znalostí a dovedností atd.“³ Praxe, která se zde vyvinula po té, co bylo půjčování zaměstnanců svěřeno výhradně do pravomoci agentur práce, je neúnosná.

Změna, o které se hodně mluví, a která by znamenala skok ve flexibilitě pracovněprávních vztahů, je úprava skončení pracovního poměru. Viděno očima zaměstnavatelů se jedná především o možnosti zjednodušení propouštění zaměstnanců⁴, což je jedno z nejdiskutovanějších témat oborových organizací. Zástupci zaměstnavatelů již dlouhou dobu volají po uvolnění právní úpravy v oblasti výpovědí, dosud ale nebyli vyslyšeni, zejména proto, že taxativně vyjmenované důvody, pro které může být ze strany zaměstnavatele rozvázán pracovní poměr, jsou pro odbory zárukou ochrany zaměstnance před libovůlí zaměstnavatele. Přitom obě strany pracovního poměru mnohdy touží ukončit tento svůj vzájemný vztah co nejrychleji a nejjednodušeji. Návrh novely předkládal několik řešení, přičemž ta komplexní, která je založena na zobecnění výpovědních důvodů nemusí být podle JUDr. Bezoušky akceptovatelná, „zvláště v situaci, kdy zde ještě není zažito, že i pracovní právo je právem výkladovým.“⁵ Snižuje se výpovědní doba na jeden měsíc, pokud si smluvní strany nesjednají dobu delší. Naopak výše odstupného zohledňuje délku trvání pracovního vztahu zaměstnance k zaměstnavateli, a to od dvojnásobku do čtyřnásobku průměrného měsíčního výdělku. Umožňuje se také tzv. vyplacení se z výpovědní doby. Jde o naprostý průlom do úpravy skončení pracovního poměru, jelikož do této doby neexistoval legální

³ Bezouška, P.: Náměty ke koncepčním změnám v zákoníku práce. Pracovní právo 2008. Sborník příspěvků z mezinárodní konference na téma Zákoník práce po nálezů Ústavního soudu, Brno: Masarykova Univerzita, 2008.

⁴ Randlová, N.: Koncepční novela zákoníku práce. In: epravo.cz, 1.4.2009, <http://www.epravo.cz/top/clanky/koncepcni-nove-zakoniku-prace-55634.html>.

⁵ Bezouška, P.: Náměty ke koncepčním změnám v zákoníku práce. Příloha č. 12. Pracovní právo 2008. Sborník příspěvků z mezinárodní konference na téma Zákoník práce po nálezů Ústavního soudu, Brno: Masarykova Univerzita, 2008.

způsob řešení situace, kdy si zaměstnanec najde novou práci a chce ukončit pracovní poměr dohodou, na kterou ale zaměstnavatel nechce přistoupit. Nyní by se mohl tento zaměstnanec z výpovědní doby vyplatit (pravděpodobně by jej v zájmu dřívějšího nástupu vyplatil nový zaměstnavatel). Peněžité vyrovnání by se poskytovalo ve výši průměrného výdělku a odpovídalo by době, o niž by se výpovědní doba zkracovala.⁶ Domnívám se, že tato změna by byla opravdu přínosná, jelikož zaměstnanců, kteří chtějí svůj pracovní poměr ukončit v co nejkratší lhůtě za účelem jiného zaměstnání je mnoho; v současné době např. riskují okamžité zrušení pracovního poměru ze strany zaměstnavatele (pokud ve výpovědní době přestali docházet do zaměstnání). Výrazným posunem v oblasti liberalizace pracovněprávních vztahů je také návrh na doplnění výpovědních důvodů ze strany zaměstnavatele o výpověď, jestliže nelze po zaměstnavateli, vzhledem k osobě zaměstnance, dále požadovat pokračování pracovního poměru. Důvod spočívající v osobě zaměstnance znamená, že zaměstnanec má omezenou způsobilost nebo schopnost k výkonu práce nebo lze-li na základě jiných osobních poměrů očekávat budoucí podstatné ekonomické zatížení zaměstnavatele.⁷

Již v tomto okamžiku je jisté, že se v nejbližších měsících, možná i letech nedočkáme tzv. výpovědi bez udání důvodu. Přípravné práce na koncepční novele sice tuto možnost obsahovaly (výpověď bez ospravedlnitelného důvodu s odstupným dle délky odpracovaných let), ale do samotné novely se již „zlatý padák“ neprobojoval. Zaměstnavatel nemusí mít vždy nutně „ospravedlnitelný“ důvod k výpovědi, přesto by měl mít možnost rozloučit se s daným zaměstnancem za předpokladu, že mu vyplatí odpovídající odstupné. Teoreticky by se tato situace dala řešit i v souladu s platným zákoníkem práce a to formou skončení pracovního poměru dohodou spolu s nárokem na odstupné. U výpovědi bez udání důvodu ovšem jde o to, že k takovému způsobu skončení pracovního poměru není nutný souhlas zaměstnance, jen vyplacení zákonem stanovené částky. Domnívám se, že by se i v tomto případě uplatnil postup dle § 69 a násl. zákoníku práce, tzn. pokud by zaměstnanec s takovou výpovědí nesouhlasil, protože by měl za to, že se zaměstnavatel snaží obejít jiný ze zákonných výpovědních důvodů, mohl by se obrátit na soud k posouzení platnosti, respektive účelnosti takové výpovědi). Je ovšem otázkou, kam až je možné rozšířit autonomii vůle smluvních stran. Je naše společnost připravena učinit tak zásadní krok v liberalizace pracovněprávních vztahů anebo přece jenom potřebujeme nějakou záchranou síť zákoníku práce? O tomto způsobu skončení pracovního poměru jsem již hodně přemýšlela, nicméně jsem toho názoru, že na takovou změnu zatím není česká společnost připravena. Čeští zaměstnanci se dosud nenaučili, že ačkoli má zákoník práce téměř 400 ustanovení, musí se o svá práva a povinnosti vyplývající z pracovněprávního vztahu zajímat především sami a v případě jejich porušení se nebát „ozvat“ a požadovat nápravu. Možná proto se výpověď bez udání důvodu jeví sociálním partnerům jako možnost zaměstnavatele zneužít svého silnějšího postavení a ne jako nástroj k dosažení větší flexibility trhu práce.

To, že je připravovaná koncepční novela zákoníku práce zdařilá (ve smyslu rozšíření smluvní volnosti stran pracovního poměru), svědčí mimo jiné Stanovisko ČMKOS z dubna tohoto roku, ve kterém se uvádí, že „v jednostranném vychýlení pracovněprávní úpravy ve prospěch

⁶ Hůrka, P.: Přípravovaná novelizace zákoníku práce. Právní rozhledy č. 8/2009, Praha: C.H.Beck, 2009, str. II.

⁷ Bezouška, P.: Náměty ke koncepčním změnám v zákoníku práce. Příloha č. 12. Pracovní právo 2008. Sborník příspěvků z mezinárodní konference na téma Zákoník práce po nálezů Ústavního soudu, Brno: Masarykova Univerzita, 2008.

zaměstnavatele a 'jeho' větší flexibility v oblasti pracovněprávních vztahů, která není přes četné proklamace vyvážena odpovídající pracovněprávní ochranou, se skrývá největší riziko koncepční novely zákoníku práce pro zaměstnance,.."⁸ Takový přístup hovoří, podle mého názoru, za vše. Regulace pracovněprávního vztahu je nutná, na její míře se však zástupci zaměstnavatelů s odbory neshodnou.

Závěrem bych si ráda odpověděla na onu řečnickou otázku položenou v názvu tohoto příspěvku, a to, zda je autonomie vůle stran pracovního poměru pouze fikce či realita. S ohledem na výše uvedené nutno říct, že v současné době to je trochu fikce, avšak blýská se na lepší časy. Novela zákoníku práce je odvážná a nebojí se přinést změny do sešněrovaných pravidel pracovního práva. Smluvním stranám se umožňuje dohodnout se na mnoha aspektech pracovního poměru tak, aby vyhovoval oběma z nich, a přitom nejsou tlačeni zákonem do pozic, ze kterých není úniku. Přeji koncepční novele hodně zdaru a smluvní svobodě v pracovněprávních vztazích svatou trpělivost.

Literatura:

- Hůrka, P.: Připravovaná novelizace zákoníku práce. Právní rozhledy č. 8/2009, Praha: C.H.Beck, 2009.
- Bezouška, P.: Náměty ke koncepčním změnám v zákoníku práce. Příloha č. 1. Pracovní právo 2008. Sborník příspěvků z mezinárodní konference na téma Zákoník práce po nálezu Ústavního soudu, Brno: Masarykova Univerzita, 2008.
- Randlová, N.: Koncepční novela zákoníku práce. In: epravo.cz, 1.4.2009, <http://www.epravo.cz/top/clanky/koncepcni-nove-zakoniku-prace-55634.html>.
- Stanovisko ČMKOS k návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění zákona č. 585/2006 Sb., a některé související zákony. In: cmkos.cz, 22. 4. 2009, http://staorg.cmkos.cz/news/220409_stanoviskoCMKOS_ZP.pdf

Reviewer:

Milan Galvas

Contact – email:

jinaf@atlas.cz

⁸ Stanovisko ČMKOS k návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění zákona č. 585/2006 Sb., a některé související zákony. In: cmkos.cz, 22. 4. 2009, http://staorg.cmkos.cz/news/220409_stanoviskoCMKOS_ZP.pdf

AUTONÓMIA VÔLE V ZMLUVNOM SYSTÉME PRÁVA SOCIÁLNEHO ZABEZPEČENIA

TOMÁŠ GÁBRIŠ

Právnická fakulta, Univerzita Komenského v Bratislave, Slovenská republika

Abstract in original language:

Cieľom tohto príspevku je poukázať na doteraz neskúmanú prítomnosť zmluvných typov v práve sociálneho zabezpečenia v SR, z ktorých niektoré vykazujú všetky znaky súkromnoprávných zmlúv s tým špecifikom, že sledujú sociálnozabezpečovacie účely. Na druhej strane existujú v zmluvnom práve sociálneho zabezpečenia tiež prípady obmedzení zmluvnej autonómie, a to niekoľkých kategórií.

Key words in original language:

Právo sociálneho zabezpečenia; autonómia vôle; zmluvy.

Abstract:

The aim of this paper is to call attention to yet not properly studied problem of contractual system of social security law of Slovak Republic. Some of the contracts are definitely of a private-law-nature with a social purpose. On the other hand, there are many examples of limited autonomous will – these can be divided into special categories.

Key words:

Social security law; autonomous will; contracts.

Úvod

Cieľom tohto príspevku je poukázať na doteraz neskúmanú prítomnosť zmluvných typov v práve sociálneho zabezpečenia v SR, z ktorých niektoré vykazujú všetky znaky súkromnoprávných zmlúv s tým špecifikom, že sledujú sociálnozabezpečovacie účely. Na druhej strane existujú v zmluvnom práve sociálneho zabezpečenia tiež prípady obmedzení zmluvnej autonómie, a to niekoľkých kategórií.

1. AUTONÓMIA VÔLE A SÚKROMNÉ PRÁVO

Autonómia vôle (individuálna autonómia, či súkromná autonómia) subjektov súkromného práv je jedným z hlavných pilierov súkromného práva. Je vnímaná ako princíp hlásajúci, že nikto sa nemôže ocitnúť v určitom právnom postavení proti svojej vôli, ako prirodzená sloboda mať vôľu, vyjadriť ju a slobodne realizovať, inak povedané, predstavuje indikatív možnosti subjektu „autodeterminácie“ a „autoregulácie“ vlastných záujmov.¹ Podľa niektorých autorov implikuje v sebe:

¹ KRÁLÍČKOVÁ, Zdeňka: *Autonomie vôle rodinném právu v česko-italském porovnaní*. Brno : Masarykova univerzita, 2003, s. 33. Bližšie odkazuje na HURDÍK, J.: *Zásady soukromého práva*. Brno : Masarykova univerzita, 1998, alebo na prácu HURDÍK, J. – JEŘÁBEK, M.: *Freedom of will and legal order*. In: *Freedom of contract conference*. Brno : Masarykova univerzita, 1997, s. 59-66.

5. voľnosť a slobodu pri výbere právneho úkonu, voľnosť výberu zmluvného typu či osoby spolukontrahenta, a

6. voľnosť pri určení obsahu právneho úkonu, obsahu zmluvy.²

Toto je však iba jeden z aspektov slobodnej autonómie subjektov v súkromnoprávných vzťahoch, tzv. zmluvná sloboda. Autonómia totiž zahŕňa:

7. slobodnú možnosť mať, či nadobúdať a využívať majetok (vlastnícka sloboda),

8. slobodnú možnosť nakladania s majetkovými hodnotami a právami (zmluvná sloboda) a

9. slobodnú možnosť rozvoja osobnosti človeka a jeho tvorivej duševnej činnosti (sloboda tvorby).³

Iní autori navyše rozlišujú aj

10. slobodnú možnosť rozhodovať o svojom majetku pre prípad smrti (testovacia sloboda).⁴

Mňa v tomto príspevku bude zaujímať iba zmluvná sloboda v rámci všeobecného (nielen občianskoprávneho, či súkromnoprávneho) záväzkového práva. Základnou funkciou záväzkového práva je totiž vo všeobecnosti zabezpečiť uspokojovanie ľudských potrieb vo vzájomnej súčinnosti (kooperácii) na rozdiel od uspokojovania ľudských potrieb, pri ktorom sa súčinnosť iných fyzických či právnických osôb nevyžaduje.⁵ To isté platí pre záväzkové právo, resp. záväzky, vo všetkých právnych odvetviach, aj mimo súkromného práva.

Pritom však pre zmluvnú slobodu platia isté obmedzenia aj v rámci súkromného práva: Dochádza k nim výnimočne z dôvodov ochrany slabšej zmluvnej strany (spotrebiteľské úvery, ochrana spotrebiteľa pri organizovanom cestovaní...) v podobe kogentných predpisov, inokedy v špeciálnej podobe tzv. kontraktačnej povinnosti (povinnosť prepravy zásielky štátnou poštou, dodať elektrinu, či nútené licencie v oblasti patentového práva).⁶ O čo viac je potom takéto obmedzovanie prítomné vo verejnoprávných záväzkových vzťahoch!

² CIRÁK, Ján – FICOVÁ, Svetlana a kol.: *Občianske právo : Všeobecná časť.* Šamorín : Heuréka, 2008, s. 32-33.

³ LAZAR, Ján a kol.: *Základy občianskeho hmotného práva 1.* Bratislava : Iura Edition, 2004, s. 15.

⁴ WINTR, Jan: *Říše principů : Obecné a odvětvové principy současného českého práva.* Praha : Karolinum, 2006, s. 144.

⁵ LAZAR, Ján a kol.: *Základy občianskeho hmotného práva 2.* Bratislava : Iura Edition, 2004, s. 8.

⁶ CIRÁK, Ján – FICOVÁ, Svetlana a kol.: *Občianske právo : Všeobecná časť,* s. 33.

2. PRÁVO SOCIÁLNEHO ZABEZPEČENIA A JEHO ZMLUVNÝ SYSTÉM

V súčasnosti sa právna úprava verejnoprávnych zmlúv v právnom poriadku SR obmedzuje na niekoľko ustanovení rozptýlených v právnych predpisoch správneho práva hmotného.⁷ Pritom proces ich uzatvárania nie je upravený vôbec. Medzičasom bola v ČR prijatá výslovná právna úprava problematiky verejnoprávnych zmlúv. Je obsahom nového správneho poriadku. Porovnaním českej úpravy s nemeckou sa zaoberal osobitne Branislav Cepek.⁸ Nemecká úprava podľa neho rozlišuje dva druhy verejnoprávnych zmlúv – o vyrovnaní a tzv. výmenné zmluvy. Zmluvy o vyrovnaní sa uzatvárajú v prípade, keď je to účelné na odstránenie neistoty medzi zmluvnými stranami. Druhým typom sú výmenné zmluvy, ktorými sa zmluvná strana (spravovaný subjekt) zaväzuje voči orgánu verejnej správy na určité plnenie. Takúto zmluvu možno uzatvoriť, ak je plnenie, na ktoré sa strana zaväzuje, dohodnuté na určitý účel (musí byť vyjadrená kauza) a zároveň slúži na plnenie úloh orgánu verejnej správy.⁹

V práve sociálneho zabezpečenia v SR sú však prítomné zmluvy a dohody, ktoré často nenapĺňajú znaky ani jedného z uvedených dvoch typov verejno(s)právnych zmlúv. Domnievam sa, že ich treba vnímať ako osobitné verejnoprávne – sociálnozabezpečovacie – zmluvy. Celkovo ide v základných právnych predpisoch slovenského práva sociálneho zabezpečenia až o vyše 33 zmlúv.¹⁰

⁷ CEPEK, Branislav: Niekoľko úvah nad možnou právnou úpravou uzatvárania verejnoprávnych zmlúv. In: *Aktuálne problémy vo vývoji práva SR a ČR*. Zost.: Zuzana Šeligová. Bratislava : Univerzita Komenského, 2008, s. 53.

⁸ Tamže, s. 53-61.

⁹ Tamže, s. 58.

¹⁰ Nie všetky však patria jednoznačne do odvetvia práva sociálneho zabezpečenia:

1. Dohoda Sociálnej poisťovne so zamestnávateľom alebo so zariadením na pracovnú rehabilitáciu podľa § 95 ods. 4 z.č. 461/2003 Z.z. o sociálnom poistení
2. Dohoda Sociálnej poisťovne so vzdelávacím zariadením na výkon rekvalifikácie podľa § 97 ods. 3 z.č. 461/2003 Z.z. o sociálnom poistení
3. Generálnym riaditeľom Sociálnej poisťovne schvaľovaná dohoda o náhrade za sťaženie spoločenského uplatnenia podľa zákona č. 437/2004 Z.z. o náhrade za bolesť a o náhrade za sťaženie spoločenského uplatnenia
4. Zmluva o postúpení pohľadávok podľa § 149, 293s a 293ak z.č. 461/2003 Z.z. o sociálnom poistení
5. Zmluva o postúpení pohľadávok na príspevkoch na starobné dôchodkové sporenie, na pokutách a na penále
6. Zmluva o prevedení vymáhania pohľadávok podľa § 148 ods. 4 z.č. 461/2003 Z.z. o sociálnom poistení
7. Dohoda o elektronickom doručovaní podľa § 186 ods. 2 z.č. 461/2003 Z.z. o sociálnom poistení, resp. podľa § 19 ods. 24 z.č. 580/2004 Z.z. o zdravotnom poistení
8. Dohoda podľa § 231 ods. 5 z.č. 461/2003 Z.z. o sociálnom poistení medzi Sociálnou poisťovňou a Ministerstvom spravodlivosti o plnení povinností zamestnávateľom uvedeným v § 7 ods. 1 písm. i)
9. Zmluva o starobnom dôchodkovom sporení podľa § 64 z.č. 43/2004 Z.z. o starobnom dôchodkovom sporení
10. Depozitárska zmluva podľa § 100 z.č. 43/2004 Z.z. o starobnom dôchodkovom sporení
11. Zmluva o budúcej zmluve o vyplácaní doživotného starobného dôchodku alebo doživotného predčasného starobného dôchodku podľa § 32 ods. 3 z.č. 43/2004 Z.z. o starobnom dôchodkovom sporení

3. AUTONÓMIA VÔLE V ZMLUVNOM SYSTÉME PRÁVA SOCIÁLNEHO ZABEZPEČENIA V SR

Je zmluvná autonómia výlučným znakom súkromného práva? Môže sa vyskytovať aj vo verejnoprávných odvetviach? Napr. v správnom, alebo finančnom práve? Niektoré slovenské právne predpisy dokonca užívajú pojem zavinenie právnických osôb, ktorý by mal naznačovať existenciu vôle – zrejme v podobe správnej úvahy orgánu. Aj v práve sociálneho zabezpečenia sa predpokladá, že orgány sociálneho zabezpečenia budú mať možnosť rozhodnúť sa pre uzatvorenie istej zmluvy spomedzi iných možností riešenia. V niektorých prípadoch sú naopak nútené takúto zmluvu uzavrieť, či už s konkrétne určenou zmluvnou stranou alebo s možnosťou výberu zmluvnej strany. Tento prípad sa však vyskytuje viac v prípade tzv. druhého piliera dôchodkového sporenia, ktorý niektorí autori odmietajú ako nepatriaci do pôsobnosti právneho odvetvia práva sociálneho zabezpečenia.

3.1 ÚPLNÁ ZMLUVNÁ AUTONÓMIA

Úplná zmluvná autonómia ako znak súkromného práva je prítomná najmä v treťom pilieri dôchodkového sporenia, ktoré sa často ani nepovažuje za súčasť práva sociálneho

-
12. Zmluva poisťovne so sporiteľom o vyplácaní doživotného starobného dôchodku alebo doživotného predčasného starobného dôchodku podľa § 32 ods. 4 z.č. 43/2004 Z.z. o starobnom dôchodkovom sporení
 13. Kolektívna zmluva vo veci platenia príspevkov zamestnávateľa na doplnkové dôchodkové sporenie podľa § 2 ods. 3 z.č. 650/2004 Z.z. o doplnkovom dôchodkovom sporení
 14. Účastnícka zmluva podľa § 57 zákona č. 650/2004 Z.z. o doplnkovom dôchodkovom sporení s dôchodkovým plánom podľa § 60 (bývalé zamestnanecké a účastnícke zmluvy podľa § 86 ods. 3)
 15. Zamestnávateľská zmluva podľa § 58 zákona č. 650/2004 Z.z. o doplnkovom dôchodkovom sporení
 16. Dôchodkový plán podľa § 6b zákona č. 650/2004 Z.z. o doplnkovom dôchodkovom sporení
 17. Zmluva o zverení činnosti podľa § 37 zákona č. 650/2004 Z.z. o doplnkovom dôchodkovom sporení
 18. Zmluva o vytvorení partnerstva podľa § 4 z.č. 448/2008 Z.z. o sociálnych službách
 19. Zmluva o poskytovaní sociálnej služby podľa § 74 z.č. 448/2008 Z.z. o sociálnych službách
 20. Dohoda obce s fyzickou osobou, ktorá žiada o uzatvorenie zmluvy o poskytovaní sociálnej služby, podľa § 8 ods. 2 písm. d) z.č. 448/2008 Z.z. o sociálnych službách
 21. Dohoda vyššieho územného celku s fyzickou osobou, ktorá žiada o uzatvorenie zmluvy o poskytovaní sociálnej služby, podľa § 8 ods. 3 písm. d) z.č. 448/2008 Z.z. o sociálnych službách
 22. Zmluva obce/VÚC s budúcim poskytovateľom sociálnej služby podľa § 8 ods. 8 z.č. 448/2008 Z.z. o sociálnych službách
 23. Dohoda poskytovateľa a prijímateľa sociálnej služby o úschove cenných vecí podľa § 9 ods. 12 z.č. 448/2008 Z.z. o sociálnych službách
 24. Zmluva o poskytovaní tlmočníckej služby podľa § 45 z.č. 448/2008 Z.z. o sociálnych službách
 25. Zmluva o výkone osobnej asistencie podľa § 46 z.č. 448/2008 Z.z. o sociálnych službách
 26. Požičiavanie pomôcok podľa § 47 z.č. 448/2008 Z.z. o sociálnych službách
 27. Zmluva medzi obcou/VÚC a posudkovým lekárom podľa § 49 z.č. 448/2008 Z.z. o sociálnych službách
 28. Zmluva o poistení zodpovednosti za škodu spôsobenú poskytovateľom sociálnej služby podľa § 67 z.č. 448/2008 Z.z. o sociálnych službách
 29. Zmluva o platení úhrady za sociálnu službu podľa § 73 ods. 9 a 10 z.č. 448/2008 Z.z. o sociálnych službách
 30. Zmluva o poskytovaní finančného príspevku podľa § 75 ods. 14 z.č. 448/2008 Z.z. o sociálnych službách
 31. Zmluva medzi obcami/VÚC o uhradení ekonomicky oprávnených nákladov podľa § 71 ods. 6 z.č. 448/2008 Z.z. o sociálnych službách
 32. Zmluva o poskytnutí sociálnej pôžičky podľa z.č. 195/1998 Z.z.
 33. Dohoda medzi obcou a právnickou osobou o účelnom využití prídavku na dieťa podľa § 12 ods. 6 z.č. 600/2003 Z.z. o prídavku na dieťa

zabezpečenia. Príkladmi zmluvných typov, ktorých sa zmluvná autonómia prejavuje v najširšom zmysle, sú:

Účastnícka zmluva podľa § 57 zákona č. 650/2004 Z.z. o doplnkovom dôchodkovom sporení s dôchodkovým plánom podľa § 60 (bývalé zamestnanecké a účastnícke zmluvy podľa § 86 ods. 3)

Účastnícka zmluva medzi účastníkom a doplnkovou dôchodkovou spoločnosťou je uzavretá na základe úplne slobodnej vôle zmluvných strán. Obdobne ako v prípade zmlúv v druhom pilieri, zákon v § 57 ods. 3 obsahuje iba podstatné náležitosti zmluvy. Ods. 4 upravuje predzmluvné vzťahy, v rámci ktorých je doplnková dôchodková spoločnosť povinná oboznámiť fyzickú osobu, ktorá má záujem uzatvoriť účastnícku zmluvu, so štatútmi doplnkových dôchodkových fondov, ktoré spravuje, a s dávkovými plánmi. Ods. 5 upravuje zánik účastníckej zmluvy, pričom sa umožňuje aj odstúpenie od zmluvy, alebo jej vypovedanie, ako v prípade klasických súkromnoprávných zmlúv. Ods. 6 vyslovene vzťahuje na účastnícku zmluvu platnosť Občianskeho zákonníka.

Zamestnávateľská zmluva podľa § 58 zákona č. 650/2004 Z.z. o doplnkovom dôchodkovom sporení

Podobný charakter má aj zamestnávateľská zmluva ako zmluva uzatvorená medzi zamestnávateľom a doplnkovou dôchodkovou spoločnosťou. § 58 ods. 2 upravil podstatné náležitosti zmluvy, § 59 možnosti zániku zmluvy a v § 58 ods. 4 sa na úpravu tejto zmluvy vzťahli ustanovenia Občianskeho zákonníka. Opäť teda ide o zásadne súkromnoprávnu zmluvu, so širokou zmluvnou autonómiou kontrahentov.

Zmluva o poskytovaní tlmočnickej služby podľa § 45 z.č. 448/2008 Z.z. o sociálnych službách

Osoba, ktorá je odkázaná na tlmočnicke služby (nepočujúca, hluchoslepá osoba) má nárok na sociálnu službu tlmočenia podľa § 44 zákona, ak sa jej neposkytuje príspevok na osobnú asistenciu a ak sa jej neposkytuje tlmočenie na základe inej právnej normy. Poskytovateľ sociálnej služby v tomto prípade neposkytuje tlmočnicke služby sám, iba poskytuje napr. pomoc pri príprave návrhov zmlúv o poskytovaní tlmočnickej služby medzi fyzickou osobou so zdravotným postihnutím a poskytovateľom tlmočnickej služby (§ 45 os. 2). Tieto zmluvy pritom nie sú nijak bližšie upravené a je pravdepodobné, že pôjde o štandardné občianskoprávne zmluvy, teda zmluvy súkromnoprávneho charakteru. Štát ich uzatváranie nijak nevnučuje, ponecháva ho na vôľu zmluvných strán.

Zmluva o výkone osobnej asistencie podľa § 46 z.č. 448/2008 Z.z. o sociálnych službách

To isté, čo bolo povedané o zmluvách o poskytovaní tlmočnickej služby, platí aj pre zmluvy o výkone osobnej asistencie, k uzatvoreniu ktorých štát nijak neprinucuje.

Požičiavanie pomôcok podľa § 47 z.č. 448/2008 Z.z. o sociálnych službách

Hoci pri právnej úprave požičiavania pomôcok fyzickým osobám s ťažkým zdravotným postihnutím zákon výslovne nespomína žiadne zmluvy, je nepochybné, že požičiavanie pomôcok nie je možné inak ako na zmluvnom základe, hoci aj nepísanej zmluvy. Ide pritom o

službu poskytovanú poskytovateľom sociálnych služieb v prospech fyzicky postihnutej osoby odkázanej na pomoc. V zákone sa nepredpokladá žiadna povinnosť poskytovať takúto službu, zmluvná autonómia teda nie je nijako dotknutá, s výnimkou toho, že žiadateľom má byť osoba s ťažkým zdravotným postihnutím.

Zmluva o poskytnutí sociálnej pôžičky podľa z.č. 195/1998 Z.z.

Zákon o sociálnej pomoci (v § 39), zrušený zákonom o sociálnych službách, poznal ďalší osobitný zmluvný typ – zmluvu o poskytnutí sociálnej pôžičky. Tá podľa prechodných a záverečných ustanovení nového zákona zostáva v platnosti aj naďalej, ak bola uzavretá pred 31.12.2008. Na jej uzatvorenie neexistoval právny nárok, jej priznanie bolo limitované iba tým, že žiadateľ musel spĺňať niektoré zákonom stanovené predpoklady – muselo teda ísť o špeciálny subjekt.

Dohoda medzi obcou a právnickou osobou o účelnom využití prídavku na dieťa podľa § 12 ods. 6 z.č. 600/2003 Z.z. o prídavku na dieťa

Aj mimo zákona o sociálnych službách a piliera sociálnej pomoci, konkrétne v pilieri štátnej sociálnej podpory, nachádzame ojedinele záväzkovoprávnu úpravu. Konkrétne ide o dohodu podľa § 12 ods. 6 zákona č. 600/2003 Z.z. o prídavku na dieťa. Podľa tejto úpravy môže obec poveriť účelným využitím prídavku na dieťa právnickú osobu po ich vzájomnej dohode. Pritom zmluvná autonómia oboch subjektov nie je nijak dotknutá.

Generálnym riaditeľom Sociálnej poisťovne schvaľovaná dohoda o náhrade za sťaženie spoločenského uplatnenia podľa zákona č. 437/2004 Z.z. o náhrade za bolesť a o náhrade za sťaženie spoločenského uplatnenia

Podľa § 122 ods. 4 písm. d) bod 2 zákona č. 461/2003 Z.z. o sociálnom poistení riaditeľ schvaľuje návrh dohody o náhrade za sťaženie spoločenského uplatnenia podľa osobitného predpisu. Podľa § 6 ods. 1 z.č. 437/2004 Z.z. totiž „Poskytovateľ náhrady a poškodený môžu uzatvoriť dohodu o náhrade za sťaženie spoločenského uplatnenia, a to aj nad výšku náhrady ustanovenú týmto zákonom...“. Poskytovateľom sa pritom rozumie „osoba, ktorá je povinná poskytnúť náhradu podľa osobitných predpisov...“¹¹. Ako vyplýva už z pojmu „môžu“, zmluvné strany nie sú vo svojej zmluvnej slobode nijak obmedzované.

Dohoda o elektronickom doručovaní podľa § 186 ods. 2 z.č. 461/2003 Z.z. o sociálnom poistení, resp. podľa § 19 ods. 24 z.č. 580/2004 Z.z. o zdravotnom poistení

Podľa § 172 ods. 1 zákona č. 461/2003 Z.z. o sociálnom poistení sa na konanie vo veciach sociálneho poistenia nevzťahuje všeobecný predpis o správnom konaní. Právo sociálneho zabezpečenia teda má v oblasti sociálneho poistenia osobitné procesné úpravy. Jedným zo

¹¹ Napríklad zákon č. 461/2003 Z.z. o sociálnom poistení v znení neskorších predpisov, zákon č. 381/2001 Z.z. o povinnom zmluvnom poistení zodpovednosti za škodu spôsobenú prevádzkou motorového vozidla a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov, zákon č. 95/2002 Z.z. o poisťovníctve a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov, Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov, zákon č. 328/2002 Z.z. o sociálnom zabezpečení policajtov a vojakov a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov, zákon č. 370/1997 Z.z. o vojenskej službe v znení neskorších predpisov, zákon č. 154/2001 Z.z. o prokurátoroch a právnych čakatel'och prokuratúry v znení neskorších predpisov, zákon č. 385/2000 Z.z. o sudcoch a prísediacich a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

špecifik tejto procesnoprávnej úpravy je možnosť dohody medzi fyzickou alebo právnickou osobou a organizačnou zložkou Sociálnej poisťovne o náležitostiach elektronického doručovania, spôsobe overovania podania urobeného elektronickými prostriedkami a spôsobe preukazovania doručenia. Podobná úprava sa nachádza v § 19 ods. 24 z.č. 580/2004 Z.z. o zdravotnom poistení. V oboch prípadoch uzatvorenie takejto dohody závisí iba na slobodnej autonómnej vôli spolukontrahentov.

Zmluva medzi obcou/VÚC a posudkovým lekárom podľa § 49 z.č. 448/2008 Z.z. o sociálnych službách

Posúdenie odkázanosti fyzickej osoby na sociálnu pomoc, resp. na poskytovanie sociálnych služieb zákon zveruje posudzujúcim lekárom, ktorí sú na túto činnosť poverení na základe zmluvy s obcou alebo vyšším územným celkom. Predpokladám, že k uzavretiu takýchto zmlúv dochádza formálne na základe slobodnej vôle oboch kontrahentov.

Zmluva o platení úhrady za sociálnu službu podľa § 73 ods. 9 a 10 z.č. 448/2008 Z.z. o sociálnych službách

Podľa § 72 ods. 8 je prijímateľ sociálnej služby uvedenej v §§ 31 a 34 až 41 povinný platiť úhradu za poskytovanú sociálnu službu podľa svojho príjmu a majetku. Ak nemôže platiť sám, môžu na základe osobitnej zmluvy o platení úhrady za sociálnu službu platiť iné osoby (§ 73 ods. 9) alebo rodičia alebo deti na základe rovnakej zmluvy (§ 73 ods.10). Že štát nenúti uzavretiu takejto zmluvy dokazuje fakt, že podľa ods. 11 a 12, ak nedôjde k uzavretiu takýchto zmlúv, rozhodne o povinnosti platiť úhradu za sociálnu službu zmienenými osobami obec alebo VÚC.

Dohoda Sociálnej poisťovne so zamestnávateľom alebo so zariadením na pracovnú rehabilitáciu podľa § 95 ods. 4 z.č. 461/2003 Z.z. o sociálnom poistení

Táto dohoda má za cieľ umožniť dosiahnutie cieľu rehabilitácie poškodeného, ktorý má v dôsledku pracovného úrazu alebo choroby z povolania pokles pracovnej schopnosti, ak podľa posudku posudkového lekára možno predpokladať opätovné zaradenie poškodeného do pracovného pomeru (§ 95 ods. 1). Pracovnú rehabilitáciu ako výcvik potrebný na získanie pracovnej schopnosti na výkon doterajšej činnosti poškodeného alebo inej vhodnej činnosti, zabezpečuje Sociálna poisťovňa u zamestnávateľa, v zdravotníckom zariadení podľa osobitného predpisu, alebo v inom odbornom zariadení na poskytovanie pracovnej rehabilitácie. O vykonaní pracovnej rehabilitácie uzatvára pritom so zamestnávateľom alebo so zariadením na pracovnú rehabilitáciu písomnú dohodu, ktorá obsahuje najmä (ako podstatné náležitosti) zameranie, rozsah a náklady spojené s poskytovaním pracovnej rehabilitácie. Ide pritom o jednu z možností Sociálnej poisťovne, nie jej povinnosť, čo vyplýva zo znenia ods. 1, podľa ktorého pracovná rehabilitácia „môže“ byť poskytnutá. Sociálna poisťovňa teda má na výber, pričom ak si však vyberie možnosť rehabilitácie, nastupuje jej kontrakčná povinnosť.

Dohoda Sociálnej poisťovne so vzdelávacím zariadením na výkon rekvalifikácie podľa § 97 ods. 3 z.č. 461/2003 Z.z. o sociálnom poistení

Ide tu o úpravu obdobnú poskytovaníu rehabilitácie. Podľa § 97 ods. 1 rekvalifikácia (chápaná ako zmena doterajšej kvalifikácie poškodeného) môže byť poskytnutá poškodenému, ktorý v dôsledku pracovného úrazu alebo choroby z povolania má pokles

pracovnej schopnosti, ak podľa posudku posudkového lekára možno predpokladať opätovné zaradenie poškodeného do pracovného procesu. Rekvalifikáciu, rovnako ako rehabilitáciu, zabezpečuje Sociálna poisťovňa vo vzdelávacom zariadení na výkon rekvalifikácie. Na zabezpečenie jej vykonávania uzatvára Sociálna poisťovňa s týmto zariadením písomnú dohodu, ktorá obsahuje najmä zameranie, rozsah a sumu nákladov spojených s poskytovaním rekvalifikácie.

3.2 OBMEDZENIE ZMLUVNEJ AUTONÓMIE LIMITOVANÍM KONTRAKTAČNEJ SLOBODY IBA AKO JEDNEJ Z NIEKOĽKO MOŽNOSTÍ

V niektorých prípadoch zákon obmedzuje zmluvné strany tým, že im dáva na výber z dvoch alebo viacerých možností, a v prípade, že sa nerozhodnú pre „nezmluvnú“ z nich, núti ich uzavrieť zmluvu:

Dôchodkový plán podľa § 6b zákona č. 650/2004 Z.z. o doplnkovom dôchodkovom sporení

Dôchodkový plán je definovaný ako zmluva alebo dokument, záväzný pre doplnkovú dôchodkovú spoločnosť, upravujúci najmä druhy dôchodkových dávok a podmienky ich poskytovania. Ide teda o možnosť voľby medzi formou zmluvy a dokumentu, na ktorý sa napr. zmluvy môžu odvolávať. V prípade, že si ne zvolia možnosť „dokument“, musia uzavrieť zmluvu.

Dohoda obce s fyzickou osobou, ktorá žiada o uzatvorenie zmluvy o poskytovaní sociálnej služby, podľa § 8 ods. 2 písm. d) z.č. 448/2008 Z.z. o sociálnych službách

Obec má v zmysle § 8 ods. 2 povinnosť osobe, odkázanej na sociálnu službu, ktorá o to požiada, buď poskytnúť sociálnu službu, alebo zabezpečiť jej poskytovanie prostredníctvom právnickej osoby, ktorú zriadila alebo založila za týmto účelom, alebo zabezpečiť jej poskytovanie prostredníctvom iného verejného poskytovateľa sociálnych služieb. Iba ak to nie je možné, môže sa obec „dohodnúť“ s fyzickou osobou o zabezpečení poskytovania sociálnej služby u neverejného (teda zásadne súkromného) poskytovateľa sociálnej služby. Podstatou dohody má byť výber vhodného neverejného poskytovateľa – zákon teda normuje obsah zmluvy. Zo znenia zákona jednoznačne vyplýva subsidiárna postupnosť: 1. obec poskytne sociálnu službu, 2. obcou založená právnická osoba poskytne sociálnu službu, 3. iný verejný poskytovateľ poskytne službu, 4. neverejný poskytovateľ učený dohodou strán poskytne sociálnu službu. V tomto prípade na poslednej úrovni subsidiarity teda zákon výslovne vyžaduje uzavretie dohody. Otázne je, čo v prípade, ak k uzavretiu takejto dohody nedôjde.

Dohoda vyššieho územného celku s fyzickou osobou, ktorá žiada o uzatvorenie zmluvy o poskytovaní sociálnej služby, podľa § 8 ods. 3 písm. d) z.č. 448/2008 Z.z. o sociálnych službách

Táto dohoda má úplne rovnaký charakter ako vyššie spomenutá dohoda obce s fyzickou osobou.

3.3 OBMEDZENIE OBSAHU KONTRAKTAČNEJ SLOBODY A JEJ PODMIENENOSŤ SÚHLASOM ŠTÁTNEHO ORGÁNU

V jednom zo zmluvných typov sa vyžaduje na vznik zmluvy súhlas Národnej banky Slovenska:

Zmluva o zverení činnosti podľa § 37 zákona č. 650/2004 Z.z. o doplnkovom dôchodkovom sporení

Táto súkromnoprávna zmluva umožňuje doplnkovej dôchodkovej spoločnosti alebo jej zakladateľovi po predchádzajúcom súhlase Národnej banky Slovenska (NBS) zveriť jednu alebo viac činností doplnkovej dôchodkovej spoločnosti inej fyzickej alebo právnickej osobe oprávnenej na výkon zverených činností. Ide teda vlastne o typ outsourcingu. Jedinými obmedzeniami je potrebný súhlas NBS (tiež doloženie zmluvy a oznamovanie všetkých jej zmien vrátane skončenia), ďalej fakt, že činnosť nemôže byť podľa § 37 ods. 1 zverená inej doplnkovej dôchodkovej spoločnosti, depozitárovi alebo osobe, ktorej záujmy môžu byť v konflikte so záujmami doplnkovej dôchodkovej spoločnosti. Napokon, neprípustné je zverenie činnosti uvedenej v § 22 ods. 2 písm. c) bod 15 – činnosť vnútornej kontroly dodržiavania všeobecne záväzných právnych predpisov, rozhodnutí NBS a vnútorných aktov riadenia. Špecifikom zmluvnej autonómie v tomto prípade je jej obmedzenie po obsahovej stránke ako aj podmienenosť súhlasom NBS.

3.4 OBMEDZENIE OBSAHU A SUBJEKTOV KONTRAKTAČNEJ SLOBODY

Niektoré zmluvné typy môžu byť uzatvorené iba s určenými subjektmi a zmluvy musia dodržiavať isté obsahové obmedzenia:

Zmluva o postúpení pohľadávok podľa § 149, 293s a 293ak z.č. 461/2003 Z.z. o sociálnom poistení

Strany v tejto zmluve aj v predzmluvných vzťahoch vystupujú ako rovnocenní obchodní partneri. Sú však limitovaní z finančnoprávneho hľadiska v možnosti nakladania s majetkom Sociálnej poisťovne ohľadom postupovania pohľadávok tým, že zákonná úprava neumožňuje postúpenie pohľadávok na poistnom na nemocenské a dôchodkové poistenie, ktoré vznikli pred rokom 1994 (za účinnosti predchádzajúcich predpisov o sociálnom zabezpečení), a tiež pohľadávok na dávkach. Ďalej je dôležité podotknúť, že podľa zákona sa pohľadávky postupujú len na osoby so 100% účasťou štátu, čo tiež predstavuje obmedzenie nakladania s majetkom Sociálnej poisťovne ako verejnoprávnej korporácie. Štát tu teda vo verejnom záujme zasiahol do spôsobu hospodárenia Sociálnej poisťovne.

Zmluva o postúpení pohľadávok na príspevkoch na starobné dôchodkové sporenie, na pokutách a na penále

O tejto zmluve sa pojednáva v § 122 ods. 4 písm. e) bod 3 zákona č. 461/2003 Z.z., kde sa medzi kompetencie generálneho riaditeľa Sociálnej poisťovne radí aj schvaľovanie (po prerokovaní v dozornej rade) zmluvy o postúpení pohľadávky na príspevkoch na starobné dôchodkové sporenie, na pokutách a na penále uložených v starobnom dôchodkovom sporení v rozsahu upravenom týmto zákonom. Podobne ako v prípade predchádzajúcich zmlúv tu ide o čiastočne verejným (finančným) právom modifikovanú zmluvu.

3.5 OBMEDZENIE ZMLUVNEJ SLOBODY PRI VÝBERE SPOLUKONTRAHENTA

V jedno prípade je obmedzený iba výber spolukontrahenta, nie je osobitne obmedzovaný obsah zmluvy:

Zmluva o prevedení vymáhania pohľadávok podľa § 148 ods. 4 z.č. 461/2003 Z.z. o sociálnom poistení

Ide opäť o zmluvu, ktorú schvaľuje generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne po prerokovaní v dozornej rade. Jej cieľom je uľahčenie vynucovania plnenia odvodových povinností v prospech Sociálnej poisťovne. Výber zmluvného partnera je však zo strany Sociálnej poisťovne obmedzený ustanoveniami zákona o verejnom obstarávaní.

3.6 OBMEDZENIE ZMLUVNEJ AUTONÓMIE URČENÍM KONTRAKTAČNEJ POVINNOSTI (BEZ URČENIA POVINNÉHO KONTRAHENTA)

Pomerne častým je určenie zmluvnej (kontraktačnej) povinnosti, ktorá je v priamom rozpore so zmluvnou autonómiou:

Zmluva o starobnom dôchodkovom sporení podľa § 64 z.č. 43/2004 Z.z. o starobnom dôchodkovom sporení

Charakteristickou pre právo sociálneho zabezpečenia a jeho osobitné záväzkové právo vytvorené v procese „privatizácie“ práva sociálneho zabezpečenia¹² je zmluva o starobnom dôchodkovom sporení . Uzatvára ju (povinne) dôchodková správcovská spoločnosť so sporiteľom. V rámci predzmluvných vzťahov je dôchodková správcovská spoločnosť povinná oboznámiť záujemcu so štatútmi dôchodkových fondov a správami o hospodárení s majetkom fondov a so správou o hospodárení dôchodkovej správcovskej spoločnosti. § 64 ods. 6 obsahuje výpočet podstatných náležitostí zmluvy, ktoré musia povinne všetky zmluvy obsahovať. Zo zmluvy musí povinne vyplývať záväzok dôchodkovej správcovskej spoločnosti viesť osobný dôchodkový účet sporiteľa a vykonávať správu majetku v dôchodkovom fonde.

Nič bližšie o procese uzatvárania takejto zmluvy nie je v zákone upravené. Odchýlkou od klasického chápania zmlúv je však ods. 7 podľa ktorého „Od zmluvy o starobnom dôchodkovom sporení nemožno odstúpiť, vypovedať ju, ani zrušiť dohodou zmluvných strán.“ Sloboda a zmluvná autonómia sú teda značne obmedzené. Podľa toho istého odseku zmluva o starobnom dôchodkovom sporení zaniká dňom prestupu do inej dôchodkovej správcovskej spoločnosti. Inak o jej neplatnosti alebo o tom že nevznikla, môže rozhodnúť iba súd.

Účinnosť zmluvy je naviazaná na ďalšiu podmienku: zápis v registri zmlúv. Tento register vedie Sociálna poisťovňa. Ak ju Sociálna poisťovňa nezapíše, zmluva „zaniká“ – čo možno chápať ako zákonnú odkladáciu podmienku vzniku zmluvy (podľa §64a ods. 7). Poskytnuté plnenia sa majú vrátiť. Zmluva zaniká ex tunc. Zmluvná sloboda tu teda de facto absentuje.

¹² Pozri bližšie: HORNIAKOVÁ, Eubica – ČUNDERLÍK, Lubomír: *Finančný trh*. Bratislava : VO PraF UK, 2009, s. 62-63.

Depozitárska zmluva podľa § 100 z.č. 43/2004 Z.z. o starobnom dôchodkovom sporení

Rovnako ako predchádzajúci zmluvný typ, aj depozitárska zmluva je vyžadovaná zákonom, a podstatne teda obmedzuje zmluvnú slobodu strán. Na druhej strane je však podľa § 110 ods. 3 prípustné depozitársku zmluvu vypovedať.¹³

Zmluva o budúcej zmluve o vyplácaní doživotného starobného dôchodku alebo doživotného predčasného starobného dôchodku podľa § 32 ods. 3 z.č. 43/2004 Z.z. o starobnom dôchodkovom sporení

Do rovnakej kategórie patrí aj zmluva o budúcej zmluve o vyplácaní doživotného starobného dôchodku alebo doživotného predčasného starobného dôchodku. Tiež ide o zmluvu, ktorú sú zmluvné strany povinné uzavrieť zo zákona.

Zmluva poisťovne so sporiteľom o vyplácaní doživotného starobného dôchodku alebo doživotného predčasného starobného dôchodku podľa § 32 ods. 4 z.č. 43/2004 Z.z. o starobnom dôchodkovom sporení

Tak isto možno hodnotiť aj zmluvu vyplácaní doživotného starobného dôchodku alebo doživotného predčasného starobného dôchodku.

Zmluva o poskytovaní sociálnej služby podľa § 74 z.č. 448/2008 Z.z. o sociálnych službách

Špecifikom pri uzatváraní tejto zmluvy je podmienka uvedená v poslednej vete §74 ods. 1 – zmluva musí byť uzatvorená spôsobom, ktorý je pre prijímateľa sociálnej služby zrozumiteľný. Ďalším špecifikom je to, že osoba, ktorá má záujem o poskytnutie sociálnej služby, musí podľa § 74 ods. 3 písomne požiadať o uzatvorenie zmluvy o poskytovaní sociálnej služby obec, vyšší územný celok alebo nimi zriadenú alebo založenú právnickú osobu. Náležitosti žiadosti sú v zákone presne špecifikované rovnako ako aj podstatné náležitosti samotnej zmluvy o poskytovaní sociálnej služby (ods. 7). Nejde teda o ofertu v klasickom súkromnoprávnom zmysle, ale o žiadosť, čo je príznačné skôr pre verejné právo, resp. správne právo. Aj pri tejto zmluve však zákon odkazuje na § 51 OZ, teda opäť ide akoby o súkromnoprávnu zmluvu.¹⁴

Realizujú a tvoria sa ňou však totiž verejnoprávne vzťahy.¹⁵ Prejavuje sa to povinnosťou poskytovať takéto služby a uzatvárať príslušné zmluvy: Zmluvná voľnosť neverejného poskytovateľa sociálnych služieb, ktorý tieto služby poskytuje bez cieľa dosahovať zisk, je totiž obmedzená tým, že takýto poskytovateľ je podľa § 8 ods. 9 povinný na požiadanie obce

¹³ Zákonodarca pritom nepoužíva konzistentnú terminológiu, keď hovorí v ods. 4 o strate účinnosti depozitárskej zmluvy, nie strate jej platnosti. Platná by teda logicky stále mala byť, ak rozlišujeme medzi platnosťou a účinnosťou zmlúv. Vzápätí sa však v ods. 6 hovorí o povinnostiach po strate platnosti zmluvy.

¹⁴ Jej ďalšiu úpravu, napr. ukončenie platnosti upravujú ďalšie odseky § 74 zákona.

¹⁵ K rozlišovaniu verejného a súkromného práva pozri napr. FÁBRY, Branislav – KROŠLÁK, Daniel: Verejné a súkromné právo – nové výzvy v systematike práva. In: *Acta Facultatis Iuridicae Universitatis Comenianiae*, zv. 25. Bratislava : VO PraF UK, 2007, s. 47 a nasl. KROŠLÁK, Daniel: Klasifikácia práva na verejné a súkromné a jej súčasný význam. In: *Zborník z odborného seminára „Európske výzvy súčasného právneho vývoja“*, Malacky, 20.-21. októbra 2005. Trnava : PF TU, 2006, s. 1–11.

uzavrieť s fyzickou osobou zmluvu o poskytovaní sociálnej služby. Táto povinnosť sa však netýka neverejného poskytovateľa sociálnych služieb, ktorý tak koná s cieľom dosiahnuť zisk. Rozlišujú sa teda dva druhy neverejných poskytovateľov.

Zmluva o poskytovaní finančného príspevku podľa § 75 ods. 14 z.č. 448/2008 Z.z. o sociálnych službách

V prípade, že obec alebo VÚC požiadali neverejného poskytovateľa sociálnych služieb, ktorý služby neposkytuje s cieľom zisku (a nevyberá teda od prijímateľov sociálnych služieb príspevky, z ktorých by generoval zisk), o poskytnutie sociálnej služby, sú v zmysle § 75 povinné poskytnúť mu finančný príspevok pri odkázanosti fyzickej osoby na pomoc inej fyzickej osoby pri úkonoch sebaobsluhy a finančný príspevok na prevádzku poskytovanej sociálnej služby, ak im neverejný poskytovateľ doručil zmluvy o poskytnutí sociálnej služby (alebo zoznam osôb, s ktorými nemusel takúto zmluvu uzavrieť) (§75 s. 6). Finančný príspevok sa pritom podľa ods. 14 poskytuje na základe písomnej zmluvy. V prípade absencie takejto zmluvy, ktorej uzavretie je povinné, by zákonná úprava musela počítat' s automatickou povinnosťou platenia za tieto služby. Zostáva otáznou, prečo vlastne zákonodarca zvolil formu zmluvy.

Zmluva medzi obcami/VÚC o uhradení ekonomicky oprávnených nákladov podľa § 71 ods. 6 z.č. 448/2008 Z.z. o sociálnych službách

Obec a VÚC majú pri poskytovaní sociálnych služieb možnosť voľby medzi poskytnutím sociálnej služby obcou, ňou založenou alebo zriadenou právnickou osobou alebo iným verejným, prípadne neverejným poskytovateľom. Obec/VÚC sa pritom môže obrátiť aj na inú obec/VÚC, pričom však následne musí s takouto obcou /VÚC uzavrieť v zmysle § 80 písm. h) bod 3 a § 81 písm. h) bod 2 zmluvu o uhradení oprávnených nákladov podľa § 71 ods.6 – teda ak využila kapacity tejto inej obce/VÚC na poskytovanie sociálnych služieb osobe, ktorej ich bola povinná poskytnúť povinná obec/VÚC. Jednoznačne tu opäť ide o zákonom nanútenú kontraktnú povinnosť, ktorá by sa dala riešiť aj výslovnou zákonnou úpravou poskytovania úhrady nákladov.

Dohoda podľa § 231 ods. 5 z.č. 461/2003 Z.z. o sociálnom poistení medzi Sociálnou poisťovňou a Ministerstvom spravodlivosti o plnení povinností zamestnávateľom uvedeným v § 7 ods. 1 písm. i)

Ide o dohodu, ktorej obsahom je plnenie registračných povinností zamestnávateľa – okrem iného napr. prihlásenie zamestnanca do registra poistencov a sporiteľov. Ide pritom o špecifický prípad zamestnancov, ktorými sú fyzické osoby vo výkone väzby alebo trestu odňatia slobody, ak sú zaradené do práce. V tomto prípade ako zamestnávateľ vystupuje ústav na výkon väzby alebo ústav na výkon trestu odňatia slobody. Aj takýto zamestnávateľ má povinnosť registrácie, avšak vzhľadom na fakt, že ide o štátny orgán, zákon predpokladá osobitnú úpravu plnenia tejto povinnosti, a to na základe osobitnej dohody podpísanej so Sociálnou poisťovňou. Kontraktná povinnosť v tomto prípade vylučuje zmluvnú autonómiu.

3.7 OBMEDZENIE ZMLUVNEJ AUTONÓMIE MNOŽINOU MOŽNOSTÍ A SPOLUKONTRAHENTOV

Ďalším prípadom kombinácie obmedzení zmluvnej slobody je jeden zmluvný typ, ktorý sa musí uzatvoriť (kontraktačná povinnosť) iba v prípade nevyužitia iných možností, pričom zákon obmedzuje aj výber spolukontrahenta:

Zmluva obce/VÚC s budúcim poskytovateľom sociálnej služby podľa § 8 ods. 8 z.č. 448/2008 Z.z. o sociálnych službách

Vzhľadom na skutočnosť, že obec, resp. VÚC majú primárne zabezpečiť poskytovanie sociálnych služieb sami, resp. prostredníctvom svojich zriadených alebo založených právnických osôb-poskytovateľov, alebo iným verejným poskytovateľom, je zabezpečenie takejto služby neverejným poskytovateľom iba subsidiárne a viaže sa na dohodu s osobou odkázanou na sociálnu službu. V prípade, že obec poskytuje sociálne služby sama alebo prostredníctvom svojej právnickej osoby, nedochádza tu k vzniku zmluvných vzťahov medzi obcou a poskytovateľom. Iba v prípade zabezpečenia sociálnych služieb prostredníctvom iného verejného poskytovateľa je obec (VÚC) povinná v zmysle § 8 ods. 8 uzavrieť s poskytovateľom zmluvu, v ktorej sa budúci poskytovateľ zaviazuje túto službu poskytnúť v stanovenej lehote. Ide tu teda jednoznačne o obmedzenie zmluvnej slobody, a to v dvoch fázach – ak obec nie je schopná sama zabezpečiť potrebnú službu, nadobudne kontraktačnú povinnosť so subjektom, na ktorom sa obec musela dohodnúť s osobou odkázanou na službu: 1.) kontrakt je teda jednou z možností, v prípade nevyužitia ostatných vzniká kontraktačná povinnosť; 2.) obec má obmedzenú autonómiu aj vo vzťahu k výberu kontraktačného partnera (kvôli dohode s odkázanou osobou).

3.8 OBMEDZENIE ZMLUVNEJ SLOBODY KONTRAKTAČNOU POVINNOSŤOU A URČENÍM SPOLUKONTRAHENTA

Posledným prípadom je kombinácia kontraktačne povinnosti s pevne učeným spolukontrahentom, čo predstavuje absolútne popretie zmluvnej autonómie:

Dohoda poskytovateľa a prijímateľa sociálnej služby o úschove cenných vecí podľa § 9 ods. 12 z.č. 448/2008 Z.z. o sociálnych službách

V tomto prípade ide súkromnoprávnu úpravu úschovy cenných vecí, čo dokazuje aj odkaz na § 742-753 OZ. Špecifikom však je povinnosť poskytovateľa celoročnej pobytovej sociálnej služby a týždennej pobytovej sociálnej služby uzatvoriť takúto písomnú dohodu, zrejme z dôvodu ochrany slabšieho – prijímateľa sociálnej služby. Ide tu o dvojité obmedzenie zmluvnej autonómie: jednak vo vzťahu k výberu spolukontrahenta (obe strany zákon vymedzuje), a tiež ide o obmedzenie zákonnou povinnosťou uzatvoriť takúto dohodu (kontraktačnou povinnosťou).

4. ZÁVER

V zmluvnom systéme práva sociálneho zabezpečenia SR sú popri úplnej zmluvnej autonómii, charakteristickej pre súkromné právo, prítomné aj niektoré obmedzenia zmluvnej autonómie, a to konkrétne v nasledujúcich podobách: 1.) ako obmedzenie množiny možností, ktorých nevyužitím nastupuje kontraktačná povinnosť, 2.) obmedzenie obsahu kontraktačnej slobody a jej podmienenosť súhlasom štátneho orgánu, 3.) obmedzenie obsahu a subjektov

kontraktačnej slobody, 4.) obmedzenie zmluvnej slobody pri výbere spolukontrahenta, 5.) obmedzenie zmluvnej autonómie určením kontraktačnej povinnosti (bez určenia povinného kontrahenta), 6.) obmedzenie zmluvnej autonómie množinou možností a spolukontrahentov, 7.) obmedzenie zmluvnej slobody kontraktačnou povinnosťou a určením spolukontrahenta. Tieto obmedzenia sú v tomto právnom odvetví zavedené z rovnakých dôvodov, ako je tomu v prípade súkromného práva, teda v prvom rade na ochranu slabšieho subjektu, ale tiež na zabezpečenie riadneho chodu sociálneho zabezpečenia (zabezpečenie kontroly, profesionálneho zvládnutia a bezrizikového naplnenia úloh).

Literature:

- Cepek, B.: Niekoľko úvah nad možnou právnou úpravou uzatvárania verejnoprávnych zmlúv, in: Aktuálne problémy vo vývoji práva SR a ČR, zost.: Zuzana Šeligová, Bratislava: Univerzita Komenského, 2008.
- Círák, J. – Ficová, S. et al.: Občianske právo: Všeobecná časť, Šamorín: Heuréka, 2008.
- Fábry, B. – Krošlák, D.: Verejné a súkromné právo – nové výzvy v systematike práva, in: Acta Facultatis Iuridicae Universitatis Comenianiae, zv. 25, Bratislava: VO PraF UK, 2007.
- Horniaková, L. – Čunderlík, L.: Finančný trh, Bratislava: VO PraF UK, 2009.
- Hurdík, J.: Zásady soukromého práva, Brno: Masarykova univerzita, 1998.
- Hurdík, J. – Jeřábek, M.: Freedom of will and legal order., in: Freedom of contract conference, Brno: Masarykova univerzita, 1997.
- Králičková, Z.: Autonomie vůle rodinném právu v česko-italském porovnání, Brno: Masarykova univerzita, 2003.
- Krošlák, D.: Klasifikácia práva na verejné a súkromné a jej súčasný význam, in: Zborník z odborného seminára „Európske výzvy súčasného právneho vývoja“, Malacky, 20.-21. októbra 2005, Trnava: PF TU, 2006.
- Lazar, Ján et al.: Základy občianskeho hmotného práva 1, Bratislava: Iura Edition, 2004.
- Lazar, J. et al.: Základy občianskeho hmotného práva 2, Bratislava : Iura Edition, 2004.
- Wintr, J.: Říše principů : Obecné a odvětvové principy současného českého práva, Praha : Karolinum, 2006.

Reviewer:

Andrea Olšovská

Contact – email:

tomas.gabris@flaw.uniba.sk

AUTONOMIE VŮLE STRAN PŘI URČENÍ ROZHODNÉHO PRÁVA V MEZINÁRODNÍM ROZHODČÍM ŘÍZENÍ

JANA HERBOCZKOVÁ

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Cílem tohoto příspěvku je analyzovat působení principu autonomie vůle stran v mezinárodním rozhodčím řízení. Autonomie vůle stran je obecně uznávaným mezinárodním principem, na němž se rozhodčí řízení zakládá. Příspěvek se dotýká způsobů vývěru práva (přímá či nepřímá volba), předmětu (právo či právní pravidla) a formě (explicitní či implicitní) učiněné volby. Věnuje se zejména úvahám o možnostech omezení aplikace zvoleného práva a tím i omezení autonomie vůle stran.

Key words in original language:

Autonomie vůle stran, mezinárodní rozhodčí řízení, volba práva, implicitní volba práva, právo rozhodné, meritum sporu, imperativní normy, kogentní normy, mezinárodní veřejný pořádek, mezinárodní obchodní zvyklosti.

Abstract:

The aim of this contribution is to analyze the operation of the principle of party autonomy in international commercial arbitration. Party autonomy is generally recognized international principle and forms a basis for international arbitration. The contributions deals with the means of choice of law (direct or indirect choice), subject-matter (law or rules of law) and form (explicit or implicit) of choice. Especially it focuses on various possibilities of limiting application of chosen law and thus limiting the principle of party autonomy.

Key words:

Party autonomy, international arbitration, choice of law, implied choice of law, applicable law, merits of the case, international mandatory norms, international legal order, international trade usages.

Úvod k principu autonomie vůle stran v mezinárodním rozhodčím řízení

Jedním z mála právních principů, který je uznáván téměř všemi národními právními řády je princip autonomie vůle stran. Tento princip umožňuje smluvním stranám, aby si zvolily právo, jímž se bude řídit jejich smluvní vztah. Jedná se o obecný právní princip, který je přijímán mezinárodním společenstvím, je uznáván jak kontinentálními právními systémy, tak i systémy Common law¹.

Výhodou principu autonomie vůle stran je, že stranám umožňuje zvolit si právo, které je jim dobře známé a rozdělení práv a povinností, které toto právo ukládá, je vhodné pro účely jejich smlouvy. Na základě znalosti tohoto práva strany přesně vědí, co mohou jedna od druhé

¹ Lew, J., *Applicable Law in International Commercial Arbitration*. New York: Oceania Publications, Inc., 1978, s. 75

očekávat, což zvyšuje právní jistotu a předvídatelnost. Smyslem autonomie vůle stran je rovněž omezení ingerence státu do smluvních vztahů a podpora smluvní svobody.

Volbu práva rozhodného pro meritum sporu v mezinárodním rozhodčím řízení, tedy volbu hmotného práva, lze chápat ve dvou rovínách, a to v závislosti na tom, z jaké doktríny se vychází. V odborné literatuře existuje řada názorů na doktrinální základ rozhodčího řízení². Jako nejčastější se uvádí doktrína smluvní, podle níž je zjednodušeně základem rozhodčího řízení vůle stran, a doktrína jurisdikční, podle níž se rozhodčí řízení spíše blíží řízení soudnímu, které je však vedeno před soukromými rozhodci, jež jsou nadáni veřejnou mocí. Dále literatura uvádí i doktrínu smíšenou, která je kombinací obou výše uvedených, a další.

Pokud na volbu rozhodného práva nahlížíme z pohledu jurisdikční doktríny, lze ji chápat jako kolizní kritérium, které rozhodci použijí jako jednu z možných alternativ. Rozhodci pak respektují volbu práva na základě určitého národního právního řádu (např. práva místa konání arbitráže). Pokud však při posuzování volby práva vycházíme z doktríny smluvní, podle níž jsou pravomoci rozhodců založeny na smlouvě mezi stranami (naopak pravomoci soudů jsou typicky odvozovány od státní moci), na meritum sporu je primárně aplikováno právo, popř. pravidla, zvolené stranami. Rozhodci v tomto případě tedy staví svůj respekt k volbě rozhodného práva stranami nikoliv na národním právu, ale na skutečnosti, že volba rozhodného práva stranami je univerzálně uznávaným principem mezinárodního práva soukromého³.

Bez ohledu na rozdílné názory na doktrinální základ rozhodčího řízení, vycházím v tomto příspěvku z předpokladu, že rozhodčí řízení je založeno na smluvní doktríně, jejímž základem je právě autonomie vůle stran. Rozhodčí řízení je obecně chápáno jako „spravedlnost“ zvolená smluvními stranami. Nejen, že se strany mohou zvolit rozhodce a místo konání rozhodčího řízení, ale mohou si zvolit i pravidla, která budou použita pro urovnání sporu.

Princip autonomie vůle stran je široce uznávaným principem v mezinárodním rozhodčím řízení, je akceptován mnohými rozhodčími institucemi⁴ i většinou národních právních řádů. Téměř všechna moderní rozhodčí pravidla uznávají, že ve vztazích s mezinárodním prvkem si mohou strany zvolit právo použitelné pro meritum sporu. Volba učiněná stranami je pak pro rozhodce závazná a musí ji respektovat. Rozhodci nemusí posuzovat platnost učiněné volby na základě práva, jímž se řídí ujednání o volbě práva.

Autonomie vůle stran je základem téměř všech mezinárodních smluv upravujících mezinárodní rozhodčí řízení a smluvní právo. Například článek 28 odst. 1 Vzorového zákona UNCITRAL o mezinárodní obchodní arbitráži stanoví, že rozhodčí tribunál má rozhodnout spor podle právních pravidel, které si strany zvolily jako rozhodné pro meritum sporu. Článek

²V podrobnostech viz Rozehnalová, N., *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. Praha: ASPI, 2008; Rubino-Sammartano, M., *International Arbitration, Law and Practice*, 2nd ed.. The Hague: Kluwer Law International, 2001

³ Nález rozhodčího soudu Mezinárodní obchodní komory v Paříži č. 1512 z roku 1971

⁴ Článek 13 odst. 3 Rozhodčích pravidel MOK; článek 42 Úmluvy o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států (Washingtonská úmluva); článek 33 odst.1 Rozhodčích pravidel UNCITRAL; článek 28 Mezinárodních rozhodčích pravidel AAA z roku 1997; článek 22.3 Rozhodčích pravidel LCIA z roku 1998; článek 4 odst. 1 Řádu rozhodčího institutu Obchodní komory ve Stockholmu z roku 1999, a další.

VII odst. 1 Evropské Úmluvy o mezinárodní obchodní arbitráži stanoví, že „strany mají na vůli určit právo, kterého mají rozhodci použít pro rozhodování věci samé. Podobně článek 3 odst. 1 Úmluvy o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Římská úmluva) uvádí, že smlouva se řídí právem, které si strany zvolí. Navíc Newyorská úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů (1958) neumožňuje soudům ve fázi uznání a výkonu přezkoumat rozhodčí nález ve věci samé, což dále posiluje princip autonomie vůle stran při výběru rozhodného práva.

Volba práva rozhodného pro meritum sporu smluvními stranami

Strany si většinou právo rozhodné pro meritum sporu zvolí výslovně, a to tak, že ustanovení o volbě práva zahrnou v rozhodčí doložce, ve smluvních podmínkách či výměně písemných dokumentů mezi stranami.

Může se jednat jak o volbu přímou, kdy si strany zvolí konkrétní právní řád, tak i o volbu nepřímou, kdy si strany nejprve zvolí kolizní pravidlo, které pak vede k aplikaci konkrétního právního řádu či hmotně právních pravidel. Rozhodčí pravidla neřeší otázku, zda si strany mají zvolit přímou cestu či cestu nepřímou prostřednictvím kolizních norem, ale dávají stranám možnost volby. Je tedy jen na vůli stran, který přístup si zvolí.

Ač většina rozhodčích pravidel, národních, mezinárodních či pravidel rozhodčích institucí, akceptuje autonomii vůle stran a volbu rozhodného práva stranami, neznamená to, že se neliší v předmětu této volby⁵. Některá rozhodčí pravidla umožňují stranám volbu jen národního práva⁶. Podle jiných rozhodčích pravidel či pravidel rozhodčích institucí si mohou strany zvolit i tzv. „právní pravidla“ (rules of law)⁷. Je obecně uznáváno, že „právní pravidla“ zahrnují jak národní právo, tak také nestátní pravidla, jako je *lex mercatoria* (obecné uznané právní principy či zásady, mezinárodní obchodní zvyklosti či transnacionální právo, tedy uměle vzniklé soubory zásad smluvního práva či mezinárodních smluv). Pokud to tedy rozhodčí pravidla umožňují, mohou si strany zvolit i např. *lex mercatoria* jako hmotné právo rozhodné pro svůj spor.

Kromě skutečnosti, že strany si mohou vybrat právo určitého státu či jen právní pravidla, princip autonomie vůle, jakožto základní pilíř mezinárodního rozhodčího řízení, jim umožňuje i zmocnit rozhodce, aby rozhodovali jako *amiable compositeur* či *ex aequo et bono*⁸. Ač mnoho autorů smazává rozdíl mezi těmito dvěma druhy rozhodování, lze mezi nimi

⁵ Podrobnosti viz Gaillard, E., Savage, J., Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 1999

⁶ Článek VII Evropské úmluvy o mezinárodní obchodní arbitráži; článek 33 odst. 1 Rozhodčích pravidel UNCITRAL; článek 33 odst. 1 Procesních pravidel Inter-americké arbitrážní komise; článek 4 odst. 1 Mezinárodních rozhodčích pravidel Obchodní komory v Zurichu, a další.

⁷ Článek 28 odst. 1 Vzorového zákona UNCITRAL; článek 3 odst. 1 Rozhodčích pravidel Obchodní komory v Miláně; článek 42 Washingtonské úmluvy; článek 46 Rozhodčích pravidel nizozemského rozhodčího institutu (NAI); článek 1496 odst. 1 Nového občanského soudního řádu (Francie, Nouveau Code de procédure civile); podobné ustanovení se objevuje i v německém, nizozemském či švýcarském soudním řádu.

⁸ Článek VII odst. 2 Evropské úmluvy o mezinárodní obchodní arbitráži; článek 42 odst. 3 Washingtonské úmluvy; článek 28 odst. 3 Vzorového zákona UNCITRAL; článek 33 odst. 2 Rozhodčích pravidel UNCITRAL; článek 59 a) Rozhodčích pravidel WIPO; článek 33 odst. 2 Procesních pravidel Inter-americké

vypozerovat jistý rozdíl⁹. Pokud strany rozhodce zmocní k rozhodování jako amiable compositeur, dávají mu oprávnění, aby při rozhodování sporu měnil účinky právních pravidel (státních či nestátních) tak, aby došel ke „spravedlivému“ výsledku. Při tomto druhu rozhodování tedy stále ještě dochází k aplikaci právních pravidel rozhodcem. Naproti tomu rozhodování ex aequo et bono se už pohybuje zcela mimo oblast práva a rozhodce rozhoduje jen podle svého přesvědčení o tom, co je v daném případě spravedlivé. Nicméně zde je princip právní jistoty poněkud diskutabilní. Většina rozhodčích pravidel však vyžaduje, aby zmocnění k těmto druhům rozhodování bylo přípustné i z hlediska procesního práva¹⁰.

Některá rozhodčí pravidla výslovně stanoví, že si strany mohou zvolit práva („laws“) či právní pravidla („rules of law“), v plurálu. Znamená to, že si strany mohou zvolit různá hmotně právní pravidla pro různé aspekty své smlouvy. Tento jev se označuje jako „depeçage“. Je spojen s řadou otázek, nicméně, i kdyby rozhodčí pravidla tuto možnost neobsahovala výslovně, je obecně štěpení různých částí smlouvy akceptováno¹¹.

Ne vždy však smluvní strany vykonají své právo zvolit si rozhodné právo výslovně. V tomto ohledu byla vytvořena *teorie implicitní volby práva*¹², podle níž rozhodci presumují dohodu stran o volbě rozhodného práva na základě okolností daného případu, jednání stran a dalších objektivních faktorů. Tyto mohou kromě jiného zahrnovat i jazyk, v němž strany mezi sebou komunikují nebo který používají v doprovodné smluvní dokumentaci. Implicitní volba práva je založena na sděleních či jednání stran, které vyjadřují záměr či očekávání stran, že určité právo bude použitelné pro jejich smluvní vztah.

V minulosti platila velmi silná domněnka, podle níž bylo ze skutečnosti, že si strany vybraly určité soudiště, vyvozováno, že si tím implicitně zvolily i právo místa soudiště jako právo rozhodné pro meritum svého sporu. Tento princip byl v minulosti zastáván především anglickým, německým a francouzským právem¹³. Tato domněnka však neobstála z mnoha důvodů: Strany si často volí určité místo konání arbitráže z důvodu jeho polohy, která je výhodná pro obě strany (např. je to místo pro obě strany neutrální), nebo prostě proto, že tam sídlí rozhodčí instituce. Někdy místo konání arbitráže určují rozhodci, typicky po vzniku sporu. Na první pohled z této skutečnosti nelze vyvozovat, že by strany měly úmysl řídit se právem soudiště. V případě, že je rozhodčí řízení vedeno na různých místech, nelze už vůbec

arbitrážní komise; článek 17 odst. 3 Rozhodčích pravidel MOK; ustanovení o tomto druhu rozhodování obsahují i právní řády Nizozemí, Německa, Quebecu či Švýcarska.

⁹ Rozehnalová, N., *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. Praha: ASPI, 2008

¹⁰ Článek VII Evropské úmluvy o mezinárodní obchodní arbitráži; článek 33 odst. 2 Rozhodčích pravidel UNCITRAL; článek 33 odst. 2 Procesních pravidel Inter-americké arbitrážní komise, a další.

¹¹ Depeçage umožňuje např. i Římská úmluva o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy 1980 (článek 3 odst. 1) či nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 593/2008 o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (nařízení Řím I).

¹² Rubino-Sammartano, M., *International Arbitration, Law and Practice*, 2nd ed.. The Hague: Kluwer Law International, 2001, s. 422; Lew, J.D.M., *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003

¹³ Chukwumerije, O., *Applicable Substantive Law in International Commercial Arbitration*, *Anglo-American Law Review*, č. 23, 1994, s. 291

dovozovat implicitní volbu práva sudiště, protože není jasné, právo kterého místa by se mělo aplikovat či dochází-li k jeho změnám. Dovození implicitní volby práva z určení místa konání arbitráže je iracionální a nevhodné. Proto taky bylo od tohoto přístupu upuštěno. Místo konání rozhodčího řízení je jen jedním z mnoha elementů, které lze zohlednit při dovození implicitní volby práva. Je zřejmé, že konstrukce implicitní volby práva je velmi umělá, proto by měla být omezena jen na případy, kde smluvní ustanovení či okolnosti daného případu jasně a jednoznačně vyjadřují preferenci určitého práva.

Omezení autonomie vůle stran při určení rozhodného práva pro meritum sporu

V absolutní většině případů rozhodci uznají volbu rozhodného práva či pravidel učiněnou stranami a toto právo či pravidla aplikují. Rozhodci nemohou aplikovat právo jiné, než právo, které si smluvní strany zvolily, pokud existuje výslovná, jasná a jednoznačná volba práva a není dostatečný důvod, aby byly odmítnuty účinky takovéto volby¹⁴.

Existují však různé úvahy o tom, kdy může být autonomie vůle stran omezena či právo zvolené stranami nerespektováno rozhodci.

a. Fraude à la loi

V minulosti se objevoval názor (zejména v anglickém právu¹⁵, ale i v jiných právních řádech¹⁶), že volba práva učiněná stranami může být nerespektována, pokud není učiněna v dobré víře nebo existuje rozpor s veřejným pořádkem. Toto omezení se vztahuje na situace, kdy se strany snaží volbou jiného práva vyhnout se aplikaci národních kogentních norem jinak použitelného práva. Typicky se jedná např. o vnitrostátní případ (např. obě strany mají bydliště v jednom státě), kdy jediný mezinárodní prvek představuje právě volba práva. Zde se strany snaží vyhnout se aplikaci národních kogentních norem a dochází tedy k obcházení práva (*fraude à la loi*). Většina autorů ale nesouhlasí s názorem, že by tato situace měla vést k odmítnutí volby práva v rozhodčím řízení (jiná je ale situace v řízení před soudy).

Někteří autoři jsou naopak toho názoru, že aplikaci národních kogentních norem je možné se vyhnout právě volbou jiného práva. Podle nich v mezinárodním rozhodčím řízení neexistuje nic, co by stranám zabránilo zvolit si pro svůj právní vztah právo, které nemá žádnou souvislost se smlouvou uzavřenou stranami¹⁷.

Na druhou stranu rozhodci *mohou* zajistit aplikaci kogentních ustanovení, kterým se strany snažily volbou práva vyhnout, aniž by museli odmítnout volbu určitého práva jako takovou. Tento přístup zastává i Úmluva o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Římská úmluva), jejíž článek 3 odst. 3 stanoví, že v případě, že všechny ostatní okolnosti v okamžiku volby souvisejí pouze s jednou zemí, nesmí být skutečností, že si strany zvolily cizí právo,

¹⁴ Nález Rozhodčího soudu Mezinárodní obchodní komory v Paříži č. 1512 z roku 1971.

¹⁵ Případ Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Limited (1939) AC 277

¹⁶ Rubino-Sammartano, M., International Arbitration, Law and Practice, 2nd ed.. The Hague: Kluwer Law International, 2001

¹⁷ Lew, J.M.D., Determination of Applicable Substantive Law, International Business Lawyer, č. 25, 1997, s. 157

dotčeno použití právních ustanovení, od nichž se podle práva dotyčné země nelze smlouvou odchýlit (zde se mají na mysli národní kogentní normy).

b. Neúplnost, nevhodnost, nepřiměřenost volby práva

Jako neuspokojivé a neopodstatněné byly odmítnuty i názory, že v určitých situacích může rozhodce aplikovat jiné právo než právo zvolené stranami¹⁸. Rozhodce nemůže nerespektovat volbu učiněnou stranami pouze proto, že podle názoru rozhodců je zvolené právo neúplné¹⁹. Skutečnost, že se strany dohodly na podmínkách, které jsou nedostatečné, nebo že zvolené právo neupravuje určité otázky, neopravňuje rozhodce nerespektovat výslovnou volbu práva učiněnou stranami.

Rozhodci rovněž nemohou odmítnout aplikaci zvoleného práva proto, že je podle jejich názoru nevhodné a rozumný obchodník by si jej za obdobných podmínek nezvolil²⁰. Podobné platí i v případě, že učiněná volba je nepřiměřená či nespravedlivá. Posuzování těchto otázek není v kompetenci rozhodců.

c. Extenzivní výklad mezinárodních obchodních zvyklostí

Některá národní rozhodčí pravidla²¹ obsahují ustanovení, která rozhodcům přikazují při rozhodování sporu zohlednit mezinárodní obchodní zvyklosti, a to bez ohledu na rozhodné právo zvolené stranami. Podobné ustanovení obsahuje například i Evropská Úmluva o mezinárodní obchodní arbitráži, která v článku VII odst. 1 stanoví, že rozhodci mají při aplikaci rozhodného práva, bez ohledu na to, zda bylo zvoleno stranami či určeno rozhodci, přihlížet k ustanovením smlouvy a k obchodním zvyklostem. Článek 28 odst. 4 Vzorového zákona UNCITRAL o mezinárodní pro mezinárodní obchodní arbitráž rovněž stanoví, že rozhodčí tribunál má spor rozhodnout v souladu s ustanoveními smlouvy a má vzít v úvahu obchodní zvyklosti použitelné pro danou transakci. Podobné ustanovení obsahují i Rozhodčí pravidla Rozhodčího soudu Mezinárodní obchodní komory v Paříži v článku 17 odst. 2 či Rozhodčí pravidla UNCITRAL v článku 33 odst. 3.

V této souvislosti je důležitý výklad pojmu „obchodní zvyklosti“. Někteří autoři a rozhodci je chápou nejen jako praktiky zpravidla dodržované v určitém obchodním odvětví, ale rovněž jako pravidla odvozená z komparace právních řádů a jiných mezinárodních zdrojů. Takto interpretované obchodní zvyklosti jsou pokládány za obecné principy mezinárodního obchodního práva či za součást *lex mercatoria*.

¹⁸ V podrobnostech viz Gaillard, E., Savage, J., Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 1999

¹⁹ Nejextrémnější přístup je prezentován v případě *Petroleum Development Ltd. v. The Sheikh of Abu Dhabi*, 1 ICLQ (1952) 154 a 247; v případě *Adamci (Saudi Arabia v. Arabian American Oil, 23.8.1958*, International Law Report No. 117, 1963); v případě ICSID č. ARB/84/3, 20.5.1992, *SPP (Middle East) Ltd, Southern Pacific Properties Ltd. v. Arab Republic of Egypt, Egyptian General Company for Tourism and Hotels (EGOTH) (The Pyramids)*, 32 ILM 933

²⁰ Lew, J.D.M., *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003

²¹ Francouzská, německá, holandská

Existují rozhodčí nálezy²², které naznačují možnost zúžit či modifikovat účinky práva výslovně zvoleného stranami na základě aplikace obchodních zvyklostí chápaných jako obecné principy obchodního práva.

Tento přístup byl odborníky odmítnut²³ s tím, že přijatelná je pouze koncepce mezinárodních obchodních zvyklostí jako praktik zpravidla dodržovaných v určitém obchodním odvětví. Skutečnost, že rozhodci mají povinnosti při rozhodování sporu k obchodním zvyklostem přihlídnout, v žádném případě neznamená, že by na tomto základě mohli nerespektovat rozhodné právo. Obchodní zvyklosti mohou sloužit k interpretaci záměrů stran, kdy lze předpokládat, že při absenci výslovné opačné dohody strany zamýšlely řídit se těmito zvyklostmi. Takovýto přístup totiž nejlépe zohledňuje princip autonomie vůle stran v mezinárodním rozhodčím řízení.

d. Mezinárodní kogentní (imperativní) normy a mezinárodní veřejný pořádek

Mezinárodní kogentní normy (rovněž se pro ně používá termín imperativní normy, který bude používán i v tomto příspěvku) jsou typicky veřejnoprávní normy určitého státu (může se ale jednat i o soukromoprávní normy), které musí být na daný vztah aplikovány bez ohledu na právo pro tento vztah rozhodné, ať už toto právo bylo zvoleno stranami či určeno rozhodci. Tyto normy zužují prostor pro použití cizího práva a přímo tak zasahují do soukromoprávních vztahů.

Nelze je ztotožňovat s kogentními normami ve vnitrostátním pojetí. Od vnitrostátních kogentních norem se strany nemohou odchýlit při tvorbě konkrétních závazků, nicméně se jim mohou vyhnout volbou jiného práva rozhodného pro jejich smluvní vztah. Naopak mezinárodní kogentní normy se aplikují vždy bez ohledu na to, jaké právo je pro daný vztah rozhodné. Důvodem takového zacházení s imperativními normami je jejich obsah, jímž se státy snaží chránit své zájmy.

V této souvislosti je vhodné si rovněž vyjasnit pojem veřejný pořádek a mezinárodní veřejný pořádek. Veřejný pořádek lze chápat v jeho vnitrostátním a na druhou stranu mezinárodním pojetí. U vnitrostátního veřejného pořádku se jedná o zásady a principy, které jsou důležité pro ochranu zájmů určitého státu. U mezinárodního veřejného pořádku se jedná o takové zásady a principy, které jsou univerzálně akceptované celým mezinárodním společenstvím. Vnitrostátní veřejný pořádek zahrnuje rovněž principy mezinárodního veřejného pořádku.

Soudy mají povinnost vždy aplikovat imperativní normy fora. Musí rovněž aplikovat imperativní normy práva zvoleného pro daný vztah stranami (*lex causae*), to ovšem za předpokladu, že tyto nejsou v rozporu s veřejným pořádkem. Poněkud nejasná je povinnost soudů aplikovat imperativní normy práva třetího státu, se kterým má daný vztah úzké spojení. Možnost zohlednění těchto norem zakotvuje Římská úmluva o právu rozhodném pro smluvní

²² Např. *Gramatome S.A. v. Atomic Energy Organization of Iran* ze dne 30.4.1982, 111 J.D.I. 58 (1984); rozhodčí nález ICC č. 3493 z roku 1983 *S-P-P- (Modele East) Ltd. V. Arab Republic of Egypt*, 22 I.L.M.; rozhodčí nález ICC č. 5314 z roku 1988 *U.S. Manufacturer v. Italian licensor*, XX Y.B. COM. ARB. 35/ (1995)

²³ Gaillard, E., Savage, J., Fouchard, Gaillard, *Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999

závazkové vztahy v článku 7. Nicméně je patrné, že tento přístup není jednomyslně podporován, neboť k tomuto článku učinilo výhradu Německo, Lucembursko a Spojené království.

Vzhledem k tomu, že rozhodci nemají forum, vzniká otázka, které imperativní normy mají aplikovat. Všechny imperativní normy jsou pro ně totiž cizí. Je zřejmé, že pokud si strany zvolily pro svůj vztah určité právo, zvolily si ho včetně jeho imperativních norem. Tedy není sporu o tom, že rozhodci mají aplikovat imperativní normy zvoleného práva. Nicméně opět jen za předpokladu, že tyto normy nejsou v rozporu s mezinárodním veřejným pořádkem (vzhledem k tomu, že rozhodci nemají forum, nemají povinnost zohledňovat národní veřejný pořádek, ale pouze ty principy a zásady, které jsou součástí mezinárodního veřejného pořádku).

Otázkou je, zda rozhodci mají či mohou aplikovat imperativní normy práva jiného než práva zvoleného stranami, pokud existuje úzký vztah mezi smlouvou a tímto jiným právním systémem. Odpovědi na tuto otázku se liší jak v odborné literatuře, tak v rozhodovací praxi.

Rozhodci nejsou povinni aplikovat mezinárodní právo soukromé místa konání rozhodčího řízení. Tedy neexistuje nic, co by zakládalo jejich povinnost, v případě, že se rozhodčí řízení koná v jednom z členských států EU, aplikovat článek 7 Římské úmluvy a na jeho základě brát v úvahu cizí imperativní normy.

Rozhodci mohou zohlednit imperativní normy cizího státu jako faktickou skutečnost, zejména tam, kdy tyto mají vliv na plnění smlouvy. Například v situaci, kdy právo třetího státu (tedy právo odlišné od práva zvoleného stranami) zakazuje export výrobků, které jsou předmětem plnění z dané smlouvy. Zde je tento zákaz pokládán za okolnost *vis maior*.

Další situací, která je zřejmá, je skutečnost, že imperativní normy musí být rozhodci aplikovány, pokud by jejich neaplikace vedla k rozporu s mezinárodním veřejným pořádkem.

Mají tedy rozhodci aplikovat cizí imperativní normy, které nejsou součástí práva zvoleného stranami a které nezohledňují standardy mezinárodního veřejného pořádku?

Většina odborníků se shoduje, že rozhodci při svém rozhodování musí učinit zadost obecným požadavkům spravedlnosti. Liší se ovšem v tom, zda těchto požadavků lze dosáhnout aplikací imperativních norem či pouze zohledněním mezinárodního veřejného pořádku. Zastánci teorie imperativních norem tvrdí, že některé zásady nejsou jednomyslně uznávány celým mezinárodním společenstvím (např. korupce není ve všech státech výslovně zakázána), a proto nemohou tvořit součást mezinárodního veřejného pořádku a je tedy třeba tyto zásady pokládat za mezinárodní kogentní normy a ty aplikovat. Naopak odpůrci teorie imperativních norem jsou toho názoru, že není třeba jednomyslnosti, aby se určitá zásada stala součástí mezinárodního veřejného pořádku, který sám o sobě stačí k dosažení spravedlivého řešení.

Imperativní normy upravují politické, hospodářské či sociální zájmy státu, který je vydává. Pokud by tedy rozhodci měli imperativní normy, které hájí čistě zájmy státu, pak by tak činili v rámci mezinárodní spolupráce mezi státy, což ovšem není smyslem činnosti rozhodců (toto činí soudy, které jsou strážci specifických zájmů států). Pokud mají rozhodci při své činnosti usilovat o dosažení spravedlnosti, musí v imperativních normách hledat jejich morální hodnotu, a proto musí zvažovat, kterou imperativní normu zohlední a kterou ne. Teorie imperativních norem jim tedy dává značnou míru diskrece při výběru imperativních norem,

kteřé budou v daném případě zohledňovat. Je tedy jen na subjektivním zvážení rozhodců, do jaké míry nebudou respektovat právo zvolené stranami na základě aplikace imperativních norem. Tento přístup je pak v rozporu s požadavkem předvídatelnosti, který je tolik důležitý v mezinárodních obchodních vztazích.

Naproti tomu, teorie mezinárodního veřejného pořádku vychází z toho, že rozhodce může nerespektovat určitá ustanovení práva zvolené stranami, pokud jsou tyto v rozporu s mezinárodním veřejným pořádkem, jehož obsah je univerzálně akceptován mezinárodním společenstvím. Právě jeho univerzální akceptace legitimizuje omezení aplikace stranami zvoleného práva.

Článek 9 resoluce Institutu pro mezinárodní právo z roku 1991²⁴ týkající se autonomie vůle stran v mezinárodních smlouvách mezi soukromými osobami stanoví, že „pokud má být brán ohled na imperativní normy práva jiného než práva fora či práva zvolené stranami, pak tyto mohou omezit aplikaci zvoleného práva jen tehdy, pokud existuje úzký vztah mezi smlouvou a právem státu, jehož jsou imperativní normy součástí a (kumulativně) pokud tyto imperativní normy podporují stejné cíle, jaké uznává mezinárodní společenství.

Lze tedy přijmout názor, že pokud imperativní normy, mající úzký vztah s projednávaným sporem, chrání jen zájmy státu, pak nemohou být rozhodci zohledněny za účelem omezení aplikace zvoleného práva. Pokud však imperativní normy mají morální hodnotu sdílenou mezinárodním společenstvím (tedy hájí podobné zájmy jako mezinárodní veřejný pořádek), pak je aplikovat lze a tím lze omezit aplikaci zvoleného práva²⁵.

Zdá se, že argument podporující možnost omezení aplikace zvoleného práva na základě mezinárodního veřejného pořádku, více koresponduje s podstatou rozhodčího řízení. Pokud je tedy rozhodčí řízení postaveno na univerzálně akceptovaném principu autonomie vůle stran, a pokud jsou rozhodovací pravomoci rozhodců založeny na vůli stran, pak by tato logika měla být následována i ve fázi rozhodování, jež by mělo být rovněž postaveno na obecně uznávaných principech. Odmítnutí teorie imperativních norem by pak vedla k tomu, že by se rozhodci vyhnuli nutnosti posuzovat normy, které jsou vzdálené podstatě rozhodčího řízení a jejichž hlavním cílem je spolupráce mezi státy.

Aplikace imperativních norem jiného práva než práva zvoleného stranami, aniž by jejich aplikace byla podepřena mezinárodním veřejným pořádkem, může u některých soudů rovněž vést ke zrušení rozhodčího nálezu či jeho neuznání a nevykonání pro překročení pravomocí rozhodců. Toto se typicky může stát například ve Francii, která učinila výhradu k aplikaci článku 7 Římské úmluvy.

Výše popsany přístup k aplikaci imperativních norem odpovídá spíše smluvní doktríně, na níž má být rozhodčí řízení založeno. Jako značně problematická se však jeví definice mezinárodního veřejného pořádku a stanovení jeho obsahu a rozsahu. Jak v teorii, tak i pro rozhodce je velmi obtížné stanovit, které zásady a principy mezinárodní veřejný pořádek tvoří.

²⁴ Resoluce přijatá během zasedání v Basileji ve dnech 26.8. až 3.9. 1991

²⁵ Viz rozhodčí nález Rozhodčího soudu Mezinárodní obchodní komory v Paříži č. 5622 z roku 1988 Hilmarton v. OTV

Jen pro úplnost se zmíním o nahlížení na imperativní normy ve státech, kde převládá spíše jurisdikční doktrína v pojetí rozhodčího řízení. Zde je zastáván názor, že rozhodci by měli aplikovat imperativní normy, které mají s daným sporem úzký vztah, i když jsou součástí jiného práva než práva zvoleného stranami. Je totiž obecným principem, že rozhodci mají vydávat takové rozhodčí nálezy, které by byly vykonatelné v jakémkoli státě. Z praktického hlediska je tedy třeba zohledňovat imperativní normy státu, jehož soudy by mohly rozhodčí nález zrušit, a států, kde by se měl rozhodčí nález vykonávat. Respektování imperativních norem států totiž posiluje jejich důvěru v rozhodčí řízení jako legitimního způsobu řešení sporů. V opačném případě by se státy snažily omezit arbitrabilitu sporů, které by se mohly dotknout zájmů státu. To by pak mělo za důsledek omezení výhod rozhodčího řízení pro strany, snížení efektivnosti tohoto typu rozhodování a vedlo by to k podkopání smyslu mezinárodního rozhodčího řízení²⁶.

Je zřejmé, že oba uvedené přístupy mají svou logiku i své nedostatky. Přístup odpovídající smluvní doktríně na jedné straně odpovídá principu autonomie vůle stran, neumožňuje tak širokou diskreci rozhodců, a vede ke konzistentnosti rozhodování, na druhou stranu se rozhodčí řízení nepohybuje v právním vakuu a lze předpokládat nevykonatelnost rozhodnutí ve státech, jejichž imperativní normy nebyly zohledněny. Na druhou stranu přístup podle jurisdikční doktríny zohledňuje množství dotčených zájmů a z praktického hlediska je vykonatelnosti takových rozhodnutí pravděpodobnější, nicméně tento přístup vede k nekonzistentnosti rozhodování a tím snižuje i požadavek předvídatelnosti.

Neexistuje tak jednoznačná odpověď, jak s imperativními normami nakládat²⁷. Důvodem je nejednotnost názorů na doktrinální základ rozhodčího řízení. Při aplikaci imperativních norem se do přímého rozporu dostává autonomie vůle stran a zájmy států. Pokud nebude nalezena rovnováha mezi těmito zájmy, nepodaří se nalézt jednoznačné řešení.

Závěr

Cílem tohoto příspěvku bylo analyzovat působení principu autonomie vůle stran při výběru rozhodného práva pro meritum sporu v mezinárodním rozhodčím řízení.

Princip autonomie vůle stran je obecně uznávaným principem v mezinárodním společenství, a to jak ve smluvním právu, tak v rozhodčím řízení. Akceptuje jej většina národních právních řádů a rozhodčích pravidel, tak i většina řádů rozhodčích institucí.

V příspěvku bylo naznačeno, že autonomie vůle stran a tedy i volba rozhodného práva se může lišit v závislosti na doktrinálním pojetí mezinárodního rozhodčího řízení. Příspěvek je však postaven na předpokladu, že mezinárodní rozhodčí řízení vychází ze smluvní doktríny (ačkoliv okrajově naznačuje i jiné přístupy), jíž je autonomie vůle stran základem.

Příspěvek se dotýká jak způsobů výběru rozhodného práva (přímo nebo prostřednictvím kolizních norem), předmětu volby práva (možnost volby práva či právních pravidel), tak i

²⁶ Voser, N., Mandatary Rules of Law as a Limitation on the Law Applicable in International Commercial Arbitration, *American Review of International Arbitration*, č. 7, 1996

²⁷ Barraclough, A., Waincymer, J., Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration, *Melbourne Journal of International Law*, č. 6, 2005

formy volby práva, která může být učiněna výslovně nebo lze dovozovat i implicitní volbu práva.

Značná část příspěvku je pak věnovaná rozsahu autonomie vůle stran při výběru rozhodného práva, resp. jejímu omezení. Jsou zde předestřeny různé úvahy o možnostech omezení aplikace zvoleného práva, ať už se jedná o fraude à la loi, mezinárodní obchodní zvyklosti, či aplikace mezinárodních kogentních (imperativních) norem a mezinárodního veřejného pořádku.

Je zřejmé, že šíře autonomie vůle stran v mezinárodním rozhodčím řízení závisí na pojetí doktrinárního základu rozhodčího řízení. Nejširěji pojímá autonomii vůle stran doktrína smluvní, nejužší naopak doktrína jurisdikční. Oba přístupy však naráží na jistá úskalí a logické problémy. Pro přesvědčivé a jednoznačné zhodnocení působení tohoto principu při výběru rozhodného práva v mezinárodním rozhodčím řízení by musel být nalezen dobře vybalancovaný kompromis mezi oběma doktrínami a tím i zájmy, které mají být v rozhodčím řízení hájeny.

Literature:

- Audier, N, Pikard, N, La pratique des lettres d'intention au Vietnam, Revue de droit des affaires, 2005
- Barraclough, A., Waincymer, J., Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration, Melbourne Journal of International Law, č. 6, 2005
- Born, G.B., International Commercial Arbitration, The Hague: Kluwer Law International, 2001
- Carbonneau, T.E., The Law nad Practice of Arbitration, 2. vydání, Huntington, New York, USA: Juris Publishing Inc., 2007
- Cordero Moss, G., Can an Arbitra Tribunal disregard the Choice of Law made by the Parties? Stockholm Intenational Arbitration Review, č. 1, 2005
- Fouchard, P., Gaillard, E., Goldman, B., Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, 1996
- Frick, J.G., Arbitration and Complex International Contracts, Kluwer Law International, 2001
- Gaillard, E., Savage, J., Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 1999
- Chukwumerije, O., Applicable Substantive Law in International Commercial Arbitration, Anglo-American Law Review, č. 23, 1994

- Lew, J., *Applicable Law in International Commercial Arbitration*. New York: Oceania Publications, Inc., 1978
- Lew, J.D.M., *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003
- Lew, J.M.D., *Determination of Applicable Sustantive Law*, *International Business Lawyer*, č. 25, 1997
- Nygh, P.E., *The reasonable expectations of the parties as a goudě to the choice of law in contract and in tort*, *Collected Courses of the Hague Academy of International law*, Vol. 251, 1995
- Poudret, J.F., Besson, S., *Comparative Law of International Arbitration*, 2. vydání, London: Sweet & Maxwell Ltd., 2007
- Rigaux, F, Fallon M., *Droit International Privé*, 13. vydání, Brusel: Larcier, 2005
- Rozehnalová, N., *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. Praha: ASPI, 2008
- Rubino-Sammartano, M., *International Arbitration, Law and Praktice*, 2nd ed.. The Hague: Kluwer Law International, 2001
- Symeonides, S.C., *Contracts subject to non-State norms*, *American Journal of Comparative Law*, č. 54, 2006
- Van Houtte, H., *The Law of International Trade*, London: Sweet & Maxwell, 2002
- Vandomme, L., *La négociation des contracts internationaux*, *Revue de droit des affaires*, 2003
- Voser, N., *Mandatary Rules of Law as a Limitation on the Law Applicable in International Commercial Arbitration*, *American Review of International Arbitration*, č. 7, 1996
- Voser, N., *Mandatory Rules of Law as a Limitation on the Law Applicable in International Commercial Arbitration*, *The American Review of Internastional Arbitration*, č. 7, 1996
- Wortmann, D., *Choice of Law by Arbitrators: The Applicable Conflict of Law System*, *Arbitration International*, č. 14/2, 1998

Reviewer:

Naděžda Rozehnalová

Contact – email:

JanaHerboczkova@seznam.cz

CASE OF EVANS V. UK

ANNA HOŘÍNOVÁ

Faculty of Law, Masaryk University, the Czech Republic

Abstract in original language:

Příspěvek se zabývá specifiky uplatnění jedné ze základních zásad civilního práva - autonomie vůle - v jedné z oblastí zdravotnické práva. Autonomie jednotlivce, stejně tak, jako svoboda jeho vůle, je zásadní premisou respektování práv pacientů coby příjemců lékařské péče. Rozborem kauzy Evropského soudu pro lidská práva Evans v. UK je poukázáno na obtížnost a kontroverznost uplatnění zásady autonomie vůle v případech asistované reprodukce.

Key words in original language:

Autonomie, vůle, asistovaná reprodukce, embryo, zdravotnické právo, Evans v. UK, Evropský soud pro lidská práva, zpětvzetí, souhlas, soukromý život, Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod.

Abstract:

There are two main topics of this paper. The first one is autonomy of a person and freedom of his/her will, second is consent with medical care. Paper deals with an area in which these two items meet. Selected specifics of an autonomous will of "parties" related to particular case of European Court of Human Rights, which is Evans v. UK, are discussed. It is especially right to private life according to the Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

Key words:

Autonomy, free will, assisted reproduction, embryo, health care law, Evans v. UK, European Court of Human Rights, withdrawal, consent, private life, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

ÚVOD

Netřeba podrobněji rozebírat, že autonomie vůle je jednou ze stěžejních zásad civilního práva. Obzvláště po roce 1989 znovu nalezla své místo mezi základními pilíři tohoto právního odvětví. Že autonomie vůle, potažmo autonomie vůle stran, patří mezi základní principy, či možná spíše zásady, civilního práva není sporu. Málokdy je však diskutována v souvislosti s postavením člověka jako subjektu přijímajícího zdravotní péči. Vyjdeme-li však z pojetí práv osobnostních, jako práv, která vyjadřují elementární respekt k lidské bytosti, její integritě a projevům, potom se nevyhnutelně musíme dobrat k tomu, že člověk jako příjemce zdravotní péče je osobou, jež má zásadně jediná právo rozhodovat o tom, jak bude s jejím zdravím naloženo. Tento postoj reflektuje člověka jako autonomní lidskou bytost, jejíž rozhodnutí jsou nezávislá na vůli jiného subjektu. V případě kauzy paní Evans se tato charakteristika vyjevuje velice zřetelně. Při hlubším průzkumu rozhodnutí vnitrostátních britských soudů a posléze senátu a velkého senátu Evropského soudu pro lidská práva (dále jen "ESLP") nalzáme argumenty, jež nás mohou utvrdit v tom, že ač je za určitých okolností autonomie vůle subjektů v procesu asistované reprodukce pojímána "negativní externalitou", paradoxně spoluutváří prostor pro důsledné respektování této zásady.

1. AUTONOMIE SUBJEKTŮ A AUTONOMIE JEJICH VŮLE

Jak již bylo zkonstatováno v úvodu, pro potřeby této stati je užitečné jít ke kořenům zásady autonomie vůle stran, tedy k autonomii samotného subjektu. Jak uvádí Hurdík¹: "Filosoficky je tato zásada vybudována především na obecném uznání a respektování lidské osobnosti jako souboru hodnot, jedinečných a neopakovatelných, a na uznání základního významu člověka z hlediska společenských vztahů, které determinují jeho život v moderní společnosti."

Autonomie vůle subjektu je pak již jen logickým vyjádřením jeho autonomie. Mít možnost svobodně se rozhodnout, zda a do jakých vztahů, normovaných právem vstoupíme, je důkazem respektu k myšlenkové integritě člověka.

2. SKUTKOVÉ OKOLNOSTI KAUZY

Podstata kauzy Evans v. United Kingdom² spočívá v individuální žalobě, kterou paní Evans podala dle článku 34 Úmluvy o ochraně lidských práva a základních svobod (dále jen „Úmluva“) k ESLP proti státu, jehož je občankou, tedy proti Spojenému království Velké Británie a Severního Irska. Paní Evans se dovolávala porušení článků 2, 8 a 14 Úmluvy.

Paní Evans se svým partnerem v roce 2000 zahájila na jedné britské klinice proces asistované reprodukce. Poté, co absolvovala počáteční vyšetření, byly u ní zjištěny prekancerózní změny na obou ovarích. V důsledku tohoto zjištění lékaři doporučili jejich odstranění. Za účelem zachování možnosti počít pomocí in vitro fertilizace (dále jen „IVF“) potomky, byl paní Evans a jejímu partnerovi doporučen odběr oocytů z vaječníků partnerky. Vzhledem k tomu, že doposud nebyl lékařskou vědou nalezen způsob, jak úspěšně kryokonzervovat lidská vajíčka, musely být oocyty paní Evans oplodněny in vitro spermiemi jejího partnera. Výše popsaná situace byla ošetřena i potřebnými právními kroky, tedy podpisem informovaného souhlasu každého z partnerů s procesem odběru zárodečných buněk a následnou in vitro fertilizací, stejně tak, jako informovaným souhlasem s přenosem embryí. Partneri byli poučeni o skutečnosti, že dle britského Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (dále jen "HFEA 1990") může do okamihu přenesení embryí do dělohy ženy, vzít svůj souhlas zpět. Partner paní Evans tedy souhlasil jednak s oplodněním oocytů své partnerky svými spermiemi, jednak dal souhlas k přenesení takto vzniklých embryí do dělohy paní Evans, ovšem za předpokladu že tuto proceduru podstoupí partneri společně. Délka laboratorního uchování embryí byla stanovena na 10 let od okamžiku podpisu dokumentu a partner paní Evans dokonce souhlasil s pokračováním konzervace spermií či embryí v případě svojí smrti či ztráty mentální způsobilosti. Paní Evans podepsala dokument takřka totožného obsahu. V roce 2001 bylo odebráno a oplodněno 11 oocytů. Jako životaschopných se ukázalo 6 embryí, která byla kryokonzervována. Paní Evans byla odebrána obě ovaria a bylo jí doporučeno před přenosem embryí minimálně dva roky vyčkat.

Na počátku roku 2002 se vztah paní Evans a jejího partnera rozpadl a vyvstala mezi nimi otázka osudu společných embryí. Pan J., expartner paní Evans, zaslal na kliniku, kde byla

¹ Hurdík, J. Zásady soukromého práva. Brno: Masarykova univerzita, 1998, s. 35.

² Rozhodnutí Case of Evans v. United Kingdom, Application no. 6339/05 ze dne 10. dubna 2007. [Citováno 15. 5. 2009]. Dostupný z: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=12961674&skin=hudoc-en&action=request>.

embrya dopis, ve kterém klinice oznámil rozpad vztahu s paní Evans a svoje přání, aby jejich společná embrya byla zničena. Klinika seznámila paní Evans s obsahem oznámení, které obdržela od pana J. a se skutečností, že nyní je její povinností vyplývající z HFEA 1990 embrya zničit.

3. PRÁVNÍ KONTEXT PŘÍPADU

Vzhledem k tomu, že gros kauzy Evans v. UK spočívá v posouzení souladu vnitrostátních norem s předmětnými články Úmluvy, bylo by vhodné ve stručnosti nejprve charakterizovat relevantní britské právo a posléze učinit pár poznámek k dotčeným článkům Úmluvy.

3.1 HFEA 1990

Jak již bylo řečeno, na problematiku asistované reprodukce dopadá HFEA 1990. Jedná se o zákon vytvořený na základě dlouhodobého úsilí komise Emily Warnock, jež byla britskou vládou požádána, aby shromáždila klíčové informace právního, lékařského etického a sociologického charakteru týkající se umělého oplodnění a souvisejících lékařských technik.

Ustanovení³, jež se stalo předmětem kritiky paní Evans, vyžaduje písemnou formu souhlasu, a aby byl tento souhlas považován za účinný, nesmí být vzat zpět. V souhlasu s přenesením embryí musí být specifikováno, k jakému účelu se takový souhlas dává. Jsou zde dány tři možnosti. Buď může být dán souhlas s užitím embryí pro potřeby jiného páru, projektu či výzkumu anebo pro umělé oplodnění, které podstoupí společně ti, jež souhlas poskytují. Posledně uvedenou alternativu zvolili paní Evans a pan J. Zákon rovněž ukládá zdravotnickým pracovníkům povinnost poučit pacienty o znění zákona a o jejich možnostech, včetně té, že mohou svůj souhlas vzít kdykoliv před přenesením embrya zpět.

3.2 ČLÁNEK 2, 8 A 14 ÚMLUVY

Vzhledem k zaměření této stati nebude prostor pro to, věnovat se podrobněji namítanému porušení článků 2 a 14 Úmluvy, jakkoliv by to přineslo řadu zajímavých podnětů k zamyšlení.⁴ Zůstaňme pouze u konstatování, že článek 2 deklaruje právo na život, respektive jeho ochranu, zatímco článek 14 zákaz diskriminace.

Stěžejním je však článek 8, zakotvující právo na respektování soukromého a rodinného života. Jeho znění je:

(1) Každý má právo na respektování svého soukromého a rodinného života, obydlí a korespondence.

³ Schedule 3, Section 12 HFEA 1990

⁴ Např. In Furrow, B. R., et col.: Health Law. Cases, Materials and Problems. 5th Edition. West, a Tomson business, 2004, 1569 pgs. ISBN 0314151540. Montgomery, J. Health Care Law. 2nd Edition. Oxford: Oxford University Press, 2003, 515 pgs.

(2) Státní orgán nemůže do výkonu tohoto práva zasahovat kromě případů, kdy je to v souladu se zákonem a nezbytné v demokratické společnosti v zájmu národní bezpečnosti, veřejné bezpečnosti, hospodářského blahobytu země, ochrany pořádku a předcházení zločinnosti, ochrany zdraví nebo morálky nebo ochrany práv a svobod jiných.

Rozsah článku 8 je v souladu s judikaturou ESLP a výkladem relevantní literatury poměrně široký.⁵ V prvé řadě je třeba odlišovat pojmy "soukromý život" a "rodinný život", přičemž první ze zmíněných kategorií by se dala považovat za širší. Právo na ochranu rodinného života je garantováno užšímu okruhu subjektů, a to pouze v určitých situacích. A právě proto, že paní Evans a pan J. nebyli manželé, musela paní Evans svůj požadavek opřít o právo na ochranu soukromého života.

4. ROZHODNUTÍ VNITROSTÁTNÍCH SOUDŮ

4.1 HIGH COURT

Spor se z iniciativy paní Evans ocitl u britského „High court“. Paní Evans požadovala, aby byl pan J. donucen svůj souhlas obnovit a aby bylo deklarováno, že pan J. nemohl a nemůže svůj původní souhlas platně vzít zpět. Dále navrhovatelka argumentovala tím, že britské právo nekoresponduje s články 2, 8 a 14 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod. Dle paní Evans by mělo být embryím garantováno právo na život a jí samotné právo na respektování soukromého a rodinného života dle článku 8. V rámci řízení před Nejvyšším soudem byla vydána předběžná opatření ukládající klinice, která embrya uskládňovala, aby embrya zůstala konzervována do okamžiku ukončení řízení. Po uzavření dokazování byl v říjnu roku 2003 návrh paní Evans zamítnut.

Soudce Wall J., jenž případ p. Evans posuzoval, se s argumenty paní Evans týkajícími se porušení Úmluvy vypořádal následovně:

1. Embryo není možno považovat za lidskou bytost coby držitele práv garantovaných Úmluvou.
2. Právo na respektování soukromého a rodinného života paní Evans nebylo porušeno. Soud sice připustil, že relevantní ustanovení HFEA 1990 mohou být s to narušit právo obsažené v čl. 8 Úmluvy, nicméně je v souladu s principem proporcionality, že předmětná právní úprava je založena na existenci 2 pilířů, tedy na principu souhlasu stran a na principu zájmu nenarozeného dítěte.

Je zajímavé, že v rozsudku bylo poukázáno na nutnost nediskriminačního zacházení s literou zákona, a to v tom ohledu, že kdyby byla situace opačná, tedy obětí prekancerózy byl muž, nikdo by nemohl namítat, že žena, jež by nosila jeho dítě po rozchodu páru, nemá právo svůj souhlas s embryotransferem zrušit.

⁵ Např. Ovey, C. White, R. The European Convention on Human Rights. 4th Edition. Oxford: Oxford University Press, 2006, pgs 240 - 299.

4.2 COURT OF APPEAL

Paní Evans podala odvolání proti rozhodnutí Nejvyššího soud k Odvolacímu soudu („Court of Appeal“), které bylo ovšem rozhodnutím z června 2004 zamítnuto. Odvolací soud opřel svůj rozsudek takřka o stejná zdůvodnění jako jeho předchůdce. Poukázal na to, že ex-partner paní Evans souhlasil s léčebnou procedurou pouze tehdy, podstoupí-li ji oba společně („treatment together“).

Soud uzavřel, že by byl enormně opatrný, aby svým rozhodnutím nezměnil anebo nevytvořil odlišný princip zpětvzetí souhlasu, než na jakém je z vůle Parlamentu postaven de lege lata.

Court of Appeal zopakoval stanovisko High Court ve smyslu ospravedlnitelnosti a proporcionality zásahu do soukromého života stran z těchto důvodů: pokud by byl souhlas koncipován jako nedefinitivní, potom by se dostaly do střetu zájmy na ochranu soukromého života paní Evans a pana J., jelikož ten se nechce stát otcem jejího dítěte. Do takové míry, do jaké by nebyl respektován privátní život pana J. by naopak byla upřednostněna ochrana soukromého života paní Evans. „Dle názoru Parlamentu je zapotřebí bilaterálnosti souhlasu k implantaci embrya, nejen k odebrání a uchování genetického materiálu. Tento předpoklad nelze splnit, pokud jedna polovina souhlasu se přestane být účinnou. Zmírnit tento požadavek v zájmu zachování proporcionality, za účelem překonání jinak neřešitelného biologického handicapu navrhovatelky, tím, že by byl souhlas partnera sice důležitý, nikoliv však určující, by mělo za následek vznik nových, ještě hůře překonatelných těžkostí v rozhodování a rozhodovací konzistenci. Sympatie a účast, které každý chová k navrhovatelce, však nemohou překonat legislativní schéma, to by bylo nepřiměřené.

Velmi zajímavé postřehy formulovala Lady Justice Arden: „Přesto, že HFEA 1990 užívá lékařských pojmů, jako gameta nebo embryo, nepochybně upravuje velice emocionální téma jako je neplodnost a genetický materiál dvou jedinců, pokud je implantován, může vést k narození dítěte. Neplodnost může mít za následek velké psychické zatížení. Mnoha ženami je schopnost dát život dítěti vnímána jako životní poslání, osobní naplnění a smysl života. Toto téma se dotýká se jejich identity a důstojnosti.“ Stejně jako její kolegové, i Její Ctihodnost Arden souhlasila s tvrzením, že současné pojetí trvalého souhlasu dle HFEA 1990 je v souladu s Úmluvou. Jedná se o eticky obtížné rozhodnutí a dosažení rovnováhy mezi stranami je primárně věcí Parlamentu. Parlament zaujal stanovisko, že nikdo nemá moc eliminovat nutnost souhlasu genetického rodiče. Prozíravost takového postoje, je dle Arden ilustrována okolnostmi předmětného případu. Osobní poměry stran jsou odlišné od situace, která existovala na začátku. Pro soud by tedy bylo obtížné zhodnotit, zda dopad zpětvzetí souhlasu pana J. na navrhovatelku by byl větší než neplatnost zpětvzetí na pana J. Soud nemá žádný styčný bod pro tvorbu takového úsudku. Fakt je ten, že každá lidská bytost má právo na ochranu před zásahy do jeho/jejího soukromého života. Toto je aspekt principu sebekontroly neboli osobní autonomie, nezávislosti, svobody. Nelze říci, že zásah do práv pana J. je ospravedlnitelný proto, že je nezbytný pro ochranu práva navrhovatelky. Právo navrhovatelky je kvalifikováno stejným způsobem jako právo pana J. Oba musejí mít ekvivalentní práva, ačkoliv jejich přesný rozsah není z formulace čl. 8 Úmluvy zřejmý. Zásah do soukromého života navrhovatelky je ospravedlnitelný také s přihlédnutím k odst. 2 čl. 8, jelikož v případě, že by argumentu navrhovatelky bylo vyhověno, bylo by to v rozporu s právem genetického otce nestát se rodičem. Mateřství by zcela určitě na navrhovatelce vymáháno nebylo, obdobně by tedy mělo být přístupováno k vymáhání rodičovství pana J. Obzvláště pak v případě, kdy se jedná rovněž o finanční odpovědnost vůči dítěti vzešlou ze zákona.

5. ROZHODNUTÍ SENÁTU A VELKÉHO SENÁTU

V kauze Evans v. UK rozhodoval ESLP dvěma rozsudky. První z nich byl vydán dne 7. 3. 2006, a to senátem, který podání navrhovatelky zamítl. Na to konto paní Evans využila možnosti, jež jí nabízí čl. 43 Úmluvy a podala podnět k postoupení věci velkému senátu. Ani ten však nerozhodl v její prospěch.

5.1 ROZHODNUTÍ SENÁTU

Argumenty senátu se do značné míry kryjí s argumenty vnitrostátních britských soudů. Vyjádřil se však k doktríně margin of appreciation, a to konkrétně k tomu, zda není v projednávaném případě uplatněna vůči Velké Británii extenzivněji, než by měla být. Senát poukázal na skutečnost, že v rámci Evropy není problematika asistované reprodukce a souvisejících otázek regulována jednotně. Tím pádem by měla být státu ponechána volnost k vlastnímu legislativnímu uchopení. Uzavřel tedy, že doktrína margin of appreciation zde nebyla uplatněna neúměrně široce.

Zajímavé je, jak se senát postavil k bezvýjimečnosti možnosti zpětvzetí souhlasu s embryotransferem. Vyzdvihl, že tato skutečnost naprosto koresponduje s jedním z elementárních pilířů právního státu - zásadou právní jistoty. Účastníci právních vztahů by měli mít možnost předvídat, jaké následky bude jejich jednání mít a podle toho se zařídit. Pokud by zde byla eventualita, že ve výjimečných případech je možné zpětvzetí souhlasu "zneplatnit", pak by ten, kdo takový souhlas dává, byl postaven do situace, že jeho rozhodnutí může být nezávisle na jeho názoru změněno, což by bylo v přímém rozporu se zásadou právní jistoty. Právě v eticky citlivých otázkách je jasné pravidlo důležité pro zachování právní jistoty subjektů a důvěry v právo všeobecně

Dále senát zopakoval, že oba partneři dostali před podpisem souhlasu všechny informace relevantní pro tvorbu jejich svobodného rozhodnutí.

Senát neshledal v možnosti zpětvzetí souhlasu porušení spravedlivé rovnováhy dle čl. 8, a to ani za specifických okolností případu paní Evans

5.2 ROZHODNUTÍ VELKÉHO SENÁTU

Velký senát konstatoval, že stížnost p. Evans spočívá ve znemožnění stát se matkou geneticky příbuzného dítěte, spadá tedy do rámce čl. 8. Dle senátu dochází ke konkurenci aplikace čl. 8 a zájmy obou subjektů jsou zcela neslučitelné. Velký senát potvrdil argumenty senátu a vyjádřil se v tom smyslu, že jasné a nezvratitelné právní pravidlo neslouží jen jednotlivci, ale zejména právní jistotě celku.

Velký senát rovněž dospěl k závěru, že je zde dána pozitivní povinnost státu⁶ přijmout opatření nezbytná k ochraně soukromého života a nastolit rovnováhu mezi zájmy jednotlivce a zájmy společnosti. Další poznatky velkého senátu by se daly shrnout takto:

⁶ K charakteru pozitivní povinnosti státu viz. Ovey, C., White, R. The European Convention on Human Rights. 4th Edition. Oxford: Oxford University Press, 2006. Pgs 242 - 245.

1. The margin of appreciation je uplatňována zejména tam, kde se jedná o eticky citlivé otázky, u nichž neexistuje širší konsensus či společné východisko. V dnešní době může existovat časový úsek mezi oplodněním vajíčka spermií a otěhotněním. Toto dřív nebylo možné. Je tedy na každém státu, aby pravidla, která budou platit v rámci této periody, sám určil dle svého uvážení. Spojené království Velké Británie a Severního Irska se svou vnitrostátní úpravou nevymkla z rámce poskytnutého margin of appreciation. HFEA 1990 představuje propracovanou právní normu, jež reflektuje morální, etická a sociální dilemata vědeckého pokroku reprodukční medicíny.
2. Právě nemožnost naložit s genetickým materiálem bez souhlasu toho, od něž pochází, je výrazem úcty k lidské důstojnosti a svobodné volbě člověka.
3. Vnitrostátní právní norma, jež umožňuje vzít souhlas s přenosem embryí zpět, nastoluje spravedlivou rovnováhu mezi konkurujícími si zájmy obou subjektů. Bezvýjimečnost nastoluje právní jistotu. Pokud by byl případ od případu souzen dle okolností, bylo by rozhodování enormně obtížné a pravděpodobně málo konzistentní.
4. Paní Evans, stejně tak, jako pan J. dali svobodný a hlavně informovaný souhlas.
5. Výše uvedené principy jsou v souladu s čl. 8.

Soud vyjádřil paní Evans velké sympatie a pochopení, nicméně jasně vyjádřil své stanovisko ve smyslu přes to všechno nemožnosti nadřadit zájmy paní Evans nad zájmy pana J.

ZÁVĚR

Rozsudek Evans v. UK představuje výjimečně bohatý zdroj informací, poznatků a zaznamenání myšlenkových pochodů zainteresovaných osob. Je tomu tak zejména z toho důvodu, že se nejprve soudci vnitrostátních soudů a posléze i Evropského soudu pro lidská práva, museli vypořádat s řadou poměrně závažných morálních, etických a právních dilemat. Někomu se může konečné stanovisko velkého senátu k požadavkům paní Evans zdát neúměrně tvrdé. Při hlubším zamyšlení však dospějeme k závěru, že daná kauza se nedala vyřešit uspokojivě pro obě strany sporu naráz. Otázka tedy spočívala spíše v nalezení spravedlivé rovnováhy mezi ochranou práva paní Evans na to, stát se matkou geneticky příbuzného dítěte a ochranou práva pana J. mít možnost svobodně se rozhodnout o svém rodičovství. Vzhledem k tomu, že oba byli partneři seznámeni s tím, že taková situace, která nakonec skutečně nastala, je reálně možná, lze se nakonec s rozhodnutím ESLP i přes jeho zdánlivou morální rozpolcenost, ztotožnit.

Literature:

- Furrow, B. R., et col.: Health Law. Cases, Materials and Problems. 5th Edition. West, a Tomson business, 2004, 1569 pgs. ISBN 0314151540.
- Hurdik, J. Zásady soukromého práva. Brno: Masarykova univerzita, 1998, 168 s. ISBN 8021020016.
- Montgomery, J. Health Care Law. 2nd Edition. Oxford. Oxford University Press, 2003, 515 pgs.

*Dávid R., Neckář J., Sehnálek D., (Editors). COFOLA 2009: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4821-8*

- Ovey, C., White, R. The European Convention on Human Rights. 4th Edition. Oxford:
Oxford University Press, 2006, 591 pgs. ISBN 0199288100.

Reviewer:
Milana Hrusakova

Contact – email:
horinova.anna@seznam.cz

ELEKTRONICKÁ KONTRAKTACE A ZÁSADA AUTONOMIE VŮLE STRAN

MILOSLAV HRDLIČKA

Brno, Česká republika

Abstract in original language:

Tento příspěvek se zabývá problematikou elektronické kontraktace a uplatněním zásady autonomie vůle stran při jejím používání. Tato zásada je jednou z nejdůležitějších v celém soukromém právu. V tomto článku je obsažen základní přehled specifik uplatnění zásady autonomie vůle stran při použití elektronické kontraktace. Je zde pojednáno především o problematice vzniku elektronické smlouvy, o problematice elektronického podpisu a dodržení písemné formy smlouvy, která byla uzavřena elektronickými prostředky.

Key words in original language:

Elektronická kontraktace, Zaručený elektronický podpis, Písemná forma, Adhezní smlouva

Abstract:

This contribution is concerned with the dilemma of the electronic contracting and the application of the principle of autonomy dealing with the will of the contractors while use. The principle is the most important within all private law. This text contains a basic summary of the specifics which are applied during the principle of autonomy dealing with the will of the contractors when in use electronic contracting. The text especially focuses on the dilemma of an electronic contract and its origin, electronic signature and the adherence of the written form used in the contract that was concluded through electronic media.

Key words:

Electronic contracting, Advanced electronic signature, Written form, Adhesion contract

Zásada autonomie vůle stran je jednou z vůdčích zásad celého soukromého práva. Je uplatňována i při použití elektronické kontraktace, která je v dnešní době často využívaným institutem. Za jeho pomoci je dnes uzavíráno mnoho smluv a to především smluv spotřebitelských.

V první řadě bych se chtěl alespoň v krátkosti zabývat pojmem elektronické kontraktace. Zde je nutné poznamenat, že tento institut je institutem poměrně mladým. Rozvoj elektronického uzavírání smluv spadá do období posledních asi 10 let. Samotná definice tohoto pojmu je do značné míry složitou problematikou. Proto se nejčastěji setkáváme s obecnými definicemi. Jako nejpoužívanější bych chtěl uvést definici, kdy elektronickou kontraktaci chápeme jako uzavírání smluv za pomoci nějakého elektronického prostředku komunikace na dálku.

V této definici se setkáváme s pojmem elektronického prostředku komunikace na dálku. Mezi tyto prostředky můžeme zařadit nejčastěji telefon, fax a v neposlední řadě také síť internet.¹ Právě ta se stala v posledních letech asi nejdůležitějším prostředkem, za pomoci kterého jsou

¹ Výčet těchto prostředků můžeme najít v § 53 Občanského zákoníku. Je ale nutné konstatovat, že se jedná o výčet demonstrativní.

různé smlouvy elektronicky uzavírány. Děje se tak pomocí rozhraní nějaké www stránky (typicky uzavírání kupní smlouvy na některé zboží), nebo i bez nutnosti použít tohoto rozhraní (zde např. uzavření smlouvy za pomoci elektronické pošty – e-mailu).

V tomto příspěvku bych se ale nechtěl zabývat elektronickou kontraktací v obecné rovině se všemi jejími aspekty. Jak již naznačuje název tohoto příspěvku, chtěl bych se dále zaměřit na zásadu autonomie vůle stran a její specifika při použití elektronické kontraktace.

Jak jsem již uvedl výše, je tato zásada považována za jednu z nejdůležitějších zásad soukromého práva. Je uplatňována prakticky při všech soukromoprávních vztazích. V různých odborných publikacích je nejčastěji zmiňováno, že na tuto zásadu můžeme pohlížet hned v několika rovinách. Nejčastěji jsou uváděny tyto tři:

1. Možnost učinit či neučinit nějaký právní úkon
2. Vybrat si adresáta (druhou stranu) právního úkonu
3. Učinit právní úkon nějakého konkrétního obsahu

V některých publikacích můžeme najít ještě jednu možnou rovinu:

4. Možnost vybrat si formu právního úkonu

U posledního bodu je třeba poznamenat, že u některých smluv je k jejich platnému uzavření nutno dodržet zákonem předepsanou písemnou formu této smlouvy. Je tedy nutné u každého konkrétního případu tento případný požadavek dodržet (problematikou zachování písemné formy při učinění nějakého úkonu elektronickou cestou bych se chtěl zabývat dále v textu).

V první mnou zmíněné rovině můžeme na autonomii vůle stran nahlížet jako na možnost subjektu učinit či neučinit nějaký právní úkon. Při použití elektronické kontraktace je možné spatřit některá specifika. Jako první z nich bych chtěl uvést to, že se subjekt může pomocí elektronických prostředků (zejména sítě internet) seznámit s širokou nabídkou jím požadovaného zboží. Tento okamžik může přispět ke konečnému rozhodnutí subjektu, zda učiní právní úkon (např. uzavře kupní smlouvu na nějaké zboží), nebo ne. Tento faktor není sice faktorem právním, ale je důležitý pro následný vznik smlouvy.

V souvislosti s výše uvedeným je třeba se pozastavit nad právním problémem, kdy vůbec se v prostředí internetu jedná o konkrétní návrh na uzavření nějaké konkrétní smlouvy a kdy se bude jednat pouze o obecnou nabídku adresovanou neohrazenému okruhu subjektů. Zde převládá názor², se kterým se i já ztotožňuji, že např. zboží vystavené na některé www stránce není ještě konkrétní nabídkou na uzavření smlouvy. Konkrétní nabídkou je až následné jednání subjektu, který chce konkrétní zboží koupit.

² Např.: Polčák, R., Štědroň, B. iPrávník : K některým právním otázkám e-kontraktace. [citováno 5.6.2009]
Dostupné z:
http://ipravnik.cz/cz/clanky/txtexpresion_pol%C4%8D%C3%A1k/art_3799/rbsearchsource_articles/k-nekterym-pravnim-otazkam-e-kontraktace.aspx

Druhým faktorem je zejména to, že elektronická kontraktace s sebou může nést i řadu úspor a to zejména časových. Pokud si chce subjekt prohlédnout větší nabídku zboží, může tak učinit z „pohodlí svého domova“. Není třeba navštěvovat často vzdálené prodejny a není třeba ani uzavírat smlouvu v nějakých „otevíracích hodinách“. Je možné elektronickou smlouvu uzavřít v prakticky jakýkoli časový okamžik. Toto jsou bezpochyby argumenty, které přesvědčí řadu subjektů k použití elektronické kontraktace.

V praxi jsem měl možnost seznámit se s elektronickou kontraktací mezi maloobchodní prodejnu a velkoobchodním dodavatelem. Jejich vzájemná komunikace probíhá z velké části za pomoci elektronické pošty. Prodejna objednává zboží za pomoci klasického e-mailu. Vzhledem k zaneprázdněnosti majitele maloobchodní prodejny je většina objednávek uskutečňována v pozdních večerních hodinách. U tohoto subjektu je takovýto postup již naprosto běžnou praxí.

V další rovině je zásada autonomie vůle stran promítnuta v možnosti subjektu zvolit si adresáta právního úkonu. Zde můžeme spatřit také jistá specifika. Ty pramení zejména z toho, že při použití elektronických prostředků (zejména internetu) můžeme sledovat velkou míru anonymity subjektů.

Anonymita je obecným problémem při jakémkoli použití internetu. Při použití elektronické kontraktace je někdy velice problematické vůbec určení nějakého konkrétního subjektu práva, který učinil nějaký úkon právě v prostředí internetu. Tato problematika je často jednou ze zásadních otázek spojených nejen s elektronickou kontraktací. Tuto problematiku můžeme nazývat problematikou přičitatelnosti nějakého jednání v prostředí internetu některému konkrétní (faktickému) subjektu práva.³

V dnešní době na tuto problematiku reaguje hned několik právních institutů. Jako nejdůležitější je třeba dle mého názoru uvést institut elektronického podpisu a především zaručeného elektronického podpisu. V našem právním řádě je elektronický podpis upraven zákonem č. 227/2000 Sb., o elektronickém podpisu a o změně některých dalších zákonů.

Elektronickým podpisem můžeme podle zákonné definice uvedené v zákoně č. 227/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů, chápat jakékoli údaje v elektronické podobě, které jsou připojeny k datové zprávě nebo jsou s ní logicky spojené, a které slouží jako metoda k jednoznačnému ověření identity podepsané osoby vzhledem k datové zprávě. Z této definice plyne, že takovýmito údaji mohou být prakticky jakákoli data. Není zde stanoveno, jak má být tento podpis tvořen, ani jak má být kontrolován. Za tento podpis je tedy možné považovat i třeba naskenovaný vlastnoruční podpis nějakého subjektu.⁴ Je tedy zřejmé, že tento institut neposkytuje příliš vysokou míru bezpečnosti. Takovýto podpis může být docela jednoduše zfalšován a i proces jeho ověření (např. pouhé vizuální ověření naskenovaného podpisu s originálem, které je provedeno nějakým subjektem) není nijak bezpečný. Proto bych používání tohoto podpisu ve většině případů nedoporučoval.

³ Touto problematikou se blíže zabývá např. JUDr. Radim Polčák, Ph.D. ve své práci Introduction to ICT Law(Selected Issues)

⁴ Toto uvádí i např. V. Smejkal ve své práci Právo informačních a telekomunikačních systémů.

Zaručený elektronický podpis je v dnešní době nejlepším možným prostředkem k dosažení co největší míry bezpečnosti elektronické kontraktace a elektronické komunikace vůbec. Zákonná definice tohoto institutu je obsažena v zákoně č. 227/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů. Vzhledem k složitosti tohoto institutu bych chtěl k jeho konstrukci uvést jen některé poznatky.

Při konstrukci zaručeného elektronického podpisu vstupuje do vztahu mezi podepisujícím a příjemcem i třetí nezávislý subjekt, kterým je certifikační autorita. Tato vydává své vlastní certifikáty, na základě nichž je pak utvořen zaručený elektronický podpis. Tento podpis umožňuje jednoznačně určit původce podepsané zprávy a dále zajišťuje i nemožnost pozměnit takto podepsanou zprávu třetí osobou (takovouto změnu je možné následně dohledat). Podepsaný dokument však není chráněn proti neoprávněnému přečtení (např. během cesty od odesílatele k příjemci). K takovému zabezpečení dokumentu je třeba použít některou z metod tzv. šifrování.⁵

Je tady zřejmé, že tento institut je mnohem vhodnější než „pouhý“ elektronický podpis. Jeho vysoká míra bezpečnosti je zapříčiněna zejména tím, že v procesu jeho formování vystupuje právě nezávislá certifikační autorita.

V praxi se můžeme setkat i s některými dalšími podobnými instituty. Je to např. institut Registrované elektronické pošty.⁶ Tuto službu nabízí Česká pošta s.p. Jedná se o institut, který lze přirovnat ke klasické zásilce s doručenkou. Nespornou výhodou je především to, že tento institut vzniká za použití prakticky stejných metod jako zaručený elektronický podpis a umožňuje i zachycení okamžiku doručení datové zprávy. Hlavní nevýhodou je to, že oba subjekty (odesílatel a příjemce) musí být zaregistrováni v systému registrované elektronické pošty (nejde takto komunikovat mimo tento systém). Dalším důležitým problémem je použití některých informací z tohoto systému jako důkazního prostředku. Podle § 125 Občanského soudního řádu je možné jako důkazní prostředek použít všechny prostředky, kterými je možné zjistit stav věcí. Myslím si tedy, že je možné použít i tyto informace, ale je nutné zkoumat každý případ samostatně a to z hlediska jejich pravdivosti.

Jako doporučení k co největšímu omezení výše uvedených rizik je možné doporučit používání zaručeného elektronického podpisu. Je ovšem pravdou, že této možnosti v praxi využívá jen malá část subjektů.

Zásada autonomie vůle stran je tedy uplatněna i při výběru adresáta nějakého elektronického úkonu při použití elektronické kontraktace. Oproti klasické kontraktaci zde ale můžeme najít řadu výše zmíněných specifik.

V třetí rovině je zásadu autonomie vůle stran možné spatřovat v možnosti subjektu zvolit si obsah právního úkonu. Zde bych chtěl v souvislosti s elektronickou kontraktací zdůraznit

⁵ Bližší informace k této problematice můžeme najít např. v práci V. Smejkal s názvem Právo informačních a telekomunikačních systémů.

⁶ Bližší informace Česká pošta s.p. Česká pošta s.p. : Registrovaná elektronická pošta. [citováno 5.6.2009]
Dostupné z: http://www.cpost.cz/jetspeed/portal/media-type/html/user/anon/page/default.psm1/js_pane/produkty?ksid=73&docid=18&pgtyp=P&show_path=0&show_title=1

především problematiku tzv. adhezních smluv. Toto jsou smlouvy, kdy se na utváření smluvních podmínek podílí jen jedna ze stran budoucí smlouvy. Druhá strana pak může buď na tyto podmínky přistoupit a uzavřít smlouvu, nebo smlouvu neuzavřít. Není zde ale dán prostor pro nějakou aktivitu tohoto druhého subjektu.

Je také důležité říci, že samozřejmě ne všechny elektronické smlouvy jsou smlouvami adhezními. Dále je třeba poznamenat, že elektronických smluv můžeme najít v dnešní praxi hned několik typů. U každého typu elektronických smluv je uzavírání smluv, jako smluv adhezních, jinak frekventované. Např. tzv. e-mailové smlouvy často nejsou smlouvami adhezními. Už z jejich povahy (výměna elektronické pošty mezi subjekty) je zřejmé, že je zde dán prostor pro vyjádření vůle obou stran budoucí smlouvy a je tedy možné „hledat“ smluvní konsensus. V jiných případech jsou naopak prakticky veškeré smlouvy smlouvami adhezními. Jedná se např. o smlouvy typu click-wrap (tyto smlouvy jsou uzavřeny „kliknutím“ na nějaké tlačítko typicky umístěné na nějaké www stránce). Subjekt, který tuto smlouvu uzavírá, má potom na výběr pouze dvě možnosti:

- a. Po seznámení se s smluvními podmínkami, které byly vytvořeny jen jednou stranou, se rozhodne smlouvu uzavřít (s podmínkami tedy souhlasí)
- b. Po seznámení se s smluvními podmínkami, které byly vytvořeny jen jednou stranou se rozhodne smlouvu neuzavřít, protože s podmínkami nesouhlasí a změna těchto podmínek nelze jednáním subjektu dosáhnout.

V poslední rovině je zásada autonomie vůle stran promítnuta do možnosti subjektu vybrat si formu právního úkonu. Toto je u některých smluv omezeno již zákonem, který pro některé smlouvy vyžaduje písemnou formu.

V případě použití elektronických prostředků je možné také učinit úkon, který je poté možné považovat za úkon učiněný v písemné formě. Touto problematikou se zabývá především § 40 Občanského zákoníku. Zde je stanoveno, že je písemná forma úkonu zachována, pokud je úkon učiněn elektronickými prostředky, které umožňují zachycení obsahu právního úkonu a určení osoby, která právní úkon učinila.

Oba tyto požadavky jsou z pohledu elektronické kontraktace problematické, ale je možné jich dosáhnout. Pokud se podíváme např. na elektronickou poštu, můžeme konstatovat, že při jejím použití je možné zachytit obsah právního úkonu. Vystávají zde ovšem otázky týkající se možnosti tuto zprávu (e-mail) následně pozměnit. Co se týče druhého požadavku – tedy určení osoby, která úkon učinila – je možné i tento naplnit. Pokud je nějaká zpráva podepsána zaručeným elektronickým podpisem, je možné považovat tento úkon za učiněný držitelem tohoto zaručeného elektronického podpisu.

Pokud ale nějaká zpráva není opatřena tímto podpisem, je situace zcela odlišná. V dnešní době není možné spoléhat např. na to, že když přijde e-mailová zpráva z nějaké adresy, je odesílatelem skutečně subjekt, který je v této zprávě uveden. V tomto případě si myslím, že by se nemohlo jednat o úkon učiněný v písemné formě.

V praxi je ale tento postup velice častý. Setkal jsem se s tím, že subjekty, u kterých jsem měl možnost se seznámit s jejich praktikami týkajícími se elektronické kontraktace, nepoužívají žádný elektronický podpis a pouze se spoléhají na dlouhodobou praxi, kterou mezi sebou

provozují (viz výše). Myslím si ale, že toto jednání je do značné míry rizikové a rozhodně jej nelze doporučit.

Závěrem bych chtěl říci, že tento příspěvek se zabývá specifiky zásady autonomie vůle stran při použití elektronické kontraktace. Tato zásada se uplatňuje i v těchto soukromoprávních vztazích. Používání elektronické kontraktace je v dnešní době naprosto běžnou součástí života mnoha lidí. Elektronické prostředky (zejména internet) ovlivňují i proces uzavírání smluv. Přináší s sebou řadu nových možností, ale i problémů a nových rizik. Tyto se pak promítají u mnoha právních institutů. Je tedy možné říci, že při používání elektronické kontraktace se plně uplatní zásada autonomie vůle stran, ale je specifikována řadou faktorů, které jsou spojené právě s elektronickou kontraktací.

Literature:

- Fiala, J., Kindl, M., a kol. Občanské právo hmotné. Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk s.r.o., 2007, 718 s., ISBN 978-80-7380-058-1
- Polčák, R., et al. Introduction to ICT Law (Selected Issues). Brno : Masarykova univerzita, 2007, 185 s., ISBN 978-80-210-4302-2
- Smejkal, V. Internet a §§§. Praha : Grada Publishing, 2001, 284 s., ISBN 80-247-0058-1
- Smejkal, V., a kol. Právo informačních a telekomunikačních systémů. Praha : C.H.Beck, 2004, 770 s., ISBN 80-7179-765-0
- Švestka, J., Spáčil, J., Škárová, M., Hulmák, M. Občanský zákoník 1 - komentář. Praha : C.H.Beck, 2008, 1221 s., ISBN 978-80-7400-004-1
- Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 227/2000 Sb., o elektronickém podpisu a o změně některých dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů
- Česká pošta s.p. Česká pošta s.p.: Registrovaná elektronická pošta [citováno 5.6.2009]
Dostupné z: http://www.cpost.cz/jetspeed/portal/media-type/html/user/anon/page/default.psml/js_pane/produkty?ksid=73&docid=18&pgtyp=P&show_path=0&show_title=1
- Polčák, Radim. iPrávník: K některým právním otázkám e-kontraktace [citováno 5.6.2009]
Dostupné z: http://www.ipravnik.cz/cz/clanky/txtexpresion_pol%C4%8D%C3%A1k/art_3799/rbsearch_source_articles/k-nekterym-pravnim-otazkam-e-kontraktace.aspx

- Vučka, Jan. IT právo: Elektronické smlouvy – část I : Obecně o uzavírání smluv elektronickou cestou [citováno 5.6.2009] Dostupné z:
<http://www.itpravo.cz/index.shtml?x=71656>

Reviewer:
Radim Polčák

Contact – email:
Hrdlicka.Miloslav@seznam.cz

PRAKTICKÉ DOPADY UST. § 262 OBCHZ

PETRA JELÍNKOVÁ

Faculty of Law, Masaryk University, the Czech Republic

Abstract:

The paper is devoted to the interpretation of the legal provision Art. 262 of the Commercial Code as this legal regulation is according to my opinion very controversial. Firstly I focus on the conditions that are necessary in order to have the obligation relationship under the legal provision Art. 262 of the Commercial Code. In this first part the negative and controversial consequences connected with the performance of these conditions are being examined. Secondly I focus on the legal persons of the relationship concluded under the legal provision Art. 262 of the Commercial Code. I deem that from this legal provision Art. 262 of the Commercial Code it is not clear if this obligation relationship can be concluded only between the undertaking person and non-undertaking person or between two undertaking persons too, or between two non-undertaking persons too. The last part of my paper contain an analysis of the consequences of the application of the legal provision Art. 262 Sec. 4 of the Commercial Code in the connection with the legal provision Art. 267 of the Commercial Code.

Key words:

Provision of Art. 262 of the Commercial Code; provision of Art. 267 of the Commercial Code; liability; limitation of action.

Jen zřídka v právních úpravách můžeme nalézt dispozitivnost v podobě volby právního předpisu, kterým se daný závazkový vztah bude řídit. V této spojitosti je skutečně ust. § 262 odst. 1 ObchZ ustanovením ojedinělým, neboť umožňuje právním subjektům zvolit si, zda jejich závazkový vztah, který by jinak z jakéhokoliv důvodu nespadal pod režim obchodního zákoníku, pod právní úpravu toho zákoníku spadat bude.

Toto je jistě záslužnou úlohou tohoto ustanovení, které mnohdy smluvní strany ocení, zvláště pak v případě, kdy, ač na daný závazkový vztah by bez dalšího nespadal režim obchodního zákoníku, tento je pro smluvní strany z nějakého důvodu výhodný, a tak chtějí své smluvní ujednání tomuto režimu světit.

Na druhou stranu je však zapotřebí podotknout, že toto ust. § 262 ObchZ, ač se tváří poněkud velkoryse ve vztahu k subjektům, v praxi podhaluje velice často spíše rub jako stranu jedné mince především z důvodu nejasností jeho interpretace.

S ust. § 262 odst. 1 ObchZ je totiž spojeno jak mnoho výkladových potíží, tak i negativních praktických dopadů.

Jednou z výkladových nesrovnalostí je ta, zda volbu obchodněprávního či občanskoprávního režimu mají smluvní strany jen za předpokladu, kdy jedna z nich je podnikatelem a druhá nepodnikatelem, či tuto volbu mají i obě strany jako nepodnikatelé.

Jistou pochybnost toho, zda si mohou režim obchodního zákoníku zvolit i dva nepodnikatelé, nabízí právě ustanovení této volby režimu v obchodním zákoníku, který předně upravuje ve

své třetí části závazkové vztahy mezi podnikateli a celý je koncipován už i svým názvem do oblasti podnikatelské aktivity.

Pochybnost může vzbuzovat i to, že někoho může napadnout otázka, proč, měl-li zákonodárce v úmyslu, aby si i dva nepodnikatelé svůj závazkový vztah podřídili režimu obchodního zákoníku, nebyla tato možnost namísto obchodního zákoníku, či vedle něj, upravena ještě i v občanském zákoníku.

Dalším zdrojem právní nejistoty v tom, zda ujednání dvou nepodnikatelů o volbě režimu obchodního zákoníku nebude následně pro nemožnost takového ujednání mezi nepodnikateli neplatným, je dle mého názoru i samotné ust. § 1 odst. 1 ObchZ. V tomto ustanovení je totiž zcela zřetelně a konkrétně vymezen osobnostní rozsah samotného obchodního zákoníku, který se dle tohoto ust. § 1 odst. 1 ObchZ má vztahovat jen na úpravu postavení podnikatelů, na obchodní závazkové vztahy a na vztahy s podnikáním související.

Řekla bych, že tato pochybnost zůstává pouze v teoretické rovině, neboť praxe si tuto otázku sama zodpověděla, když právo zvolení si režimu, pod který bude spadat daný závazkový vztah, nenaplní-li se ust. § 261, ponechává jak vztahu mezi podnikatelem a nepodnikatelem, tak i závazkovému vztahu mezi dvěma nepodnikajícími subjekty.

Tento názor zastává Nejvyšší soud¹ v jednom ze svých rozhodnutí, kde uvádí: „Obchodní zákoník v ustanovení § 262 odst. 1 určuje, že si strany mohou dohodnout, že jejich závazkový vztah, který nespadá pod vztahy uvedené v § 261, se řídí obchodním zákoníkem bez ohledu na skutečnost, zda jsou podnikateli či nikoli a jde-li o závazkový vztah týkající se jejich podnikatelské činnosti nebo nikoli.“

Shodný názor je zastáván v jednom o mnoho let starším rozhodnutí Nejvyššího soudu², kde se taktéž uvádí: „Strany závazkového vztahu, ať jsou jimi podnikatelé či nikoliv, jde-li o závazkový vztah týkající se jejich podnikatelské činnosti nebo nikoli, si mohou sjednat, že jejich závazkový vztah, pokud by se měl jinak řídit příslušnými ustanoveními občanského zákoníku, se bude řídit odpovídajícími ustanoveními obchodního zákoníku (§ 262 odst. 1 obch. zák.), v tomto případě ust. § 536 a násl. obch. zák. upravujícími smlouvu o dílo.“

V této souvislosti nelze však ani opomenout opačné, byť starší, stanovisko Krajského soudu, který je toho názoru, že skutečně volbu režimu obchodního zákoníku mohou provést pouze podnikatelé, jejichž závazkový vztah nespadá pod ust. § 261 ObchZ, neboť se opírá o shora mnou uvedenou pochybnost v ust. § 1 odst. 1 ObchZ, tedy o rozsah daného obchodního zákoníku.

V tomto rozsudku Krajského soudu³ je tak uvedeno: „Pokud účastník smlouvy nebyl ke dni jejího uzavření podnikatelem podle ust. § 2 odst. 2 obchodního zákoníku, pak obchodní zákoník se na něho, resp. na jeho jednání, nevztahuje a nemohl proto ani právně relevantním způsobem uzavřít písemnou smlouvu o volbě práva podle ust. § 262 obchodního zákoníku.“

¹ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30.7. 2003, sp. zn. 32 Odo 964/2002.

² Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 18.12. 1997, sp. zn. 2 Odon 144/1997.

³ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 13.9. 1996, sp. zn. 15 Co 323/ 1996.

Mám-li pak k této problematice zaujmout svůj názor, bez ohledu na pochybnosti, které jsem vymezila výše, myslím si, že současná judikatura vykládá rozsah subjektů, jež jsou oprávněni zvolit režim obchodního zákoníku dle ust. § 262 ObchZ, správným způsobem.

Je sice pravdou, že zde existuje ust. § 1 odst. 1 ObchZ, avšak dle tohoto ustanovení se věcný rozsah obchodního zákoníku vztahuje mimo jiné i na obchodní závazkové vztahy. Dle mého názoru je však za obchodní závazkový vztah nutné považovat i závazkový vztah pod režimem obchodního zákoníku dle ust. § 262 ObchZ, tedy i ten, který vznikne mezi dvěma nepodnikajícími subjekty. Tím je pak soulad ust. § 1 odst. 1 ObchZ ve spojení s ust. § 262 odst. 1 ObchZ, co se závazkového vztahu dvou nepodnikajících subjektů týče, zajištěn.

Další problém spíše praktického rázu představuje způsob písemného ujednání o volbě namísto občanskoprávního režimu, režimu obchodněprávního. V praktickém životě se lze velice často setkat s písemnými ujednáními ve smyslu ust. § 262 odst. 1 ObchZ mezi podnikatelem a nepodnikatelem tak, že toto ujednání je uvedeno v samotném záhlaví hlavního smluvního ujednání.

Příkladem je možné uvést: „Shora uvedené smluvní strany uzavírají níže uvedeného dne, měsíce a roku tuto kupní smlouvu v režimu obchodního zákoníku“ či „Shora uvedené smluvní strany uzavírají níže uvedeného dne, měsíce a roku tuto kupní smlouvu dle ust. § 409 a násl. ObchZ“.

Je zřejmé, že takovéto ujednání hned v úvodu, v tak zvané preambuli, tedy uvedené ještě před prvním článkem daného smluvního ujednání může strana, která není podnikatelem velice snáze přehlédnout nebo k tomuto nepřikládat nějaký větší význam.

Ač platí zásada, že neznalost zákona neomlouvá a zásada, že právo přeje bdělým, mám za to, že mnohdy takto zvolený způsob ujednání o volbě režimu obchodního zákoníku je mnohdy ze strany podnikajícího subjektu účelové.

Nehledě na to, že je pravidlem, že v případě, kdy je uzavírána smlouva mezi podnikatelem a nepodnikatelem, většinou je daná smlouva vyhotovena ze strany podnikatele, a dále, že podnikatel, byť bez právního vzdělání, se mnohdy mnohem více, předně z důvodu své podnikatelské činnosti, orientuje v zákonech, než fyzická osoba nepodnikající.

Dané fyzické osobě, jako té smluvní straně, která není podnikatelem, se tak bude velice těžko prokazovat, že ač podepsala a tím odsouhlasila to, že jejich vzájemný závazkový vztah bude spadat pod režim obchodního zákoníku, s tímto srozuměna v okamžiku podpisu smlouvy nebyla, a že tedy jednala v omylu, a že druhá smluvní strana jako podnikatel této nevědomostí druhé strany využila. Břemeno důkazní by totiž leželo v tomto případě na bedrech samotné nepodnikající smluvní strany.

V této souvislosti pokládám dále za vhodné zamyslet se i nad možností ujednat si podřazení svého závazkového vztahu pod ust. § 262 ObchZ nikoli přímo ve smlouvě, nýbrž vedle tohoto smluvního ujednání.

Přikláním se dle zásady obsažené v ČL. 3 odst. 2 LZPS „vše je dovoleno, co není zákonem zakázáno“, že tomu nic nebrání, ale doporučuji jistě dané ustanovení ve smyslu ust. § 262 ObchZ zanést přímo do smlouvy týkající se předmětného závazkového vztahu.

Nebráním se ani myšlenke, že by si strany až po nějaké době trvání jejich vztahu dohodli, že bude jejich závazkový vztah spadat pod režim obchodního zákoníku ve smyslu ust. § 262 ObchZ.

Nemůžu však, než tento postup podrobit kritice, neboť pokládám jej, stejně jako ujednání o aplikaci ust. § 262 ObchZ hned od počátku vedle smluvního ujednání o hlavním závazku a nikoliv uvnitř tohoto smluvního ujednání, za nevhodné.

Stejného názoru je i K. Marek a J. Pokorná⁴, když uvádějí: „V opačném pohledu se může vyskytnout otázka, zda by bylo možné sjednat působnost obchodního zákoníku pro určitý závazkový vztah po uzavření smlouvy, která jej založila. Obchodní zákoník neobsahuje výslovné pravidlo chování, které by tento postup zakazovalo či určovalo podrobnější podmínky pro jeho realizaci. Můžeme tedy dospět k názoru, že jde o postup dovolený a možný. Uzavírat dohodu podle ust. § 262 obch. zák. k již uzavřené smlouvě však není podle našeho názoru vhodné, i když argumenty, o něž svůj názor opíráme, nemusí být považovány za jednoznačné.“

Myslím si, že je zde vhodné zamyslet se i nad aplikací ust. § 262 ObchZ ve smyslu ust. § 261 odst. 6 ObchZ. Mám za to, že nebyl účel zákonodárce vztáhnout užití ust. § 262 ObchZ i na ust. § 261 odst. 6 ObchZ, neboť by to bylo zcela nelogické a bezpředmětné.

Toto mé stanovisko vychází předně z toho, že zvolení režimu obchodního zákoníku i pro subjekty uvedené v ust. § 261 odst. 1 a 2 ObchZ i pro smluvní typy, jež jsou jako smluvní typy upraveny pouze v občanském zákoníku by mělo za následek, že stejně by se aplikoval na daný smluvní typ občanský zákoník s tím, že otázka obecná ustanovení závazkové části by čerpali z obchodního zákoníku. Tak by tomu ostatně však bylo i bez aplikace ust. § 262 ObchZ.

Shodný názor k tomuto zastává i K. Marek a J. Pokorná⁵, když uvádějí: „Pokud by dohoda podle ust. § 262 obch. zák. ke vztahům upraveným § 261, odst. 6 obch. zák. snad byla možná (i když se domníváme, že tato možnost není dána), byl by tu další závažný problém: smluvní typy, které jsou jako takové upraveny pouze občanským zákoníkem, by se řídily pravidly platnými pro daný smluvní typ v občanském zákoníku. V ostatních otázkách by se na základě ujednání ve smyslu § 262 řídily zákoníkem obchodním, ale v těch případech, kdy obchodní zákoník vlastní úpravu neobsahuje, opět ještě ustanoveními zákoníku občanského (§ 1, odst. 2 obch. zák.). Tato situace se nám jeví pro praktické užívání příslušných kodexů jako příliš komplikovaná.“

Dle mého názoru jiná situace nastane však v případě, kdy jde o subjekty nespádající pod ust. § 261 odst. 1 a 2 ObchZ, zde pak má užití ust. § 262 ObchZ smysl i pro smluvní vztahy upravené pouze v občanském zákoníku.

⁴ Marek, K., Pokorná, J. K realizaci fakultativních obchodů podle ust. § 262 obch. zák. Právní praxe v podnikání. 1998, č. 7, str. 26.

⁵ Marek, K., Pokorná, J. K realizaci fakultativních obchodů podle ust. § 262 obch. zák. Právní praxe v podnikání. 1998, č. 7, str. 26.

Pokud totiž uzavřou smlouvu, jež je jako smluvní typ upravena pouze v občanském zákoníku, dva nepodnikatelé, pak na ně nespadá ust. § 261 odst. 1 ObchZ, a tak zvolením obchodního zákoníku dle ust. § 262 ObchZ, se docílí toho co v ust. § 262 odst. 6 ObchZ, neboť dané smluvní ujednání se bude řídit, co se týče ustanovení dané smlouvy, dle občanského zákoníku, avšak zbytek, nebude-li ve prospěch smluvních stran spíše právní úprava v občanském zákoníku, se bude řídit právní úpravou obsaženou v obchodním zákoníku.

Podle mého názoru nejvíce problematickou částí ust. § 262 ObchZ je odst. 4 tohoto ustanovení, neboť v tomto odstavci se řeší rozsah použití občanského zákoníku a jiných předpisů pro stranu, která není podnikatelem, avšak tento je pojat poněkud nesrozumitelně.

Z daného ust. § 262 odst. 4 ObchZ je nepochybné, že dle občanského zákoníku se bude posuzovat odpovědnost smluvní strany, která není podnikatelem. Budeme-li však uvažovat, že odpovědností je několik druhů, jako odpovědnost za škodu, za prodlení a i odpovědnost z bezdůvodného obohacení, pak mě napadá otázka, zda se bude občanským zákoníkem řídit i délka promlčecích lhůt či nikoliv.

Bez ohledu na níže uvedená stanoviska k této problematice jsem toho názoru, že občanský zákoník, který se má dle ust. § 262 odst. 4 ObchZ vztahovat na odpovědnost smluvní strany, která není podnikatelem, se však nepoužije na určení délky promlčecí lhůty k uplatnění nároků z odpovědnosti druhé strany vyplývajících.

Myslím si totiž, že zákonodárce měl v úmyslu zvýhodnit slabší smluvní stranu, tedy nepodnikatele, a tak dostatečně učinil, když vznik odpovědnosti dané slabší strany podřídil občanskému zákoníku, neboť odpovědnost za škodu osoby dle občanského zákoníku je založena na zavinění, až na některou z výjimek.

Mé stanovisko k tomu, že skutečně ust. § 262 ObchZ nepamatuje na to, aby byla délka promlčení nároku z odpovědnosti druhé silnější strany podřízena taktéž občanskému zákoníku stejně jako odpovědnost, vychází i ze samotného ust. § 262 ObchZ. V tomto ust. § 262 ObchZ je totiž uvedeno i to, že právních norem obsažených v občanském zákoníku či v jiném právním předpisu se použije vždy, je-li to pro smluvní stranu, která není podnikatelem výhodnější.

Právní úprava obsažena v občanském zákoníku týkající se promlčení však skutečně není pro nepodnikající smluvní stranu výhodnější oproti právní úpravě promlčení uvedené v obchodním zákoníku, za předpokladu, že je podnikající smluvní strana tou odpovědnou, neboť dle režimu obchodního zákoníku je promlčecí lhůta k uplatnění nároku nepodnikajícího subjektu mnohem delší.

Opačná situace, domnívám se, nastane v případě, kdy odpovědnou bude nepodnikající strana. Pak samozřejmě bude pro nepodnikající smluvní stranu výhodné aplikovat na institut promlčení právní úpravu občanského zákoníku, kde je promlčení lhůta mnohem kratší.

Obecná promlčecí lhůta v občanském zákoníku je totiž tříletá oproti čtyřleté obecné lhůtě v obchodním zákoníku. Nehledě na to, že v obchodním zákoníku je tato čtyřletá lhůta zachována, alespoň podle mého názoru, i v případě uplatnění náhrady škody u soudu či i v případě uplatnění nároků z bezdůvodného obohacení, což takto není v občanském zákoníku.

Velmi zajímavý je pak výklad a praktické použití ust. § 262 odst. 4 s ust. § 267 ObchZ, zejména pokud budeme hovořit o rozsahu obsahu závazkového vztahu spadajícího do občanského zákoníku a uzavřeného dle ust. § 262 ObchZ.

Myslím si totiž, že v případě, kdy bude za použití ust. § 262 ObchZ závazkový vztah spadat pod režim obchodního zákoníku, je velice problematický výklad ust. § 267 ObchZ pro nepodnikatele jako jednoho z účastníků tohoto vztahu.

Ust. § 267 ObchZ dle mého názoru rozšiřuje okruh právních úkonů, které jsou relativně neplatné. Podle mě v důsledku ust. § 267 ObchZ i právní úkony bez dalšího absolutně neplatné dle občanského zákoníku, mohou být za určitých okolností neplatné pouze relativně, a v tomto případě je pak zapotřebí, aby neplatnost ten s účastníků, kterému má být ku prospěchu, uplatnil.

Domnívám se tak, že i neplatnosti právních úkonů, jež jsou v rozporu s dobrými mravy či obchází zákon, je nutné za určitých okolností se dovolat.

Stejného názoru je i K. Eliáš⁶, když uvádí: „Prvé pravidlo (§ 267, odst. 1) rozšiřuje okruh právních úkonů relativně neplatných vyjádřením principu, že neplatnosti, jejímž účelem je chránit zájmy jen jednoho účastníka, se může dovolat pouze tento účastník. Tak dochází k modifikaci obecné zásady civilního práva.“

Dle mého názoru tak ust. § 267 ObchZ zpřísňuje obezřetnost podnikatelů a osob, jejichž závazkový vztah podléhá ust. § 261 ObchZ, jak ostatně tvrdí i I. Pelikánová⁷, neboť na rozdíl od občanského zákoníku, který vymezuje právní úkony neplatné relativně a absolutně, obchodní zákoník pouze vymezuje podmínky pro to, aby daný právní úkon byl neplatný relativně.

Jelikož aplikaci těchto podmínek, a tak určení relativní neplatnosti právního úkonu, nelze za určitých okolností vyloučit ani u absolutně neplatných právních úkonů dle občanského zákoníku, ust. § 267 ObchZ je tak nutné považovat za ustanovení, jež rozšiřuje okruh relativně neplatných právních úkonů na úkor právních úkonů absolutně neplatných.

Na první pohled se tak může zdát, že ust. § 267 ObchZ je pro nepodnikatele, byť si zvolili režim obchodního zákoníku dle ust. § 262 ObchZ, nevýhodné a tak dle ust. § 262 odst. 4 ObchZ na podnikatele neaplikovatelné.

Myslím si však, že za určitých okolností může být i aplikace ust. § 267 ObchZ pro nepodnikatele výhodná, a to zvláště v situacích, kdy dle občanského zákoníku je daný právní úkon absolutně neplatný, např. pro rozpor s dobrými mravy či z důvodu obcházení zákona, avšak pro daného nepodnikatele by bylo výhodné, kdyby platným zůstal.

V tomto případě pak bude zcela jistě výhodná aplikace ust. § 267 ObchZ i pro nepodnikatele, neboť tak tento právní úkon bude, za předpokladu, kdy daná neplatnost slouží pro ochranu pouze druhého účastníka daného vztahu, relativně neplatným, a nikoliv absolutně, byť by byl

⁶ Eliáš, K. Obchodní smlouva IV. Neplatnost obchodních smluv. Právní praxe v podnikání. 1996, č. 2, str. 11.

⁷ Srov. Pelikánová, I. Komentář k ust. § 267 zák. č. 513/1991 Sb. ASPI, 1997.

v rozporu se zákonem, a tak bude záležet na aktivitě druhého účastníka, zda námitku relativní neplatnosti uplatní či nikoli.

Tento postup je tak pro nepodnikatele, který by potřeboval, aby daný úkon byl platný, velice výhodný, neboť mu dává naději, že neuplatní-li druhý účastník ve svůj prospěch námitku neplatnosti tohoto právního úkonu ve smyslu ust. § 267 ObchZ, zůstane tento právní úkon platným, byť obchází zákon.

Opačná situace však samozřejmě nastane za situace, kdy bude v zájmu nepodnikajícího subjektu jako jedné ze smluvních stran, aby daný právní úkon, který je dle občanského zákoníku kvalifikován jako absolutně neplatný, nebyl platným. Pak se domnívám, že druhý účastník nemůže uplatnit ust. § 267 ObchZ dle zásady ustanovené v ust. § 262 odst. 4 ObchZ.

Mám však za to, že velmi problematické bude posoudit možnou aplikaci ust. § 267 ObchZ ve spojení s tím, kdy obě smluvní strany budou nepodnikatelé. Zde se domnívám, že ust. § 267 ObchZ se neaplikuje, neboť bude-li možné použití ust. § 267 ObchZ, pak samozřejmě bude jeho použití v neprospěch druhé strany.

Jelikož pak obě strany budou nepodnikatelé, pak vždy na toho z nich, pro kterého bude použití ust. § 267 ObchZ nevýhodné, se aplikuje ust. § 262 odst. 4 ObchZ a dané ust. § 267 ObchZ se tak neaplikuje.

Ačkoliv dle shora uvedeného použití ust. § 262 ObchZ způsobuje četné výkladové a následně aplikační potíže, je třeba říct, že může být, tedy alespoň podle mě, velice výhodné i pro nepodnikatele, pokud se jej naučí využívat.

Jednou z výhod, na kterou pamatuje i K. Marek a J. Pokorná⁸, je jistě to, že použití ust. § 262 ObchZ otvírá cestu aplikace ust. § 446 ObchZ. Ustanovení § 446 ObchZ pak oproti občanskému zákoníku dává nepodnikateli do rukou výhodu, že koupí-li on zboží, o kterém si myslel, že je ve vlastnictví prodávajícího, a neměl důvod o tom pochybovat, pak ač nabyl od nevlastníka, je zachováno jeho vlastnické právo.

Toto ust. 446 ObchZ se dle mého názoru navzdory ust. § 262 odst. 4 ObchZ použije namísto občanského zákoníku z důvodu toho, že je i pro nepodnikatele výhodnější než použití občanského zákoníku.

Na základě všeho shora uvedeného jsem tak přesvědčena, že je třeba ust. § 262 ObchZ považovat za významné a velice nápomocné. Je však nutné mít na paměti, že je třeba s ním nakládat opatrně a po patřičném jeho nastudování.

⁸ Srov. Marek, K., Pokorná, J. K realizaci fakultativních obchodů podle ust. § 262 obch. zák. Právní praxe v podnikání. 1998, č. 7, str. 26.

*Dávid R., Neckář J., Sehnálek D., (Editors). COFOLA 2009: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4821-8*

Reviewer:
Karel Marek

Contact – email:
petra.jelinkova.lawpartners@gmail.com

THE LIMITS OF CONTRACT FREEDOM IN THE PUBLIC PROCUREMENT

ÁGNES JUHÁSZ

University of Miskolc, Faculty of Law, Hungary

Abstract in original language:

The study examines the well-known contract law principle, i.e. the freedom of contract in the light of private law (contract law) and public law (public procurement law) at the same time. The private law and the public law are always in interaction, since it can be seen in the case of public utility or public supply contracts. On the next few pages the author analyses the limits of contract freedom not only through private law glasses, but by the using of public law approach, considering the provisions related to the contract, which is to be concluded as a result of the successful public procurement procedure.

Key words in original language:

Freedom of contract, party autonomy, limits of freedom of contract, public procurement contract.

1. INTRODUCTION

The importance of freedom of contract (or party autonomy as it is called sometimes) can be scrutinized from several viewpoints. Under the instrumental approach contract freedom can be handled as a characteristic of economic analysis of law, since as it is featured by Michael Trebilcock in its work "The Limits of Freedom of Contract"¹, the contract law has economic functions (for example it may reduce transaction costs or fill the gaps in incomplete contracts).² The freedom of contract is also valuable in its own right, or might be regarded as a contract law principle.³

In my study, I deal with the freedom of contract from the latter approach, when I make an attempt to analyse the contract freedom and its limits in public (or partially public) law environment. The public procurement contract is an essential contract in the economic activity that I am going to examine from private law viewpoint. Although the contract (and in particular the pre-contractual procedure) has strong public law nature, with the identification and further analysis of private law elements the publication tries to prove, that the public procurement contract can be arranged in the private law contract system as an atypical contract.

Beyond the systemic arrangement, the main part of the study concentrates on the effectiveness of contract freedom as a private law principle, or to be more precise, the contract freedom limited by the contract obligation, which is appear not only in the relating private law

¹ TREBILCOCK, M. J.: *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge, Mass. Harvard University Press, 1993

² TREBILCOCK, p. 16-17

³ STEWART, Hamish, *Where is the Freedom in Freedom of Contract? A Comment on Trebilcock's <The Limits of Freedom of Contract>*, In: *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 33., No. 2., p. 365-369

provisions, but also in several other public law regulations in the field of public utility and public procurement.

2. CONTRACT FREEDOM AS A CONTRACT LAW PRINCIPLE

The contract freedom is a basic principle of the contract law, which is related to the conclusion of the contract. It means that the will of the contracting parties is fundamentally not bounded in legal sense; the parties have the right to form independently their contracting intention, naturally within the frames of the basic provisions of the contract law. Under the principle of contract freedom four dimensions can be scrutinized⁴:

Freedom of deciding to conclude a contract or not. This dimension used to be called the narrow sense contract freedom. Under this, the contracting party freely can decide to conclude a contract or not at all. This freedom can be limited by the contracting obligation, which appears in the form of agreement in principles, call option or the obligation can be prescribed by any other law, like the Public Procurement Act.

Freedom to choose the contracting party. If the party has decided to conclude a contract, he or she can also choose the person with whom wants to enter into a mutual legal relation.

Freedom to choose the legal type of the contract. The party have a choice to choose the type of the contract, which is denominated in the civil code or any other law, or which is unspecified or has mixed nature. The restriction of this freedom is typical in the course of the formation of companies, but outside this area the law-maker rarely puts its foot in the choosing of the type of contract.

Freedom to determine the content of the contract (dispositivity). The content of the contract always depends on the intention of the parties. As a general rule, contracting parties have the right to form by selves the subject matter of the legal relation. However, in some cases – generally with reference to the social interest – norms with binding effect get a part of the contract.

The principle of contract freedom appears not only in the national private laws, but in the international private law and in the European contract law. The European contract law unification initiatives, like the “Principles of European Contract Law” (hereinafter PECL) designed by the Commission on European Contract Law and the “Draft Common Frame of Reference” (hereafter DCFR) prepared by the Study Group on a European Civil Code and the European Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group), acknowledge the right of citizens and their undertakings to decide with whom they will conclude their contract and to determine the contents of these contracts.

The Article 1:102 of the PECL declares, that “[p]arties are free to enter into a contract and to determine its contents, subject to requirements of good faith and fair dealing [...]”⁵ However,

⁴ BÍRÓ, György: Magyar Polgári Jog. Kötelmi jog. Közös szabályok. Szerződésstan, Novotni Kiadó, Miskolc, 2006, ISBN 963 85832 2 3, p. 225-226

⁵ LANDO, Ole – BEALE, Hugh: Principles of European Contract Law, Commission on European Contract Law, Kluwer Law International, 2003, p. 99

there are also some restrictions, which limit the content of freedom. It is true, that parties have a right to decide the term of their contract, but they have to act under the requirements of good faith and fair dealing. In this sense, any act, which is contrary with these requirements, can be deemed as limitation of the freedom. The freedom is also restricted by the mandatory rules.

The Article II – 1:102 of the DCFR contains the party autonomy, namely that “[p]arties are free to make a contract or other juridical act and to determine its contents, subject to any applicable mandatory rules.” It is obvious, that the wording of the DCFR is almost the same as the wording of the PECL. It is not surprising, since the DCFR was elaborated on the basis of the PECL.

Since the common rules of the European contract law are prepared with the comparison of the different European contract law systems, the principle of contract freedom is naturally laid down by the national civil codes. In Hungary, the Hungarian Civil Code, namely the Act IV of 1959 on the Civil Code of the Hungarian Republic (hereinafter HCC) also contains the principle, when it declares, that “[t]he parties are free to define the contents of contracts, and they shall be entitled, upon mutual consent, to deviate from the provisions pertaining to contracts if such deviation is not prohibited by legal regulation.”⁶ Over the fixing of contract freedom, the HCC also determines those cases, when this freedom is limited by certain rules.

The legal institution of the agreement in principle means an agreement, in which the parties agree on concluding at a later date.⁷ It constitutes an obligation to the parties to conclude a contract. The agreement in principle can be based on the consent of the parties (in this case the obligation is voluntarily) or can be rendered obligatory by legal regulation. In this latter case the legal norm carries real cogency. The paragraph 5 of the related provision entitles the party to refuse the conclusion of the contract if “it provides proof of inability to perform the contract by virtue of a circumstance that has occurred after the conclusion of the agreement in principle or if the performance of the contract would be detrimental to the national economy, or if, on the basis of such a circumstance, rescission or termination of the contract might apply.” This provision means the application of the Roman origin contract law principle, namely the “*clausula rebus sic stantibus*”. It keeps an exception from the principle “*pacta sunt servanda*”, which declares, that the agreements between the parties are legally binding. As Zimmermann worded, this binding is last as long as the matters remain the same, as they were at the time of the conclusion of contract.⁸

Beyond the agreement in principle, there is another legal institution, which is regulated in the HCC. Paragraph 1 of the Article 375 contains the call option (hereafter call), which is a financial contract, in which parties stipulates for the option holder (the buyer) the right to buy certain thing in the future. In this perspective the call is a right and not an obligation. But on the side of the obligated party (the seller), the call makes an obligation, under which the option holder can buy the thing with unilateral statement at a certain time (expiration date) for a certain price (strike price). That is, from the viewpoint of the seller, the stipulation of this

⁶ HCC, Art. 200, para 1

⁷ HCC, Art. 208, para 1

⁸ ZIMMERMANN, Reinhard: *Roman Law, Contemporary Law, European Law: the Civilian Tradition Today*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 80

right is a limited-term (determined or indeterminated) restriction, which limits the freedom of contract.

With respect to the fourth dimension of the contract freedom, namely the right of the parties to determine the content of the contract, we can find a restriction in the HCC. Paragraph 1 of the Article 226 limits the dispositivity, when it says, that “[l]egal regulations can prescribe certain content elements of contracts and provide that such elements shall constitute a part of a contract even if the parties provide otherwise.”

In the Hungarian law system not only the agreement in principle, but some other cases also causes obligation to conclude a contract. When a legal regulation prescribes the obligation to conclude a contract, this prescription is always based on justified public interest. This consideration appears in the case of public utility contracts, when the possibility to getting safe public utility (public service) is ensured by the obligation of conclude a contract. The obligation always encumbers the public service provider. As Vitányi mentioned, these types of contracts can be deemed as “force-contracts”⁹, where – by the prescription of contract obligation – the state widely has a say in the contract.

The provisions related to the public utility contracts stretch over the field of public law, the hinter regulation of these different contracta can be found in several single law (like the acts on electricity, water or gas supply). In the case of public utility contracts three of the four dimension of the contract freedom (namely the (1), (2) and (4) category of the former mentioned categorization) can be fallen under the scope of restrictions.

Beyond the public utility contract there is another area, where legal regulation prescribes the obligation to conclude a contract. It is the public procurement, namely the conclusion of public contract after the conducting of the effective public procurement.

3. CONTRACT FREEDOM IN THE PUBLIC PROCUREMENT

In the case of public procurement contract we have to face up with the limitation of contract autonomy from several viewpoints. The first dimension, i.e. the “freedom of deciding a contract or not” is limited by the contract obligation, laid down by the provisions of the Act CXXIX of 2003 on Public Procurement (hereinafter PP), since they prescribes to conclude a contract and also determines the contracting party; it is a restriction connecting to the freedom to choose the contracting party.

Basically, the provisions of contract law – apart from the exceptions – shall be applied with having the contract freedom in sight. In the public procurement law the contracting authority faces up with contract obligation, because with the elapsing of the bidding term the obligation enrolls¹⁰, and after the selection of the best tenderer the contracting authority has no right to withdraw from the contract.

⁹ VITÁNYI, György: Közüzemi szerződések, In: Ünnepi dolgozatok Dr. Szladits Károly egyetemi tanár 70. születésnapjára, Budapest, 1941, p. 348-355

¹⁰ HCC, Art. 78, para 1

The only possibility, when a contracting authority can be exempted from the obligation, if the public procurement procedure was unsuccessful. The cases of unsuccessful procedure are fully regulated in the Hungarian public procurement act. Under the Article 92 the procedure shall be deemed unsuccessful if (1) no tenders have been submitted or (2) only invalid tenders have been submitted.

(3) There is also a possibility to deem the procedure unsuccessful, if none of the tenderers, not even the tenderer submitting the most economically advantageous tender, meets the requirements for financial cover available to the contracting authority. However, it has to be pinned down, that always the contracting authority decides over the compliance of the tenders submitted. In the light of this consideration, the before mentioned provision ensures a kind of back-stair, an exception from the contract obligation for the contracting authority, who wants to acquit from this obligation.

(4) Under the incapability to conclude the contract or deliver thereunder is also enough to deem the procedure unsuccessful, and we face up with the same legal effect, if (5) any tenderer makes an action that materially damages the correctness of the procedure or the interests of the other tenderers. (In this latter case the contracting authority also has the right to decide over the inefficiency.)

The contracting authority can base its decision on (6) the results of a conciliation procedure or on the (7) decision on annulment of the Hungarian Public Procurement Arbitration Board, under which the contracting authority has a possibility to conduct a new contract award procedure or to relinquish its intention to conduct such procedure.

In the cycle of the provisions related to unsuccessful procedure a new possibility appeared with the last amendment of the Hungarian PP. Under the Article 92/A – moreover the cases regulated in the Article 92 – the contacting authority might deem the procedure unsuccessful if only one tender has been submitted, even if this only submitted tender is valid. The procedure also shall be deemed unsuccessful if more tenders have been submitted, but there is only one valid tender among the submitted tenders.

If there is no possibility to deem the contract unsuccessful, the Article 99 prescribes, that after the successful contract award procedures, the contracting authority shall conclude a contract in writing with the selected tenderer. The content of the contract shall be conforming to the contact notice, the tender documentation and the tender. The contract to be concluded is a contract for pecuniary interest¹¹, where the PP prescribes in writing conclusion.

There is another cogency related to the conclusion of the contract. The PP relatively determines the date of contract, when its lays down, that the planned date and time of contract conclusion shall not be earlier than the eighth or later than the thirtieth day from the announcement of results.¹² (There is an exception from this strict time interval: in the case of public works conclusion the time of contract conclusion shall not be later than the sixtieth day from the announcement of results.)

¹¹ PP, Art. 2, para 1

¹² PP, Art. 99, para 2

Beyond the cases of unsuccessful procedure, there is a new possibility for the contracting authority to get out from the obligation of conclude a contract. As a result of the amendment in 2008, the well-known private law principle, namely the “*clausula rebus sic stantibus*”, i.e. the effect of essential change in circumstances after the conclusion of contract infiltrated to the PP provisions. Under this exception (laid down in the Article 99/A) the contracting authority can refer to the change in circumstances, if (1) it ensues after the publication of the results of the selection process, (2) it was essential, (3) unforeseeable and (4) inevitable, and (5) due to this change, it is not able to conclude or perform the public procurement contract.

The application of this provision is exceptional and strongly problematic, since in the private law the principle of “*clausula rebus sic stantibus*” applies only after the conclusion of the contract (or agreement in principles), it is related to the performance cogency. Contrary to this, in the cited provision of the PP, this principle creates a possibility to get out from the contract obligation, before the conclusion of the contract. It does not related to the performance of the contract, but the interval between the announcement of results and the conclusion, when it is foreseeable, that the selected tenderer won't be able to conclude or perform a contract.

4. CLOSING REMARKS

Although the freedom of contract is not a constitutional basic law, but under the decisions of the Constitutional Court of the Hungarian Republic, the limitation of the contract of freedom is an exceptional possibility, which shall be examined every single time uniquely and shall be constitutionally justified.

The market requires to limit the contract freedom as narrow as it is possible and the restrictions shall be bounded to appropriate guarantees. In the case of public utility contract and also in the public procurement the state intervenes in the private law relations, but this intervention cannot be autotelic. It is a tool, which is only usable as “*ultima ratio*”, with the most comprehensive circumspection.

Literature:

- TREBILCOCK, M.J., *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge, Mass. Harward University Press, 1993, ISBN 0674534301, 9780674534308
- STEWART, Hamish, *Where is the Freedom in Freedom of Contract? A Comment on Trebilcock's <The Limits of Freedom of Contract>*, In: *Osgoode Hall Law Journal*, ISSN: 0030-6185, Vol. 33., No. 2., p. 365-369
- BÍRÓ, György: *Magyar Polgári Jog. Kötelmi jog. Közös szabályok. Szerződésstan*, Novotni Kiadó, Miskolc, 2006, ISBN 963 85832 2 3, p. 225-226
- LANDO, Ole – BEALE, Hugh: *Principles of European Contract Law*, Commission on European Contract Law, Kluwer Law International, 2003, ISBN 9041113053, 9789041113054, p. 99

- ZIMMERMANN, Reinhard: Roman Law, Contemporary Law, European Law: the Civilian Tradition Today, Oxford University Press, Oxford, 2001, ISBN 0198299133, 9780198299134, p. 80
- VITÁNYI, György: Közüzemi szerződések, In: Ünnepi dolgozatok Dr. Szladits Károly egyetemi tanár 70. születésnapjára, Budapest, 1941, p. 348-355

Reviewer:

PRUGBERGER, Tamás

Contact – email:

civagnes@uni-miskolc.hu

DOHODY RODIČŮ PŘI ROZVODU NEBO SEPARACI A NEZLETILÉ DÍTĚ

MARTIN KORNEL

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Tento příspěvek analyzuje míru, do jaké se princip autonomie vůle projevuje v současném českém rodinném právu. Zvláštní pozornost věnuje možnosti rodičů uzavřít dohodu o jejich právech a povinnostech ve vztahu ke společnému nezletilému dítěti, v případě rozvodu nebo faktické separace rodičů. Navíc jsou nabídnuty úvahy de lege ferenda založené především na některých zahraničních úpravách.

Key words in original language:

Dohoda rodičů; rodičovská zodpovědnost; styk s dítětem; výchova dítěte; vyživovací povinnost k dítěti.

Abstract:

This contribution analyzes the dimension to which the principle of the autonomy of will occurs in contemporary Czech family law. Specifically, it aims to the possibility of the parents to make an agreement about their rights and duties in relation to common minor children in case of divorce or factual separation of parents. Further, with special regard to foreign legal regulations, the suggestions de lege ferenda are made.

Key words:

Parental agreement; parental responsibility; contact; visitation; child custody; child maintenance.

Předkládaný příspěvek si klade za cíl analyzovat, do jaké míry se princip autonomie vůle projevuje v současném českém rodinném právu, přesněji v oblasti dohod rodičů týkajících se společných nezletilých dětí a uzavíraných v souvislosti s rozvodem či separací (odlukou). Taková analýza se jeví jako vhodná především s ohledem na skutečnost, že dohody se kromě rodičů a jejich práv a povinností dotýkají zároveň jejich společných nezletilých dětí. Proto totiž může u dohod dojít ke střetu principu autonomie vůle s principem ochrany blaha dítěte (resp. nejlepšího zájmu dítěte). Zaměříme se tak na problematiku dohod rodičů ve věcech výchovy a výživy nezletilého dítěte a styku rodičů s nezletilým dítětem. Odborná literatura se shoduje na závěru, že smírné vyřešení problémů souvisejících s rozvodem nebo odlukou, je obvykle nevhodnějším řešením a to především z hlediska dítěte a jeho zájmu.¹ Způsobů, jakými lze dohody dosáhnout je celá řada, počínaje vyjednáváním samotných rodičů, prostřednictvím mediace nebo práva spolupráce (collaborative law).² Rovněž zákonodárce se

¹ K tomu shodně např. Mnookin, R.H. a Kornhauser, L.: Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce. The Yale Law Journal, 1978-1979, s. 950 a násl. nebo Firestone, G., Weinstein, F.: In the Best Interests of Children: A Proposal to Transform the Adversarial System. Family Court Review, Vol. 42, Issue 2, 2005, s. 212-213.

² K jednotlivým způsobům řešení srov. Kornel, M.: Collaborative law a efektivní rozvod. Právní rozhledy, 2007, č. 22, s. 814 a násl.

snaží podporovat řešení těchto problémů dohodou, což je patrné přinejmenším na novelizaci § 100 odst. 3, § 110 odst. 2, § 111 odst. 3 a § 273 odst. 2 písm. a) zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád v platném znění (dále "OSŘ"), umožňující soudu uložit stranám povinnost účasti na mediačním jednání nebo rodinné terapii. Případně je dokonce možné soudní řízení přerušit za účelem účasti na mediaci nebo rodinné terapii. Právě s ohledem na tyto legislativní změny je zajímavé posoudit, nakolik současná právní úprava respektuje princip autonomie vůle a jaký prostor pro smluvní řešení poskytuje rodičům.

Autonomie vůle má a musí vždy mít své limity, neboť z její povahy plyne, že nemůže být neomezená.³ V rodinněprávní rovině je takovýmto limitem, alespoň pokud se jedná o otázky dotýkající se nezletilého dítěte, především povinnost státu chránit práva a zájmy nezletilého a to především prostřednictvím státních orgánů (zejména soudu a orgánů sociálněprávní ochrany dětí) a kogentních právních norem reflektující takovou ochranu.⁴ Na následujících řádcích proto zaměříme pozornost na otázku, o jaké limity se v případě výše uvedených dohod jedná a jakým způsobem se projevují v českých právních podmínkách.

Dle právní teorie lze míru realizace principu autonomie vůle posuzovat z hlediska svobody subjektu učinit nebo neučinit právní úkon a svobody volby jeho obsahu, formy a konečně svobody výběru adresáta právního úkonu.⁵ Pokud jde o možnost svobody výběru adresáta právního úkonu, pak u dohod týkajících se vybrané problematiky prakticky nepřichází v úvahu, neboť takovéto dohody musejí uzavírat právní rodiče dítěte. Za určitý projev autonomie vůle snad lze považovat pouze svobodu volby partnera-rodiče pro zplození dítěte. Avšak při uzavírání výše uvedených dohod je již obvykle postaveno najisto, kdo je právním rodičem dítěte. Pouze tento rodič pak může být adresátem a smluvní stranou takových dohod. S ohledem na to se hlediskem svobody volby adresáta právního úkonu, na rozdíl od hledisek ostatních, v příspěvku již zabývat dále nebudeme.

Úvodem je třeba poznamenat, že většina práv a povinností rodičů, včetně práv a povinností upravených dohodami pro případ rozvodu či separace rodičů, vyvěrá z rodičovské zodpovědnosti. Podle § 32 zákona č. 94/1963 Sb. o rodině (dále "ZOR") představuje rodičovská zodpovědnost souhrn práv a povinností rodičů při péči a zastupování nezletilého dítěte a správě jeho majetku. Rodičovská zodpovědnost a její výkon tedy obecně náleží oběma rodičům, kteří ji v běžných záležitostech vykonávají každý samostatně a v podstatných záležitostech společně.⁶ Přitom z práv a povinností týkajících se péče o nezletilé dítě lze v zákonné rovině dovozovat právo rodiče na výchovu dítěte a na styk s dítětem. Dle § 34 ZOR náleží rodičovská zodpovědnost oběma rodičům, jsou-li plně způsobilí k právním úkonům. Na tom, zda jsou právní rodiče nezletilého dítěte nositeli rodičovské zodpovědnosti, zásadně nic nemění skutečnost, zda žijí odděleně, jsou rozvedeni nebo se rozvést hodlají. Soud výkon rodičovské zodpovědnosti pozastaví, případně omezí nebo rodiče rodičovské zodpovědnosti

³ Srov. Králíčková, Z.: *Autonomie vůle v rodinném právu v česko-italském porovnání*. Brno: Masarykova univerzita, 2003, s. 43.

⁴ Tamtéž, s. 45 a násl.

⁵ Fiala, J. a kol.: *Občanské právo hmotné*. Brno: Doplněk, 2002, 3. vydání, s. 18.

⁶ K tomu srov. Hrušáková a kol.: *Zákon o rodině. Zákon o registrovaném partnerství. Komentář*. 4. vydání, Praha: C. H. Beck, 2009, s. 129.

zbaví, pouze budou-li proto splněny zákonné předpoklady dle § 44 ZOR, mezi které nepatří separace nebo rozvod rodičů.⁷ Ovšem je třeba vnímat, že rodičovská zodpovědnost, pokud se jedná o práva a povinnosti ohledně péče o nezletilé dítě, může být omezena i jinak, než výše uvedenými rozhodnutími. Takovým omezením mohou být právě dohody rodičů ve věcech výchovy nebo styku, potažmo rozhodnutí soudu o této věci. Dalším obecným limitem je právo nezletilého dítěte vyjádřit svůj názor a také jeho právo, aby bylo k jeho názoru přihlédnuto při rozhodování o záležitostech, které se jej týkají. Obě tato práva jsou zakotvena na zákonné úrovni v § 31 odst. 3 ZOR a v § 100 odst. 4 OSŘ, a jsou zaručena řadou mezinárodních úmluv, z nichž je třeba zmínit především Úmluvu OSN o právech dítěte a její článek 12.

1. VÝCHOVA NEZLETILÉHO DÍTĚTE A DOHODY RODIČŮ

Výchovu nezletilého dítěte pro dobu po rozvodu manželství rodičů v českých právních podmínkách upravuje rozhodnutí soudu, které však může být dle § 26 odst. 3 ZOR nahrazeno dohodou rodičů. Aby byla dohoda rodičů platná, musí být dle téhož ustanovení schválena soudem. Přitom podle § 25 ZOR nelze manželství rodičů rozvést, dokud nenabude právní moci rozhodnutí o úpravě poměrů nezletilých dětí pro dobu po rozvodu. Pokud žijí rodiče nezletilého odloučeně, přičemž není důležité, zda jsou nebo nejsou manželi, může být výchova nezletilého upravena dle § 50 ZOR dohodou rodičů a v případě, že se rodiče na výchově nedohodnou, rozhodnutím soudu. Přitom řízení o úpravě výchovy může soud zahájit i bez návrhu. Výchova dítěte po rozvodu nebo v případě odluky může dle zákona o rodině zásadně nabýt třech základních podob. Konkrétně se jedná o výchovu jedním z rodičů dle § 26 odst. 1 ZOR, střídavou výchovu a společnou výchovu dle 26 odst. 2 ZOR.⁸ Rozdíly mezi výše vypočtenými způsoby úpravy mohou být v praxi nejasné a soud, stejně jako rodiče, má možnost upravit výchovu tak, aby odpovídala co nejlépe konkrétním podmínkám.⁹

V případě společné a střídavé výchovy zastává část odborné literatury stanovisko, že by takováto úprava neměla být přijímána soudem autoritativně, ale že by měla být pouze výsledkem dohody rodičů.¹⁰ Oproti tomu v rozhodovací praxi se objevuje názor, že pokud zákon výslovně nestanoví souhlas obou rodičů jako podmínku pro svěřeni dítěte do střídavé či společné výchovy, je možné výchovu autoritativně takovýmto způsobem upravit, a to především v situaci, kdy existuje předpoklad, že taková výchova bude fungovat nebo již prakticky fungovala.¹¹

Mimořádnou pozornost však vyvolává otázka, proč je nutné vyžadovat k platnosti dohody rozvádějících se rodičů o výchově dítěte schválení soudem. Naléhavost takového dotazu

⁷ K rodičovské zodpovědnosti více viz Hrušáková, M., Králíčková, Z.: České rodinné právo. 3. vydání, Brno: Doplněk, 2006, s. 220-236.

⁸ K jednotlivým typům výchovy srov. Hrušáková, M., Novák, T.: Reálně o společné či střídavé porozvodové výchově. Bulletin advokacie, 1999, č. 3, s. 30 a násl.

⁹ K tomu shodně např. Nález Ústavního soudu ČR ze dne 20. 1. 2005, sp. zn. II. ÚS 363/03.

¹⁰ Viz Hrušáková, M. a kol.: Zákon o rodině. Zákon o registrovaném partnerství. Komentář. 4. vydání, Praha: C. H. Beck, 2009, s. 98.

¹¹ K tomu srov. usnesení Ústavního soudu ČR ze dne 5. listopadu 2008 ve věci sp. zn. II. ÚS 2082/08 nebo usnesení Ústavního soudu ČR ze dne 10. 1. 2008 sp. zn. I. ÚS 2412/07.

vyvstává především, vezmeme-li v potaz skutečnost, že obdobnou situaci v případě dítěte narozeného rodičům, kteří nejsou manželé nebo kteří sice manželé jsou, ale nehodlají se rozvést, řeší ZOR zcela odlišně. Dle § 50 ZOR totiž pouze nedohodnou-li se rodiče, kteří spolu nežijí, na úpravě výchovy, rozhodne o ní soud.¹² Vzhledem k tomu, že toto řízení se řadí mezi řízení, která může soud zahájit i bez návrhu ve smyslu § 81 OSŘ, lze uvažovat o zahájení řízení jak na návrh některého z rodičů, tak bez návrhu z iniciativy soudu. Takový postup soudu by připadal v úvahu, zejména pokud by rodiči uzavřená dohoda byla v rozporu s nejlepšími zájmy dítěte. V tomto ohledu zachovává tuto "dvojkolejnost" i návrh nového občanského zákoníku.¹³ Pozoruhodná je rovněž skutečnost, že na dohodu o výchově rodičů, kteří nejsou ani nebyli manželé a žijí odloučeně, nejsou zákonem kladeny žádné nároky co se týče formy. Proto může být uzavřena také například ústně. Rovněž je v této souvislosti třeba upozornit, že děti narozené a vychovávané mimo manželství tvoří nezanedbatelnou část dětské populace.¹⁴ Příčinou odlišného přístupu bude zřejmě především skutečnost, že zánik nesezdaného soužití nebo odloučení manželů bez následného rozvodu jsou faktickými událostmi, na které mohou právní normy reagovat jen velice obtížně, a tudíž faktickou odluku nemusí stvrdit rozhodnutí orgánu státní moci. Není tedy možné zákonem vázat nutnost úpravy výchovy na okamžik rozpadu nesezdaného soužití nebo opuštění domácnosti jedním z manželů, neboť o odluce rodičů se státní orgány zpravidla nedozvědí. Přesto máme za to, že takovýto odlišný přístup není namístě a právní úprava obsažená v § 50 ZOR by mohla vyhovovat i pro situace vyvstávající v souvislosti s rozvodem. Obdobné řešení ostatně navrhuje také Model Family Code.¹⁵

Rozvádějícím se rodičům by tak bylo umožněno uzavřít platnou dohodu o výchově bez ingerence státní moci, pokud by jejich dohoda sledovala zájem dítěte. Tím by došlo k výraznějšímu promítnutí principu autonomie vůle a minimalizaci zásahů státu do této oblasti. Státní orgány by mohly zasáhnout prostřednictvím soudu v okamžiku, kdy by dohoda rodičů nebyla funkční, a to na základě návrhu některého z rodičů nebo i bez návrhu. Vedlejším pozitivním efektem by bylo částečné odbřemenění soudů a tedy i více prostoru pro řešení situací, kdy je neshoda mezi rodiči mimořádně intenzivní. Právě v takovýchto situacích dochází v českých podmínkách k výrazným průtahům řízení.¹⁶

¹² K tomu shodně Hrušáková, M. a kol.: Zákon o rodině. Zákon o registrovaném partnerství. Komentář. 3. vydání, Praha: C. H. Beck, 2005, s. 206 a 207.

¹³ Viz §§ 821-823 návrhu občanského zákoníku. Dostupné z <http://obcanskyzakonik.justice.cz/cz/navrh-zakona.html> [cit. 21. 5. 2009].

¹⁴ Dle statistik se například v ČR roce 2007 narodilo 34.49% z živě narozených dětí matkám, které nebyly v době porodu vdané. K tomu srov. Eurostat - Live births outside marriage. Dostupné z <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=en&pcode=tps00018&plugin=0> [cit. 21. 5. 2009].

¹⁵ Srov. Schwenzer, I., Dimsey, M. Model Family Code - From a global perspective. Antwerp - Oxford : Intersentia, 2006, s. 145-150.

¹⁶ Přitom právě v souvislosti s průtahy v řízení týkající se výchovy a potažmo styku dítěte shledal Evropský soud pro lidská práva opakovaně porušení práva stěžovatele na spravedlivý proces ze strany České republiky. K tomu např. Rozsudek ESLP ze dne 20. 7. 2006, Koudelka v. Czech Republic, (stížnost č. 1633/05), nebo Rozsudek ESLP ze dne 18. 7. 2006, Fiala v. Česká republika, (stížnost č. 26141/03).

Při úpravě porozvodové výchovy dítěte je dohoda rodičů přesto velice častým způsobem řešení.¹⁷ Dohoda může být předložena soudu v průběhu řízení v písemné podobě jako dvoustranný právní úkon rodičů nebo může být její ústní uzavření pouze konstatováno účastníkem v rámci podání (typicky v návrhu na zahájení řízení), případně může k jejímu uzavření dojít při jednání před soudem. S ohledem na povahu řízení je však vyloučeno uzavření smíru dle občanského soudního řádu. Podle platných předpisů nemůže být soudem neschválená dohoda rodičů vykonatelná ve smyslu § 272 a násl. OSŘ. Avšak sankcionování jejího neschválení neplatností je dle názoru autora nadměrným a zbytečným zásahem do rodinných vztahů.

Pokud se zaměříme na obsah dohody rodičů ve věcech výchovy, bývá často ovlivněn právě tím, že jde o výsledek jednání před soudem. Pak bývá obvykle dohoda o výchově shrnuta do jediné věty znějící zhruba tak, že soud schválil dohodu rodičů, podle které se dítě pro dobu po rozvodu manželství rodičů svěřuje do výchovy matce/otci. Přitom je žádoucí, aby dohoda rodičů v souvislosti s rozvodem nebo separací upravovala podstatně širší okruh otázek, než pouze to, komu bude dítě svěřeno do výchovy. V zásadě by měla totiž dohoda obsahovat komplexní řešení veškerých problémů vyvstávajících při rozvodu nebo separaci rodičů, které se dotýkají dítěte, tak, aby se maximálně předcházelo možným budoucím nejasnostem a konfliktům mezi rodiči.

2. VÝŽIVNÉ PRO NEZLETILÉ DÍTĚ A DOHODY RODIČŮ

O otázkách vyživovací povinnosti může rozhodovat soud, stejně jako o výchově nezletilého dítěte, dle § 26 ZOR (pro dobu po rozvodu manželství rodičů) a podle § 50 a § 86 ZOR (v případě, že spolu rodiče nežijí a neplní vyživovací povinnost dobrovolně). Ovšem také ve věcech výživy nezletilého dítěte může soud schválit dohodu rodičů.¹⁸ V situaci, kdy spolu rodiče nežijí a nehodlají se rozvést je plnění vyživovací povinnosti primárně založeno na dobrovolnosti. Ovšem s ohledem na díkci § 86 odst. 1 a odst. 3 ZOR lze mít a contrario za to, že v i případě dobrovolného plnění může soud, a to dokonce bez návrhu, zahájit v této věci řízení a upravit rozhodnutím vyživovací povinnost.

Stejně jako v případě výchovy nezletilého dítěte platí, že soud musí před rozvodem rodičů upravit dle § 26 ZOR vyživovací povinnost k nezletilému pro dobu po rozvodu, přičemž rozhodnutí může být nahrazeno jejich dohodou vyžadující ke své platnosti schválení soudem. Při pouhé separaci rodičů není schválení dohody soudem pro její platnost nezbytné, neboť ZOR nesankcionuje neschválení dohody o výživném neplatností. Avšak schválení dohody soudem je přinejmenším vhodné, neboť teprve soudem schválená dohoda rodičů může sloužit jako podklad k výkonu rozhodnutí. Také v zahraničních úpravách v oblasti vyživovací

¹⁷ K tomu srov. Hastrmanová, Š.: Pohledy expertů – co říkají advokáti, soudci a soudní znalci o problematice rodičovství. Sociologický ústav AV ČR. <http://www.soc.cas.cz/info/cz/25047/Pohledy-expertu-na-problematiku-porozvodoveho-rizeni.html> [cit. 21. 5. 2009].

¹⁸ Viz Hrušáková a kol. Zákon o rodině. Zákon o registrovaném partnerství. Komentář. 4. vydání, Praha: C. H. Beck, 2009, s. 421-425.

povinnosti rodičů k nezletilým dětem je patrná tendence umožnit rodičům uzavření dohody o této otázce, a pro její vykonatelnost je obvykle rovněž vyžadováno schválení soudem.¹⁹

Právní jistotu smluvních stran dohody o výživném pro nezletilé dítě nepříznivě ovlivňuje díkce § 98 odst. 1 a § 99 odst. 1 ZOR, když podle těchto ustanovení je možné stanovit vyživovací povinnost až tři roky zpětně od podání návrhu. V důsledku toho si strany nemohou být zjevně jisty, zda v budoucnu nebude zahájeno řízení, v němž bude dosavadní výše plnění vyživovací povinnosti shledána za nedostatečnou. Tato nejistota je umocněna především nejasnými zákonnými kritérii pro určení výše vyživovací povinnosti rodiče k nezletilému dítěti a nekonzistentní judikaturou v této oblasti.²⁰

Stávající vágní kritéria pro určení výše výživného se v zásadě sestávají ve smyslu § 85 odst. 2 ZOR ze tří prvků určujících výši výživného. Jsou to: a) možnosti, schopnosti a majetkové poměry povinného rodiče; b) potřeby nezletilého dítěte a c) právo dítěte podílet se na životní úrovni rodičů.²¹ Taková úprava nemůže pozitivně působit na rodiče a jejich ochotu ke smluvnímu řešení otázky výživného. Samozřejmě klíčový je v tomto případě zájem nezletilého dítěte, který je třeba chránit. Právě s ohledem na dítě je vhodné, aby existovala alespoň minimální právní jistota ohledně určení výše výživného. V zahraničí se lze v oblasti určování výše výživného setkat s širokou škálou přístupů. Někde je statním orgánům poskytnut výrazný prostor k diskreci,²² jinde jsou k dispozici neformální²³ anebo oficiální²⁴ pravidla či tabulky nebo dokonce pevně stanovené matematické formule,²⁵ z jejichž mantinelů nemůže rozhodující orgán vybočit. Samotné způsoby výpočtu se pak odlišují ještě daleko více. V některých zemích je například rozhodující pouze příjem povinného rodiče, jinde i

¹⁹ K tomu srov. Skinner, C., Davidson, J. Recent Trends in Child Maintenance Schemes in 14 Countries. *Int J Law Policy Family*, 2009, Vol. 23, No. 1, s. 34-35.

²⁰ K tomu shodně např. Nová, H.: Vyživovací povinnost obávaná i opomíjená. *Bulletin advokacie*, 2008, č. 1 - 2, s. 31 a násl.

²¹ Ke kritériím pro určení výše výživného blíže viz Králíčková, Z.: Vyživovací povinnost rodičů k dětem. *Rodinné právo*, 1999, č. 6, s. 6 a násl.

²² Například Francie nebo Belgie. Viz Marten, C., Math, A.: A Comparative Study of Child Maintenance Regimes. Answers to the questionnaire for national informants for France. 2006 [cit 21. 5. 2009]. Dostupné z www.york.ac.uk/inst/spru/research/childsupport/France.pdf; Anonymous: A Comparative Study of Child Maintenance Regimes. Answers to the questionnaire for national informants for Belgium. 2006 [cit 21. 5. 2009]. Dostupné z www.york.ac.uk/inst/spru/research/childsupport/Belgium.pdf

²³ Například Nizozemí nebo Německo. Viz de Bakker, K, Knijn, T. A Comparative Study of Child Maintenance Regimes. Answers to the questionnaire for national informants for Netherlands. 2006 [cit 21. 5. 2009]. Dostupné z www.york.ac.uk/inst/spru/research/childsupport/netherlands.pdf; Anonymous: A Comparative Study of Child Maintenance Regimes. Answers to the questionnaire for national informants for Germany. 2006 [cit 21. 5. 2009]. Dostupné z www.york.ac.uk/inst/spru/research/childsupport/Germany.pdf

²⁴ Například Dánsko. Viz Anonymous: A Comparative Study of Child Maintenance Regimes. Answers to the questionnaire for national informants for Denmark. 2006 [cit 21. 5. 2009]. Dostupné z www.york.ac.uk/inst/spru/research/childsupport/denmark.pdf

²⁵ Například Austrálie Viz Anonymous: A Comparative Study of Child Maintenance Regimes. Answers to the questionnaire for national informants for Australia. 2006 [cit 21. 5. 2009]. Dostupné z www.york.ac.uk/inst/spru/research/childsupport/Australia.pdf

příjem rodiče, který má dítě ve své péči, rovněž existují významné rozdíly ohledně řešení otázky, co všechno lze zahrnout mezi příjmy rodiče, ze kterých se výše výživného vypočítává. Trend současného rodinného práva však jednoznačně směřuje k stanovení alespoň nezávazných pravidel a matematických formulí, z nichž lze výši výživného dovodit.²⁶ Taková pravidla pak slouží, jako onen limit autonomie vůle v otázkách výživného, tedy minimální standard chránící zároveň zájem dítěte, který by mohl být ohrožen dohodou vybočující z těchto pravidel excesivním způsobem. Navíc srozumitelná a jasná kritéria mohou zajistit, aby dětem nacházejícím se v obdobných podmínkách náleželo výživné v podobné výši. Pokud bude dohoda rodičů splňovat srozumitelně nastavené limity, je nanejvýš žádoucí, aby byla soudem schválena a aby soud upravoval vyživovací povinnosti odlišně opravdu pouze tehdy, když bude dohoda ohrožovat zájem dítěte. V tomto směru by mělo ke zpětnému stanovení výživného pro nezletilé dítě v situaci, kdy již bylo soudem vydáno rozhodnutí nebo schválena dohoda upravující výši vyživovací povinnosti, a je znovu zahájeno řízení, docházet velice výjimečně, a jen bude-li to v nejlepším zájmu dítěte.

3. STYK RODIČE S DÍTĚTEM A DOHODY RODIČŮ

Styk rodiče s dítětem může být upraven dohodou rodičů, která nepotřebuje dle § 27 ZOR schválení soudem. Na rozdíl od dohod o výchově a výživě, v otázce styku ZOR nepřistupuje odlišným způsobem k rozvádějícím se a odloučeným rodičům. Ovšem v případě, že dohoda o styku rodiče s dítětem není schválena soudem, není v souladu s § 272 a § 273 OSŘ vykonatelná. Proto lze její předložení soudu ke schválení doporučit z praktických důvodů. Styk rodiče s dítětem může probíhat v řadě forem a podob.²⁷ Rodiče tak mohou při uzavírání dohody o styku zvolit z řady alternativ, avšak dohoda vždy musí sledovat zájem dítěte a nesmí s ním být v rozporu, v opačném případě by soud mohl ve smyslu § 27 odst. 2 zahájit i bez návrhu řízení o úpravě styku ve smyslu § 81 OSŘ a styk upravit rozhodnutím odlišně od dohodnuté úpravy, v krajním případě jej dokonce omezit nebo zakázat dle § 27 odst. 3 ZOR.

V praxi je časté, že rodiče v dohodě o výchově a výživě pro společné nezletilé dítě přehlížejí a neupraví si žádným, ani rámcovým způsobem, jak bude probíhat styk dítěte s rodičem, který nemá dítě ve své výchově. Při tom jsou rodiče obvykle vedeni názorem, že pokud se jsou schopni dohodnout ve chvíli uzavírání dohody o výchově a výživě, nebude pro ně dohoda o styku a její dobrovolné dodržování problémem v budoucnu. Vždy je třeba mít na mysli, že nelze předpovídat, jakým způsobem se vzájemné vztahy rodičů a ochota dohodnout se změní. Například poté, co si jeden z rodičů najde nového partnera či partnerku. Proto je nanejvýš vhodné v dohodě alespoň rámcově vymezit, jakým způsobem bude styk probíhat. V případě, že dohoda nebude předkládána ke schválení soudem, může být dohodnuté řešení i poměrně neurčité, neboť nebude přicházet v úvahu jeho výkon. Rodiče se tak mohou například dohodnout, že styk bude probíhat jeden den v týdnu odpoledne a jeden víkend v měsíci, přičemž konkrétní termíny si rodiče sjednají vždy měsíc předem. Měla-li by dohoda být schválena soudem, je vhodnější zvolit konkrétnější řešení tak, aby v případě dobrovolného

²⁶ K tomu shodně Schwenzer, I., Dimsey, M.: Model Family Code - From a global perspective. Antwerp - Oxford: Intersentia, 2006, s. 168.

²⁷ K tomu srov. Kornel, M.: Přímý a nepřímý styk rodiče s dítětem. In Sborník příspěvků z konference Cofola 2008 konané na PrF MU 13. – 14. 5. 2008. Brno: Masarykova univerzita, 2008. od s. 1261 a násl. ISBN 978-80-210-4630-6

neplnění přicházel v úvahu soudní výkon. Samozřejmě i po schválení dohody rodičů o styku s dítětem soudem je možné, aby rodiče vzájemnou dohodou ad hoc styk upravili jinak.

4. ZÁVĚREM

Z výše podaného výkladu je zjevné, že současná právní úprava dohod rodičů týkajících se nezletilých dětí pro případ rozvodu nebo separace není konzistentní. Nedůvodně jsou kladeny odlišné nároky, především co se týče formy, na dohody uzavírané rodiči, kteří se hodlají rozvést a na dohody rodičů, kteří žijí pouze odděleně. Dále můžeme pozorovat odlišný přístup, pokud se jedná o nutnost úpravy výchovy a výživy k nezletilému dítěti v porovnání s úpravou styku dítěte. Zákon o rodině staví na požadavku, aby výchova a výživa byla upravena dohodou nebo soudním rozhodnutím vždy, zatímco styk takto upraven být nemusí.

Zcela zjevně pak především v oblasti výchovy a výživy nezletilého dítěte chybí jasná normativní pravidla pro rozhodování o těchto věcech, která by umožnila rodičům předvídat případný výsledek soudního řízení, a tedy poskytla pevný základ pro uzavření dohod. Právě jasné limity autonomie vůle rodičů totiž, ač se to na první pohled nemusí zdát, podporují ochotu vyřešit problematické otázky dohodou.²⁸

Literature:

- Hastrmanová, Š.: Pohledy expertů – co říkají advokáti, soudci a soudní znalci o problematice rodičovství. Sociologický ústav AV ČR. <http://www.soc.cas.cz/info/cz/25047/Pohledy-expertu-na-problematiku-porozvodoveho-rizeni.html>.
- Fiala, J. a kol.: Občanské právo hmotné. 3. vydání, Brno: Doplněk, 2002, 433 s., ISBN 80-7239-111-9.
- Firestone, G., Weinstein, F.: In the Best Interests of Children: A Proposal to Transform the Adversarial System. Family Court Review, Vol. 42, Issue 2, 2005.
- Hrušáková, M., a kol.: Zákon o rodině. Zákon o registrovaném partnerství. Komentář. 4. vydání, Praha: C. H. Beck, 2009, 586 s., ISBN 978-80-7400-061-4.
- Hrušáková, M., Králíčková, Z.: České rodinné právo. 3. vydání, Brno: Doplněk, 2006, s. 398, ISBN 80-7239-193-5.
- Hrušáková, M., Novák, T.: Reálně o společné či střídavé porozvodové výchově. Bulletin advokacie, 1999, č. 3.
- Kornel, M.: Collaborative law a efektivní rozvod. Právní rozhledy, 2007, č. 22.

²⁸ K tomu shodně Mnookin, R.H. a Kornhauser, L.: Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce. The Yale Law Journal, 1978-1979, s. 974 a násl.

- Kornel, M.: Přímý a nepřímý styk rodiče s dítětem. In Sborník příspěvků z konference Cofola 2008 konané na PrF MU 13. – 14. 5. 2008. Brno: Masarykova univerzita, 2008, ISBN 978-80-210-4630-6
- Králíčková, Z.: Autonomie vůle v rodinném právu v česko-italském porovnání. Brno, Masarykova univerzita, 2003, s. 264, ISBN 80-210-3093-3.
- Králíčková, Z.: Vyživovací povinnost rodičů k dětem. Rodinné právo, 1999, č. 6.
- Mnookin, R.H. a Kornhauser, L.: Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce. The Yale Law Journal, 1978-1979.
- Nová, H.: Vyživovací povinnost obávaná i opomíjená. Bulletin advokacie, 2008, č. 1-2.
- Schwenger, I., Dimsey, M.: Model Family Code - From a global perspective. Antwerp - Oxford: Intersentia, 2006, s. 257, ISBN 978-3-7272-2165-1.
- Skinner, C., Davidson, J.: Recent Trends in Child Maintenance Schemes in 14 Countries. Int J Law Policy Family, 2009, Vol. 23, No. 1.

Reviewer:

Zdeňka Králíčková

Contact – email:

mkornel@seznam.cz

NÁVRH NOVÉHO OBČANSKÉHO ZÁKONÍKU VE SVĚTLE ANTIDISKRIMINAČNÍCH SMĚRNIC EU

PAVEL KOUKAL

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Autor se v příspěvku zabývá návrhem nového českého občanského zákoníku z pohledu antidiskriminačního komunitárního práva. V tomto směru vyslovuje kritické námitky k tomu, že se návrh otázky ochrany před diskriminací vůbec nevěnuje, z čehož by v praxi vyplývala dvoukolejnost soukromoprávní regulace. Na jednu stranu by zde existovala úprava v občanském zákoníku postavená na principu autonomie vůle, na druhé straně úprava obsažená v antidiskriminačním zákoně, který stojí na zásadě rovnosti (rovného zacházení). Podle autora by mělo být komunitární antidiskriminační právo především co do oblasti poskytování zboží a služeb, včetně přístupu k bydlení (viz směrnice Rady č. 2000/43/ES - tzv. rasová směrnice) v návrhu občanského zákoníku nějakým způsobem reflektováno.

Key words in original language:

Návrh nového občanského zákoníku; antidiskriminační směrnice EU; svoboda vůle; rovnost; rovné zacházení.

Abstract:

Author briefly analysis draft of the new Czech Civil code prepared by prof. Karel Eliáš from the EU antidiscrimination perspective. In this regard author criticises the draft of new Czech Civil code on the ground of ignoring EU antidiscrimination legislation. Author refers to several provisions of the draft which overlaps the EU antidiscrimination directives as well as the draft of the Czech Antidiscrimination code which is still subject of the parliamentary proceedings. Finally author suggests reviewing the draft of the new Czech Civil code in respect of the EU antidiscrimination directives otherwise civil law will be based on two different approaches which would lead to several interpretative difficulties.

Key words:

Draft of new Czech Civil code; antidiscrimination directives; freedom of the will; equality treatment. Svoboda a rovnost

Občané Římské říše měli bohyni, jejíž jméno bylo Aequitas, bohyně slušnosti. Byla často zobrazována na mincích z doby císařské, na nichž stojí s otevřenou levicí, rohem hojnosti a vahou, kterou drží v pravé ruce. Představovala v jistém smyslu božskou autoritu v záležitostech pravidel označovaných jako *mōs* (šlo o pravidla lidské morálky a slušnosti).

Myslím, že pro přemýšlení o pojmech svobody (autonomie vůle) a rovnosti jde o velmi příhodné zobrazení, neboť symboly otevřené levé ruky a vah celkem příznačně poukazují na rozpory mezi oběma dialektickými póly demokracie - pravicí a levicí. Bohužel doby, kdy v moderním liberálním státě stály tyto dvě sudičky – svoboda a rovnost – na stejné straně kolébky demokracie, jsou již zřejmě minulostí. Nejsem si jistý, zda by v dnešní zvláštní době „paradigmatu rovnosti“ mohla bohyně Aequitas současně držet v jedné ruce symbol spravedlnosti a levou ruku mít přitom otevřenou.

Úvodem bych chtěl předeslat, že úvahy o svobodě, rovnosti a diskriminaci jsou prvotně úvahami spadajícími do oblasti politické filosofie. Jakékoliv hodnocení a polemizování proto s sebou nutně nese projevení postojů, které konkrétní osoba zastává. Proto nebudu zastírat, že osobně preferuji svobodu před rovností, že jsou mi cizí rovnostářské tendence Evropské unie a že souhlasím s tím, aby nový občanský zákoník v „ideálním případě“ primárně stál na osvědčených a staletými prověřených základech autonomie vůle.

Přes shora uvedené se však nemohu nepozastavit nad tím, s jakou lehkostí jsou s ohledem na význam antidiskriminační legislativy Evropské unie, přijímány za samozřejmé věci, o nichž je třeba vést seriózní debatu. Mám tím na mysli absenci důkladnějšího rozboru vazby návrhu nového občanského zákoníku právě na antidiskriminační komunitární právo. Nemohu se totiž ubránit dojmu, že návrh v mnoha ohledech jde zcela opačným směrem, než který odpovídá požadavkům antidiskriminačních směrnic. Osobně si nemyslím, že by bylo možné předmětnou záležitost vyřešit jednou větou z důvodové zprávy „tento přístup je metodologicky vadný, protože základ konstrukce soukromého a občanského práva není v principu rovnosti, ale v principu autonomie vůle“.¹

Jak již bylo řečeno, osobně vycházím z předpokladu, že základem soukromého práva je princip svobody volby (a tedy i princip potencionálního zneužití svobody volby), a teprve derivativně princip rovnosti.² Základním ustanovením našeho právního řádu je totiž maxima svobody „co není zákonem zakázáno, je dovoleno“ vyjádřená v čl. 2 odst. 4 Ústavy a čl. 2 odst. 3 Listiny základních práv a svobod. Od tohoto ustanovení, které vyjadřuje primát osobní autonomie jednotlivce nad státem či jiným společenstvím (korporací) je odvozeno svobodné nakládání občanů s vlastním osudem, svobodné žití ve vzájemných vztazích bez vměšování státu. Skutečnost, že jedinci jsou si v těchto svobodných vztazích vzájemně rovni vyjadřuje pouze určitou kvalitu této svobodné sféry. Jinými slovy se tím říká, že tak jako stát (potažmo jiná veřejnoprávní korporace) není oprávněn zasahovat nadměrným způsobem do autonomní

¹ „Vzhledem k tomu, že v právních vztazích majetkové povahy mají osoby zásadně rovné postavení, hlásí se platný občanský zákoník k rovnosti jako ke své hlavní zásadě (§ 2). Tento přístup je metodologicky vadný, protože základ konstrukce soukromého a občanského práva není v principu rovnosti, ale v principu autonomie vůle. Neboť paradoxně i základní majetkové právo - právo vlastnické - není co do svého obsahu výrazem principu rovnosti, ale výrazem autonomie vůle. Zejména však podcenění principu autonomie vůle vede k nedocenění základní funkce soukromého a občanského práva, kterou je umožnit svobodné rozvíjení soukromého života... Metodologicky je koncepce principu rovnosti účastníků jako první zásady občanskoprávních vztahů vadná i z toho důvodu, že vede k závěru o rovném právním postavení fyzických a právnických osob. Tím se základní přístupové schéma k pojetí soukromých práv a povinností deformuje“. Srov. Důvodová zpráva k návrhu nového občanského zákoníku, [citováno 11. května 2009], dostupná z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/>, str. 12.

² Zde lze odkázat například na rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 26. července 2000, sp. zn. 30 Cdo 1244/99., jehož právní věta zní: „Mezi základní zásady soukromého práva patří zásada individuální autonomie, resp. autonomie vůle (možnost učinit právní úkon, zvolit si obsah i formu, vybrat si adresáta), zásada, že dovoleno je vše, co není výslovně zakázáno, zásada pacta sunt servanda (smlouvy se mají plnit) a zásada dispozitivnosti (možnost odchýlit se od právní úpravy)“.

sféry jednotlivců, ani občané (adresáti práva) navzájem nejsou oprávněni jednostranně zasahovat do autonomní sféry druhých. Mám za to, že skutečně nejlépe to vyjádřila Deklarace práv člověka a občana z 26 srpna 1789 (čl. IV): „Svoboda tkví v tom, že člověk může konat vše, co neškodí druhému. Výkon přirozených práv každého člověka nemá proto jiná omezení než ta, která zajišťují jiným členům společnosti používání těchto práv. Tato omezení mohou být určena jen zákonem.“ Shrnuji tedy, že dle mého názoru formulace principu rovnosti jenom podpírá onen základní princip demokratického právního státu, kterým je primát autonomie jedince.

Osobně se domnívám, že legislativa Evropská unie (resp. orgánů Evropských společenství) z těchto premis nevychází, přičemž projevem tohoto postoje jsou právě tzv. antidiskriminační směrnice EU,³ které u nás našly vyjádření v dosud neschváleném antidiskriminačním zákoně.⁴ Základním právem, ze kterého příslušné komunitární předpisy vycházejí, je právo na tzv. rovné zacházení (resp. právo nebýt diskriminován z důvodů, které tyto předpisy uvádějí). Nejde zde o vyjádření klasického principu, že suverénní osoby v rámci svobodných vztahů nejsou oprávněny jednostranně ukládat druhému účastníku povinnost chovat se určitým způsobem (právo požadovat určité chování/plnění tak v zásadě vychází pouze z konsensu nebo z důvodu narušení autonomní sféry jednotlivce - vznik škody či újmy), ale jde zde o vyjádření požadavku nakládat s partnery svobodných transakcí stejným způsobem (z požadavku non facere tak docházíme k požadavku facere).⁵ Výjimkou z principu rovného zacházení je základní liberační pravidlo diskriminace, které je obvykle vyjádřeno slovy „o diskriminaci se nejedná, pokud určité jednání je věcně odůvodněno oprávněným účelem a

³ Pro oblast soukromého práva je zásadní především směrnice Rady č. 2000/43/ES (tzv. rasová směrnice), kterou se zavádí zásada rovného zacházení s osobami bez ohledu na jejich rasu nebo etnický původ. Ostatní směrnice se týkají především oblasti pracovníprávní a oblasti sociálního zabezpečení. V důvodové zprávě k antidiskriminačnímu zákonu se v této souvislosti uvádí: „*Rasová směrnice zcela zásadním způsobem rozšířila okruh právních vztahů, v nichž je Česká republika povinna výslovně stanovit rovné zacházení a boj s diskriminací (zaměstnání, samostatná výdělečná činnost, odborné poradenství, odborné vzdělávání, rekvalifikace, členství a účast v organizaci pracovníků nebo zaměstnavatelů, sociální ochrana včetně sociálního zabezpečení a zdravotní péče; sociální výhody; vzdělání; přístup ke zboží a službám, které jsou k dispozici veřejnosti včetně ubytování, a jejich dodávky)*“. Srov. Důvodová zpráva k návrhu zákona o právních prostředcích ochrany před diskriminací a o rovném zacházení (antidiskriminační zákon), [citováno 11. května 2009], dostupná z: <http://www.psp.cz/>, str. 29.

⁴ Srov. Návrh zákona o rovném zacházení a o právních prostředcích ochrany před diskriminací a o změně některých zákonů (antidiskriminační zákon), poslanecký tisk 253, [citováno 11. května 2009], dostupný z: <http://www.psp.cz/>.

⁵ Viz ustanovení 1 odst. 3 návrhu antidiskriminačního zákona: „(3) *Fyzická osoba má právo v právních vztazích, na které se vztahuje tento zákon, na rovné zacházení a na to, aby nebyla diskriminována*“. Dále též § 2 odst. 1: „*Pro účely tohoto zákona se právem na rovné zacházení rozumí právo nebýt diskriminován z důvodů, které stanoví tento zákon*“, a odst. 3: „*Přímou diskriminací se rozumí takové jednání, včetně opomenutí, kdy se s jednou osobou zachází méně příznivě, než se zachází nebo zacházelo nebo by se zacházelo s jinou osobou ve srovnatelné situaci*“.

prostředky k jeho dosahování jsou přiměřené a nezbytné“ (§ 6 a 7 návrhu antidiskriminačního zákona).

Z pohledu soukromého práva se tak zakotvuje nový druh odpovědnosti - odpovědnost za diskriminační jednání (resp. odpovědnost za nerovné zacházení), přičemž jde o objektivní odpovědnost s možností liberace. Právo nebýt diskriminován je zjevně považováno za právo osobnostní. Lze to dovodit z koncepce nároků, které z diskriminačního jednání vyplývají (§ 10 návrhu antidiskriminačního zákona). Jde v podstatě o totožné nároky jako v případě zásahu do osobnostních práv.

Vzhledem k tomu, že návrh antidiskriminačního zákona ve světle tzv. rasové směrnice Rady č. 2000/43/ES zahrnuje do rozsahu své působnosti i právo nebýt diskriminován ve vztazích čistě soukromoprávních (viz ustanovení § 1 odst. 1 písm. j) „přístupu ke zboží a službám, které jsou k dispozici veřejnosti včetně bydlení, a jejich poskytování“), je třeba se zamyslet, jak s danou problematikou v oblasti soukromého práva nakládat a jakým způsobem ji zohlednit při přípravě nového soukromoprávního kodexu. Pokud antidiskriminační komunitární právo nezohledníme, může se nám lehce stát, že budeme mít dva soukromoprávní režimy. První (rozsahem širší), který bude stát na postulátu autonomie vůle a druhý (oblast poskytování zboží, služeb a bydlení), který bude stát na požadavku rovnosti.

Dle mého názoru platí, že antidiskriminační směrnice nejen omezují principy autonomie vůle, tak jak jsou známé dosavadní teorii občanského práva, ale lze říci, že nad princip autonomie vůle (non facere) staví princip rovnosti (požadavek rovného zacházení - facere). Jestliže se dosud mělo za to, že je na vůli potencionálního účastníka občanskoprávního vztahu, zda do něj vstoupí (svoboda volby uzavřít smlouvu) a že je jen na něm, která další osoba v tomto vztahu bude figurovat (svoboda volby smluvního partnera), představuje antidiskriminační komunitární právo podstatně odlišný přístup.

Nepochybně se vyskytují názory (a právě s těmi zde chci polemizovat), že v podstatě nejde o nic nového a že i dosavadní právo obsahovalo obdobná pravidla chování, která bylo možné dovodit z požadavku souladnosti výkonu práva s dobrými mravy (§ 3 odst. 1 ObčZ), povinností uzavírat takové smlouvy, jejichž obsah se nepřičí dobrým mravům (§ 39 ObčZ) nebo zákazu diskriminace zakotveném v zákoně o ochraně spotřebitele (§ 6 ZoSp). Nejde tedy prý o nic jiného, než o zakotvení požadavku slušného jednání pro účastníky soukromoprávních vztahů. S tímto názorem však nemohu souhlasit, jak se pokusím rozebrat níže. Zde pouze uvedu základní postulát, že v antidiskriminačních směrnicích již nejde o stanovení limitů autonomie vůle, ale o nadřazení principu rovnosti nad princip svobody.

1. AEQUITAS, PŘEDSMLUVNÍ VZTAHY

V římském právu platila zásada „Aequitas naturalis praeferenda est rigori iuris“ (přeloženo: „Přirozená ekvita [spravedlnost] má přednost před přísností práva“). Aequitas, tedy slušnost, měla dvě základní roviny. Jednak se tím myslila obecná občanská slušnost, která patřila výlučně do sféry pravidel morálních, jednak šlo o pojem, který vyjadřoval určitý princip právního řádu, a to přiměřenost a přizpůsobení konkrétním poměrům. Právní řád je totiž, jak známo, postaven na principu všeobecnosti, tedy platí obecně pro určité osoby, ačkoliv individuální poměry těchto osob mohou být značně odlišné. Právo předpokládá tzv. průměrného člověka, průměrnou věc s průměrnými vlastnostmi, průměrný průběh událostí. Z tohoto důvodu potom mohou nastat konkrétní situace, kdy dochází k rozporu práva s principy slušnosti, neboť v konkrétním případě se aplikace obecného právního pravidla

chování jeví jako příliš tvrdá. Aequitas se tak projevuje v individualizaci právních předpisů (tedy při aplikaci práva), a to například: při přihlednutí soudu (případně jiného orgánu aplikujícího právo) ke konkrétním okolnostem případu, k vůli (úmyslu) stran, při uplatnění moderačního práva soudu ve věci výše náhrady škody, při aplikaci principu individualizace trestu, při volném hodnocení důkazů apod. Je dobré si všimnout jedné základní a současně naprosto klíčové záležitosti, a to, že Aequitas se dosud vždy projevovala až v okamžiku, kdy již existoval právní vztah (ať již šlo o vztah primární či sekundární, vzniklý z porušení vztahu primárního). V tom je zásadní rozdíl oproti situacím, na které mají dopadat antidiskriminační směrnice, neboť ty zasahují již do oblasti tzv. předsmulvních vztahů.

Proti „aplikaci Aequitas“ nelze dle mého názoru nic namítat, jde pouze o přiblížení práva realitě společenských vztahů a o odstranění oné tvrdosti, která by mohla v individuálních případech vzniknout. Aequitas ostatně měla ve všech civilizovaných právních řádech své místo a uplatnění, ať již šlo o starověký Řím (zde se projevovala především v praetorském *ius gentium* jakožto princip *aequum et bonum*) nebo o common law (equity judikovaná courts of equity). V českém právním řádu můžeme nalézt projevy Aequitas v těch případech, kdy právo do sebe vztahuje jiné normativní právní řády (dobré mravy). Příslušná ustanovení lze potom značit za „morální korektivy“.⁶

V souvislosti s tzv. morálními korektivy je třeba znovu se vrátit k oné základní otázce, zda antidiskriminační směrnice staví soukromé právo (nebo přinejmenším jeho určitou část) na nových základech. Domnívám se, že ano, neboť zakotvením pravidel chování v tzv. předsmulvních vztazích se již dostáváme do jiné dimenze, než v situacích, kdy na existující právní vztahy vzniklé na základě svobodné vůle jednajících účastníků aplikujeme pravidla občanské slušnosti a poctivosti.

Právo se dosud více méně zdráhalo stanovovat nějaká přísná pravidla pro oblast předsmulvních vztahů. Jestliže jsou stanoveny pro sjednávání smluv určité limity, jde především o limity vztahující se k základnímu požadavku smlouvy, tedy existenci svobodné vůle jednajících (tomu potom odpovídají i ustanovení o lsti, nápadně nevýhodných podmínkách či omylu), nebo o limity vztahující se k principu právní jistoty (forma právního úkonu, požadavek souladnosti právního úkonu s právem a dobrými mravy).

Opět se lze setkat s názorem, že i zde nezakotvují antidiskriminační směrnice nic nového, neboť již nyní je právní úkon neplatný, pokud se jeho obsah nebo účel příčí dobrým mravům. Antidiskriminační směrnice tak podle některých nemají ve svém důsledku vymezovat v obecné rovině nic jiného než to, co evropské právo (a potažmo i právo české) považuje za nemravné/neslušné, a tudíž *ex lege* neplatné, jednání.

Jestliže však tento názor podrobíme kritice, zjistíme, že je nesprávný. Především proto, že při neuzavření smlouvy (na kterou se antidiskriminační směrnice rovněž vztahují) nemůže dojít

⁶ S korektivy se můžeme setkat zejména v soukromém právu. V občanském zákoníku hraje svou roli morálního korektivu institut dobrých mravů (§ 3 odst. 1, § 39 ObčZ), v obchodním zákoníku se jedná o zásady poctivého obchodního styku (§ 265 ObchZ) a dobré mravy soutěže (§ 44 odst. 1 ObchZ). V oblasti správního práva potom jde o tzv. principy dobré správy (§ 1 odst. 1 zákona č. 349/1999 Sb., o veřejném ochránci práv, ve znění pozdějších předpisů, § 8 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád).

k aplikaci ustanovení § 39 ObčZ prostě proto, že zde žádný dvoustranný právní úkon, který by měl nějaký obsah či účel, neexistuje. Zde je třeba, dle mého názoru, v současné době trvat na smluvní volnosti obou potencionálních smluvních stran a pokud jedna odmítá smlouvu uzavřít (odmítá učinit ofertu), má na to plné právo (obecně dosud žádný právní předpis povinnost uzavřít smlouvu [smluvní přímus] neukládá). V této souvislosti dle mého názoru nelze souhlasit s argumentem, že povinnost učinit ofertu ukládá v případech poskytování zboží a služeb ustanovení § 6 ZoSP. Dopad tohoto zákona spočívá totiž primárně v oblasti správněprávních vztahů (respektive nejde o ustanovení svou povahou soukromoprávní), čemuž odpovídají i sankce (pokuty), které ukládá Česká obchodní inspekce nebo živnostenské úřady (co se týče povahy sankcí, ty zde mají funkci primárně represivní, nikoliv restituční, jak je obvyklé pro soukromoprávní vztahy).

Současně tvrdím, že by bylo velmi obtížné tvrdit, že odvolání oferty (§ 43a odst. 3 ObčZ), k němuž dochází například tím, že někdo odmítne obsloužit v restauraci osobu patřící k určitému etniku (případně má přímo na provozovně napsáno, že osoby patřící k určitému etniku neobslouží), je neplatné pro rozpor s ustanovením § 39 ObčZ, neboť takový právní úkon (slovy návrhu nového občanského zákoníku „právní jednání“) není v souladu s dobrými mravy. Otázkou zde samozřejmě je, kdy přesně nastává ona prvotní nabídka, tedy zda v okamžiku, kdy má poskytovatel služby pro veřejnost otevřenou restauraci nebo až v okamžiku, kdy například číšník přijde ke stolu a osloví zákazníka s tím, co si dá k jídlu/pití. Vzhledem k tomu, že právní úkon (kterým oferta nepochybně je) musí být dostatečně určitý (včetně individualizace plnění - určení konkrétního pokrmu) mám za to, že až v tomto okamžiku dochází k ofertě. Jestliže dopředu dává prodávající najevo, že konkrétní osobu neobslouží, právně relevantní projev vůle (oferta) nevzniká, a nelze tedy ani použít argumentaci neplatností odvolání nabídky dle ustanovení § 39 ObčZ.

Dalším problémem je, pokud poskytovatel služby vůbec zákazníka neobslouží (tj. vůbec si jej nevšimá). Přestože právní úkon lze učinit i opomenutím (§ 35 ObčZ), lze opět, z týchž důvodů jako bylo uvedeno shora, obtížně souhlasit s tím, že takové opomenutí je v rozporu s dobrými mravy, a tedy i neplatné pro rozpor s ustanovením § 39 ObčZ. Opomenutím v občanském právu prostě nelze učinit nabídku, která by oferenta nějakým způsobem zavazovala.

2. ANTIDISKRIMINAČNÍ ZÁKON A METODA SOUKROMOPRÁVNÍ REGULACE

Antidiskriminační směrnice, právě proto, že se vztahují i na oblast předmluvních vztahů a přikazují vstupovat do právních vztahů (uzavírat smlouvy) za týchž podmínek, představují oproti stávajícímu stavu jisté novum. Je zde totiž nepřímou vyjádřen smluvní přímus – požadavek rovného zacházení (§ 1 odst. 3, § 2 odst. 1 návrhu antidiskriminačního zákona) včetně soukromoprávních sankcí, které postihují toho, kdo smlouvu neuzavře (resp. toho, který neučiní nabídku nebo nabídku odvolá).

Jasný rozdíl, který podporuje shora uvedené závěry, vyplývá výslovně z ustanovení § 2 odst. 3 a 3 odst. 1 návrhu antidiskriminačního zákona („přímou diskriminací se rozumí takové jednání, včetně opomenutí, kdy se s jednou osobou zachází méně příznivě, než se zachází nebo zacházelo nebo by se zacházelo s jinou osobou ve srovnatelné situaci, a to z důvodu...; nepřímou diskriminací se rozumí takové jednání nebo opomenutí, kdy na základě zdánlivě neutrálního ustanovení, kritéria nebo praxe je z některého z důvodů uvedených v § 2 odst. 3 osoba znevýhodněna oproti ostatním...“). Z těchto formulací vyplývá nejen to, že osoby jsou povinny zajistit rovné zacházení (tj. uzavřít smlouvu za stejných podmínek, jinak

by samozřejmě neměl zákaz diskriminace vůbec smysl), ale i to, že relevanci právo přikládá i nečinnosti potenciálního navrhovatele.

Ačkoliv je zřejmé, že i nadále smlouva automaticky bez vůle smlouvu uzavřít nevznikne, návrh antidiskriminačního zákona s jednáním, které porušuje zásady rovného zacházení, spojuje poměrně závažné následky. Předně má „neúspěšný akceptant“ (zákazník) právo domáhat se u soudu toho, aby bylo upuštěno od diskriminace. Pod tím si zřejmě nelze představit nic jiného, než že soud uloží „neochotnému poskytovateli služeb“ (oferentovi) povinnost vstoupit do právního vztahu s neúspěšným akceptantem, tedy uloží povinnost uzavřít smlouvu. Dále může neúspěšný akceptant požadovat odstranění následků diskriminačního zásahu a současně navrhnout, aby bylo protistraně uloženo poskytnutí přiměřeného zadostiučinění (buď ve formě omluvy nebo peněžní satisfakce).

Právě proto, že antidiskriminační směrnice zasahují v soukromoprávní rovině do oblastí předsměrných vztahů (a dalo by se říci, že právě tam spočívá jejich hlavní těžiště), tedy do oblastí, kdy žádné právní vztahy ještě neexistují, jde o oproti stávajícímu stavu, kdy právo prostřednictvím morálních korektivů aplikuje Aequitas na konkrétní situaci, o nový přístup k soukromoprávní regulaci.

Při přípravě nového soukromoprávního kodexu samozřejmě je otázka, co s uvedeným stavem dělat. Jestliže totiž „základ konstrukce soukromého a občanského práva není v principu rovnosti, ale v principu autonomie vůle“ vidím antidiskriminační směrnice, které regulují právní vztahy právě na zásadě rovnosti, jakožto závažný problém, z něhož vyplývají dva základní možné způsoby řešení.

První možností je o právu na rovné zacházení se v kodexu vůbec nezmínit (což je současný stav) a ponechat úpravu zvláštnímu zákonu. Osobně se však nedomnívám, že tento přístup je souladný s požadavkem tvorby moderního soukromoprávního kodexu pro třetí tisíciletí. Vedlo by to totiž zjevně k oné, již zmiňované dvoukolejnosti („schizofrenii“) soukromoprávní regulace, kde na jedné straně existuje smluvní volnost například při prodeji nemovitosti mezi „soukromníky“ (již ne v situaci, kdy se obchod uskutečňuje prostřednictvím „realitní kanceláře“), na druhé straně již v případě nájemních vztahů existuje povinnost uzavřít nájemní smlouvu za stejných podmínek.

Druhou možností je, že antidiskriminační směrnice, protože zasahují i do oblastí soukromoprávní, naleznou v kodexu své výslovné zakotvení. Tento přístup by bylo možné zřejmě označit za přístup eurokonformní. Potom by mělo být v úvodních ustanoveních zakotveno právo nebýt diskriminován, resp. by měly být antidiskriminační směrnice do návrhu v určité míře transponovány. Základem soukromoprávní regulace by však již nebyl princip autonomie vůle, ale princip rovného zacházení.

3. ANALÝZA VYBRANÝCH USTANOVENÍ NÁVRHU NOVÉHO OBČANSKÉHO ZÁKONÍKU

Závěrem bych se chtěl stručně věnovat zodpovězení otázky, co s uváděnými případy potencionálních kontrahentů z pohledu navrhované právní úpravy v novém soukromoprávním kodexu. Nelze totiž nevidět, že duch návrhu občanského zákoníku příliš nekonvenuje antidiskriminačnímu komunitárnímu právu. Především věta, že „každý může svobodně vést jednání o smlouvě a neodpovídá za to, že ji neuzavře“ (§ 1554 odst. 1 osnovy návrhu) může být ve svých důsledcích rozporná s ustanovením § 1 odst. 3 návrhu antidiskriminačního

zákona („fyzická osoba má právo v právních vztazích, na které se vztahuje tento zákon, na rovné zacházení a na to, aby nebyla diskriminována“).

Je zřejmé, že kromě ustanovení § 1554 návrhu se bude na tzv. předsmulvné vztahy dotčené antidiskriminačními směrnici vztahovat zásada autonomie vůle výslovně vyjádřená v ustanovení § 1551 návrhu osnovy.⁷ Dalším poměrně zásadním ustanovením je ustanovení § 1558, které definuje, co je nabídkou (ofertou) a co nikoliv.⁸

Z hlediska shora provedeného výkladu nejdříve přistoupím k otázce, co je podle osnovy návrhu nabídkou. Nabídkou bude (s možností prokázat opak) vystavení zboží s uvedením ceny (s výhradou vyčerpání zásob nebo ztráty schopnosti plnit). Při prodeji zboží v obchodě tak prodávající v podstatě nebude moci odvolávat nabídku, neboť odvolání by muselo dojít druhé straně dříve, než samotný návrh (§ 1563). Co se týče poskytování hostinských a občerstvovacích služeb však bude situace zřejmě odlišná. Záleží na tom, zda samotné otevření restaurace pro veřejnost lze charakterizovat jako právní jednání, které obsahuje podstatné náležitosti smlouvy tak, aby smlouva mohla být uzavřena jednoduchým a nepodmíněným přijetím (§ 1558 odst. 1). Osobně se domnívám, že tento požadavek ve většině případů splněn nebude, a proto za nabídku bude třeba i nadále považovat až samotné vyzvání číšníka ve spojení s jídelním či nápojovým lístkem.

Ohledně svobody uzavřít smlouvu se jeví jako zajímavé ustanovení § 1554 odst. 1 návrhu, které hovoří o tom, že „každý může svobodně vést jednání o smlouvě a neodpovídá za to, že ji neuzavře, ledaže jednání o smlouvě zahájí nebo v takovém jednání pokračuje, aniž má úmysl smlouvu uzavřít“. Druhá část tohoto ustanovení se na případy, kdy provozovatel restaurace odmítne zákazníka obsloužit zřejmě vztáhnout nedá, neboť návrh osnovy má na mysli určitý druh simulovaného jednání, nikoliv obvykle jednoznačnou (a výslovně vyjádřenou) nevoli uzavřít smlouvu s určitým účastníkem.

Za pozornost stojí rovněž i úprava tzv. culpa in contrahendo upravená v ustanovení § 1555 návrhu („Dospějí-li strany při jednání o smlouvě tak daleko, že se uzavření smlouvy jeví jako vysoce pravděpodobné, jedná nepoctivě ta strana, která přes důvodné očekávání druhé strany v uzavření smlouvy, jednání o uzavření smlouvy ukončí, aniž pro to má spravedlivý důvod“). Na první pohled by se mohlo jevit, že toto ustanovení řeší situaci, kdy druhá strana najednou odmítne pokračovat v jednání o smlouvě. Osobně se však domnívám, že toto ustanovení z hlediska jeho systematiky jakož i účelu, který sleduje, na shora uváděné případy aplikovat nelze. Klíčovým pojmem zde totiž je možnost ztráty z neuzavřeného obchodu v obdobných

⁷ „Smlouva je uzavřena tehdy, jakmile si strany ujednaly její obsah. V mezích právního řádu je stranám ponecháno na vůli dohodnout se svobodně o smlouvě a určit její obsah“.

⁸ „(1) Právní jednání směřující k uzavření smlouvy, je nabídkou, pokud obsahuje podstatné náležitosti smlouvy tak, aby smlouva mohla být uzavřena jeho jednoduchým a nepodmíněným přijetím, a pokud z něho plyne vůle navrhovatele být smlouvou vázán, bude-li nabídka přijata. (2) Má se za to, že návrh dodat zboží nebo poskytnout službu za určenou cenu učiněný při podnikatelské činnosti veřejnou reklamou, v katalogu nebo vystavením zboží je nabídkou s výhradou vyčerpání zásob nebo ztráty schopnosti podnikatele plnit“.

případech (§ 1555 odst. 2: „Strana, která jedná nepoctivě, nahradí druhé straně škodu, nanejvýš však v tom rozsahu, který odpovídá ztrátě z neuzavřeného obchodu v obdobných případech“). Vzhledem k tomu, že si lze jen obtížně představit, že by zákazník, který není v restauraci obsloužen, utrpěl nějakou hmotnou ztrátu (škodu), nelze toto ustanovení využít, byť na první pohled by aplikace tohoto ustanovení mohla být v případech diskriminačního jednání lákavá.

Seznam použitých zkratek:

- ObčZ - zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů
- ObchZ - zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů
- Ústava - zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky
- Listina základních práv a svobod - usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky Listina základních práv a svobod
- ZoSp - zákon č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, ve znění pozdějších předpisů

Reviewer:
Josef Fiala

Contact – email:
pavel.koukal@law.muni.cz

NÁJEMNÉ U NÁJMU BYTŮ S TZV.REGULOVANÝM NÁJEMNÝM

INGRID KOVÁŘOVÁ KOCHOVÁ

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Příspěvek se věnuje zásadě autonomie vůle z pohledu vztahů vznikajících u nájemních vztahů, kdy nájemce hradí tzv. regulované nájmené. Podává se stručný přehled vývoje rozhodovací činnosti Ústavního soudu. Pozornost se věnuje plenárnímu nálezu Ústavního soudu Pl.Ús-st 27/09 a dále třem legislativním návrhům, které nyní jsou projednávány parlamentem, a to návrhu na prodloužení přechodného období pro deregulaci nájmeného do 31.12.2012, návrhu zákona o nájmeném a vládnímu návrhu novely občanského zákoníku.

Key words in original language:

Autonomie vůle, nájmené, regulované nájmené.

Abstract:

The paper is paid to the principle of the will autonomy from the point of view relationships between the flatowners and renters of the flats, when the renters paid the regulated rents. The paper gives the short summary of the decisions of the Constitution Court. The attention is paid to the decision no. Pl. ÚS-st 27/09 and to the three bills, which are discussed by the Parliament now. The first one prolongates the rent deregulation till 31.12.2012, the second one is the bill of the Rent law and the third one is the government bill of the amendment of the Czech civil code.

Key words:

Will autonomy, rent, regulated rent.

Úvod

Realita vztahů pronajímatelů a nájemců bytů s tzv. regulovaným nájemným je taková, že nájemci v bytech s tzv. regulovaným nájemným tvoří menší skupinu v rámci skupiny nájemců bytů.¹ Již jako nájemci bytu jsou tyto osoby chráněny s ohledem na dikci ust. § 685 odst. 3

¹ Není dostupný žádný statistický údaj o tom, kolik bytů s tzv. regulovaným nájemným v ČR je, je k dispozici údaj o počtu bytů v ČR v r. 1991, který činí 3 705 681 bytů, v tomto počtu je zahrnut i počet bytů v rodinných domech, který činí 1 525 389 bytů, rozdíl 2 180 292 představuje počet bytu v ostatních obytných domech (www.csu.cz). V r. 2004 se uvádí počet bytů s tzv. regulovaným nájemným 747 000 (www.estav.cz/zpravy), v r. 2007 se setkáme a odhadem 800 000 bytů (www.sreality.cz), při akceptaci těchto čísel zjistíme, že při počtu bytů s tzv. regulovaným nájemným 800 000 bytů ve vztahu k celkovému počtu bytů, jde o 21,5% všech bytů. Existují však i byty s tzv. regulovaným nájemným v rodinných domech, přesto ve vztahu k počtu ostatních bytů představuje počet bytů s tzv. regulovaným nájemným 36,6% těchto bytů. Vypočtené údaje jsou ale velmi, velmi nepřesné, když nejsou dostupné údaje o aktuálním počtu všech bytů se zřetelem k masivní bytové výstavbě nových bytů a převodu obecních a družstevních bytů do osobního vlastnictví jejich původních nájemců, kdy dochází ke zvyšování počtu bytů v osobním vlastnictví, není dostupný údaj o počtu bytů, kde nájemní poměr byl zcela ukončen, či změněn dohodou účastníků daného právního vztahu. O jediném však tyto údaje svědčí. Svědčí o nezájmu exekutivy řešit vzniklý problém věcně v návaznosti na vydaná rozhodnutí Ústavního soudu.

část věty před středníkem o.z., dříve, do 30.3.2006 dle ust. § 685 odst. 1 věta druhá o.z., a to ve vztahu k ukončení nájemního poměru. Právo stanoví prvek ochrany nájemce pouze ve vztahu k ukončení nájemního poměru, nikoli ke stanovování výše nájemného. Výše nájemného v jednotlivých bytech je různá. Vedle tzv. tržního nájemného placeného v případě nově uzavřených smluv o nájmu bytu, je to i nájemné tzv. volné, které stanoví pro nově pronajímané byty i obce a města, jde o částku nižší než je výše tržního nájemného a vyšší než je tzv. nájemné regulované.² Otázka tzv. regulovaného nájemného je i otázkou politickou, stává se oblíbeným tématem politických debat. Nelze pominout ani aspekty ekonomické, kdy pronajímatel bytu by měl provádět opravu pronajímané věci, udržovat ji ve stavu způsobilého předmětu nájmu dle ust. § 664 o.z. Argumentace se různí, je tendenční, záleží na tom, zda interpretem je pronajímatel, či nájemce takového bytu, zda arguemující stojí na straně nájemců, či pronajímatelů. Nelze než uzavřít, že je sneseno dostatek důvodů pro to, aby byla přijata pozitivní právní úprava, která bude řešit tuto situaci z pohledu práva, nezaujatě, standardně, metodami právními regulace tak, aby právní úprava vztahu pronajímatele a nájemce byla oprostěna od neprávních argumentů.

Cílem tohoto příspěvku je podat nejen pohled teoretický na daný problém, ale zejména na konkrétním typu sporu nastínit, jak v českém právu, české právní praxi jsou nacházena řešení právních problémů a zda tato řešení ve světle právní teorie ob stojí. Zda při řešení tohoto konkrétního právního problému lze užít argumentaci právními zásadami, zásadou volní autonomie.

Stat'

Autonomie vůle stran je jednou ze zásad soukromého práva, lze říci, že zásadou dominantní. Autonomie je charakteristickým rysem soukromoprávních vztahů, vychází z obecného uznání osobnosti jako souboru hodnot, základní kategorií, z níž vychází, je svoboda individua. Vůle je kategorií psychologickou, jejím právně relevantním vyjádřením je její projev, s nímž právo spojuje konkrétní následky. Autonomie vůle má čtyři základní složky, volbu, zda učinit určitý právní úkon, volbu adresáta svého prvně relevantního jednání –právního úkonu, volbu obsahu svého právního úkonu a volbu formy právního úkonu.³ Autonomie vůle jednotlivce je garantována čl. 2 odst. 3 usnesení č. 2/1993 Sb. Předsednictva ČNR o vyhlášení Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listiny základních práv a svobod“, případně „Listiny“).⁴ Jednotlivá rozhodnutí soudu, pokud se zabývají autonomií vůle, vyznívají tak, že se šetří autonomie vůle jako projev dispozitivní občanskoprávních vztahů. Právní úkon by měl být vykládán tak, že se šetří autonomie vůle jednajícího subjektu. Upřednostňuje se výklad

² Tržní nájemné u panelového bytu 3+1 činí 8.000,-Kč měsíčně, tzv. volné nájemné činí 5.000,-Kč měsíčně, tzv. regulované nájemné 4.000,-Kč měsíčně. Dále se setkáváme s tím, že i tzv. obecní byty jsou pronajímány na dobu určitou, jednoho roku, či dvou let, bez sjednání práva opce, či s tímto ujednáním. Nájemci v bytech s tzv. regulovaným nájemným odmítají ukončení nájemního vztahu bez dalšího a podmiňují případné ukončení nájemního vztahu výplatou tzv. poplatku za uvolnění bytu, který často převyšuje i částku 100.000,-Kč. Tyto údaje autorka získává průběžně při výkonu svého povolání.

³ Hurdík, J.: Zásady soukromého práva. Brno: Masarykova univerzita, 1998, str. 54

⁴ dle čl. 2 odst. 3 Listiny každý může činit, co není zákonem zakázáno, a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá.

právního úkonu podaný tak, že nelze upřednostňovat výklad tohoto právního úkonu jako neplatného před výkladem právního úkonu jako platného.⁵ V rámci této právní zásady se pak vyvinula postupně i zásada ochrany slabší smluvní strany, kdy se právo poskytuje ochranu jen jedné ze smluvních stran. Nicméně tuto zásadu nelze uplatnit existují-li jiné právní instrumenty, kterými je zaručen prostor pro realizaci slabší strany.

Autonomie vůle tak má vůdčí místo v systému závazkového práva, dané již římskoprávní tradicí a vyjádřenou premisou „pacta sunt servanda“. V právu vlastnickém autonomie vůle vlastníka představuje základ pro projev a realizaci panství nad vlastněnou věcí.

Zásadní problém nejen v právní teorii, ale i v právní praxi přináší střety. A to nejen střet v rovině závazkové, ale i střet, ve kterém jedním ze střetávajících se práv je právo vlastnické. Při střetu dvou základních práv musí být nejprve identifikována práva, která základní práva jednotlivých účastníků sporu jsou ve hře, a poté, s přihlédnutím ke všem rozhodným okolnostem daného případu, rozhodnout tak, aby, je-li to možné, zůstalo zachováno z obou základních práv co nejvíce, a není-li to možné, pak dát přednost tomu základnímu právu, v jehož prospěch svědčí obecná idea spravedlnosti, resp. obecný princip.⁶ Příkladem takového střetu jsou střety o výši tzv. regulovaného nájemného od doby zrušení cenové regulace nájemného Ústavním soudem ČR Pl.ÚS 3/2002 ze dne 21.6.2000 s účinností od 1.1.2002 až do doby současné, když dne 28.4.2009 byl vydán Ústavním soudem plenární nález Pl. ÚS- st. 27/09.

Při rozhodování sporů pronajímatelů bytů a nájemců bytů s tzv. regulovaným nájemným po zrušení cenové regulace, kdy předmětem řízení bylo zaplacení peněžité částky a dále sporů mezi pronajímateli bytů a státem o náhradu škody, když po vydání kasačního nálezu Ústavního soudu ČR nebylo možno využít zákonem presumované cesty dle ust. § 696 odst. 1 z.č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku (dále jen „ o.z.“ ve znění platném a účinném do 30.3.2006 .

Na základě právních závěrů Ústavního soudu lze vysledovat několik způsobů řešení dané kolize. Od 18.12.2002 bylo možné výši nájemného změnit dohodou vlastníka bytu a nájemce bytu. Pokud k dohodě nedošlo, mohla některá ze smluvních stran, nejspíše vlastník bytu, podat u soudu žalobu o výši nájemného, kterou by se domáhal nájemného ve výši obvyklé s odůvodněním, že nedošlo k dohodě o jeho výši (obecné ceně). Poté pronajímatelé bytů začali tyto žaloby skutečně podávat. Obecné soudy s poukazem na zásadu „pacta sunt servanda“ tyto žaloby zamítaly. Plenárním náleznem Pl.ÚS 20/05 ze dne 28.2.2006 vyhlášeným pod č. 252/2006 Sb. již Ústavní soud vyslovil, že obecné soudy, i přes absenci předvídané konkrétní úpravy, musí rozhodnout o zvýšení nájemného, a to v závislosti na místních podmínkách, po důkladném uvážení všech okolností případu, použití přirozených zásad a zvyklostí občanského života, závěrů právní nauky a ustálené ústavně konformní soudní praxe. V dubnu 2006 pak Ústavní soud nálezem sp.zn. I. ÚS 489/05 rozhodl, že pokud pronajímatelův důvodný nárok vůči nájemci nebude v plné míře uspokojen, nezbude mu jiná

⁵ např. rozhodnutí Ústavního soudu ČR sp.zn. I. ÚS 546/03, sp.zn. I. ÚS 625/03, sp.zn. I. ÚS 43/04, sp.zn. III. ÚS 104/04.

⁶ rozhodnutí Ústavního soudu ČR sp.zn. I.ÚS 343/04

cesta, než uplatnit vůči státu požadavek na náhradu škody. Následně však bylo v rozhodovací praxi obecných soudů uzavřeno, že nečinnost zákonodárce nezakládá odpovědnost státu za náhradu škody.

Po celou dobu až do účinnosti z.č. 107/2006 Sb., tedy do 30.3.2006 absentovala pozitivní právní úprava pro daný typ vztahů pronajímatel a nájemců bytů. Řešení bylo průběžně hledáno, zejména rozhodovací praxí Ústavního soudu. Na základě jeho závěrů pak bylo možno pouze pro období od vydání kasačního nálezu do 30.3.2006 úspěšně podat žalobu na určení výše nájemného, která je svým charakterem žalobou na plnění dle ust. § 80 pís. b) o.s.ř., a to nejdříve od podání žaloby, resp. data jiného, následujícího po dni podání takové žaloby. Ústavní soud však toto řešení sám naznačil až plenárním nálezem Pl.ÚS 20/05 ze dne 28.2.2006.

Ve svém posledním plenárním nálezu ze dne 28.4.2009 se Ústavní soud zabývá rozhodováním ve věcech žalob na náhradu škody podaných pronajímateli bytů vůči státu, kdy Ústavní soud uzavírá, že obecné soudy jsou povinny posoudit jejich nárok z hlediska jejich práva na náhradu za nucené omezení vlastnického práva dle čl. 11 odst. 4 Listiny základních práv a svobod analogicky dle ustanovení zákona č. 82/1998 Sb. Toto rozhodnutí je přinejmenším diskutabilní již pro řadu separátních vót s ním spojených.

Stávající právní úprava vztahu pronajímatele a nájemce u bytů s tzv. regulovaným nájemným je ve vztahu k zásadě autonomii vůle následná. Pronajímatel bytu s tzv. regulovaným nájemným nemohl volit, zda učiní určitý právní úkon – setrvá v právním vztahu nájmu bytu se stávajícím nájemcem. V důsledku ust. § 871 odst. 1 o.z. došlo ke vzniku nájemního vztahu, tedy závazkového vztahu transformací z práva osobního užívání bytu. V tomto kontextu se jeví jako nepřiléhavá argumentace aplikací zásady „pacta sunt servanda“ o tom, že není možno tzv. regulované nájemné zvýšit jinak než dohodou. Výše nájemného totiž v těchto právních vztazích nikdy nebyla stanovena dohodou. V počátku byla stanovena a posléze měněna v důsledku autoritativního rozhodnutí orgánů spravujících bytový fond.

Pronajímatelé těchto bytů rovněž nemohli ovlivnit obsah tohoto právního vztahu, tedy dosáhnout změny výše nájemného s ohledem na ust. § 696 o.z. při absenci právní úpravy po zrušení vyhl.č. 176/1993 Sb. Právní úprava platná a účinná od 30.3.2006 tj. z.č.107/2006Sb opět umožnil pouze postupné zvyšování nájemného a ponechal rozdíl ve výši nájemného u těchto bytů a jiných pronajímaných bytů. Realizace volní autonomie v podobě volby adresáta právního úkonu a jeho formy pak je s ohledem na výše uvedené bez jakéhokoli významu, nerealizovatelná.

Plenární nálezu Ústavního soudu ze dne 28.4.2009 je odrazem prolínání všech výše naznačených neprávních vlivů do práva vedoucích k dlouhodobé nejednotnosti v ustálení společenského názoru na projednávanou věc projevující se ve vytvoření dvou táborů s protichůdnými až bojovnými názory, zastánců a odpůrců cenové regulace u tzv. regulovaného nájmu a jeho postupné deregulace či nederegulace. Je i odrazem zcela formalistického přístupu obecných soudů k výkladu práva, kdy se dlouhodobě argumentuje normami psaného pozitivního zákonného práva bez zřetele ve vztahu k jiným normám psaného pozitivního práva stojícího v doposud obecně přijímané teorii hierarchie právních

norem⁷ nad zákony a zcela bez zřetele k základním právním principům. Bez toho, aby docházelo nejen k argumentaci pouze jedním z těchto principů, tedy zásadou volní autonomie a konkrétně premisou „pacta sunt servada“ bez zřetele k zásadám ostatním a zcela bez zřetel k vzniklé kolizi a možným způsobům jejího řešení z pohledu užití testu proporcionality.⁸

Za situace, kdy tedy nebylo přijato řešení, které by otázku výše nájemného řešilo mezi stranami tohoto vztahu, tedy mezi pronajímatelem a nájemcem. Byla přijata koncepce druhá, která přenášení vytvoření odpovědnostního vztahu státu k pronajímatelům bytů s tzv. regulovaným nájemným. Ústavní soud akceptuje, že nelze bez dalšího užít pro odpovědnostní vztah hypotézu právní normy obsaženou v ust. § 420 odst. 1 o.z. ani zvláštní právní úpravu z.č. 82/1998 Sb., když tu není žádný nesprávný úřední postup ani nezákonné úřední rozhodnutí, a to v souladu se závěry NS ČR přijatými v rozhodnutí sp.zn. 25 Cdo 2064/2005 ze dne 29.6.2007 ve vztahu k normotvorné činnosti vlády a rozhodnutí sp.zn. 25 Cdo 1220/2007 ze dne 4.6.2008 ve vztahu k normotvorné činnosti zákonodárského sboru zakládá odpovědnost státu dle ust. čl. 11 odst. 4 usnesení č. 2/1993 Sb. Listiny základních práv a svobod.⁹

Ve vztahu k nárokům pronajímatelů uplatněným za dobu od podání žaloby do 31.12.2006, pokud bylo těmto nárokům vyhověno jde o nárok subsidiární, pronajímatel se může domáhat touto cestou zaplacení rozdílu mezi nájemným tímto způsobem stanoveným a nájemným tržním. Současně pokud nebyl pronajímatelem nárok vůči nájemci uplatněn, může pronajímatel uplatnit proti státu tento nárok přímo ve výši rozdílu mezi tržním nájemným a nájemným skutečně obdrženým. Tento právní názor je závazný s ohledem na čl. 89 odst. 2 Ústavy ČR.¹⁰

Nález Ústavního soudu vyvolává dvě otázky. Je tu nová koncepce odpovědnosti, která leží mimo výše citované právní předpisy? Je tedy právní norma čl. 11 odst. 4 Listiny, potažmo další ustanovení Listiny, přímo aplikovatelné? Takto vytvořená právní konstrukce není v souladu s ostatními relevantními ustanoveními psaného práva.

V případě neexistence právního předpisu presumovaného ust. § 696 odst. 1 o.z. jde o tzv. mezeru v právu pravou, resp. technickou. Jde o neúplnost psaného práva zákonodárcem zamýšlenou, či nezamýšlenou. Mezera zákonodárcem zamýšlená, je taková, která nastává po zrušení určitého právního předpisu z důvodu jeho neústavnosti Ústavním soudem. Zákonodárce nepřistoupí bezodkladně, resp. vůbec k přijetí nového právního předpisu.¹¹

⁷ Weinberger, O: Norma a instituce. (Úvod do teorie práva). Brno: Masaryková univerzita , 1995, str. 278

⁸ Holländer, P.: Filosofie práva. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, str. 145 a násl

⁹ Dle čl. 11 odst. 4 Listiny vyvlastnění nebo nucené mezení vlastnického práva je možné ve veřejném zájmu, a to na základě zákona a za náhradu.

¹⁰ Dle čl. 89 odst. 2 Ústavy vykonatelná rozhodnutí Ústavního soudu jsou závazná pro všechny orgány i osoby.

¹¹ Dílo citované v poznámce č. 12, s. 17

Pro hmotněprávní posouzení nároku potenciálního žalobce soud musí postupovat standardními metodami výkladu a aplikace právních předpisů, konkrétně cestou analogie práva. Tedy bude nucen aplikovat ustanovení práva svým obsahem a účelem právní úpravy nejbližším, tedy ustanovení z.č. 82/1998 Sb. Za této situace pak není možný jiný postup, než v návaznosti na ust. čl. 95 odst. 2 Ústavy ČR¹² podat k Ústavnímu soudu návrh na zrušení tohoto právního předpisu a následně dle ust. § 109 odst. 1 pís. c) z.č. 99/1963 Sb. občanského soudního řádu v platném a účinném znění (dále jen „o.s.ř.“)¹³ probíhající soudní řízení přerušit. Je ale otázná, zda i v takovém případě půjde o situaci, kdy bude tento předpis přímo aplikován, či zda právě s ohledem na právní závěry citovaného plenárního nálezu, který sám vylučuje odpovědnost státu dle tohoto právního předpisu, půjde o aplikaci nepřímou pro to, aby Ústavní soud rozhodoval o návrhu na zrušení z.č. 82/1998 Sb. S ohledem na právní závěry Ústavního soudu se však jako pravděpodobnější jeví varianta druhá, tedy případný návrh na zrušení tohoto zákona by s největší pravděpodobností Ústavní soud odmítl.¹⁴

Následně bude obecný soud stát před další klíčovou otázkou. Je čl. 11 odst. 4 Listiny přímo aplikovatelný, je v českém právním řádu ústavní zákon, Listina základních práv a svobod, případně Ústava přímo aplikovatelná ? Odpověď na tuto otázku není jednoznačná. V našem tradičně pozitivistickém právním řádu zřejmě dospějeme k odpovědi, že nikoli. Obecný soud tedy bude postupovat postupem výše popsáním.

Můžeme ale dospět k odpovědi kladné? Ochrana ústavnosti by neměla být jen úkolem Ústavního soudu, měla by být úkolem i soudů tvořících obecnou soudní soustavu. I obecné soudy ve všech instancích by měly dbát na dodržování právního řádu jako celku a sjednávat nápravu porušení norem práva ústavního; netřeba čekat až na zásah Ústavního soudu. Takový přístup by bezpochyby byl proti smyslu působení práva. Na druhé straně hrozí, že dojde k bezbřehé aplikaci těchto norem, vždy když obecný soud dospěje k případné kolizi mezi normami práva ústavního a jednoduchého.¹⁵ Důsledkem by mohlo být (a nepochybně by i bylo) narušení právní jistoty. Nebyl by tu předem jasně definovaný soubor právních norem, dle kterého by jednotlivé subjekty práva mohly řídit své právně relevantní chování. Dojití k stavu, kdy budeme uvažovat o přímé aplikovatelnosti norem Ústavy a Listiny, je ještě otázkou dlouhodobého vývoje s ohledem na nízké právní vědomí české společnosti a nízkou úroveň první kultury na našem území. Cestou, řešení, této situace je pouze cesta ústavně konformního výkladu norem jednoduchého práva, což vzhledem k výrokové části předmětného plenárního ústavního nálezu, je vyloučeno, když tu není žádný právní předpis,

¹² Dle čl. 95 odst. 2 Ústavy dojde-li soud k závěru, že zákon, jehož má být při řešení věci použito, je v rozporu s ústavním pořádkem, předloží věc Ústavnímu soudu.

¹³ Dle ust. § 109 odst. 1 pís. c) o.s.ř. soud řízení přeruší, jestliže dospěl k závěru, že zákon, jehož má být při projednávání nebo rozhodování věci použito, nebo jeho jednotlivé ustanovení je v rozporu s ústavním zákonem nebo s mezinárodní smlouvou, která má přednost před zákonem, 33a) a podal-li u Ústavního soudu návrh na zrušení tohoto zákona nebo jeho jednotlivého ustanovení;

¹⁴ vychází se z odůvodnění Pl.ÚS 7/2007 ze dne 14.8.2008 o návrhu Krajského soudu v Hradci Králové- pobočka v Pardubicích na zrušení části první z.č. 107/2006 Sb.

¹⁵ Holländer, P: Ústavněprávní argumentace. Ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu. Praha, Linde, 2005, str. 72

který by měl být tímto způsobem vykládán. Plenární náleží tak ze všech těchto důvodů představuje interpretační a aplikační problém.

Tento plenární náleží ale pouze z tohoto důvodu odmítat. Právní úvaha uvedená v doplňujícím odlišném stanovisku soudkyně Ivany Janů k odůvodnění stanoviska pléna, která dovozuje, že i v tomto případě je dána protiprávnost jednání státu, je správná. Ivana Janů dovozuje, že samotné nepřijetí zákona upravujícího jednostranné zvyšování nájemného v bytech s regulovaným nájemným je protiprávním jednáním přičitatelným státu, když ústavní soud opakovaně vyslovil, že nečinnost zákonodárce je protiústavní. Pokud je toto jednání protiústavní, je tedy i protiprávní, čímž je naplněn předpoklad odpovědnosti státu. Stát si sám uložil přijetí takové právní úpravy v ust. § 696 odst. 2 o.z. a současně nepřijetím takové právní úpravy byl porušen princip rovnosti a ochrany vlastnického práva. Byl porušen i princip legitimního očekávání, když pronajímatelé spoléhali právě na přijetí takové právní úpravy.¹⁶

Zákonodárce přistoupil k vyplnění mezery v právu až přijetím z.č. 107/2006 Sb. o jednostranném zvyšování nájemného a o změně z.č. 40/1964Sb, občanského zákoníku ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o jednostranném zvyšování nájemného“) s účinností od 30.3.2009 zavedl tzv. postupnou deregulaci nájemného v bytech s cenově regulovaným nájemným. Proces deregulace tzv. regulovaného nájemného měl být dokončen dnem 31.12.2010, tomu byl uzpůsoben i výpočet způsobu výpočtu zvýšení nájemného.

Za situace, kdy Ústavní soud vydává výše uvedený plenární náleží však poslanecká sněmovna rozhoduje o dalších legislativních návrzích nové právní úpravy nájemného.

Jako sněmovní tisk č. 728/0 je projednávána novela zákona o jednostranném zvyšování nájemného, která byla ke dni 27.5.2009 schválena Parlamentem a podepsána prezidentem, zbývá publikace ve sbírce zákonů, předpokládána je účinnost tohoto právního předpisu od 1.6.2009. Ukončení přechodného období pro deregulaci regulovaného nájemného do doby 31.12.2010 do 31.12.2012, a to pouze v případě některých míst.¹⁷ Z důvodové zprávy se pak podává, že důvodem pro přijetí této novelizace jsou sociální dopady, ke kterým dochází v důsledku neočekávaného růstu cen nemovitostí, proto je nárůst ve vybraných obcích rychlý, proto je zapotřebí zpomalit tempo jeho nárůstu a prodloužit dobu právě do 31.12.2012. Dále se v důsledku této změny opouští postup při deregulaci nájemného, který činí postup deregulace závislým na vývoji tržních cen a fixuje zvyšování nájemného na stav v r. 2009 i pro období do r. 2012, argumentuje se tím, že hladina tzv. regulovaných nájmů se zvýšila v těchto obcích příliš rychle. Navrhovaná právní úprava je pak v důvodové zprávě hodnocena jako souladná s právním řádem, s mezinárodními smlouvami a jako právní úprava nemající nároky na státní rozpočet s tím, že naopak lze očekávat úsporu výdajů ze státního rozpočtu ve výši minimálně

¹⁶ Nález Pl. ÚS ze dne 28.4.2009 publikovaný na www.nalus.usoud.cz , str. 15

¹⁷ na konci odst. 1 se doplňuje věta „ U bytu v hlavním městě Praze, v obcích Středočeského kraje s počtem obyvatel k 1. lednu 2009 vyšším než 9 999 a městech České Budějovice, Plzeň, Karlovy Vary, Liberec, Hradec králové, Pardubice, Jihlava, Brno, Olomouc a Zlín končí období, kdy lze uplatnit jednostranné zvýšení nájemného pronajímatelem , dnem 31.12.2012.“ dále se doplňuje nový odstavec 2 u § 4 , který zní „ Poslední sdělení podle odstavce 1 bude vyhlášeno a zveřejněno k 1. červenci 2009.“

0,5 mld. Kč v roce 2010 a 0,35 mld. Kč v roce 2011 na sociálních dávkách pro bydlení oproti situaci, kdy by novelizace neproběhla.¹⁸ Poslední argument lze považovat za nestoudný. Stát sám přenáší nepříznivé důsledky své nedostatečné bytové politiky na jinou skupinu subjektů, ať už osob fyzických či právnických. Takovýto postup nelze akceptovat. Přesto byl akceptován mocí zákonodárnou i mocí výkonnou, tj. prezidentem.

Současně pak ve druhém čtení je poslaneckou sněmovnou projednáván sněmovní tisk 631/0 návrh zákona o nájemném z bytů a jeho sjednávání. Ke dni 27.5.2009 byl tento sněmovní tisk zařazen ve druhém čtení, v obecné rozpravě. Zákon má být komplexní úpravou postupu při sjednávání a výpočtu nájemného z bytů a úhrad za plnění poskytovaná s užíváním bytu jakož i případy, ve kterých je pronajímatel oprávněn jednostranně zvýšit nájemné, úhradu za plnění poskytovaná s užíváním bytu a změnit další podmínky nájemní smlouvy.¹⁹ Osnova zákona má několik problematických bodů.²⁰ Ve vztahu ke změnám nájemného upravuje dvě možnosti změny výše nájemného. Prioritním je postup, kdy dojde ke změně výše nájemného dohodou. Návrh na úpravu nájemného jsou pronajímatel i nájemce povinni předložit druhé straně písemně, výši nově navrhovaného nájemného, datum, od kterého má být nájemné upraveno, a zdůvodnění požadované úpravy nájemného. Návrh na úpravu nájemného jsou pronajímatel i nájemce povinni předložit druhé straně písemně, výši nově navrhovaného nájemného, datum, od kterého má být nájemné upraveno, a zdůvodnění požadované úpravy nájemného. Adresát návrhu, tedy nájemce, či pronajímatel je povinen ve lhůtě 30 dnů od obdržení návrhu povinen sdělit navrhovateli své stanovisko. Pokud své stanovisko ve stanovené lhůtě nesdělí, platí, že návrh byl přijat.²¹ Osnova zákona zavádí zcela nový způsob kontraktace, odlišný od obecné právní úpravy ust. § 43b odst. 1 pís. b) o.z.²² a zejména ust. § 43c o.z.²³ a okamžik uzavření

¹⁸ Důvodová zpráva ke sněmovnímu tisku 728/0 dostupná na www.psp.cz

¹⁹ návrh ust. § 1 sněmovní tisk 631/0 www.psp.cz

²⁰ např. návrh ust. § 2 odst. 3 sněmovního tisku 631/0: „Nájemné je cena za užívání bytu včetně jeho vybavení zařízovacími předměty pronajímatele.“ Zcela opomíjí rozdíl mezi nájemným za byt (bytovou jednotku) jako předmět právních vztahů a nájemné za užívání movitých věcí. Nedefinuje ani blíže samotný termín „zařízovací předměty pronajímatele“ a není zřejmé, zda se jedná o samostatně existující věci movité jako takové, nebo jde o příslušenství bytu, nebo se dokonce může jednat o součásti bytu. Dle laického názoru je totiž takovým typickým „zařízovacím předmětem“ klozetová mísa, sprchový kout, či umyvadlo.

²¹ návrh ust. § 4 odst. 1, 2

²² dle ust. § 43b odst. 1 pís. b) o.z. návrh, i když je neodvolatelný, zaniká uplynutím přiměřené doby s přihlédnutím k povaze navrhované smlouvy a k rychlosti prostředků, které navrhovatel použil pro zaslání návrhu

²³ dle ust. § 43c o.z. (1) Včasné prohlášení učiněné osobou, které byl návrh určen, nebo jiné její včasné jednání z něhož lze dovodit její souhlas, je přijetím návrhu. (2) Včasné přijetí návrhu nabývá účinnosti okamžikem, kdy vyjádření souhlasu s obsahem návrhu dojde navrhovateli. Přijetí lze odvolat, jestliže odvolání dojde navrhovateli nejpozději současně s přijetím. (3) Pozdní přijetí má přesto účinky včasného přijetí, jestliže navrhovatel o tom bez odkladu vyrozumí osobu, které byl návrh učiněn, a to ústně nebo odesláním zprávy. (4) Jestliže z dopisu nebo jiné písemnosti, jež vyjadřují přijetí návrhu, vyplývá, že byly odeslány za takových okolností, že by došly navrhovateli včas, kdyby jejich přeprava probíhala obvyklým způsobem, má pozdní přijetí účinky včasného přijetí, ledaže navrhovatel bez odkladu vyrozumí ústně osobu, které byl návrh určen, že považuje návrh za zaniklý, nebo jí v tomto smyslu odešle zprávu.

dohody dle ust. § 44 odst. 1 o.z.²⁴ Tento způsob uzavírání dohody je opět velmi problematický, navrhovatel zákona nevysvětluje, které konkrétní motivy jej vedly k návrhu takovéto změny, která je z pohledu právního řádu nekonceptní, v rozporu se základy obligačního práva.

Pokud by výše popsaným způsobem k dohodě nedošlo, tedy adresát návrhu by sdělil svůj výslovný nesouhlas s návrhem změny nájemného, má mít pronajímatel právo na jednostranné zvýšení nájemného u smluv neobsahujících postup pro zvyšování nájemného, pokud nebylo nájemné zvýšeno po dobu 12 kalendářních měsíců bezprostředně předcházejících datu uvedenému v návrhu pronajímatele a současně navrhované zvýšení nájemného za byt nepřesahuje o více než 1 procentní bod průměrnou inflaci předchozího roku vydané Českým statistickým úřadem. Oznámení o jednostranném zvýšení nájemného musí mít písemnou formu, musí obsahovat novou výši nájemného, datum, od kterého má být nájemné zvýšeno a zdůvodnění zvýšení nájemného a výpočet nové výše nájemného. Takto může být nájemné zvýšeno až na úroveň nájemného ve srovnatelném bytě poté, co nájemci uhradil prostředky, které nájemce vložil v míře nutné do úpravy bytu, tedy poté, co tyto náklady budou oceněny a uhrazeny. Dále je jednostranné zvýšení nájemného vyloučeno pokud pronajímatel bezdůvodně odmítl udělit nájemci souhlas s výměnou bytů. Nájemce je pak povinen platit zvýšené nájemné ode dne uvedeného v jednostranném zvýšení, nejdříve první den kalendářního měsíce následujícího po uplynutí tří kalendářních měsíců od doručení jednostranného zvýšení. V téže lhůtě je nájemce oprávněn podat u soudu žalobu o určení neplatnosti zvýšení nájemného.²⁵ Osnova návrhu pak upravuje postup pro zvyšování nájemného u bytů s tzv. regulovaným nájemným, které nebylo dohodu změněno, nebo jednostranně zvýšeno dle z.č. 107/2006 Sb. a zrušuje z.č. 107/2006 Sb., účinnost osnovy je předpokládána dle jejího textu dnem 1.6.2009. S ohledem na postup legislativního procesu je tento termín nereálný.

Zvolený postup jednostranného zvyšování nájemného podmiňuje zvýšení nájemného vypořádáním nákladů vynaložených v nutné míře na úpravu bytu, nespecifikuje blíže, a to ani příkladmo onu nutnou míru, neřeší ani vztah k stávající právní úpravě - ust. § 667 o.z.²⁶ a ust. § 691 o.z.²⁷ Pouze odkazuje legislativně technicky poznámkou pod čarou na § 7 a § 8 z.č.

²⁴ dle ust. § 44 odst. 1 o.z. smlouva je uzavřena okamžikem, kdy přijetí návrhu na uzavření smlouvy nabývá účinnosti. Mlčení nebo nečinnost samy o sobě neznamenají přijetí návrhu.

²⁵ návrh ust. § 4 odst. 2, 3 sněmovní tisk č. 631/0

²⁶ dle ust. § 667 o.z. (1) Změny na věci je nájemce oprávněn provádět jen se souhlasem pronajímatele. Úhradu nákladů s tím spojených může nájemce požadovat jen v případě, že se k tomu pronajímatel zavázal. Nestanoví-li smlouva jinak, je oprávněn požadovat úhradu nákladů až po ukončení nájmu po odečtení znehodnocení změn, k němuž v mezidobí došlo v důsledku užívání věci. Dal-li pronajímatel souhlas se změnou, ale nezavázal se k úhradě nákladů, může nájemce požadovat po skončení nájmu protihodnotu toho, o co se zvýšila hodnota věci. (2) Provede-li nájemce změny na věci bez souhlasu pronajímatele, je povinen po skončení nájmu uvést věc na své náklady do původního stavu. Hrozí-li v důsledku prováděných změn na věci pronajímateli značná škoda, je pronajímatel oprávněn odstoupit od smlouvy.

²⁷ dle ust. § 691 o.z. nesplní-li pronajímatel svoji povinnost odstranit závady bránící řádnému užívání bytu, nebo jimiž je výkon nájemcova práva ohrožen, má nájemce právo po předchozím upozornění pronajímatele závady odstranit v nezbytné míře a požadovat od něj náhradu účelně vynaložených nákladů. Právo na náhradu musí

151/1997 Sb. o oceňování majetku.²⁸ Důvodová zpráva dále konstatuje, že navrhovaná právní úprava nebude mít žádné ekonomické dopady na veřejné rozpočty. Tento příspěvek se zabývá právními argumenty navrhované právní úpravy, nikoli ekonomickými aspekty, tedy vázáním zvyšování nájemného pouze na stav inflace, zda tento postup lépe odpovídá např. současnému stavu na trhu, nebo zda je na místě zohledňovat např. i ekonomicky oprávněné náklady pronajímatele, či i ukazatele jiné.

Konečně je poslaneckou sněmovnou projednáván v prvním čtení ještě sněmovní tisk 805/0, vládní návrh novely občanského zákoníku předložen 16.4.2009, kterým má být změněno ust. § 696 o.z. tak, že se nově pro nedružstevní byty zavádí možnost jednostranného zvýšení nájemného, nedošlo-li k sjednání nájemného dohodou a neodpovídá-li nájemné nájemnému v místě a čase obvyklému. Na návrh pronajímatele rozhodne o zvýšení stávajícího nájemného soud, a to na nájemné ve výši v místě a čase obvyklé s tím, že změnu nájemného lze přiznat ode dne podání návrhu na soud. Dále má být zavedena možnost jednostranného zvýšení nájemného i u nájemních vztahů založených smlouvou na dobu neurčitou, byla-li výše nájemného sjednána dohodou a došlo-li k tak podstatné změně okolností a změna založila v právech a povinnostech stran hrubý nepoměr. Navrhovatel přitom musí prokázat, že změnu nemohl rozumně předpokládat ani ovlivnit.²⁹ Tato právní úprava by měla nabýt účinnosti dnem 1.1.2011. Dle důvodové zprávy má tento návrh za cíl posílit zásadu autonomie vůle při zachování nezbytné ochrany nájemce. Navrhovaná změna ust. § 696 o.z. by měla navázat na z.č. 107/2006 Sb.. Pronajímatel i nájemce budou mít právo domáhat se určení výše obvyklého nájemného u soudu. Výrokem soudu by byla nahrazena dohoda vztahující se k obvyklému nájemnému za daný byt. Obvyklým nájemným se rozumí nájemné, za které je možno byt pronajmout v daném místě, stavu bytu a čase. Do výše obvyklého nájemného nemohou být promítnuty mimořádné okolnosti trhu, osobních poměrů pronajímatele a nájemce, ani vlivy

uplatnit u pronajímatele bez zbytečného odkladu. Právo zanikne, nebylo-li uplatněno do šesti měsíců od odstranění závad.

²⁸ dle ust. § 7 z.č. 151/1997 Sb. oceňuje-li se stavba porovnávacím způsobem, stanoví vyhláška hlediska, která se při porovnání berou v úvahu. dle ust. § 8 z.č. 151/1997 Sb. byt, kterým se rozumí místnost nebo soubor místností určených k bydlení a jeho součástí a příslušenství, 8) se oceňuje včetně podílu na společných částech domu, 9) a to i v případě, jsou-li umístěny mimo dům, a včetně podílu na příslušenství domu a stavbách vedlejších a jejich příslušenstvích, určených pro společné užívání. Nebytový prostor, kterým se rozumí místnost nebo soubor místností včetně příslušenství 8) určených k jiným účelům než k bydlení, se oceňuje včetně podílu na společných částech domu, 9) a to i v případě, jsou-li umístěny mimo dům, jakož i včetně podílu na příslušenství domu a stavbách vedlejších včetně jejich příslušenství určených pro společné užívání; nebytovým prostorem nejsou příslušenství bytu ani společné části domu. Cena bytu a cena nebytového prostoru se zjistí jako podíl z ceny stavby. Velikost tohoto podílu se rovná poměru podlahové plochy bytu nebo nebytového prostoru k součtu podlahových ploch všech bytů a nebytových prostorů ve stavbě, do něhož se nezapočítávají plochy společného příslušenství stavby. Přitom se přihlíží k vybavení a stavu bytu nebo nebytového prostoru. Cena příslušenství stavby, které není stavebně její součástí, jako jsou zejména venkovní úpravy, studny a vedlejší stavby sloužící výhradně společnému užívání, se pro účely ocenění bytu nebo nebytového prostoru započte do ceny stavby. Jsou-li vlastnické vztahy ke stavbě a pozemku shodné, cena pozemku se rovněž započte do ceny stavby. Podlahová plocha bytu nebo nebytového prostoru je součet všech plošných výměr podlah jednotlivých místností a prostor tvořících příslušenství bytu nebo nebytového prostoru.

²⁹ návrh nového ust. 696 o.z. dle sněmovního tisku 805/0 publikováno na www.psp.cz

zvláštní oblíby.³⁰ Tuto navrhovanou změnu právní úpravy lze označit za nejvíce zdařilou, konformní s dosavadními rozhodnutími Ústavního soudu.

Závěr

K jakým závěrům lze dospět na základě výše uvedeného? Do budoucna by měl předně zákonodárce přistoupit k vyplnění mezery v právu vzniklé v důsledku vydání zrušovacího nálezu Ústavního soudu Pl. ÚS 3/2002 tak, že bude do právního řádu zaveden právní instrument, vytvořena pozitivní právní úprava zvyšování nájemného u bytů stzv. regulovaným nájemným. Absence takové právní úpravy je uváděna ve všech nálezech Ústavního soudu, při přijímání všech náhradních řešení zákonodárcem vytvořeného stavu. Existence takové právní úpravy nezasahuje do zásady autonomie vůle, když je zapotřebí vážít práva obou stran daného právního vztahu nájemce i pronajímatele jejich ústavně zaručená práva- právo na bydlení a právo vlastnické. Argumentace zvolená v důvodové zprávě již schváleného návrhu zákona – sněmovní tisk č. 728/0, kterým se mění z.č. 107/2006 Sb. o jednostranném zvyšování nájemného je nesprávná. Nedostatky sociální politiky státu, který nevytváří tzv. sociální bydlení, resp. dostatečně nekompensuje sociálně potřebným výši jimi placeného nájemného např. v rámci příspěvku na bydlení nelze přenášet na jiné, v tomto případě na pronajímatele bytů, a to plošně bez zřetele ke konkrétní sociální potřebnosti konkrétního nájemce.³¹ Nelze tímto způsobem pozitivně diskriminovat skupinu nájemců bydlících v bytech s tzv. regulovaným nájemným.

Závěry de lege lata jsou obtížnější. Stávající spory o zvýšení nájemného za dobu do 30.3.2006 mají být dle obecně závazných názorů Ústavního soudu. Obecné soudy přitom jsou povinny plnit poučovací povinnost dle ust. § 5 o.s.ř. a ust. § 92 o.s.ř.

Za dobu od 30.3.2006 je možno zvyšovat nájemné pouze podle z.č. 107/2006 Sb. Je otazné, zda jde skutečně o jedinou cestu, a to vzhledem k posouzení ústavnosti tohoto právního předpisu. Zejména vzhledem k přijaté novele tohoto právního předpisu prodlužující období deregulace a fixující zvýšení na stav cen ve stavu ke dni 1.7.2009 je souladnost této právní úpravy s ústavním pořádkem velmi diskutabilní. Tam, kde se pronajímatel nedomohl svých nároků, tedy rozdílu mezi obvyklým nájemným a tzv. regulovaným nájemným, může uplatnit u soudu žalobu na náhradu škody, nyní dle plenárního nálezu ze dne 28.4.2009. Jde o řešení zdánlivě snadné. Jak je rozebráno výše, skutečně pouze zdánlivě.

Je zcela zřejmé, že plenární nález Ústavního soudu ze dne 28.4.2009 je reakcí na dlouhodobou nečinnost zákonodárce, snahou o vytvoření mechanismu pro zachování rovnováhy mezi ochranou vlastnického práva pronajímatelů bytů a obecnými zájmy společnosti. Vytvoření sekundárního odpovědnostního vztahu vůči státu není řešením podstaty problému. Podstata problému může být vyřešena pouze mechanismem upravujícím závazkový vztah mezi účastníky dotčeného právního vztahu, tedy mezi pronajímatelem a nájemcem. Takovéto řešení je souladné s metodou právní regulace občanskoprávní vztahů.

³⁰ důvodová zpráva uvedená u sněmovního tisku 805/0 obecná část bod 1.2., zvláštní část k bodu 11.

³¹ Občas se lze setkat i s argumentem, že ten který nájemce se přece nebude „doprošovat“ o dávky. Takovýto argument neobstojí.

Literature:

- Holländer, P: Filosofie práva, Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, 1 vydání, 303 stran, ISBN: 80-86898-96-2.
- Holländer, P: Ústavněprávní argumentace ohlednutí po deseti letech Ústavního soudu. Praha: Linde, 2003, 103 stran, ISBN : 80-86131-37-8.
- Hurdík, J.: Zásady soukromého práva. Brno: Masarykova univerzita, 1998, 168 stran, ISBN: 80-210-2001-6.
- Weiberger, O: Norma a instituce (Úvod do teorie práva). Brno: Masaryková univerzita , 1995, 217 stran ISBN: 80-210-1123-8.
- Zoulík, F: Soukromoprávní ochrana slabší smluvní strany [Právní rozhledy 3/2002, s. 109] www.beck-online.cz
- sněmovní tisk 728/0 novela zákona o jednostranném zvyšování nájemného z bytu, publikována na www.psp.cz
- sněmovní tisk 631/0 návrh zákona o nájemném z bytů a jeho sjednávání, publikováno na www.psp.cz
- sněmovní tisk 805/0 novela občanského zákoníku, publikováno na www.psp.cz
- úst. z. 1/1993 Sb., Ústava ČR
- unesení č. 2/1993 Sb., kterým se vyhláší Listina základních práv a svobod
- z.č. 40/1964 Sb., občanský zákoník
- z.č. 107/2006 Sb., o jednsotranném zvyšování nájemného
- nálezy Ústavního soudu ČR: IV. ÚS 387/1999, I. ÚS 546/03, I. ÚS 625/03, I. ÚS 43/04, III.ÚS 104/04, I.ÚS 343/04, I.ÚS489/05, PI.ÚS 3/2002, PI ÚS 20/05, PI. ÚS 7/2007, PI ÚS –st. 27/09 publikované na www.nalus.usoud.cz
- rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR sp.zn. 25 Cdo 2064/2005, 25Cdo 1220/2007 publikována na www.nsoud.cz

Reviewer:

Jan Hurdík

Contact – email:

ingird.kovarova@osoud.olc.justice.cz

ROZHODČÍ DOLOŽKY (NEJEN) VE SPOTŘEBITELSKÝCH SMLOUVÁCH A OCHRANA ZÁKLADNÍCH LIDSKÝCH PRÁV

TEREZA KYSELOVSKÁ

Faculty of Law, Masaryk University, the Czech Republic

Abstract in original language:

Tato práce se zabývá otázkou rozhodčích doložek, které jsou obsaženy (nejen) ve spotřebitelských smlouvách a možností přímé aplikace norem na ochranu lidských práva a základních svobod v rozhodčím řízení. Zejména možnost ochrany v souvislosti s právem na spravedlivý proces, jak je stanoven článkem 6 odstavec 1 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod.

Key words in original language:

Rozhodčí doložky; spotřebitelské smlouvy; právo na spravedlivý proces; Evropská úmluva na ochranu základních práv a svobod.

Abstract:

This paper deals with the problem of arbitration clauses (not only) in consumer contracts and possible human rights consideration. Considerations especially from the point of view of the right to a fair trial, fair hearing. The main and in legal literature still unresolved question is if human rights guarantees should be applied to arbitration, voluntary or obligatory arbitration. In my work I will discuss among others the possible application of Article 6 Paragraph 1 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, with subsequent additional protocols, to arbitration proceedings.

Key words:

Arbitration clauses; consumer contracts; fair trial; European Convention on Human Rights.

1. ÚVOD

Předmětem tohoto příspěvku je stále aktuální téma (nejen) spotřebitelských smluv a rozhodčích doložek v rámci těchto smluv uzavřených. Předmětem zkoumání příspěvku je zejména zvážení možnosti aplikace norem chránících lidská práva a základní svobody jak vnitrostátního, tak mezinárodního původu na rozhodčí řízení. Důraz bude kladen na vztah článku 6 odstavec 1 Evropské úmluvy na ochranu lidských práv a základních svobod¹ (dále jen Evropská úmluva), tedy procesních norem jako další možný způsob ochrany spotřebitele, a rozhodčí řízení.

Možnost podřídit řešení sporů rozhodčímu řízení je jedním ze základních projevů autonomie vůle stran v oblasti procesního práva.² Rozhodčí řízení je jeden z alternativních způsobů řešení sporů. Strany při něm docházejí k řešení prostřednictvím neutrální osoby, která spor po

¹ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocol No 11, Rome, 4.11.1950, publikovaná ve Sbírce zákonů pod číslem 209/1992 Sb. Dostupné z <http://www.coe.int/>.

² Rozehnalová, N. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. Praha: ASPI, 2008, s. 50.

provedení více či méně formální procedury rozhodne nálezem, který je uznatelný a vykonatelný státní mocí.³ Jednou z mnoha výhod rozhodčího řízení je mimo jiné rychlost řízení, omezení národního soudu v možnosti přezkumu rozhodčího nálezu⁴ (vizte například § 31 zákona o rozhodčím řízení⁵) apod.

Oprávnění k uzavření rozhodčí smlouvy můžeme hledat v jedné ze základních svobod, a to ve svobodě projevu vůle. Svobodu projevu vůle garantují jak ústavněprávní normy vnitrostátního původu (článek 2 odstavec 3 Listiny základních práv a svobod České republiky), tak normy mezinárodní, zejména pak Evropská úmluva. Autonomii vůle a svobodné individuální jednání jednotlivce tak lze chápat jako limitaci státu omezovat jeho jednání jinak než mimo výslovný zákonný zákaz nebo výslovný zákonný imperativ, ale zároveň také jako plný respekt státu k výkonu svobodné vůle, resp. respekt k těm jednáním, která nebudou vybočovat z jednání výslovně zakázaného nebo přikázaného.⁶

2. SPOTŘEBITEL A ROZHODČÍ ŘÍZENÍ

Spotřebitel je v kontrakčním procesu považován za slabší stranu. Je proto chráněn právními předpisy jak v oblasti hmotného práva, tak procesního práva. V praxi se ale často setkáváme se smlouvami, které jsou uzavírány mezi spotřebitelem jako fyzickou osobou a obchodníkem. Často se jedná o smlouvy typu spotřebitelský úvěr, finanční půjčky a jiné. Tyto smlouvy obsahují rozhodčí doložky nejčastěji ve prospěch rozhodčích soudů ad hoc nebo rozhodců, obvykle se sídlem v místě podnikání společnosti poskytující tyto úvěry. Podnikatelé využívají jisté laxnosti spotřebitelů při uzavírání smluv tohoto typu, zneužívají rozhodčí doložky, které se stávají součástí jejich obchodních podmínek, a tím se snaží omezit spotřebitele v jeho právu na přístup k soudu a zákonnému soudci. Tato praxe je zejména v České republice umožněna neexistující legislativou, která by obsahovala mechanismy pro řešení těchto sporů se spotřebiteli.

V souvislosti s ochranou spotřebitele byla na půdě Evropských společenství vydána směrnice číslo 93/13/EHS, o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách⁷. Tato směrnice bohužel nebyla do českého právního řádu implementována v pořádku. Její implementace vykazuje řadu nepřesností a chyb. Zejména je třeba poukázat na její přímý

³ Raban, P. Alternativní řešení sporů, arbitráž a rozhodci v České a Slovenské republice a zahraničí. Praha: C. H. Beck, 2004, 42.

⁴ Landlot, P. Limits on Court Review of International Arbitration Awards Assessed in light of States' Interests and in particular in light of EU Law Requirements, *Arbitration International*, 2007, vol. 23, no. 1, s. 65-66.

⁵ Zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, ve znění pozdějších předpisů.

⁶ Bělohlávek, A. J. Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2008, s. 203 (dále citováno jako Bělohlávek).

⁷ Směrnice Rady 93/13/EHS ze dne 5. Dubna 1993 o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách. Dostupné z <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=DD:15:02:31993L0013:CS:PDF>

rozpor s článkem 31 zákona o rozhodčím řízení a článkem 55 odstavec 2 občanského zákoníku.⁸

3. PŘÍPAD CLARO V MÓVIL

V literatuře často diskutovaný případ týkající se vztahu spotřebitelských smluv a rozhodčího řízení byl tzv. případ Claro v Móvil⁹. Tento rozsudek není přímo předmětem zkoumání tohoto příspěvku, přesto slouží jako výchozí bod dalšího uvažování. Evropský soudní dvůr v této věci rozhodl, že rozhodčí nález může být zrušen soudem členského státu, pokud bylo rozhodčí řízení založeno na rozhodčí doložce, která byla nekalým smluvním ujednáním ve smyslu této směrnice. Důvod pro zrušení rozhodčího nálezu byl dle Evropského soudního dvora rozpor s tzv. evropským veřejným pořádkem. Jeho součástí je i ochrana spotřebitele před nekalými smluvními ujednáními. Dle Evropského soudního dvora je tak rozhodčí řízení určeno zejména pro obchodníky a spotřebitelé mají vést své spory v rámci alternativních způsobů jejich řešení nebo před obecnými soudy.¹⁰

Zajímavý z hlediska tohoto příspěvku je stanovisko Generálního advokáta ve výše uvedené věci¹¹. Ten v bodě 57 a následující svého stanoviska argumentaci založil také na rozporu s veřejným pořádkem, ale nikoliv přímo na ochraně spotřebitele, ale na právu na spravedlivý proces a právo být slyšen před nestranným soudem. Tato práva vychází ze základních zásad, na kterých je Společenství založeno. Tato práva by byla narušena, pokud by národní soud nemohl namítnout neplatnost rozhodčí doložky v sekundárním vykonávacím řízení.

4. ROZHODČÍ ŘÍZENÍ A OCHRANA LIDSKÝCH PRÁV A ZÁKLADNÍCH SVOBOD

Jak vyplývá z výše uvedeného případu Claro v Móvil, otevírá se další možnost obrany (nejen) spotřebitele. Právo na spravedlivý proces, právo být slyšen u soudu, právo na zákonného soudce patří do katalogu lidských práv a základních svobod. Pro teorii i praxi se tak otevírá velmi zajímavá otázka možnosti (přímé) aplikace těchto základních procesních práv na rozhodčí řízení.

Právní úprava spravedlivého procesu v dnešní Evropě tvoří víceúrovňový systém, jehož složky jsou ve vzájemném souladu. Každý členský stát disponuje svým vlastním katalogem lidských práv, který obsahuje i ustanovení o spravedlivém procesu. V českém právním pořádku článek 36, resp. 38 Listiny základních práv a svobod. V systému Evropských společenství byla ochrana lidských práv považována za něco, co není v jejich kompetenci a

⁸ Rozbor uvedené směrnice není předmětem tohoto příspěvku, v podrobnostech odkazují zejména na článek Nový, Z. Arbitration Clauses as Unfair Contract Term: Some Observations on the ECJ's Claro Case. In Cofola 2008. Brno: Právnická fakulta MU, 2008, od s. 76-89, 24 s, ISBN 978-80-210-4629-0 (dále citováno jako Nový).

⁹ Case C-168/05 Elisa Maria Mostaza Claro v Centro Movil Milenium SL [2006] ECR I-10421, dostupné z <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005J0168:CS:HTML> [citováno 20.5.2009].

¹⁰ Nový, s. 76.

¹¹ Stanovisko Generálního advokáta Antonia Tizzina předneseného den 27, dubna 2006 ve věci C-168/05, dostupné z <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005C0168:CS:HTML> [citováno 20.5.2009].

stojí mimo *acquis communautaire*. Otázka lidských práv byla přenechána Evropského soudního dvoru a mechanismům vytvořeným podle Evropské úmluvy. Převládá názor, že ekonomické vztahy a lidská práva spolu nesouvisí. Pojem základních lidských práv se dostal do závazných dokumentů „zpětně“ díky judikatuře Evropského soudního dvora, který odkázal na Evropskou úmluvu a její katalog základních práv v roce 1975 v rozhodnutí ve věci *Rutili*.¹²

V mezinárodním prostředí se otázka lidských práv dostává stále více do popředí i například v právu WTO, světových ekonomických organizací apod.¹³

Evropská úmluva obsahuje úpravu práva na spravedlivý proces v článku 6 odstavec 1:

*„Každý má právo na to, aby jeho záležitost byla spravedlivě, veřejně a v přiměřené lhůtě projednána nezávislým a nestranným soudem zřízeným zákonem, který rozhodne o jeho občanských právech nebo závazcích nebo o oprávněnosti jakéhokoli trestního obvinění proti němu...“*¹⁴

V mezinárodním prostředí je přímá aplikace ustanovení Evropské úmluvy a vůbec vztahu procesní garance lidských práv a svobod k rozhodčímu řízení stále otevřenou otázkou. První debaty o aplikaci norem na ochranu lidských práv v rozhodčím řízení proběhly v 80. letech 20. stol. Přímá aplikovatelnost byla odmítnuta ze dvou důvodů. A sice rozhodčí soud není soudem ve smyslu článku 6 Evropské úmluvy a arbitráž jako taková nespadá do jejího věcného rozsahu.¹⁵

Dříve se o ochraně lidských práv účastníků rozhodčího řízení neuvažovalo především proto, že se jako dostatečná ochrana jevila úprava Newyorské úmluvy, kde je možné dohledat závazek k ochraně spravedlivého procesu.

V posledních letech se ale Evropský soud pro lidská práva (dále jen ESJP) ve své rozhodovací praxi setkává s problematikou rozhodčího řízení. Tato judikatura je zajímavá pro definování rozhodčího řízení a vymezení jeho postavení ve vztahu k ostatním systémům rozhodování sporů. Tato problematika je řešena v souvislosti s otázkou, do jaké míry je možné tuto úpravu aplikovat na činnost rozhodců, do jaké míry je možné se této úpravě vzdát, případně ji smluvně modifikovat ve smyslu možnosti uzavřít rozhodčí smlouvu a sjednat další postup v řízení před rozhodci.¹⁶

¹² Šimáčková, K., Koláčková, J. Právo na spravedlivý proces v prostoru Evropských společenství. Právní fórum, Evropské právo, č. 11, 2005, s. 423.

¹³ K tomu blíže vizte McDonald, N. More Harm than Good? Human Rights Considerations in International Commercial Arbitration. *Journal of International Arbitration*, 20/6, 2003, s. 525.

¹⁴ V souvislosti s článkem 6 odstavec 1 Evropské úmluvy je diskutována otázka, zda například taxativní výčet důvodů pro zrušení rozhodčího nálezu není v rozporu s těmito procesními právy. Dle Běloháveka k rozporu nedochází, neboť se jedná o přezkum rozhodnutí učiněného na základě a v důsledku dobrovolné delegace rozhodovací pravomoci stranami sporu. Evropská úmluva poskytuje státům možnost upravit si případný soudní přezkum a jeho alternativy podle jeho vlastní a svobodné vůle. Bělohávek, s. 211.

¹⁵ Jaksic, A. Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings. A still Unsettled Problem? *Journal of International Arbitration*, 24/2, 2007, s. 159.

¹⁶ Bělohávek, s. 202-203.

Vztah mezi rozhodčím řízením a článkem 6 odstavec 1 Evropské úmluvy lze posoudit z několika hledisek. Na úvod je třeba poznamenat, že ESLP ve vztahu Evropské úmluvy a rozhodčího řízení striktně rozlišuje mezi rozhodčím řízením povinným a dobrovolným. Je-li řízení vedeno na základě povinné arbitráže (tento způsob české právo nezná), je článek 6 aplikovatelný, neboť rozhodčí řízení je jen jiným způsobem soudního řízení v tomto případě¹⁷.

Je-li vedeno rozhodčí řízení na základě dobrovolného rozhodnutí stran (na základě rozhodčí smlouvy), nepodléhá toto dle judikatury ESLP článku 6 odstavec 1 a zároveň jednání rozhodčího soudu není přičitatelné státu, tedy stát není ve smyslu Evropské úmluvy odpovědný za konání takového rozhodčího soudu.

Důvody pro odmítnutí přímé aplikace článku 6 před rozhodci je možné rozdělit na tři argumenty.

První se zabývá tzv. konceptem vzdání se práv.¹⁸ V chvíli, kdy se strany rozhodnou předložit svůj spor k řešení arbitráži, vzdávají se práv zakotvených v článku 6. Tento argument je dnes ve své striktní podobě odmítán, naopak se přijímá možný přístup ve smyslu částečného vzdání se práv. Ale i tento přístup je do značné míry kontroverzní a vznáší otázky, jaký je rozsah práv, kterých se strany vzdávají? Dle Bessona lze považovat za takováto práva právo na přístup k obecnému soudu za účelem dosažení rozhodnutí v meritu sporu a právo na veřejné projednání u soudu. Dle dalších autorů¹⁹ rozhodčí smlouva nutně neobsahuje vzdání se práva na odůvodněné rozhodnutí, jednání v přiměřené lhůtě, nezávislý a nestranný soud a právo na vyjádření se k otázkám, které se před soudem objeví.

Jako další argument pro odmítnutí aplikace Evropské úmluvy před rozhodci je doslovná interpretace Evropské úmluvy, a sice že rozhodčí soud není soudem ve smyslu článku 6 odstavec 1. Tento argument podle mého názoru je příliš restriktivní a je v rozporu se smyslem uvedeného ustanovení. Nicméně dle Ústavního soudu České republiky není stálý rozhodčí soud považován za orgán veřejné moci a tedy jeho rozhodčí nálezy nemohou být rozhodnutím orgánu veřejné moci²⁰. Pravomoc rozhodců je založená smlouvou delegující vůli stran. Rozhodce dle ústavního soudu nenalézá právo, ale tvoří závazkový vztah v zastoupení stran. Jeho pravomoc tak není delegována svrchovanou mocí státu, ale pochází se soukromé vůle stran rozhodčí smlouvy.²¹ Ústavní soud se tak přiklonil k tzv. smluvní teorii.²² Ústavní soud

¹⁷ Besson, S. Arbitration and Human Rights. ASA Bulletin, No. 3, 2006, s. 398.

¹⁸ Samuel, A. Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights. Journal of International Arbitration, 21/5, 2004, s. 417 a násl.

¹⁹ Robinson, W., Kasolowsky, B. Will the United Kingdom's Human Rights Act Further Protect Parties to Arbitration Proceedings? Arbitration International, Vol. 18, No. 4, s. 464.

²⁰ Usnesení Ústavního soudu sp.zn. IV ÚS 174/02, publikováno ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu ČR, Svazek 27, č. 20.

²¹ Blíže vizte například Růžička, K. K otázce právní povahy rozhodčího řízení. Bulletin advokacie, č. 5. 2003, s. 32-40.

navíc ve své rozhodovací činnosti nepřipouští přímé podání ústavní stížnosti proti rozhodčímu nálezu, neboť strany nevyčerpaly všechny procesní prostředky, které jim právo nabízí. Zde by bylo možno doporučit podání návrhu na zrušení rozhodčího nálezu k obecnému soudu dle zákona o rozhodčím řízení. Tím se stěžovatel dostane do soustavy obecných soudů, v případě neúspěchu a naplnění podmínek stanovených občanským soudním řádem může podat odvolání, dovolání po vyčerpání opravných prostředků bude moci podat ústavní stížnost. V případě ryze spotřebitelských smluv a podání založenému na rozhodčí doložce jako nekalého smluvního ujednání je pak rozhodující (a možná velmi obtížné) udržet důkazní břemeno ve smyslu toho, zda se jedná o spotřebitele.

Jako třetí argument se uvádí samotná struktura Evropské úmluvy.²³ Tato se vztahuje pouze na smluvní státy. Stát je garantem závazků, které převzal Evropskou úmluvou na základě jejího článku 1. Odpovědnost státu je dána, pouze pokud stát uzná určité jednání soukromoprávních subjektů za jednání jím dovolené, ačkoliv by šlo o jednání v rozporu s právem. Evropská úmluva zároveň stanoví poměrně vysoký standart smluvní volnosti, pokud se jedná o rezignaci soukromoprávních subjektů na svá práva.²⁴ Smluvní státy jsou odpovědné za aplikaci norem chránících základní lidská práva. Tím se podle mého názoru dostáváme k popření smluvní doktríny rozhodčího řízení. Smluvní státy se nemohou zbavit závazků, které pro ně vyplývají z mezinárodněprávních závazků. Smluvní státy musí zajistit, aby zajistily efektivní používání lidských práv.²⁵ Pokud rozhodčí řízení zbavuje jednotlivce jeho občanských práv, je za to tento stát odpovědný.

Lze se tak přiklonit k jurisdikční teorii rozhodčího řízení. Arbitráž probíhá v rámci určité jurisdikce státu a v rámci určitého konkrétního právního a ústavního systému. Ten umožňuje projednání a rozhodnutí sporu soukromoprávními subjekty na základě platné rozhodčí smlouvy a stanoví rámec pro arbitrabilitu sporu.²⁶

Otázka přímé aplikace článku 6 odstavec 1 Evropské úmluvy souvisí s možným horizontálním působením ústavních norem na ochranu lidských práv a základních svobod. Tyto normy mají primárně vertikální dopad, neboť existují mezi jednotlivcem a státem. Pojem horizontální působení práv je chápáno mezi soukromými subjekty, tzn. Mezi subjekty sobě rovnými. Lidsko-právní katalogy působí a jsou formulovány primárně vertikálně, chrání jednotlivce před zásahy veřejné moci, nikoliv před zásahem soukromého subjektu, zakotvují

²² K jednotlivým teoriím vizte například rozbor v Bělohávek, A. J., Pezl, T. Postavení rozhodčího řízení v systému ochrany práv a ústavního pořádku české republiky a dalších zemí. *Právní rozhledy*, 2004, č. 7, s. 257-258.

²³ Besson, s. 401.

²⁴ Bělohávek, s. 211.

²⁵ Jaksic, A. Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings. A still Unsettled Problem? *Journal of International Arbitration*, 24/2, 2007, s. 161.

²⁶ Bělohávek, A. J., Pezl, T. Postavení rozhodčího řízení v systému ochrany práv a ústavního pořádku české republiky a dalších zemí. *Právní rozhledy*, 2004, č. 7, s. 259.

veřejná subjektivní práva jednotlivců.²⁷ Dle zákona o Ústavním soudu neexistuje přímý ústavní prostředek, kterým by bylo možné se domáhat ochrany svého ústavního práva proti zásahu někoho jiného než orgánu veřejné moci. Tento přístup je tradiční, přesto se lze v posledních letech setkat i možným horizontálním působením základních lidských práv. Jako typickou možností je v literatuře uváděna problematika sporů na ochranu osobnosti. Možnost jakéhosi nepřímého horizontálního působení je „prozařování“ základních práv právním řádem. Tento pojem pochází z německého *drittwirkung* a je užíván i v judikatuře českého Ústavního soudu.²⁸

5. DŮVODY PRO PŘIJETÍ APLIKACE ČLÁNKU 6 Odstavec 1 EVROPSKÉ ÚMLUVY NA ROZHODČÍ ŘÍZENÍ

V případě možné aplikace Evropské úmluvy je nutné samozřejmě brát v úvahu všechny podmínky uzavření rozhodčí smlouvy. Podle mého názoru nelze jednoznačně říci, zda přímá aplikovatelnost článku 6 odstavec 1 může rozhodčí řízení nějakým způsobem zvýhodnit či naopak poškodit. Lze také říci, že judikatura ESPL by mohla být použita jako harmonizační nástroj pro vytváření jednotných pravidel v mezinárodní obchodní arbitráži. Není důvod, proč by normy chránící lidská práva a základní svobody nemohly být aplikovány i v mezinárodních obchodněprávních vztazích. Naopak, jak bylo uvedeno výše, vývoj ukazuje posun v této oblasti. Lidskoprávní instrumenty začínají být považovány nikoliv za pouze jakési ideály, ale za něco, co má zcela reálnou funkci.²⁹

Z judikatury ESLP dále vyplývá, že rozhodčí soud lze považovat za subjekt práv ve smyslu článku 6 odstavec 1 Evropské úmluvy. Rozhodčí doložku nelze považovat za automatické vzdání se všech práv tímto článkem zakotvených a rozhodci jsou jakýmsi substitutem soudců, neboť mají zvláštní práva a povinnosti, která jsou za jiných okolností svěřena soudcům.³⁰ Jako další logický argument se nabízí, že by bylo značně neefektivní, aby smluvní státy byly povinny zajistit dodržování práv stanovených Evropskou úmluvou obecnými soudy a zároveň to stejné nepožadovaly od rozhodčích soudů. Je i v zájmu rozhodců, aby jejich rozhodčí nálezy byly uznatelné a vykonatelné, a nikoliv odmítáno jejich uznání a výkon na základě rozporu s právem na spravedlivé řízení.

6. ZÁVĚR

Z výše uvedeného můžeme učinit závěr, že vliv lidských práv a zejména Evropské úmluvy na rozhodčí řízení je nezanedbatelný. Ačkoliv ESLP se stále ve své judikatuře nevyjádřil k vztahu dobrovolné arbitráže a článku 6 odstavec 1, zdá se, že členské státy se čím dále více přímo obracejí k aplikaci uvedeného ustanovení.³¹ Článek 6 odstavec 1 je přímo aplikovatelný na tzv. povinnou arbitráž a na soudní řízení spojené s rozhodčím řízením. Jak vyplývá i

²⁷ Klíma, K. (ed.). *Interpretace práva ústavními soudy*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, s. 15-16.

²⁸ *Ibid.*, s. 21.

²⁹ Emberland, M. *The Usefulness of Applying Human Rights Arguments in International Commercial Arbitration*. *Journal of International Arbitration*, 2003, 20/4, s. 361.

³⁰ Besson, s. 402.

³¹ Besson, s. 406.

z rozhodovací činnosti ESPL, jeho potenciál v rámci rozhodčího řízení je nezanedbatelný. Dále je možné dovodit, že je aplikovatelný také na rozhodčí řízení tzv. dobrovolné.

Míra uplatnitelnosti koncepce horizontálního působení základních lidských práv závisí na vymezení a nastavení hranic mezi právem ústavním a podústavním. Ale zejména na tom, do jaké míry bude v této otázce Ústavní soud aktivní nebo naopak zdrženlivý.

Literature:

- Bělohávek, A. J. Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2008, 2408 s.
- Bělohávek, A. J., Pezl, T. Postavení rozhodčího řízení v systému ochrany práv a ústavního pořádku české republiky a dalších zemí. Právní rozhledy, 2004, č. 7, s. 256-261.
- Besson, S. Arbitration and Human Rights. ASA Bulletin, No. 3, 2006, s. 395-416.
- Emberland, M. The Usefulness of Applying Human Rights Arguments in International Commercial Arbitration. Journal of International Arbitration, 2003, 20/4. Kluwer Law International.
- Jaksic, A. Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings. A still Unsettled Problem? Journal of International Arbitration, 24/2, 2007, pp. 159-172. Kluwer Law International.
- Klíma, K. (ed.). Interpretace práva ústavními soudy. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, s. 126, ISBN 80-86898-82-2.
- Landlot, P. Limits on Court Review of International Arbitration Awards Assessed in light of States' Interests and in particular in light of EU Law Requirements, Arbitration International, 2007, vol. 23, no. 1, s. 65-66.
- McDonald, N. More Harm than Good? Human Rights Considerations in International Commercial Arbitration. Journal of International Arbitration, 20/6, 2003, s. 523-538. Kluwer Law International.
- Nový, Z. Arbitration Clauses as Unfair Contract Term: Some Observations on the ECJ's Claro Case. In Cofola 2008. Brno: Právnická fakulta MU, 2008, od s. 76-89, 24 s., ISBN 978-80-210-4629-0.
- Pecha, R. K právní povaze rozhodčích nálezů, Bulletin advokacie, č. 5, 2003, s. 41-45.
- Raban, P. Alternativní řešení sporů, arbitráž a rozhodci v České a Slovenské republice a zahraničí. Praha: C. H. Beck, 2004, 765 s, ISBN 80-7179-873-8.

- Robinson, W., Kasolowsky, B. Will the United Kingdom's Human Rights Act Further Protect Parties to Arbitration Proceedings? *Arbitration International*, Vol. 18, No. 4, 2002. Kluwer Law International.
- Rozehnalová, N. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. Praha: ASPI, 2008, s. 386, ISBN 978-80-7357-324-9.
- Růžička, K. K otázce právní povahy rozhodčího řízení. *Bulletin advokacie*, č. 5. 2003, s. 32-40.
- Samuel, A. Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights. *Journal of International Arbitration*, 21/5, 2004, pp. 413-438.
- Šimáčková, K., Koláčková, J. Právo na spravedlivý proces v prostoru Evropských společenství. *Právní fórum, Evropské právo*, č. 11, 2005, s. 421-430.

Reviewer:

Naděžda Rozehnalová

Contact – email:

tereza.kyselovska@law.muni.cz

BOUNDS OF AN AUTONOMOUS WILL OF PARTIES IN CASES OF SURROGACY AGREEMENTS

JANA LOJKOVÁ

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Náhradní mateřství je jednou z nejvíce diskutovaných a kritizovaných metod asistované reprodukce. Ve sporech o přípustnost dohod, které mezi sebou uzavírají neplodné páry a náhradní matky na sebe naráží princip autonomie vůle stran a určitých hodnot, které pro společnost představuje lidský život, mateřství a rodičovství vůbec. Příspěvek se pokusí zdůraznit některé zásadní argumenty zastánců obou zmíněných pozic, poukázat na jejich klady i zápory a zároveň popsat, jak na tyto problémy reaguje právo.

Key words in original language:

Náhradní mateřství; sociální rodiče; mateřství; rodičovství; děti; autonomie; smlouva.

Abstract:

Surrogacy is one of the most discussed and criticized methods of assisted reproduction. Surrogacy agreements create a space for a conflict of an autonomy principle and values that are embodied in human life, motherhood and parenthood in general. This contribution attempts to emphasize the most crucial arguments of supporters of both positions, to point out positives and negatives of their theories and to describe how does a law react to them.

Key words:

Surrogacy; social parents; motherhood; parenthood; children; autonomy; contract.

Úvod

Náhradní mateřství je jednou z nejvíce diskutovaných a problematických metod asistované reprodukce. Původní altruistický model zahrnoval situace, kdy žena neschopná z nejrůznějších zdravotních důvodů donosit a porodit dítě požádá ženu jinou, aby toto učinila za ni. Vědecký pokrok umožňuje bez větších obtíží takovéto přání splnit, vajíčko ženy je, nejčastěji mimo tělo s využitím jiné metody asistované reprodukce, oplodněno spermií muže, jejího manžela či stálého partnera a následně přeneseno do těla náhradní matky, kde se dále vyvíjí, roste a následně je porozeno. Po nezbytně nutné době je pak dítě předáno do péče dárců vajíčka a spermie a se svou náhradní matkou se třeba už nikdy nevidí, což nebývá pravidlem právě u altruistických náhradních mateřství, kde je náhradní matka vyhledávána v okruhu nejbližších přátel nebo dokonce příbuzných.

Možností, kterých lze při náhradním mateřství využívat, je samozřejmě více. Předně může být k vytvoření embrya použito vajíčko samotné náhradní matky, což nám ukazuje na teoretickou variantu, že by se jednalo o metodu asistované reprodukce, lékařská asistence při ní v podstatě vyžadována není. Mám však na mysli především modely, které nám ozřejmují, proč jde o metodu tolik spornou a podléhající velice emotivním reakcím široké laické i odborné veřejnosti. Původní myšlenka soucitné pomoci páru marně toužícímu po vlastním dítěti je totiž do značné míry modifikována případy, kdy je za tuto „službu“ požadována finanční náhrada, setkáme se s termíny jako „pronájem dělohy, vlastního těla“, logicky samozřejmě

především v souvislosti se ženami ze sociálně slabých vrstev, které tímto způsobem řeší svou obtížnou finanční situaci a jsou nepochybně v jistém smyslu zneužívány, protože za jiných okolností by k podobnému způsobu výdělků svolné nebyly. Nemůžeme zde zároveň opomenout ani oprávněné obavy ze směřování námi zkoumaného institutu do budoucna, kdy samozřejmě hrozí, že jej budou využívat i ženy, kterým v mateřství nebrání žádné fyzické překážky, nejsou nicméně ochotné podstoupit těhotenství kvůli jeho náročnosti, z obav o kariérní postup či štíhlou linii.

Právní řády zemí, které mají náhradní mateřství upraveny legislativou nicméně uznávají, že je i v této oblasti nutné respektovat autonomii vůle stran a uzavírání dohod v tomto směru tolerovat, samozřejmě s jistými nutnými výjimkami a omezeními, které naráží na principy, na jejichž ochraně je nutné trvat. Právě těmto problémům bude následující text věnován především.

1. BRITSKÁ ÚPRAVA

Jednou ze zemí, kde byl vydán speciální zákon věnovaný problematice náhradního mateřství je Velká Británie a její Surrogacy Act z roku 1985. Zvolená právní úprava vychází částečně ze závěrů, které přinesl Warnock Report¹ v roce 1984. Komise, jíž předsedala Mary Warnock, tehdy byla ustavena, aby posoudila vývoj medicíny a vědy obecně a jejich možný vliv na oblast lidské reprodukce. Měla přijmout doporučení ohledně opatření a záruk, která by se v této oblasti měly prosazovat v souvislosti s jejich sociálními, etickými a právními aspekty a možnými dopady. Vyplynuly z ní i některé zásadní morální problémy a námitky, jež s sebou náhradní mateřství nese:

- 1) možnost využívat dělohu pro finanční zisk není v souladu s lidskou důstojností
- 2) vědomé otěhotnění s úmyslem vzdát se dítěte zásadním způsobem narušuje vztah mezi dítětem a matkou
- 3) náhradní mateřství je ponižující, lze je přirovnat k prodávání dětí
- 4) těhotenství je spojeno s určitými riziky, žádná žena by proto neměla být žádána o podstoupení tohoto rizika kvůli finančnímu zisku

Přes naznačené skutečnosti bylo uznáno, že je nutné náhradní mateřství právně regulovat, neboť rizika, která mohou plynout z absence právního rámce a nelegálních uskutečňování takovýchto kontraktů, jsou mnohem větší. Podobně jako česká úprava, i ta britská vychází ze zásady, že matkou dítěte je žena, která jej porodila, Surrogacy Act však do jisté míry usnadňuje následný proces adopce, kterým se na základě smlouvy o náhradním mateřství stává komisionářský nebo také sociální, právní či adoptivní pár rodiči dítěte i z pohledu práva. O určení rodičovství tak v Británii může požádat ten, kdo splňuje tyto podmínky²:

- 1) dítě musí mít genetický vztah k jednomu či oběma potenciálním rodičům

¹ Warnock Report of the committee of inquiry into human fertilisation and embryology

² Fryštenská, M.: Otazníky okolo asistované reprodukce. In: Právo a rodina. Praha: Linde, č. 3, 2004, s. 16

- 2) potenciální rodiče musí být manželé, oba starší 18 let
- 3) náhradní matka a její partner, pokud tedy samozřejmě nějakého má, musí se žádostí souhlasit. Souhlas je možné vyslovit nejdříve 6 týdnů po narození dítěte
- 4) žádost musí být podaná nejpozději 6 měsíců po narození dítěte
- 5) dítě musí s potenciálními rodiči žít, a to ve Velké Británii

V souvislosti s právní úpravou náhradního mateřství je nutné zdůraznit skutečnost, že Human Fertilisation and Embryology Act z roku 1990 zakotvil v této souvislosti nemožnost právně vynutit povinnosti plynoucí z jakýchkoli smluv tohoto typu. Pokud si tedy náhradní matka v průběhu těhotenství vytvoří k dítěti citový vztah a odmítne jej v rozporu se svými povinnostmi plynoucími ze smlouvy sociálním rodičům předat, nemají tito žádné prostředky, jak ji k tomu donutit, v souladu s právem je matkou dítěte ona. Nevynutitelnost samozřejmě platí i v opačném směru, tedy pokud sociální rodiče ztratí o dítě z jakéhokoli důvodu zájem, nejsou povinni se ho ujmout, byť se k tomu smluvně zavázali.

Zřejmě nás nepřekvapí, že zákon rovněž zakazuje komerční formy náhradního mateřství, na druhou stranu však připouští, že je možné žádat náhradu nákladů, které se samozřejmě vyčíslují velice těžko a rozlišit míru mezi tím, co je ještě nezbytný náklad a co již lze považovat za zisk rozhodně není snadné. V souvislosti s finanční stránkou věci je ještě na místě doplnit, že do zprostředkování kontaktů mezi náhradními matkami a sociálními rodiči v Británii často vstupují soukromé agentury, žádná forma zisku pro ně se rovněž nepřipouští.

2. ZÁKLADNÍ NÁMITKY PROTI NÁHRADNÍMU MATEŘSTVÍ

Pojďme se nyní blíže věnovat některým základním námitkám, které byly jednak naznačeny ve Warnock Report, jednak na ně samozřejmě ve své argumentaci poukazují odpůrci institutu náhradního mateřství.

Z pohledu autonomie vůle smluvních stran je zásadním samotný závazek ženy předat po porodu dítě do péče a výchovy jiné ženy a vzdát se vůči němu veškerých svých oprávnění. Nemělo by nás překvapit, že si žena během těhotenství k dítěti vybuduje silný citový vztah, s kterým dopředu nepočítala, typicky pokud sama předtím vlastní dítě neprodila. Svého závazku pak lituje a dítě vydat odmítá. Vyvstává nám tak zde otázka, zda povinnost, která jí plyne ze smluvního vztahu založeného svobodně, dobrovolně a s plným vědomím všech relevantních okolností, tedy včetně rizika navázání citového pouta k dítěti je silnější než práva, která jí jako jeho matce náleží. Tuto situaci nám lépe ilustruje případ Baby M, jeden z prvních amerických judikátů k problematice náhradního mateřství.

2.1 BABY M

V roce 1985 došlo k sepsání trojstranného kontraktu mezi Mary Beth Whiteheadovou, vdanou ženou a matkou dvou dětí, jejím manželem a panem Sternem. Za částku 10.000\$ souhlasila paní Whiteheadová, že se nechá oplodnit spermií pana Sterna a společně se svým manželem ihned po porodu převedou veškerá svá rodičovská práva na manžele Sternovi (paní Sternová byla ve smlouvě zmíněna pouze na tomto místě jako budoucí matka dítěte). V březnu 1986 se narodila holčička, kterou si Sternovi vzali domů a dali jí jméno Melissa. Po několika dnech paní Whiteheadová prosila Sternovi, aby jí umožnili alespoň několikadenní kontakt s dcerou a

dali jí tak možnost rozloučit se, v opačném případě hrozila sebevraždou. Sternovi souhlasili, paní Whiteheadová však holčičku odmítala vrátit a vyhrožovala, že pokud dojde ke kontaktování policie nebo soudu, s dítětem uteče, k čemuž po obstarání předběžného opatření, na základě kterého byla dočasně péče o Melissu svěřena Sternovým, skutečně došlo. Do vyjednávání musela být zatažena policie, vše probíhalo velice dramaticky a emotivně a holčičku, které mezitím paní Whiteheadová začala říkat Sara, se podařilo do péče Sternových vrátit až v červenci během hospitalizace paní Whiteheadové na Floridě.

Soud v prvním stupni rozhodl, že smlouva byla uzavřena platně, všem stranám z ní plynou jistá práva a povinnosti a v souladu s nejlepším zájmem dítěte je, aby tedy bylo vychováváno Sternovými. Řadu komentátorů takovéto rozhodnutí překvapilo, jednak jím byla popřena veškerá práva paní Whiteheadové, převedším pak z toho důvodu, že pokud by nedošlo k výhrůzkám, únosům a jiným vyhoceným okolnostem, byl by zřejmě závěr přesně opačný.

Nejvyšší soud New Jersey tak později usoudil, že „smlouva o náhradním mateřství, kde žena, která dítě porodí, se nezrušitelně zaváže za úplatu vzdát svého dítěte, je neplatná a právně nevynutitelná.“ Z tohoto důvodu práva vůči Melisse nebyla platně převedena, paní Whiteheadová zůstává z pohledu práva její matkou. V nejlepším zájmu dítěte je však stále rodinné prostředí, proto měla zůstat v péči Sternových, paní Whiteheadové nicméně náleží práva kontaktu s dítětem.

2.2 ROZPOR S LIDSKOU DŮSTOJNOSTÍ

V diskusi o přípustnosti náhradního mateřství se nám tak střetávají dvě základní pozice, jedna namítá popírání autonomie ženy, zneužívání její tíživé situace, v které se rozhodla k náhradnímu mateřství zavázat, ať už měla původ ekonomický nebo například v pocitu určitého závazku odčinit vlastní reprodukční hříchy, prodělané interrupce apod. Druhá strana vychází z autonomie rovněž, tvrdí však, že právě respektování autonomie a individuální svobody zahrnuje akceptování skutečnosti, že lidé mohou dělat chyby, kterých budou později litovat. Poukazuje zároveň na skutečnost, že nedochází k žádnému zneužívání žen, namítat, že na takové zneužívání lze usuzovat již ze samotného podstupování riskantních věcí, je nedostatečné³. Jako příklad se zde nabízí srovnání s prodejem vlastních orgánů, které zákon zakazuje. Činí tak z toho důvodu, že se prodej považuje za zneužívání lidského těla, neboť nikdo by dobrovolně nenabídl svůj orgán cizímu člověku, nebýt vidiny finanční odměny. Uznává se sice, že pro řadu žen může náhradní mateřství znamenat snadnější a výhodnější možnost výdělku oproti jiným zaměstnáním, existují však samozřejmě i ženy, a jejich počet není nikterak zanedbatelný, které se cítí dobře během těhotenství, více žensky naplněním role matky, některé naopak nacházejí pocit uspokojení v altruistické pomoci neplodnému páru. Pokud uznáme, že alespoň některé z naznačených pocitů mohou být přítomny, není možné náhradní mateřství obecně považovat za degradující a využívající ženy.

Další, velice významnou námitkou, je rozpor s lidskou důstojností. Ten je spatřován hned v několika momentech. Předně je to poukaz na zneužívání, jehož aspekty je možné sledovat u všech zúčastněných stran. O situaci náhradní matky bylo pojednáno v předchozích odstavcích, lze o něm samozřejmě uvažovat i u adoptivních rodičů, kteří do celého procesu investují

³ Steinbock, B.: Surrogate Motherhood as Prenatal Adoption. In Human Reproductive Technologies and Human Genetics, s. 372

značné citové vypětí a obrovské očekávání, které nemusí dojít svého naplnění, pokud tedy nevybavíme smlouvy o náhradním mateřství právní vynutitelností. Vidinou šance stát se rodičem vlastního dítěte mohou být určitým způsobem manipulování k přistoupení na poněkud problematické podmínky, ke kterým by za jiných okolností nebyli svolní.

Třetí stranou, byť ne přímo účastnou smluvního vztahu, u které lze uvažovat o zneužívání, a to možná v největší míře ze všech naznačených případů, je samotné dítě. Byť se nade vše pochyby jedna o subjekt práva, samostatnou osobu nadanou lidskými právy, zde se stává předmětem kontraktu, položkou, o které je možné uzavírat smlouvu, se všemi důsledky, které to pro ni může mít. Jak kupříkladu řešit situace, kdy se dítě narodí nemocné, určitým způsobem „poškozené“, „s vadou“? V této souvislosti se jeví problematickým i kladení podmínek na chování náhradní matky v průběhu těhotenství, oprávněnost požadavků na zákaz kouření, konzumace alkoholických nápojů nebo praktikování rizikových sportů. Z dětí se tak v jistém smyslu stává komodita, rodiče si mohou vybírat jeho náhradní matku na základě jejích tělesných předpokladů, pokud je i genetickou matkou dítěte, na základě fyzických vlastností či inteligence tak, aby byla vyšší pravděpodobnost, že i dítě bude stejně jako ona vysoké, se světlými vlasy, nadané, s předpoklady pro dobrou kariéru apod.

Předmětem smlouvy o náhradním mateřství tedy nenarozené dítě být nemůže, občanský zákoník sice konstruuje jeho právní subjektivitu pouze podmíněně, nelze však pochybovat o tom, že postavení objektu právního vztahu, příměr k věci je velice nešťastný. Odhlédneme-li od morálních problémů, které by tato představa mohla vzbuzovat, už na základě textu občanského zákoníku bychom museli dojít k problematickým důsledkům. Věc je předmětem vlastnictví, které opravňuje k držbě, užívání, požívání jejích plodů a nakládání s ní. Nemohli bychom se vyhnout přemýšlení o tom, jestli je dítě předmětem výlučného vlastnictví jediné osoby, v podílovém spoluvlastnictví více osob nebo společném jmění manželů⁴. Jde o úvahy naprosto absurdní, dítě by se tak stávalo položkou vlastnictví, kterou lze prodat či koupit, činit z ní předmět nájemního nebo jiného užívacího vztahu. Museli bychom v těchto souvislostech stanovovat cenu, kterou by pro své budoucí sociální rodiče dítě mohlo mít, lidský život kohokoli však nelze žádným způsobem ocenit, má svou vnitřní hodnotu, kterou jakékoli finanční ohodnocování napadá a hluboce znevažuje.

Objevují se sice argumenty, kdy se o žádné zneužívání dětí nemá jednat, neboť není přítomné žádné nelidské nebo ponižující zacházení, děti nejsou v žádném smyslu omezeny ve svých právech nebo svobodách. Námitky směřující do psychické újmy dítěte považují tyto autoři za spekulativní⁵. Dle jejich názoru nelze vycházet z očekávání, že se u dítěte mohou rozvinout pocity méněcennosti nebo určitého citového strádání, pokud se dozví, že se jich žena, která je porodila dobrovolně vzdala a nechtěla je vychovávat a milovat, jediným účelem zde bylo splnit smluvní povinnost. Navíc lze těžko namítat, že někdo utrpěl citovou újmu, neboť nebýt smlouvy o náhradním mateřství, neexistoval by nikdo, komu by taková újma mohla být působena. Vychází se zde ze skutečnosti, že i když dítě subjektivně jistou újmu pociťovat může, přesto je jeho život hoden žití. Pokud by mezi zúčastněnými stranami nedošlo k uzavření dohody, dítě by se nenarodilo, což by pro něj znamenalo ztrátu daleko zásadnější.

⁴ Prudil, L., Status lidského embrya v českém právu. In: Status embrya: právní, lékařský, psychologický a etický pohled: sborník k interdisciplinární konferenci, Brno: Institut pro biotiku, 1999, s. 7

⁵ Steinbock, B.: Surrogate Motherhood as Prenatal Adoption. In Dolgin, J. L.: Bioethics and the law, New York: Aspen Publishers, s. 374

2.3 PŘÍPAD MALAHOFF

Příkladem, který nám naznačené souvislosti může lépe ilustrovat, je americký judikát v případě Malahoff. Judy Stiverová tehdy souhlasila, že za 8.500\$ bude oplodněna spermií pana Malahoffa, donosí a porodí dítě, které bude tímto způsobem počato. Jedinou osobou, která může rozhodnout o ukončení těhotenství v případech, že se objeví nějaké komplikace nebo bude ohroženo zdraví dítěte, měl být pan Malahoff. Paní Stiverová se rovněž převést veškerá práva vůči dítěti na pana Malahoffa a jeho manželku. Umělé oplodnění bylo úspěšné, narodil se z něj chlapeček Christopher, u kterého byla vzápětí diagnostikována poměrně závažná dědičná infekce, která způsobuje řadu komplikací, včetně mentální retardace, poruch sluchu a nervosvalových potíží. Judy Stiverová ani její manžel Ray touto chorobou před provedením oplodnění netrpěli, spermie pana Malahoffa testovány nebyly.

Pan Malahoff odmítl převzít dítě do své péče, jednak se v té době s jeho manželkou rozváděli, podstata jeho argumentů však stála na tom, že na základě krevních testů je skutečným otcem dítěte pan Stiver, pan Malahoff navíc spoléhal na pomoc svého advokáta, který nad sestavováním kontraktu dohlížel, měl proto zajistit vše potřebné, včetně veškerých nutných zdravotních vyšetření a zabránění možnosti otěhotnění spermií pana Stivera. Stiverovi si dítě rovněž nechtěli nechat, zažalovali pana Malahoffa a pro nedbalost i advokáta a lékaře.

Soud judikoval, že všichni zainteresovaní, kterým ze smlouvy o náhradním mateřství plyne finanční zisk, mají povinnost činit vše tak, aby smluvním stranám nebyla působena újma. V této souvislosti má nepochybně otázka nedbalosti při zanedbání povinností lékaře a právníka zvláštní význam. V rozhodnutí se uvádí, že: „smlouvy o náhradním mateřství znamenají veliké riziko ohrožení nebo ztráty, lze proto uzavřít, že programy, v jejichž rámci jsou smlouvy tohoto typu uzavírány, pokud se nemá jednat o rozpor s veřejným zájmem, znamenají afirmativní povinnost péče.“ O chlapce se v důsledku odmítnutí postarat obě strany, celý spor byl opět velice emotivní a ukázal nám, že námitky týkající se rozporu s lidskou důstojností a určitou komodifikací dětí jsou více než opodstatněné.

3. NÁHRADNÍ MATEŘSTVÍ V ČESKÉM PRÁVU

V předcházejících částech bylo nastíněno několik koncepcí a problémů, na které při zkoumání náhradního mateřství narážíme. Nejde však jen o překážky, které nám plynou z jistých etických a morálních aspektů, jež nepochybně při svém uvažování o této problematice oblasti zohledňujeme. Musíme jistě přihlídnout i k právní úpravě, která na některé momenty reaguje a pokouší se je regulovat.

Jak jsem již rovněž zmiňovala, český zákon o rodině, konkrétně jeho § 50a vychází ze staré římské zásady *mater semper certa est, pater incertus*. Na tomto místě bohužel není prostor pro bližší zkoumání dalších situací, kdy ani určení mateřství nemusí být tak samozřejmé, ať už jde o nalezené děti, utajené porody, porody mimo zdravotnická zařízení, pod cizí identitou, baby boxy apod.

Z toho pak plyne, že pokud neplodný pár najde ženu, která je ochotná absolvovat těhotenství a následný porod za ně, žádné ustanovení zákona jim v tom teoreticky nebrání, mohou tedy uzavření dohody opřít o zásadu vše, co není zákonem zakázáno, je dovoleno. Právní vynutitelnost takové smlouvy by však mohla být problematická s ohledem na § 39 občanského zákoníku („Neplatný je právní úkon, který svým obsahem nebo účelem odporuje zákonu nebo jej obchází anebo se přiči dobrým mravům“), neboť nemůže být pochyb o tom,

že podstata smlouvy o náhradním mateřství obchází kogentní ustanovení § 50a zákona o rodině, od kterého se strany nemohou odchýlit. Jedinou možností by tak bylo spoléhat na dobrou vůli náhradní matky a rodičovství z pohledu práva nabyt cestou osvojení za splnění všech podmínek, které zákon o rodině vyžaduje.

Problémy by mohly nastat i u altruistických forem náhradního mateřství, kde by byla náhradní matka hledána v okruhu nejbližších příbuzných, což jsou případy ze světa poměrně dobře známé a samozřejmě i kritizované, neboť porodem se zde žena může stát zároveň matkou i babičkou svých dětí. Zákaz příbuzenského poměru mezi osvojencem a osvojitelem z textu zákona sice přímo nevyplývá, lze na něj však usuzovat ze smyslu části zákona věnované osvojení, jímž je vytvoření stabilního a harmonického domova nezletilému dítěti, nahrazení nedostatečného nebo chybějícího rodinného prostředí. Praktické problémy a obtíže by se pak zřejmě nejlépe projevíly v oblasti rodinného práva. Z § 27e odst. 2 zákona o péči o zdraví lidu navíc v případech asistované reprodukce plyne zákaz použití spermií „o nichž je známo, že pocházejí od muže, který je příbuzným v řadě přímé nebo sourozencem, strýcem, bratrancem nebo dítětem bratrance nebo dítětem sestřence ženy jejíž vajíčko se k metodě asistované reprodukce použije, anebo příjemkyně.“

Odhlédneme-li od altruistických modelů, komplikace nám vyplynou i z odst. 9 zmiňovaného § 27e zákona o péči o zdraví lidu, kde se stanoví, že „Zdravotnické zařízení, ve kterém se asistovaná reprodukce provádí, je povinno zajistit zachování anonymity dárce a neplodného páru a anonymity dárce a dítěte narozeného z asistované reprodukce...“ Každého z nás zřejmě napadne, jak obtížné může být v České republice hledat náhradní matku, pokud bychom navíc měli trvat na její anonymitě vůči neplodnému páru, je naplnění této podmínky téměř nemožné.

Závěr

V textu bylo pojednáno o nejasném vymezení předmětu smluv o náhradním mateřství. Ať se přikloníme pro jakékoli z naznačených řešení, těžko se zbavit dojmu, že podstatou vztahu je zde zrození dítěte, jeho vytvoření na základě přání adoptivních rodičů, byť by se tak přirozeně, s ponecháním výsledku na vůli přírody zřejmě nikdy nestalo. To je nicméně základem veškerých metod asistované reprodukce. Co oproti nim činí náhradní mateřství problematictější a vyhocenější?

Kromě rozporu s přirozeností především zužování mateřské a obecně rodičovské role na pouhý jejich biologický základ, přičemž pouto mezi matkou a dítětem, které se vytváří právě již během těhotenství, je kladeno za vzor a symbol nejčistší lidské lásky. Náhradní matka přitom ke svému těhotenství přistupuje již od počátku s úmyslem žádný takový vztah si nevybudovat. S tím souvisí postavení dítěte, které mu takovýmto přístupem přisuzujeme, včetně následků, jež na něj může mít vědomí o absenci mateřské lásky ženy, která jej devět měsíců nosila a následně porodila, čímž jej stavíme do pozice věci, o níž můžeme uzavřít dohodu a nakládat s ní dle vlastní vůle bez ohledu na jakékoli její zájmy či pocity.

Významnou je rovněž skutečnost, že naprostá většina náhradních matek je ke svému jednání motivována finančním ziskem. Rozpaků se nicméně nemůžeme zbavit ani u altruistických modelů, přece jen se zde jedná o dítě, které může celou situací trpět. Neměly by jistě být předávány jako dary neplodným párům bez ohledu na štěstí, které v nich mohou vyvolat. Štěstí neplodného páru má totiž pro dárce větší význam než dar samotný, tedy šťastný život dítěte. Náhradní mateřství v nás tak oprávněně budí pocit, že je zde s dítětem v jistém smyslu

obchodováno, rodí se jen, aby došlo k naplnění smluvního závazku, na jedné straně k naplnění očekávání a způsobeném potěšení, na straně druhé pouhopouhému splnění povinnosti. Zájem dítěte, ať už na něj nazíráme v jakémkoli z výše uvedených smyslů, v žádném případě zohledněn není.

Jedná se o natolik významné okolnosti, že nemůže být pochyb, že k problematice náhradního mateřství je nutné přistupovat velice citlivě. V textu byla zmíněna původní myšlenka autorů britského zákona o náhradním mateřství, kteří vycházeli ze skutečnosti, že byť je neobyčejně složité zvolit ideální úpravu problému, o jehož přípustnosti panují značné pochyby, je to přece jen lepší, než před ním zavírat oči. Lékaři totiž náhradní mateřství považují za správnou a účinnou metodu asistované reprodukce, která je neoficiálními cestami na reprodukčních klinikách žadatelům poskytována, je proto vhodné na ni nějakým způsobem legislativně reagovat, především pak na ty její aspekty, které mohou mít nejzávažnější praktické dopady.

Uvedeny byly také dva americké judikáty, kterými jsem se snažila ukázat, jak závažné důsledky mohou nejasnosti ohledně účinků smlouvy o náhradním mateřství mít. Jednalo se vždy o velmi vypjaté spory, jejichž dopady měly naprosto zásadní dopad na všechny zúčastněné strany, dokážeme si asi představit, jak psychicky náročné pro ně celé řízení muselo být, s jakými nadějemi do něj vstupovali a jaké zklamání jim tedy mohlo přinést. To nabývá na významu především v souvislosti s dítětem, které mělo být počato jako očekávané a milované, stalo se nicméně nejen předmětem dohody, ale následně i náročného soudního sporu.

Úplný zákaz veškerých dohod o náhradním mateřství nicméně zřejmě není řešením ideálním. Uváděla jsem jednak výše, že se jedná o metodu lékaři uznávanou, i kdyby to tak nebylo, žádná asistence třetí osoby zde teoreticky není vůbec nutná. Bylo by tedy poměrně snadné nalézt cesty, jak takový zákaz obejít. Měly by proto být nastaveny podmínky tak, aby rizika problematických momentů byla snížena na minimum a došlo naopak k zdůraznění pozitiv, která náhradnímu mateřství lze přiznat.

Literature:

- Fryštenská, M.: Otazníky okolo asistované reprodukce. In: Právo a rodina. Praha: Linde, č. 3, 2004, s. 13 - 18
- Krimmel, H. T.: Surrogate Mother Arrangements from the Perspective of the Child. In: Dolgin, J. L.: Bioethics and the law, New York: Aspen Publishers, 894 s., 978-0-7355-4945-6
- Prudil, L.: Status lidského embrya v českém právu. In: Status embrya: právní, lékařský, psychologický a etický pohled: sborník k interdisciplinární konferenci, Brno: Institut pro bioetiku, 1999, 37 s.
- Steinbock, B.: Surrogate Motherhood as Prenatal Adoption. In: Dolgin, J. L.: Bioethics and the law, New York: Aspen Publishers, 894 s., 978-0-7355-4945-6
- Warnock Report of the committee of inquiry into human fertilisation and embryology

*Dávid R., Neckář J., Sehnálek D., (Editors). COFOLA 2009: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4821-8*

Reviewer:
Tatiana Machalová

Contact – email:
jana.lojkova@centrum.cz

NÁJEM BYTU A AUTONOMIE VŮLE STRAN?

PETRA MARKOVÁ

The University of West Bohemia, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Příspěvek se zabývá rozsahem smluvní volnosti při sjednávání nájemní smlouvy k bytu, když občanský zákoník výslovně stanoví, že nájem bytu je chráněný a současně stanoví pro nájem bytu pravidla poměrně velkým množstvím kogentních norem. Dochází pak ke konfliktu principu autonomie vůle smluvních stran s kogentními normami platného práva.

Key words in original language:

Nájem bytu; nájemní smlouva; rozsah smluvní volnosti stran.

Abstract:

Autonomous will of parties belongs to the basic principles of private law. However, there are some areas of law in which the autonomous will of parties is restricted by the law, usually with justification that one of the contracting parties, or one of the parties of the legal relationship respectively, is or is to be a weaker party and that it is necessary to rectify this imbalance by the law, particularly by the law placing such party into more advantageous position.

Key words:

Residential lease; autonomous will of parties.

Autonomie vůle stran patří k jednomu ze základních principů soukromého práva. Existují však oblasti práva, ve kterých je autonomie vůle stran zákonem omezená, zpravidla s odůvodněním, že jedna ze smluvních stran, respektive jedna ze stran právního vztahu, je či má být stranou slabší a že je tedy třeba, aby tato nerovnováha byla zákonem korigována, a to zejména tím, že slabší subjekt zákonem svou úpravou zvýhodní. Nutno podotknout, že toto zvýhodnění je zpravidla kogentního charakteru.

Je třeba konstatovat, že autorka příspěvku není příznivcem takového zvýhodňování jedné ze stran smluvního vztahu. Typicky k tomuto jevu dochází v pracovním právu, kde je za slabší stranu považován zaměstnanec, dále pak ve spotřebitelských vztazích, kde je za slabšího považován spotřebitel, a taktéž v právu nájemním, které za slabší stranu považuje nájemce, zejména pak nájemce bytu, když nájemce nebytového prostoru, jiné nemovitosti nebo věci movité je chráněn v mnohem menší míře než nájemce bytu. Ochrana nájmu bytu je zakotvena zejména v ustanovení § 685 odst. 2 OZ, který stanoví výslovně, že nájem bytu je chráněn a že pronajímatel jej může vypovědět jen ze zákonem stanovených důvodů.

Problémem, který s sebou přináší výše uvedená korekce nerovnosti stran, je nízká právní jistota stran. Není zcela jasné, jak široce či rozsáhle ochranu „slabší“ strany vykládat, a jaká smluvní ujednání již by mohla být považována za obcházení zákona či rozpor s dobrými mravy. Na tuto otázku dává odpověď pouze judikatura a ne všechny otázky jsou spolehlivě zodpovězeny.

Další nevýhodou pak je skutečnost, že i v případě, kdy obě smluvní strany jsou po důkladném zvážení věci připraveny smlouvu uzavřít, nemusí se tak stát, protože byť by si byly vědomy toho, že se „slabší“ strana vzdává některé své zákonné výhody, smlouva může být přesto částečně neplatná. „Slabší“ smluvní strana je tak de facto chráněna někdy i proti své vůli.

Uvedená problematika je upravena v § 2 odst. 3 OZ, který stanoví, že účastníci občanskoprávních vztahů si mohou vzájemná práva a povinnosti dohodou upravit odchylně od zákona, pokud to zákon výslovně nezakazuje a jestliže z povahy ustanovení zákona nevyplývá, že se od něj nelze odchýlit. Výslovný zákaz odchylky zákonem nečiní interpretační potíže, problematičtější se jeví druhá varianta, tedy zjištění povahy ustanovení zákona.

V nájemním právu k bytu v souvislosti s autonomií vůle stran, respektive s jejím omezením, souvisí zejména následující otázky:

1. Smluvené odstoupení od smlouvy

A. Bez odstupného

Zákon obecně umožňuje, aby si strany sjednaly možnost odstoupení od smlouvy, a to v části první, hlavě čtvrté OZ, která pojednává o právních úkonech, konkrétně v ustanovení § 48 odst. 1 OZ.

Zákonem výslovně stanovená možnost odstoupení od nájemní smlouvy také existuje:

- pro vady bytu - dle ust. § 679 odst 1 OZ je nájemce oprávněn odstoupit od smlouvy, byl-li mu byt předán pronajímatelem ve stavu nezpůsobilém smluvenému či obvyklému užívání (tedy byt nezpůsobilý pro bydlení lidí) nebo se takto nezpůsobilým následně bez zavinění nájemce stane anebo pokud by nájemci byla odňata taková část bytu, že by byl zmařen účel smlouvy
- pro vznikající či hrozící škodu - dle ust. § 667 odst 2 OZ je pronajímatel oprávněn odstoupit od smlouvy, pokud nájemce bez jeho souhlasu provádí na bytě změny, v jejichž důsledku hrozí pronajímateli značná škoda. Zákon nedefinuje přesněji pojem značné škody, snad by se pro účely výkladu dala použít ustanovení trestního zákoníku. Zmíněné ustanovení se systematicky nachází v obecných ustanoveních o nájemní smlouvě, ale vzhledem k tomu, že zvláštní ustanovení o nájmu bytu takový případ speciálně neupravují, dá se dovodit, že právo od smlouvy odstoupit má v tomto případě i pronajímatel bytu.
- pro nedovolený podnájem dle ust. 666 odst. 2 OZ. Toto ustanovení z oblasti obecné úpravy nájmu se pro nájem bytu pravděpodobně použít nedá, když nájemce bytu je za nedovolený podnájem stížen sankcí možnosti výpovědi z nájmu bytu dle § 719 odst. 1 OZ

Pokud jde o odstoupení od nájemní smlouvy na základě předchozí dohody stran o možnosti odstoupit od smlouvy dle § 48 odst. 1 OZ, byl by tento úkon obcházením zákona anebo by šlo o platné ujednání? Kolize s kogentním ustanovením zákona by mohla být spatřována zejména u ustanovení, které se týkají výpovědi z nájmu bytu, když za obvyklý způsob skončení nájmu bytu je považována výpověď, která je u výpovědi pronajímatele poměrně přísně regulována, ometena postupem, výpovědními důvody i existencí institutu bytových náhrad.

B. S odstupným

Strany si v nájemní smlouvě mohou také sjednat možnost od smlouvy odstoupit a sjednat si pro tento případ odstupné, tak jak předpokládá ustanovení § 497 OZ. Pokud ale již účastník smlouvy plnil nebo přijal plnění, a to i částečně, nemůže již od smlouvy odstoupit.

Odstoupení od smlouvy s odstupným by připadalo do úvahy jen v době před nastěhováním nájemce do bytu a současně před poskytnutím platby nájemného.

U tohoto postupu mám menší pochybnost o jeho platnosti než u odstoupení od smlouvy bez odstupného – přeci jen je toto ustanovení zařazeno v obecných ustanoveních o závazcích, dále pak říká, že každý z účastníků smluvního vztahu si toto může sjednat, k odstoupení může dojít jen před realizací práva nájemního (před nastěhováním nájemce do bytu) a druhá strana získává satisfakci v podobě odstupného. Domnívám se, že ujednání o možnosti odstoupit od nájemní smlouvy za odstupné by mělo být považováno za platné.

Podobně komentář k občanskému zákoníku (C.H.Beck, Občanský zákoník – komentář, Jehlička, Škára, Švestková, 9. vyd, str 724) uvádí výslovně, že výhradu odstoupení lze sjednat při každé smlouvě, pokud to zákon nevylučuje a pokud to není v rozporu s dobrými mravy.

2. Omezení způsobu užívat byt

Bylo by možné platně ujednat, že nájemce smí předmětný byt užívat pouze sám a není oprávněn do společné domácnosti přijmout jiné osoby? Bylo by platné ujednání, které by zánik nájemního vztahu vázalo na fakt, že se nájemci narodilo dítě? Bylo by možné sjednat, že nájemce není oprávněn do společné domácnosti přijmout například osoby jiné národnosti?

Na jednu stranu je toto (a podobné jiné neobvyklé dohody) možno považovat za dojednatelné v rámci smluvní volnosti, na stranu druhou – dalo by se to vykládat i jako ujednání neplatné, kde se slabší účastník vzdává předem svých práv a také za ujednání v rozporu s dobrými mravy, dokonce i za ujednání které svým účelem nebo obsahem odporuje zákonu anebo jej obchází.

Pokud za hlavní účel nájemního bydlení a účel úpravy nájemní smlouvy k bytu v občanském zákoníku považujeme bydlení nájemce a jeho rodiny (i ve vztahu k ústavně zaručeným právům na svobodu, soukromí, rodinný život), je pochybnost o platnosti takovýchto ujednání namístě.

3. Rozvazovací podmínka

Rozvazovací podmínka dle ust. § 36 OZ je považována za vcelku elegantní možnost skončení právního vztahu. Oproti možnosti odstoupit od smlouvy dokonce bez potíží s doručováním odstoupení od smlouvy druhé straně, když právní vztah by zde končil prostě a jednoduše tím, že by nastala nějaká právní skutečnost.

Ujednání o ukončení nájmu bytu, které by bylo vázáno například na nezaplacení nájemného řádně a včas, či na nějakou jinou skutečnost (např. na výše uvedené narození dětí nájemci) by pravděpodobně bylo považováno za neplatné, a to s argumenty, uvedenými výše u odstoupení od smlouvy bez odstupného.

4. Hrubé porušení povinností nájemce jako výpovědní důvod

Je otázkou, zda smlouva nájemní může definovat předem, co bude mezi stranami považováno za hrubé porušení povinností nájemce a tudíž za zákonný výpovědní důvod ve smyslu ustanovení § 711 odst. 2 písm. b) OZ. Byť takováto ujednání v nájemních smlouvách bývají často k vidění, pochybnost o jejich platnosti zůstává.

O naplnění výpovědního důvodu a o obsahu pojmu hrubé porušení povinností nájemce by pak měl rozhodovat pouze soud (v tomto případě nikoli na základě žaloby o přivolení k výpovědi z nájmu bytu, ale na základě nájemcovy žaloby o určení neplatnosti výpovědi z nájmu bytu), nikoli ujednání stran.

Na druhou stranu, ustanovení § 711 odst. 2 písm. b) OZ má zjevně demonstrativní charakter (výčet způsobů porušení povinností nájemce je uvozen slovy „zejména“) a za hrubé porušení povinností nájemce tak může být považováno i jiné jednání než neplacení plateb nájemcem.

Domnívám se, že soud by pravděpodobně v případě sporu k obsahu nájemní smlouvy přihlédl, přesto by konečné posouzení toho, zda konkrétní jednání je či není výpovědním důvodem, bylo v rukou soudu.

5. Odstoupení pronajímatele od nájemní smlouvy pro neplacení nájemného nájemcem

Obecné ustanovení občanského zákoníku podle § 517 odst. 1 OZ umožňuje věřiteli od (jakékoli) smlouvy odstoupit, pokud dlužník svůj dluh řádně a včas nesplní ani v dodatečně přiměřené poskytnuté lhůtě.

Je možno toto ustanovení aplikovat i na nájemní vztahy a odstoupit od smlouvy v případě nezaplacení nájemného a záloh na služby? Pravděpodobně ne, protože zákon jako sankci za neplacení nájemného a záloh na služby stanoví jako sankci svého druhu možnost výpovědi.

6. Doba trvání nájemního vztahu

Je možné uzavřít nájemní smlouvu na dobu určitou v délce přesahující očekávanou dobu života nájemce?

Uzavírání smluv na dobu určitou, a to v délce například sto let, bylo před časem hojně diskutováno v souvislosti s nájemní smlouvou k nebytovému prostoru. Na rozdíl od smlouvy k nebytovému prostoru, kde se práva a povinnosti nájemce v souvislosti s možností ukončení smlouvy podstatně liší, u nájmu bytu není rozdíl mezi smlouvou na dobu určitou a neurčitou, co se týká ostatních možností a způsobů skončení smlouvy.

Proto se domnívám, že nájemní smlouvu na dobu určitou v trvání sta let je možné k bytu platně uzavřít, a to i s ohledem na existenci institutu přechodu nájmu bytu, ze které vyplývá, že sám zákon předpokládá trvání nájemního vztahu po smrti původního nájemce.

Literature:

- Dejlová H.: Zánik nájmu bytu, C.H.BECK 2002
- Jehlička O. a kol.: Občanský zákoník - komentář, C.H. Beck
- Korecká V.: Přehled judikatury ve věcech nájmu bytu, ASPI Publishing s.r.o. 2003
- Salač J.: Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu, C.H. BECK 2000

- Lindová P.: Výpověď z nájmu bytu, daná pronajímatelem nájemci
- Bičovský J.: Dobré mravy (poznámky k pojmu), Právo a zákonnost 1/1992, str. 9

Internetové zdroje:

- Ministerstvo spravedlnosti - www.justice.cz
- Nejvyšší soud ČR - www.nsoud.cz
- Ústavní soud ČR - www.concourt.cz

Reviewer:

Alexander Šíma

Contact – email:

markova@akmarkova.cz

THE WILL AND ITS LIMITS IN THE ACHIEVEMENT OF THE CONTRACT

MOISE BOJINCA

Constantin Brancusi University of Târgu-Jiu, Faculty of Juridical Sciences, Romania

Abstract in original language:

The will constitutes one of the defining elements of human action. Transposed in the contract law field, the will represents the foundation of this law institution being objectified in the autonomy of manifestation and the liberty of contracting. In the law domain the will autonomy and its correlative the liberty of contracting has not an absolute character, being unbounded by the French civil code from the very 1804 and the Romanian civil Code from 1864 by the laws that concern with public order and good manners. In time those two institutions public order and good manners undefined by the legislator and having a variable content have allowed and continue to allow the state to interfere in hampering the will of contracting.

Key words in original language:

Contract Law; public order; good morals standards.

The juridical will concept and its role in the contracts

The juridical will represent the voluntary activity specific to a juridical act which incorporates informative, affective and motivational elements and effectively reflects both the “internal” and “external” will, thus permitting the human being to adjust its demeanor¹.

It appears as a chaining of specific phenomenon linked by relationships which progressively unfold and which outlined both on a psychological and juridical aspect.

Under the psychological aspect the will get through several moments namely: motivation, motives collision, decision in realization the action, and under the juridical aspect, singularizes by the characteristic marks of three components namely by “enacted decision”, by “the realizing action” and “the strived objective.”²

The will represents the essential factor of juridical acts achievement and on the contractual field the decisive role belongs to the willing accord, as the art. 942 civil Code stipulates.³

The role of the contracting wills pertain in the largest acceptance is to create and establish the content⁴.

¹ Gheorghe Iliescu, Civil law, General Part, The Superior Institute of Education, Sibiu, 1997, p.142

² Ibidem, Moise Bojinca, Romanian civil law, The General Theory, Academica Brancusi Publishing house , Tg.Jiu, 2008, p.160-162

³ Art.942 Romanian civil code defines the contracts: the accord between two or more persons on purpose to establish or to extinguish juridical rapport between them.

Regarding the institution of contracts, alike with the other civil codes of the XIXth century, the Romanian civil Code marked as negotiable, respectively being the exclusive result of the common will of co-contractors.

Because other categories of contracts have appeared in time like the adhesion and imposed contracts (obligatory or tying), the role of the will has specialized from a class of contracts to another.

More over, a continue transformation of those took place. Thus, many negotiable contracts became adhesion or imposed contracts, which led to a transition from a contract creating will to a formal creating one.

Regarding the settlement of the contract content, within the negotiable contracts, the parts usually decide mutually both on the content and the effects, while in the adhesion and imposed contracts only of parts set all or almost all the contractual clauses.

Beside this the evolution of will in the contracts explain the evolution of the theories regarding the contractual freedom from the entire will autonomy to the realistic theory of contractual freedom, made within the contemporary objective law, that means in conformity with The Universal Pronouncement of Human Rights and with the internal legislation that refers to the human rights and with the internal legislation that refers to the subjective rights of the citizen of each country.

The autonomy theory of will

This theory was enounced and developed in the individualist climate of the XVIIIth century especially by Jean Jeacques Rousseau and Immanuel Kant.

Jean Jeacques Rousseau considered that the human being is free by its nature, but living in society he gives up a part of his liberty to achieve his social coexistence. Thus, was constituted the social contract as an expression of free wills accord.

At his turn, the Kantian philosophic system presumes the autonomic will is an imperative that justifies itself. Everything profound enough in human is his own free will which, he individually possesses like a native and inalienable right. For the free wills to coexist they have to limit each other to assure the social order. In Kant's vision the social order is the effect of a social contract which sequent from human rationality itself and not as a sequel to the fact that accord would sometime realized in history.

In Kant's vision, the law designates the quantum of solutions in which the free will of each individuals could coexists with the free will of everybody based on a universal law of freedom and thus constitutes the coexistence apothegm. For Kant the Law is "the science which limits the freedom to get them together".⁵

⁴ Ioan Albu, Civil Law, The contract and the contractual liability, Dacia Publishing house, Cluj Napoca, 1994, p.23

⁵ To see Istrate Micescu, Course of civil law, All Beck Publishing House, Bucharest, 2000, p.42.

According with the will independence theory the foundation of the entire social building is in the free will of each individual. The theory distinguishes between the general will which is the exception and the individual will which is the rule. The general will consists of the enclosures brought to the individuals' freedom in realizing the social coexistence and which are contented in the imperatives disposals of the law. The individual will, excepting the imperative enclosures of the law, is an autonomic will, a free one which is able to manifests in each of the human activity field.

The estate is bounden to ensure the coexistence of this tow wills and the protection of its citizens against any social constraint.

In the juridical field, the theory of autonomic will has promoted the contractual freedom.

The Principle of contractual freedom

In nowadays Romanian juridical system, as in other contemporary law systems, the contractual freedom is not imagined any more as an abstract and absolute freedom, but it is introspected and analyzed objectively.

The contractual freedom is one of the important freedoms which have not been settled down by the Constitution, but it is guaranteed by that.

Seen in its plenitude, the contractual freedom consists in the legal possibility to conclude contracts, to set its content and effects, to modify and cease them and it founds the juridical foundation in the Romanian law under the corroborated provisions of art.965 paragraph 1 and those of art.5 of Civil Code.

Under a terminological aspect is to be observed that these articles, as many others of Romanian Civil Code⁶ which refer to this matter, do not use expressly the phrase "contractual freedom" even they establish it undoubtedly.

Instead art.5 of Romanian civil code uses the expressions public order and good manners which also are not defined.

Naturally, following these situations, in the specialty literature many disputes were took place, both regarding these phrases and regarding their content.

This asserted as well in the fact in process of time the disposals regarding the public order has been extended, the content of the phrase good manners has changed and the contractual freedoms area has been restraint.

The contractual freedom limits

The contractual freedom limits in nonnegotiable contract

Enumeration

⁶ To see art 966 and 968 of Romanian Civil Code.

Establishing some limits on concluding the contracts took place even in the Roman law, and in medieval age this law has been already well defined. In the modern law the contractual freedom limits were expressly enacted first in the French Civil code from 1804 and then in the other codes which followed it including even in the Romanian civil code by instituting the waiver interdiction from public order and good manners.

Public order

As we pronounced before the law enounces but not defines the public order, thus conferring the possibility of this to be defined after its content which vary in time and place from one society to another. In the modern law, public order was conceived as political order. Subsequently, the legal dispositions of political law multiplied and diversified which also led to configuration of this in political, economical, social and regulated order, by Constitution and organic laws. Legal dispositions of public order⁷ are for strict application. That's why the concluded contracts with inobservance of them are hit of absolute nullity.

Good manners

By the phrase "good manners" on designate the behavior regulations which regards the public order. Because they look upon the public order they must be respected within the contracts exactly like the legal dispositions of public order.⁸

This phrase was used in the art 6 of French civil law by roman tradition and borrowed in art.5 Romanian civil code which gave up to the old designation of vices used in the old Romanian laws.

A pronounced amount of time in Romanian juridical terminology, in notion of good manners was included both regulations regarding manners for that matter and the regulations regarding public moral⁹.

In the actual Romanian juridical terminology respectively the reviewed Constitution of Romania are also found in specific names of good manners (art.30 paragraph 7) and public moral (aert.53 par. 1).

In our concern the two notions of good manners and public moral should have been retrieving at the same time in both texts and not separated and when they are not used together, it is necessary, as prof. Ioan Albu suggested, finding a synthesis formula.¹⁰

⁷ It is to be mentioned that besides the legal imperative dispositions of the mentioned public orders, also other legal imperative dispositions are met of which inobservance also attracts absolute nullity. Thus they are, for example, the provisions of art. 948 from Romanian civil code which regulates the essential requirements for a valid concluding of the contracts or art.813 Romanian civil code which regulates the donation contract form,etc

⁸3 Look up Ioan Albu, quoted work, p.33

⁹ In sociology as in other sciences there is a distinction between manners and public moral. The manners designs the natural skills inherited by people and collectivities traditions regarding the use of good and evil and on the other hand public moral represent the quantum of moral perceptions accepted by a collectivity as in rules of coexistence and behaving.

The contractual will limits in nonnegotiable contracts

Civil codes regarding only negotiable contract class did not deal also with other types of contract limits. It is certain that nonnegotiable contracts have narrowed the domain of contractual freedom in which we can speak about contractual liberty only in adhesion contracts but not in the imposed ones. Even in the adhesion contracts, preponderates in the contemporary contractual area, we can speak about the liberty of will to contract only two singular cases namely regarding the freedom to not contract and in the possibility to set only certain clauses of mutual accord of co contractors.

Contractual liberty and the consensus principle

In accordance with the consensus principle the contracts start by the simple volitive consent of the contracting parts and are subsequent to the contractual freedom concept.

In accordance with the consensus principle the contracting parts are those which establish within the contractual freedom, the modalities, the effects and the contract shape. That why, consensus must be seen both under the aspect of fond, according to the contractual parts are free to set the integral content of the contract and under formal aspect according to the contracting parts are free to express their will accord as they wish and not in a pre established form.

Regarding the applying of the consensus of the will manifestation must take place within the contractual freedom that means by respecting the imperative regulations by which on regulated public order and good manners.

Referring to the consensual contracts these can choose the expressing mode of will accordance. Only that this possibility which confers to the co contractors fastness in concluding the respective operation, as well as a random confidentiality , can lead to some practical difficulties as the hardness of proving the perfection and the content of the verbal contracts, the interpretation of the contracts in case the will of the parts was not clearly expressed etc.

Reviewer:
Jiří Vadhans

Contact – email:
fsjdreptucb@gmail.com

¹⁰ Ioan Albu, quoted work, p.33 and 35 considers that could be used the formula of „ behavior rules which implies public order”

DOBŘÁ VÍRA A MEZINÁRODNÍ OBCHODNÍ SMLOUVY

ZDENĚK NOVÝ

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Tento příspěvek nabízí pohled na úlohu dobré víry ve smluvních vztazích mezi mezinárodními obchodníky. Dobrou víru lze obecně chápat jako povinnost smluvních stran brát na sebe ohled, spolupracovat, jednat vzájemně otevřeně a bez lstivých úmyslů. Příspěvek vychází z hypotézy, že co se rozumí dobrou vírou, závisí na právních pravidlech, jimiž se řídí smlouva. Proto povinnosti stran plynoucí z dobré víry rovněž závisejí na právu rozhodném pro smlouvu. Cílem příspěvku je dokázat neexistenci autonomního standardu dobré víry v mezinárodních obchodních smlouvách.

Key words in original language:

Dobrá víra; mezinárodní obchodní smlouva; Zásady mezinárodních obchodních smluv UNIDROIT; Úmluva OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží; kontinentální právo; Common law; Právní srovnávání; Lex mercatoria.

Abstract:

This paper offers a view on the role of good faith in international commercial contracts. Good faith encompasses a respect for the interests of other contractual party, cooperation between parties, open dealing and a lack of malicious intention. This paper departs from the hypothesis that what is meant by good faith depends on legal rules which apply to a contract. Thus, at the end of the day parties' obligations stemming from good faith depend on legal rules applicable to it. Therefore, it is argued that there have been no autonomous standard of good faith which applies to all contract regardless of legal rules which govern respective contract.

Key words:

Good Faith; International Commercial Contract; The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts; The UN Convention on International Sale of Goods; Civil law; Common law; Legal comparison; Lex Mercatoria.

1. ÚVOD

Francouzský právník *René Demogue* vyslovil myšlenku, že smlouva je „malým společenstvím, kde každý musí pracovat vstříc společnému cíli, který je souhrnem (nebo ještě více) individuálních cílů sledovaných každým [ze smluvních partnerů].“¹ Další významný francouzský jurista *Jean Carbonnier* naopak vtipně poznamenal, že „v době, kdy se již

¹Citováno dle Fabre-Magnan, M. *Les obligations*. Paris: PUF, 2004, s. 76: «une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme (ou davantage), des buts individuels poursuivis par chacun[...]». Pokud dále není uvedeno jinak, všechny překlady provedl Z. N.

*manželství proměnilo snad až přespříliš ve smlouvu, někteří sní o proměně všech smluv v manželství.*²

Oběma těmito názorům je společné, že vyjadřují postoj autorů ke smluvnímu právu. Zatímco Demogue prosazuje altruistickou koncepci smluvního práva, Carbonnier již zdaleka není tak přesvědčen o zohledňování vzájemných zájmů smluvních stran a jejich „společném“ cíli.

Oba zmíněné názory nicméně spojuje jeden společný znak - reagují na fenomén dobré víry v soukromém právu. Dobrá víra je ztělesněním určité míry solidarity a spolupráce mezi smluvními stranami. Z toho se nabízí, že dobrá víra znamená omezení smluvní svobody stran. Dobrá víra reflektuje morální standardy dodržované v dané společnosti a daném čase (státě). Obvykle se ztotožňuje s čestností, slušností, loajalitou, důvěrou apod.³

Dobrá víra je *otevřená právní norma*, která ve své dispozici obvykle stanoví, že smluvní strany musejí jednat, např. při plnění smlouvy v souladu s dobrou vírou.⁴ Dobrá víra však neobsahuje sankci za jednání v rozporu s její dispozicí. Vzhledem k tomu, že ve formulaci typu „*smluvní strany musejí plnit smlouvu v dobré víře*“ nelze nalézt konkrétní sankci, je na orgánu aplikujícím právo v konkrétním případě, aby tuto sankci dovodil.⁵

Tento příspěvek se zabývá úlohou a funkcemi dobré víry v mezinárodním prostředí. Příspěvek analyzuje vliv dobré víry na práva a povinnosti smluvních stran v mezinárodním obchodu. Je nesouhlasnou reakcí na nekritické názory o existenci jednotného autonomního standardu dobré víry v mezinárodním obchodu a její údajné všudypřítomnosti.⁶ Cílem tohoto příspěvku je ukázat, že existence obecně přijímaného standardu dobré víry ve smluvním právu v mezinárodním obchodu není tak zřejmá, jak by se na první pohled mohlo zdát. Standard dobré víry, vůči němuž se poměřuje chování smluvních stran, totiž závisí na právu či právních pravidlech, která se aplikují na konkrétní smlouvu. V následujících řádcích chci nejprve vysvětlit význam a původ dobré víry. Následně bych rád představil metodologii, která by měla sloužit k ověření předběžné hypotézy, že neexistuje jednotný a autonomní standard dobré víry ve smluvním právu v mezinárodním obchodu.

²Citováno dle op. cit. v předchozí pozn., s. 72: «qu'à une époque où le mariage s'était trop transformé en contract, certains aient rêvé de transformer tout contrat en mariage.»

³ Srov. Hesselink, M. *Good Faith*. In Hartkamp, A., Hesselink, M., Hondius, E., Joustra, C., Du Perron, E. *Towards a European Civil Code*. Hague/Boston/London: Kluwer, 1998, s. 288.

⁴ Srov. Hesselink, M. Tamtéž, s. 288; Zimmermann, R., Whittaker, S. (eds.) *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge: CUP, 2000, s. 31.

⁵ Srov. pozoruhodný čl. III.- I:103 odst. 3 tzv. Draft Common Frame of Reference, která stanoví, že „porušení povinnosti [jednat v souladu s dobrou vírou] nedává vzniknout přímo právním následkům nesplnění povinnosti, ale může zamezit osobě, která porušila smlouvu, ve výkonu práva nebo trvání na právu, právním prostředku ochrany nebo právní obraně, kterou by tato osoba jinak měla.“ Citováno z Von Bar, Ch., Clive, E., Schulte-Nölke, H.(eds.). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Interim Outline Edition*. Mnichov: Sellier, 2007.

⁶ Srov. např. Bonell, M. J. *An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. 3rd. Ed. Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2005, s. 128.

2. POJEM A PŮVOD DOBRÉ VÍRY

České sousloví „dobrá víra“ nalézá své protějšky téměř ve všech evropských jazycích. Její etymologický původ je v latinském *bona fides*.⁷ Její kořeny potom spočívají v římském právu.⁸ Svě uplatnění nalezla především v rozhodování přetora v rámci tzv. *iudiciae bonae fidei*, která mu umožňovala reagovat na tvrdosti tehdejšího *iuris civili*.⁹ *Bona fides* od počátku svého vzniku ztělesňovala mravy předků, které je potřeba za každých okolností ctít a dodržovat. Měla a stále má velice blízko k ekvitě a obecněji ke spravedlnosti.¹⁰

Ve středověku zaujímal dobrá víra místo v myšlení jednak kanonických právníků, jednak se o ní hovoří v souvislosti s tzv. středověkým *lege mercatoria*, tj. právem středověkých obchodníků.¹¹ V tomto období byla dobrá víra ztotožňována se zásadou *pacta sunt servanda*.¹² To znamená, že v dobré víře jednal ten, kdo dodržoval své sliby a dané slovo.¹³

V následujících obdobích se dobrá víra dostala v rámci recepce římského práva až do národních kodifikací, kde nabyla jednak specifického obsahu vzhledem ke společenským podmínkám té které země, jednak vzhledem k jazykovým variacím jazyků těchto zemí, vycházejících z *bonae fidei*. Tak se pro dobrou víru používá pojmu *bonne foi* ve Francii a *buona fede* v Itálii.¹⁴ V dalších právních řádech není ovšem etymologický základ dobré víry tak zřejmý. Němčina používá pojmu *Treu und Glauben* a nizozemština pak *redelijkheid en billijkheid*. Angličtina pak obsahuje pro dobrou víru výraz „*good faith*“. Na tomto místě je však potřeba upozornit na skutečnost, že pod těmito názvy se mohou skrývat zcela odlišné představy o tom, co dobrá víra ztělesňuje a implikuje v konkrétním právním řádu.

Nadto některé právní řády jako např. německý či švýcarský obsahují ještě jiné jazykové vyjádření pro dobrou víru – *Guter Glaube*.¹⁵ Zde se dostáváme k jednomu z hlavních bodů, který je potřeba vysvětlit. Dobrá víra v kontextu smluvního práva není subjektivní stav jednající osoby k právním následkům jeho chování (*Guter Glaube*), nýbrž objektivní

⁷ Srov. např. Skřejpek, M. *Poodkryté tváře římského práva: příspěvek k aplikaci „Principů“ E. F. Smidaka.* Praha: Havlíček Brain Team, 2006, s. 100; Zimmermann, R., Whittaker, S.(eds.). Op. cit. v pozn. 4, s. 63 et seq.

⁸ Srov. Zapletal, J. *Zásada dobré víry a její uplatnění v soukromém právu.* Právní rozhledy, 2006, č. 2, s. 61.

⁹ Srov. mezi jinými Grosso, G. *Scritti Storico Giuridici. Tomo III. Diritto Privato. Persone. Obligazioni. Successioni.* Torino: G. Giapichelli editore, 2001, voce „Buona fede (premesse romanistiche).“

¹⁰ Srov. Hurdík, J. *Dobrá víra.* Právník, 2007, č. 5, s. 567-568.

¹¹ K dobré víře v myšlení kanonických právníků srov. Gordley, J. *Good Faith in the Medieval Ius Commune.* In Zimmermann, R., Whittaker, S.(eds.). Op.cit. v pozn. 4, s. 95 et seq. K dobré víře jako součásti středověkého *legis mercatoriae* srov. tamtéž, s. 17-18.

¹² Gordley, J. L.c.

¹³ L.c.

¹⁴ Srov. čl. 1134 odst. 3 *Code Civil* a např. čl. 1337 *Codice Civile*.

¹⁵ Srov. Hurdík, J. *Zásady soukromého práva.* Brno: Masarykova univerzita, 1997, s. 117.

požadavek poctivosti chování subjektu v soukromoprávních vztazích (*Treu und Glauben*).¹⁶ Ve výsledku tedy ne vždy, kdy subjekt je přesvědčen o tom, že jednal v dobré víře, naplnil požadavek objektivního standardu dobré víry neboli poctivosti.¹⁷ Subjektivní význam dobré víry je používán mimo jiné ve smyslu jedné z podmínek pro vydržení nebo v případě nabytí věci v dobré víře od nevlastníka.¹⁸ V závazkovém právu je vyžadováno dodržování objektivního standardu dobré víry.¹⁹ Proto se v následujících řádcích hovoří pouze o dobré víře v jejím objektivním významu.

Dobrá víra je pojem, který lze jen obtížně definovat. Nicméně množství definic dobré víry, které byly podány v průběhu minulých staletí, svědčí o tom, že se dobrá víra definovat dá. Např. uznávaný *Black's Law Dictionary* podává tyto definice dobré víry: „stav myslí spočívající v čestnosti přesvědčení a účelu, poctivý přístup k právní povinnosti nebo závazku, dodržování rozumného obchodního standardu poctivého jednání v daném obchodním odvětví nebo absence podvodného úmyslu nebo usilování o nepřiměřenou výhodu.“²⁰ Různí autoři nazývají dobrou víru normou, principem, pravidlem, maximou, povinností, standardem chování, pramenem nepsaného práva a generální klauzulí.²¹ Pravdou však zůstává, že každá z těchto definic zachycuje jen určitý aspekt či aspekty dobré víry, proto naděje na úplnou definici dobré víry je zřejmě marná. Ve skutečnosti je totiž dobrá víra tak trochu vším z tohoto ještě zdaleka neúplného výčtu. V každém případě však dobrá víra je tradičně principem smluvního práva ve většině zemí s kontinentálním právním systémem. Není pochyb ani o tom, že dobrá víra působí jako generální klauzule ve smluvním právu²².

Je také zřejmé, že konkrétní význam dobré víry závisí vždy na konkrétním případě.²³ Dobrá víra poskytuje obecné vodítko pro orgán aplikující právo, aby ji naplnil konkrétním obsahem. Jako nejmýsluplnější se jeví ostenzivní definice dobré víry, tj. ukázka toho, co je v souladu, resp. v rozporu s dobrou vírou na konkrétním případě.

¹⁶ Hurdík, J. Tamtéž, s. 115 et seq. ; Alpa, G. *The Age of Rebuilding . Sketches on the New Italian Private Law.* London: British Institute of International and Comparative Law, 2007, s. 132; Fabre-Magnan, M. Op. cit, s. 63.

¹⁷ Srov. Hurdík, J. *Zásady soukromého práva.* Brno: PrF MU, 1997, s. 117; Pelikánová, I. *Aktuální otázky obligačního práva a jeho kodifikace v evropském i českém kontextu.* Právní rozhledy, 2007, č. 17, s. 663.

¹⁸ Srov. § 130 odst. 1 z. č. 40/1964 Sb., Občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů a § 446 z. č. 513/1991 Sb., Obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁹ Srov. Hesselink, M. Op. cit. v pozn. 3, s. 287.

²⁰ Srov. *Black's Law Dictionary. 2nd Reprint.* St. Paul: West Group, 2007, voce „*Good Faith*“. Srov. také definice podané v Peden, E. *Good Faith in the Performing of Contracts.* Chatswood: Lexis Nexis Butterwoths, 2003, s. 159 et seq.

²¹ Hesselink, M. Op. cit. v pozn. 3, s. 288-289.

²² Srov. Schlechtriem, P. *The Functions of General Clauses, Exemplified by Regarding Germanic Laws and Dutch Law.* In Grundmann, S.- Mazeaud, D. (eds.). *General Clauses and Standards in European Contract Law.* The Hague: Kluwer Law International, 2006, s. 41.

²³ Protože „[p]ar nature, ce devoir de bonne foi est à contenu plastique...“ Citováno z Bénabent, A. *Droit Civil. Les obligations.* 11e édition. Paris: Montchrestien, 2007 , marg. číslo 285.

Z předloženého expozé vyplývá, že dobrá víra představuje omezení smluvní autonomie. Omezení autonomie vůle spočívá v tom, že je dán určitý standard výkonu práv a povinností před vznikem smlouvy, při výkonu práv a plnění povinností ze smlouvy a dokonce i po zániku smlouvy.²⁴

3. METODOLOGIE

Smlouvy v mezinárodním obchodu vykazují mezinárodní prvek.²⁵ Je tedy nasnadě otázka rozhodného práva pro smlouvu. Tato otázka je klíčová, protože rozhodné právo určuje, jaká jsou práva a povinnosti stran. Za předpokladu, že se existují rozdíly mezi právními řády a neexistuje zde tedy jednotné právo pro celý svět, pak vliv dobré víry na smluvní vztah s mezinárodním prvkem závisí na tom, který *právní řád* nebo *právní pravidla* se na smluvní vztah aplikují.²⁶

²⁴ Srov. Zimmermann, R, Whittaker, Op. cit. v pozn. 4, s. 24.

²⁵ K významu mezinárodního prvku srov. Rozehnalová, N. *Právo mezinárodního obchodu*. Praha: ASPI, 2006, s. 178.

²⁶ Je třeba rozlišovat „právní řád“ a „právní pravidla“, protože, jak bude ukázáno dále, na smlouvu s mezinárodním prvkem nemusí být nutně aplikován pouze národní právní řád, ale také mezinárodní smlouva nebo např. nestátní prostředky regulace smluv jako Zásady mezinárodních obchodních smluv UNIDROIT nebo (ačkoliv v menší míře) Principy evropského smluvního práva. Již na tomto místě chci předejít případné kritice, že tato Zásady UNIDROIT (dále jen „UPICC“) nebo Principy evropského smluvního práva (dále jen „PECL“) nemají atributy pozitivního práva, a proto se nejedná o pravidla „právní“.

Nicméně UPICC nebo PECL pokud jsou volním projevem stran inkorporovány do smlouvy (tzv. materiální volba práva) a neodporují-li právu jinak rozhodnému, závazně regulují práva a povinnosti stran. Jejich závaznost plyne ze dvou nutných předpokladů. Za prvé, právo rozhodné musí umožňovat jejich inkorporaci do smlouvy. Druhým předpokladem závaznosti UPICC nebo PECL je autonomní projev vůle smluvních stran vyjadřující, že strany chtějí, aby se jejich smlouva řídila těmito nestátními prostředky regulace smluv.

Problematičtější otázkou je, zda strany mohou výběrem UPICC nebo PECL vyloučit zcela aplikaci kogentních norem práva jinak rozhodného. Podle mého názoru je v tomto případě namístě diferencovat následující situace. Za prvé je zřejmé, že obecné soudy budou aplikovat přednostně kogentní normy, i když si smluvní strany zvolily pro smlouvu UPICC nebo PECL. Ve výsledku tedy nebudou aplikována ta ustanovení UPICC nebo PECL, která odporují kogentním normám práva jinak rozhodného. Jiná situace však *může* nastat, pokud smlouva obsahuje rozhodčí doložku a spor bude rozhodovat mezinárodní rozhodce nebo mezinárodní rozhodčí soud. V tomto případě není vyloučeno, že výběr UPICC nebo PECL jako plnohodnotného práva pro smlouvu bude brán v potaz a z aplikace budou vyloučeny kogentní normy práva jinak rozhodného. Toto konstatování se však nedá zcela zobecnit, protože i mezinárodní rozhodci jsou si vědomi, že kogentní normy ztělesňují veřejný zájem, proto některé právní předpisy veřejného pořádku budou aplikovat i v tomto případě. Je nutno vzít v úvahu, že rozhodčí nález, který posvědí vyloučení kogentních norem práva jinak rozhodného, nemusí být vykonatelný (zejména pak ve státě, jehož kogentní normy byly vyloučeny).

Vyloučení kogentních norem bude zřejmé bezproblémové, pokud si strany zvolily rozhodování na základě ekvity neboli tzv. „*ex aequo et bono*“, tedy tam, kde se neaplikuje právo jako takové, ale „subjektivní cítění spravedlnosti“ rozhodce. Vyloučení účinků kogentních norem ve prospěch aplikace UPICC nebo PECL není, podle mého názoru, nemožné ani v rámci tzv. *l'amiabile composition*, kdy se má rozhodce při rozhodování primárně držet smlouvy (v níž jsou inkorporovány UPICC nebo PECL) a je mu umožněno měnit účinky kogentních norem.

Na smluvní vztahy v mezinárodním obchodu se nejčastěji aplikují národní právo, Úmluva OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží (dále jen „Vídeňská úmluva“ nebo „úmluva“) a Zásady mezinárodních obchodních smluv UNIDROIT (dále jen „UPICC“).

Abychom zjistili, co se rozumí dobrou vírou ve smluvních vztazích v mezinárodním obchodu, je potřeba analyzovat roli a funkce dobré víry v těchto právních rádech a právních pravidlech. Předběžnou hypotézou tedy budiž, že úloha dobré víry v národních právních rádech, Vídeňské úmluvě a UPICC se liší. Pokud se tato úloha liší, pak pojetí dobré víry a s ním spojené právní následky pro práva a povinnost stran mezinárodních obchodních smluv závisejí na právu rozhodném pro konkrétní smlouvu. Jestliže přijmeme tento argument, pak zde není jednotné a autonomní pojetí dobré víry ve smluvních vztazích mezi mezinárodními obchodníky.

Jak bylo řečeno výše, dobrou vírou v právu mezinárodního obchodu nelze analyticky definovat. Z tohoto důvodu při zkoumání úlohy dobré víry ve smluvním právu v mezinárodním obchodu používám funkcionální metodu. Zkoumám tedy dobrou víru prostřednictvím jejích funkcí.

Přičemž je obecně přijímáno, že dobrá víra plní následující funkce:

- Korektivní neboli limitující,
- doplňující,
- interpretační.²⁷

Korektivní neboli limitující funkce je zřejmě nejspornější z hlediska jejího ospravedlnění v obchodních vztazích. Její podstata je dvojí.

Jednak umožňuje limitovat výkon určitých oprávnění ze smlouvy, např. práva na zrušení smlouvy jednou stranou nebo zamezuje šikanóznímu plnění smlouvy. Např. smluvní strany se v pondělí dohodly na dodání pračky prodávajícím v průběhu týdne. V sobotu ve tři hodiny

K UPICC srov. *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. Rome: UNIDROIT, 2004.
K PECL srov. Lando, O., Beale, H.(eds.) *Principles of European Contract Law. Part I and II*. The Hague: Kluwer Law International, 2000.

K právu rozhodnému pro mezinárodní obchodní smlouvy srov. Rozehnalová, N. Op. cit. v předchozí pozn., s. 181 et seq.; K rozhodování v rámci *l'amiable composition* srov. Racine, J. B., Siirainen, F. *Droit du commerce international*. Paris: Dalloz, 2007, s. 407-408.

Pro komparaci *l'amiable composition* a rozhodování *ex aequo et bono* srov. Rozehnalová, N. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. 2., aktualizované a rozšířené vydání*. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, s. 237.

²⁷ Srov. Hesselink, M. Op. cit. v pozn. 3, s. 290 et seq.; Schlechtriem, P. *Good Faith in German Law and in International Uniform Laws*. Rome: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1997 s. 7 et seq.; Zimmermann, R., Whittaker, S. (eds.) Op. cit. v pozn. 4, s. 24-26.

ráno zvoní zvonek v domě kupujícího – prodávající přišel splnit svoji smluvní povinnost.²⁸ Slušnost totiž velí dodat pračku v „normální“ hodinu.

Korektivní funkce dobré víry dále reaguje na situaci, kdy se po uzavření smlouvy natolik změnila rovnováha mezi právy a povinnostmi stran, že se plnění povinností jedné z nich bez jejího zavinění stalo nadměrně obtížným, a to bez jejího zavinění a aniž by to mohla v době uzavření smlouvy předvídat.²⁹ Tato situace, která se nazývá v mezinárodním obchodu *hardship* a v některých právních řádech na ni reagují klauzule *rebus sic stantibus*, nastává zejména v případě dlouhodobých smluv, kdy je někdy těžké v době uzavření předvídat budoucí vývoj na trhu, dostupnost zboží atd.

Doplňková funkce reaguje jednak na mezery v právním předpise, jednak na mezery ve smlouvě.³⁰ Za prvé neexistuje právní předpis, který by předvídal všechny možné v budoucnu vzniklé situace.³¹ Proto zde máme dobrou víru jakožto generální klauzuli, která může sloužit jako základ pro reakci orgánu aplikujícího právo na v právním předpise neupravené situace.³² V druhém uvedeném významu dobrá víra může být zdrojem práv a povinností, které nebyly vyjádřeny ve smlouvě (viz další výklad). Může totiž vyvstat otázka typu: může řidič taxi požadovat zaplacení za jeho služby, pokud si zákazník – cizinec objednal cestu ke známému muzeu, o němž taxikář ví, že je toho dne zavřeno a nesdělil to zákazníkovi při nástupu do taxi? Anebo může vyvstat jiná otázka. Pokud si sjednám ve smlouvě s dopravcem, že je povinen doručit věc na určité místo v určitou dobu, zavazuje se tím dopravce doručit věc v pořádku, anebo splnil svoji povinnost i dodáním poškozené zásilky?

Interpretační funkce dobré víry spočívá v tom, že je uloženo orgánu aplikujícímu právo právním řádem rozhodným pro tuto smlouvu, aby ji vykládal v souladu s dobrou vírou.³³ Soudy obvykle nejprve zjišťují společný úmysl stran.³⁴ Často však, zejména pokud již spor existuje mezi stranami nějakou dobu, není možné určit jejich společný úmysl.³⁵ V této situaci interpretace v dobré víře znamená výklad práv a povinností smluvních stran takovým způsobem, jaký by učinila rozumná osoba v postavení těchto stran s přihlédnutím k okolnostem konkrétní smlouvy a obchodním zvyklostem v daném odvětví.³⁶

²⁸ Srov. modelový příklad v Zimmermann, R., Whittaker, S. Op. cit. v pozn. 4, s. 322 et seq.

²⁹ Tamtéž, s. 25-26.

³⁰ Srov. Schlechtriem, P. Op. cit. v pozn. 27, s. 9 et seq.

³¹ Srov. Schlechtriem, P. Op. cit. v předchozí pozn., s. 8.

³² Tamtéž, s. 9.

³³ Srov. § 157 BGB.

³⁴ Srov. např. čl. 8 odst. 1 Vídeňské úmluvy.

³⁵ Srov. Kötz, H. s. *Interpretation of Contracts*. In Hartkamp, A., Hesselink, M., Hondius, E., Joustra, C., Du Perron, E. *Towards a European Civil Code*. Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1998, 270 et seq.

³⁶ Srov. čl. 8 odst. 2 Vídeňské úmluvy.

V následujícím textu je tedy dobrá víra zkoumána v národních právních řádech, Vídeňské úmluvě a v UPICC z hlediska těchto funkcí. Přitom vycházím z předběžné hypotézy, že dobrá víra plní *rozdílné* funkce nebo *rozsah* těchto funkcí je rozdílný v porovnání národních právních řádů, Vídeňské úmluvy a UPICC. Jestliže tato hypotéza bude prokázána, pak neexistuje jednotné a autonomní pojetí dobré víry v oblasti mezinárodních obchodních smluv, protože dobrá víra plní rozdílné funkce v závislosti na pravidlech, která se aplikují na smlouvu.

4. DOBRÁ VÍRA V NÁRODNÍCH PRÁVNÍCH ŘÁDECH

Mnoho smluv s mezinárodním prvkem se řídí národním právem. Tato skutečnost není nikterak překvapivá, neboť mezinárodní obchodní smlouvy často obsahují volbu národního práva. Tím ale vzniká paradoxní situace. Právní vztah svojí povahou mezinárodní se řídí vnitrostátním právem. Tato skutečnost přináší aplikaci pravidel a principů vnitrostátního smluvního práva na mezinárodní obchodní smlouvu.

Mezi principy smluvního práva v evropských kontinentálních právních řádech patří i dobrá víra. Jak bude ukázáno dále, v každém z těchto právních řádů plní dobrá víra rozdílné funkce, anebo některá z těchto funkcí více dominuje, příp. se aplikují v odlišném rozsahu. Vzhledem k šíři matérie mi jako výchozí bod výkladu budou sloužit německé právo a anglické právo jakožto dva extrémní přístupy k dobré víře. Jestliže v německém smluvním právu sehraává dobrá víra prominentní úlohu, pak v anglickém právu dobrou víru jako princip smluvního práva nenalezneme.

4.1 DOBRÁ VÍRA V NĚMECKÉM SMLUVNÍM PRÁVU

Dobrá víra bývá označována za hlavní zásadu německého závazkového práva.³⁷ Mimoto dobrá víra plní v německém právu úlohu tzv. generální klauzule, tj. obecně formulovaného právního ustanovení, které ponechává široký prostor pro interpretaci orgány aplikujícím právo a často ztělesňující významné společenské nebo mravní hodnoty. Dobrá víra nenašla v žádném právním řádu tak široké uplatnění jako v právu německém.

Dobrou víru zakotvuje §242 BGB, když stanoví, že „*dlužník je povinen plnit tak, jak vyžaduje dobrá víra s ohledem na zvyklosti.*“³⁸ BGB však obsahuje ještě § 157, kde zakotvuje, že „*smlouvy mají být vykládány v souladu s dobrou vírou s ohledem na zvyklosti.*“

Německé soudy aplikovaly dobrou víru v mnoha případech a německá právní věda posléze vypracovala celý tzv. vnitřní systém dobré víry, zahrnující její nejrůznější specifické projevy v podobě různých zákazů a příkazů, a to v právu soukromém i veřejném, hmotném i

³⁷ Srov. Weber, K. (Hrsg.) *Rechtswörterbuch*. München: C. H. BECK, 2007, voce „*Treu und Glauben.*“

³⁸ „Královský“ §242 BGB zní: „*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*“ Tato formulace byla soudním výkladem rozšířena. Nejenom tedy dlužník, ale i věřitel musí jednat v souladu s dobrou vírou a nejenom při plnění smlouvy, ale i při odstoupení od smlouvy apod. Srov. Zimmermann, R, Whittaker, S. (eds.) Op. cit. v pozn. 4, s. 18 a dále následující výklad v tomto textu. Proto se mylí ten, kdo čte pouze § 242 BGB, když zjišťuje úlohu dobré víry v německém právu. V tomto případě platí okřídlené *quandoque bonus dormitat homerus* i o názoru Viktora Knappa, že se dobrá víra v německém právu vztahuje pouze k plnění dlužníka. Srov. Knapp, V. *Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy*. 1. Vydání. Praha: C.H. BECK, 1996, s. 134.

procesním.³⁹ Byly tedy vytvořeny tzv. *Fallgruppen*, tj. kategorie případů, kdy byla dobrá víra určitým způsobem aplikována.⁴⁰ Tento systém není pochopitelně ani dokonalý ani úplný, nicméně bez něj by nebylo možno pochopit fungování dobré víry v německém právu. Nadto jeho hodnota spočívá v tom, že umožňuje subjektům lépe předvídat, kdy jejich jednání naplňuje standard dobré víry, čili nic.

V souladu s výše uvedenou metodologií, pojednávám o dobré víře v německém právu z hlediska funkce korektivní neboli limitující, doplňující a interpretační.

4.2 LIMITUJÍCÍ FUNKCE DOBRÉ VÍRY

Limitující neboli korektivní funkce dobré víry je v německé právní vědě nazývána jako *Schrankenfunktion*, příp. *Korrekturfunktion*.⁴¹ Jejím obecným posláním je zamezit zneužití práva (tzv. *Rechtsmißbrauch* nebo *unzulässige Rechtsausübung*).⁴² Dobrá víra zde vlastně funguje negativním způsobem.⁴³ Dobrá víra zamezuje výkonu subjektivního práva společensky neakceptovatelným způsobem. Jinými slovy dobrá víra zde slouží jako štít, nikoliv jako meč.

Klasickým případem, který vyjadřuje limitující funkci je zákaz *venire contra factum proprium*.⁴⁴ K tomuto zákazu je možno uvést následující situace, které rozhodovaly německé soudy. Advokát není oprávněn si vyúčtovat za služby více, než slíbil při předchozím jednání s klientem.⁴⁵ Anebo osoba nemůže namítat existenci rozhodčí doložky před obecným soudem, jestliže předtím namítala nepřislusnost rozhodčího soudu.⁴⁶

Jiným případem uplatnění limitující funkce je situace, kdy smluvní strana žádá něco, o čem ví, že bude muset okamžitě vrátit zpátky (tedy *dolo agit, qui petit, quo statim redditurus est*).⁴⁷

³⁹ Srov. Hesselink, M. Op. cit. v pozn. 3, s. 190.

⁴⁰ L.c.

⁴¹ Srov. Markesinis, B. Unberath, H., Johnson, A. *The German Law of Contract*. Oxford: Hart Publishing, 2006, s. 123; Srov. také Heinrichs, H., Diederichsen, U., Putzo, H. et al. *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*. Band 7. München: C. H. BECK, 2005, § 242 BGB, marg. číslo 13.

⁴² Srov. Markesinis, B. Unberath, H., Johnson, A. *The German Law of Contract*. Oxford: Hart Publishing, 2006, s. 123; Srov. také Heinrichs, H., Diederichsen, U., Putzo, H. et al. *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*. Band 7. München: C. H. BECK, 2005, § 242 BGB, marg. číslo 38-39.

⁴³ Markesinis, B. Unberath, H., Johnson, A. L.c.

⁴⁴ Markesinis, B. Unberath, H., Johnson, A. L.c.; Srov. také Zimmermann, R., Whittaker, S.(eds.) *Op. cit.*, s. 25.

⁴⁵ Markesinis, B. Unberath, H., Johnson, A. Op. cit. v pozn. 41, s. 123.

⁴⁶ Markesinis, B. Unberath, H., Johnson, A. L.c.

⁴⁷ Markesinis, B. Unberath, H., Johnson, A. L.c.; Zimmermann, R., Whittaker, S.(eds.) *Op. cit v pozn. 4*, s. 25.

Pokud smluvní strana za určitých okolností neuplatní své právo v delším časovém úseku, takže to vyvolává důvodný dojem, že se strana vzdala tohoto práva, pak dochází k předčasnému zániku tohoto práva (tzv. *Verwirkung*).⁴⁸

Tyto tři případy jsou vyjádřením přesvědčení, že úmysl škodit druhému (*dolus*) jakožto pravý opak dobré víry není přípustný a v žádném případě nemůže být dolůznmému jednání poskytnuta ochrana.⁴⁹

Korektivní funkce dobré víry se dále uplatní v případě, kdy subjekt uplatňuje právo, které nabyl nepoctivým (*unredlich*) jednáním.⁵⁰ Nepoctivé jednání shledal německý soud v situaci, kdy si věřitel zajistil své právo v insolvenčním řízení nepoctivým způsobem.⁵¹

Situace, kdy se uplatní zákaz zneužití práva, nastane také tehdy, pokud smluvní strana sleduje výkonem práva nelegitimní motiv. Proto německý soud rozhodl, že kupující, který odmítne převzít zboží, protože byla porušena určitá podmínka ve smlouvě, jejíž porušení už neexistovalo v době odmítnutí zboží, nejedná v dobré víře.⁵²

Typickým projevem korektivní funkce je otázka tzv. triviálního porušení smlouvy.⁵³ Představme si situace, kdy strana poruší smlouvy nepodstatným či zanedbatelným způsobem. Např. prodávající dodá zboží o pár minut později. V souladu s dobrou vírou kupující nesmí v této situaci jednat jako by bylo splněno vadně.⁵⁴ Toto je samozřejmě jeden z nejvíce sporných bodů aplikace dobré víry, neboť se tím dostáváme k úvahám typu – kolik je „malé“ zpoždění s plněním a co je „triviální porušení“ smlouvy. Německé soudy tento zásah do smluvního vztahu také uplatňují spíše jako *výjimku* než pravidlo.⁵⁵

Poslední situace spočívá ve *způsobu* výkonu práva. Např. dle německého práva společník, který v nevhodný čas vystoupí ze společnosti bez dobrého důvodu, odpovídá za ztrátu tím způsobenou.⁵⁶ Tedy nejenom plnění dlužníkem může být v rozporu s dobrou vírou, ale také výkon práv věřitele.⁵⁷

⁴⁸ Srov. Ranieri, F. *Europäisches Obligationenrecht. Ein Handbuch mit Texten und Materialien*. Zweite, erweiterte Auflage. Wien/New York: Springer, s. 669 et seq.

⁴⁹ Zevrubnému komparativní výklad k *exceptioni doli* podává Portale, G. B. *Lezioni di diritto privato comparato. Seconda edizione*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007, s. 156 et seq.

⁵⁰ Markesinis, B. Unberath, H., Johnson, A. *Op. cit. v pozn. 41*, s. 124.

⁵¹ Markesinis, B. Unberath, H., Johnson, A. *L.c.*

⁵² Markesinis, B. Unberath, H., Johnson, A. *L.c.*

⁵³ Markesinis, B. Unberath, H., Johnson, A. *L.c.*

⁵⁴ Markesinis, B. Unberath, H., Johnson, A. *L.c.*

⁵⁵ Srov. Markesinis, B. Unberath, H., Johnson, A., *Op. cit. v pozn. 41*, s. 125.

⁵⁶ Markesinis, B. Unberath, H., Johnson, A., *Op. cit. v pozn. 41*, s. 125 s odkazem na § 723 II BGB.

⁵⁷ *L.c.*

Obdobně korektivní funkce dobré víry sehrává úlohu v tzv. dlouhodobých smluvních vztazích. Tyto smlouvy mohou být ukončeny smluvní stranou jen na základě přesvědčivého důvodu, ačkoliv toto nemá oporu ani v zákoně ani ve smlouvě.⁵⁸

Rovněž doktrína tzv. odpadnutí základu transakce (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) je v německém právu založena na dobré víře.⁵⁹ Jde o situaci, kdy po uzavření smlouvy narušení rovnováhy mezi právy a povinnostmi smluvních stran tak, že plnění jedné ze stran se stalo nadměrně obtížné, a takovéto narušení rovnováhy nešlo předvídat v době uzavření smlouvy. Jde o obdobu institutu *hardship*, který je znám v mezinárodním obchodu (viz také další výklad).

4.3 DOPLŇKOVÁ FUNKCE DOBRÉ VÍRY

Nejprve ze všeho je potřeba říci, že prochází jen velmi plynulá linie mezi doplňkovou funkcí (*Ergänzungsfunktion*) dobré víry a její funkcí interpretační.⁶⁰ Specifikace smlouvy prostřednictvím jejího výkladu totiž může vést ke vzniku nových povinností pro smluvní strany.

Vznik tzv. vedlejších povinností (*Nebenpflichten*) jakožto následek tzv. konstruktivní interpretace v souladu s dobrou vírou je důležitý proto, že toto je často jediný způsob, jak vůbec vyřešit, co bylo smlouvou původně sledováno.⁶¹ Společným jmenovatelem těchto vedlejších povinností je, že se vztahují k plnění hlavních smluvních povinností.⁶² Dobrá víra působí tak, aby strany byly zavázány vzájemně spolupracovat, za účelem zajištění plnění smlouvy.⁶³ V tomto ohledu tedy dobrá víra není ani tak vyjádřením morálních principů, jako spíše nástrojem zajištění ekonomické efektivity transakce.

Lze zmínit následující případy, kdy dochází ke vzniku tzv. vedlejších povinností. Smluvní strana je povinna dodat dokumentaci ke smlouvě, jestliže je nezbytná pro jednání druhé smluvní strany s daňovými úřady.⁶⁴ Dále pokud závisí splnění smlouvy na jednání druhé strany, tato je povinna spolupracovat, např. pokud rozhodnutí správního orgánu ke schválení obchodní transakce závisí na řečeném jednání strany.⁶⁵

⁵⁸ Srov. Lando, O., Beale, H.(eds.) *Principles of European Contract Law*. Part I and II. The Hague: Kluwer Law International, 2000, s. 117.

⁵⁹ Srov. např. Zimmermann, R., Whittaker, S. (eds.). *Op. cit.* v pozn. 4 , s. 25 et seq.

⁶⁰ Srov. Markesinis, B. Unberath, H., Johnson, A. *Op. cit* v pozn. 41., s. 125.

⁶¹ Srov. Hesselink, M. *Op. cit.* v pozn. 3, s. 294 et seq.

⁶² Markesinis, B. Unberath, H., Johnson, A. *Op. cit.* v pozn. 41, s. 128.

⁶³ L.c.

⁶⁴ L.c.

⁶⁵ Markesinis, B. Unberath, H., Johnson, A. *Op. cit* v pozn. 41., s. 129.

Smluvní strana může za jistých okolností mít implicitní povinnosti informovat druhou smluvní stranu (tzv. *Auskunftspflichten*).⁶⁶ Oproti této informační povinnosti existuje ještě tzv. povinnosti objasnit určité okolnosti smluvnímu partnerovi (*Aufklärungspflichten*).⁶⁷ Její smysl spočívá v tom, že při jednání o smlouvě nesmí smluvní strana uvést druhou stranu v omyl nesprávnými informacemi.⁶⁸

4.4 INTERPRETAČNÍ FUNKCE DOBRÉ VÍRY

Existují dvě základní teorie výkladu smlouvy: subjektivní a objektivní.⁶⁹ Subjektivní teorie je postavena na premise, že pro interpretaci smlouvy je klíčové zjištění společného úmyslu stran. Podle objektivní teorie pak má ten, kdo vykládá smlouvu zjistit, jaký výklad by smlouvě přikládala rozumná osoba v pozici stran s přihlédnutím k dobré víře a obchodním zvyklostem.⁷⁰ Objektivní teorie tak reaguje zejména na situaci, kdy není možno určit společný úmysl stran.

Slavným se stal případ tzv. „výměny lékařských praxí.“⁷¹ Ten se dotýkal dílem interpretační funkce, dílem funkce doplňkové. Dva lékaři ze dvou různých měst uzavřeli dohodu o směně svých praxí. Soud v této věci dovedl, že tato smlouva o výměně lékařských praxí musí být vykládána tak, že zahrnuje také omezení možnosti konkurence, ačkoliv o tomto text smlouvy mlčí.⁷² Proto soud dovedl, že žádný z lékařů se nesmí vrátit do bezprostřední blízkosti své předchozí praxe po dobu 2 až 3 let.⁷³

4.5 VLIV DOBRÉ VÍRY NA SMLUVNÍ VZTAH PŘI APLIKACI NĚMECKÉHO PRÁVA

Pokud se na smlouvu mezi mezinárodními obchodníky bude aplikovat německé právo, pak lze očekávat, že strany budou vzájemně zavázány mnoha povinnostmi plynoucími z dobré víry. Volba německého práva tedy může představovat riziko pro ty mezinárodní obchodníky, kteří chtějí mít jistotu, že práva a povinnosti z jejich smlouvy budou vynucována striktně podle jejího textu. Aplikace německého práva na smlouvu může znamenat pro „tvrdé“ obchodníky nepříjemné překvapení, protože umožňuje za určitých okolností korektivní zásah do smluvního vztahu, pokud by se jejich chování odchýlilo od standardu dobré víry.

⁶⁶ Markesinis, B. Unberath, H., Johnson, A. *Op. cit v pozn. 41.*, s. 130.

⁶⁷ L.c

⁶⁸ L.c.

⁶⁹ Srov. Kötz, H. *Interpretation of Contracts*. In Harkamp, A., Hesselink, M., Joustra, C., Du Perron E.(eds.) *Toward a European Civil Code*. The Hague/Boston/London: Kluwer, 1998, s. 268.

⁷⁰ Srov. Tamtéž, s. 271.

⁷¹ BGH 18. Prosinec 1954. Citováno dle Kötz, H. *Op. cit. v pozn. 69*, s. 278.

⁷² Srov. L.c.

⁷³ L.c.

5. DOBRÁ VÍRA A ANGLICKÉ SMLUVNÍ PRÁVO

Dobrá víra byla známa již staršímu anglickému právu.⁷⁴ Ani nyní není samotný *pojem* „dobrá víra“ (*good faith*) anglickému právu zcela cizí. Nicméně obsah tohoto pojmu se zcela odlišuje od toho kontinentálního.⁷⁵ Dobrá víra není obecným principem anglického smluvního práva. Neexistuje povinnost smluvních stran jednat v dobré víře.⁷⁶ Dále úloha dobré víry je omezena jen na určité specifické oblasti, např. pojišťovacích smluv.⁷⁷ Anglické právo je právem obchodníků,⁷⁸ kde přesnost a právní jistota mají přednost před absolutní či abstraktní spravedlností, kterou ztělesňuje dobrá víra.

V každém případě však má anglické právo prostředky, jak reagovat na zjevně nečestná jednání smluvních stran.⁷⁹ Mimoto je potřeba zmínit, že anglické právo je právem obchodníků.⁸⁰ Proto zde přesnost a právní jistota mají přednost před absolutní či abstraktní spravedlností, kterou ztělesňuje dobrá víra.⁸¹

Debata nad dobrou vírou se otevřela ve Velké Británii díky implementaci směrnice č. 93/13/EEC, o nekalých ujednáních ve spotřebitelských smlouvách (dále jen „směrnice“).⁸² Čl. 3 této směrnice stanoví, že „smluvní ujednání, které nebylo individuálně sjednáno, je považováno za nekalé, pokud v rozporu s dobrou vírou způsobuje významnou nerovnováhu v právech a povinnostech stran, vznikajících ze smlouvy v neprospěch spotřebitele.“ Vzhledem k tomu, že anglické soudy jsou povinny na základě této směrnice (resp. transpozičního aktu) v určitých případech přezkoumat platnost ustanovení spotřebitelské

⁷⁴ Zimmermann, R., Whittaker, S.(eds.) Op. cit. v pozn.4, s. 41 et seq.

⁷⁵ Chápání dobré víry je však jednoznačně v subjektivním slova smyslu, tj. nejde o objektivní standard chování. Srov. Brownsword, R. *Contract Law: Themes for the Twenty-First Century*. Oxford: OUP, 2006, s. 112.

⁷⁶ Srov. Atiyah, P.S. *Introduction to the Law of Contract. 5th Edition*. Oxford: Clarendon Press, 1995, s. 212.; Lando, O. *Is Good Faith an Over-arching General Clause in the Principles of European Contract Law?* *European Review of Private Law*, 2007, č. 6, s. 848.

⁷⁷ Pojišťovací smlouvy patří mezi tzv. smlouvy *uberrimae fidei*, které jsou zajímavé zejména tím, že zakotvují informační povinnost vůči druhé smluvní straně. Srov. Goode, R. s. 5. Srov. také Giliker, P. *Regulating Contracting Behaviour: The Duty to Disclose in English and French Law*. *European Review of Private Law*, 2005, sv. 13, č. 5, s. 625-626.

⁷⁸ Srov. Zimmermann, R., Whittaker, S. (eds.). Op. cit. v pozn. 4, s. 41.

⁷⁹ Srov. rozhodnutí *Interfoto Picture Library v Stiletto Visual Programmes* [1989] QB 433: „English law has, characteristically, committed itself to no such overriding principle [of good faith] but has developed piecemeal solutions in response to demonstrated problems of unfairness.“ Text v závorce dodal Z. N. Citováno dle Brownsword, R. Op. cit. v pozn. 75, s. 113.

⁸⁰ Srov. Zimmermann, R., Whittaker, S. Op. cit. v pozn. 4, s. 41.

⁸¹ Srov. kritický pohled varující před zaváděním dobré víry do kanadského práva v Bridge, M. *Does Anglo-Canadian Contract Law Need a Doctrine of Good Faith?* *The Canadian Business Law Journal*, 1984, sv. 9, č. 4, s. 385- 426.

⁸² Mezi jinými srov. Teubner, G. *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies*. *Modern Law Review*, 1998, sv. 61, s. 11-32.

smlouvy, pokud je, mimo jiné, v rozporu s dobrou vírou, vznikla otázka, co to je „dobrá víra“.⁸³

Směrnice zavazuje anglické soudy, aby aplikovaly právní normu, jejíž obsah a smysl jim není zřejmý, což se pochopitelně neobešlo bez kritických reakcí. Nicméně v anglické a anglicky psané odborné literatuře se začínají objevovat hlasy, které navrhují přijetí dobré víry za integrální součást anglického smluvního práva.⁸⁴ Důvodem je existence případů, kdy je anglické právo aplikováno striktně, což může vést k nespravedlivým a konečně také ekonomicky neefektivním důsledkům.⁸⁵

Ačkoliv bylo řečeno, že dobrá víra není v anglickém právu zakotvena, přesto zde existují instituty, principy a doktríny, které vyvolávají podobné právní důsledky jako aplikace dobré víry. Nadto je zajímavé analyzovat prizmatem funkcí dobré víry anglické případy, které by vedly s velkou pravděpodobností k aplikaci dobré víry, kdyby byly rozhodovány v některé z kontinentálních jurisdikcí.

5.1 KOREKTIVNÍ FUNKCE DOBRÉ VÍRY

Jak bylo řečeno výše, anglické právo nezakotvuje povinnost smluvních stran jednat v souladu s dobrou vírou. Nicméně i v Anglii se objevily hlasy volající po aplikaci dobré víry a její korektivní funkce v určitých případech. Jedním z nich byl *Union Eagle Ltd. v. Golden Achievement Ltd.*⁸⁶ Žalující kupující se dohodl s prodávajícím na koupi bytu v Hong Kongu a zaplatil 10% kupní ceny jako zálohu (HK \$420.000).⁸⁷ Smlouva obsahovala specifikaci data, času a místa dokončení transakce a bylo v ní stanoveno, že čas je v každém ohledu základním faktorem v celé transakci.⁸⁸ Dokončení transakce se mělo uskutečnit nejpozději 30. září 1991 před 17 hodinou tohoto dne. Smlouva potom stanovila, že pokud kupující nesplní kteroukoliv povinnost ze smlouvy, prodávající má právo na zrušení smlouvy a záloha propadá. Žalující dodal zbytek kupní ceny 10 minut po sjednaném čase.⁸⁹ Prodávající odmítl přijmout pozdní platbu, zrušil smlouvu a ponechal si zálohu. Klíčovou otázkou v tomto případě bylo, zda by měl soud využít pravomocí vyplývajících z ekvity k osvobození kupujícího od smluvních následků pozdního zaplacení a nařízení specifického plnění.⁹⁰ Argumentem žalobce bylo, že porušení bylo nepatrné, kdežto právní následky byly drastické. Soud tuto argumentaci odmítl.

⁸³ Srov. Goode, R. *The Concept of Good Faith in English Law*. Rome: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1992, s.2: „It may sound astonishing to you, but we do not know quite what it [sc. Good faith] means.“

⁸⁴ Srov. Brownsword, R. Op.cit. v pozn. 75, s. 123 et seq.; srov. také Stone, R. *The Modern Law of Contract. 7th Edition*. New York: Routledge-Cavendish, 2008, s. 25.

⁸⁵ Takto by mohl být vnímán případ uvedený v následující pozn. pod čarou.

⁸⁶ *Union Eagle Ltd v Golden Achievement Ltd* [1997] AC 514.

⁸⁷ Srov. McKendrick, E. *Contract Law. Text, Cases, And Materials*. Oxford: OUP, 2005, s. 560.

⁸⁸ L.c.

⁸⁹ L.c.

⁹⁰ L.c.

Lord Hoffmann v této souvislosti uvedl, že smluvní strana si musí být jasně vědoma, že při porušení smlouvy, budou následovat sankce v ní uvedené.⁹¹ Dále právo musí umožnit prodávajícímu, aby měl jistotu, zda může smlouvu zrušit čili nic. Právní jistota tedy převážila nad absolutní spravedlností.

V jiných jurisdikcích by ale výsledek mohl být odlišný. Zejména si lze představit, že v německém právu by v extrémních případech nebylo umožněno smluvní straně uplatnit práva na zrušení smlouvy a propadnutí zálohy.⁹²

5.2 DOPLŇKOVÁ FUNKCE DOBRÉ VÍRY

Smlouva nemůže být izolována od jejího sociálního pozadí. Smlouvu netvoří pouze její text, ale také např. zvyklosti v daném obchodním odvětví. V kontinentálních právních řádech působí jako jeden z faktorů doplňujících smlouvu dobrá víra. Z dobré víry se pak dovozují výše zmíněné vedlejší povinnosti. Dobrá víra tuto funkci v anglickém právu neplní.⁹³ Nicméně podobnou úlohu jako dobrá víra zde plní tzv. implicitní ustanovení (*implied terms*).⁹⁴ Tato implicitní ustanovení vyplývají ze zvyklostí, ze zákona nebo soudního rozhodnutí.⁹⁵

Doplňkovou funkci dobré víry připomíná aplikace implicitních ustanovení např. v případě *The Moorcock*.⁹⁶ Zde se žalovaní dohodli s žalobcem, že jej nechají vyložit náklad v jejich části přístaviště na Temži. Při odlivu loď žalobce klesla a byla proražena, neboť dno řeky v tomto místě bylo hrbolaté. Ve smlouvě nebylo žádné ustanovení, které by reagovalo na tuto situaci. Soud v této věci dovodil, že za účelem *zachování obchodní efektivity transakce* musí existovat implicitní závazek na straně žalobce, že buď zajistí bezpečnostní opatření, aby loď nebyla poškozena, nebo musí žalovaného varovat, že v přístavišti nemá kotvit.⁹⁷

⁹¹ L.c.

⁹² Lze soudit, že kromě německého práva ani nizozemské právo by nepřipustilo zrušení smlouvy a propadnutí zálohy jako následek 10 minutového zpoždění s plněním. Srov. čl. 6:248 (2) nizozemského občanského zákoníku, který stanoví, že „*pravidlo, které by zavazovalo strany na základě smlouvy, se neaplikuje v rozsahu, v jakém by to bylo za daných okolností nepřijatelné z hlediska kritéria rozumnosti a ekvity*.“ Přeložil Z. N. Text ustanovení čerpán z Busch, D., Hondius, E., Van Kooten, H. J., Schelhaas, H. *The Principles of European Contract Law and Dutch law: a Commentary*. The Hague: Kluwer Law International, 2002, s. 44.

⁹³ Srov. Atiyah, P. S. Op. cit. v pozn. 76, s. 212.

⁹⁴ Srov. Furmston, M. P. *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*. 15th Edition. Oxford: OUP, 2007, s. ; K implikovaným ustanovením srov. i Kötz, H., Zweigert, K. *Introduction to Comparative Law*. (Přeložil Tony Weir). Oxford: Clarendon Press, 1998, s. 407-409.

⁹⁵ Furmston, M. P. Op. cit. v předch. pozn., s. 172-190.

⁹⁶ *The Moorcock* (1889) 14 PD 64. Citováno dle Furmston, M. P. Tamtéž, s. 185.

⁹⁷ Furmston, M. P. Op.cit., v pozn. 94 s. 185-186.

5.3 INTERPRETAČNÍ FUNKCE DOBRÉ VÍRY

Soudy v zemích *Common Law* obecně se při výkladu smlouvy drží striktně jejích slov.⁹⁸ Podle anglického práva tedy nepřichází v úvahu zásahy do práv a povinností smluvních stran na základě interpretace smlouvy v souladu s dobrou vírou.⁹⁹

V anglickém právu však existuje odlišný problém spojený jak s výkladem smlouvy, tak s dobrou vírou. Smluvní strany totiž (nejenom) v Anglii používají ve smlouvách ustanovení, v nichž se zavazují jednat v *dobré víře* např. o smlouvě, ceně, nákladech apod.¹⁰⁰ Anglické soudy doposud zaujímají stanovisko, že takováto ustanovení jsou neurčitá, tedy nevynutitelná.¹⁰¹ Činí tak navzdory skutečnosti, že ve většině případů nemají problém s určitostí pojmů užívaných ve smlouvách jako např. „rozumné úsilí“ (*reasonable endeavours*).¹⁰²

Anglický soud shledal nevynutitelným smluvní závazek jednat v dobré víře ve slavném rozhodnutí *Walford v Miles*.¹⁰³ Žalovaní, pan a paní *Milesovi*, vlastnili společnost, kterou se rozhodli prodat. Vstoupili tedy do jednání se žalobcem o prodeji. Ten jim za společnost přislíbil £2.000.000. Žalovaní se zavázali, že po obdržení dopisu od žalobcovy banky, který potvrzuje, že finanční prostředky jsou přichystány, nebudou vést jednání s třetí osobou o prodeji jejich společnosti. Navzdory tomuto závazku však prodali společnost třetí osobě. Žalobce je žaloval o £1.000.000 z důvodu ztráty šance prodat společnost za £3.000.000. Dále žádal náhradu škody za uvedení v omyl z důvodu, že žalobce vedl jednání s třetí stranou. Soud žalobci přiznal v první instanci odškodnění £700 za uvedení v omyl. Soudce dále nařídil vyčíslení škody způsobené ztrátou příležitosti.

Případ se nakonec dostal až k *House of Lords*. Lord *Ackner* ve své analýze případu nejprve konstatoval, že zde byly dvě dohody mezi žalobcem a žalovaným. První, tzv. *lock-out* dohoda zavazovala žalované nejednat o smlouvě s třetími osobami.¹⁰⁴ Druhá, tzv. *lock-in* dohoda, zavazovala žalované k jednání o smlouvě v dobré víře se žalobcem.¹⁰⁵ Obě tyto dohody byly bez specifikace konkrétního časového úseku. Lord *Ackner* shledal, že dohoda, která bez specifikace doby, váže žalobce k jednání v dobré víře, není vynutitelná, protože není určitá.

⁹⁸ Srov. Kötz, H., Zweigert, K. Op. cit. v pozn. 94, s. 406.

⁹⁹ Nicméně lze očekávat, že v případě nejasnosti anglické soudy mohou vykládat smlouvu v souladu s rozumnými očekávaními (*reasonable expectations*) stran. Kritérium „rozumnosti“ zde tedy může fungovat podobně jako dobrá víra v kontinentálním právu. Srov. Zimmermann, R., Whittaker, S. Op. cit., s. 46.

¹⁰⁰ Srov. Grosheide, W. *The Duty to Deal Fairly in Commercial Contracts*. In Grundmann, S., Mazeaud, D (eds.). *General Clauses and Standards in European Contract Law. Comparative Law, EC La and Contract Law Codification*. The Hague: Kluwer Law International, 2006, s. 200 et seq.

¹⁰¹ Viz *Walford v Miles* [1992] 2 AC 128.

¹⁰² Srov. McKendrick, E. Op. cit. v pozn. 85, s. 551 et seq.

¹⁰³ *Walford v Miles* [1992] 2 AC 128.

¹⁰⁴ Srov. McKendrick, E. Op. cit. v pozn. 87, s. 545.

¹⁰⁵ Tamtéž.

Lord Ackner totiž dospěl k názoru, že: „koncepce povinnosti vést jednání v dobré víře je ze samé podstaty odporující protikladné pozici jednajících stran. Každá ze stran je oprávněna prosazovat svůj zájem, pokud druhou stranu neuvede v omyl.“¹⁰⁶

5.4 VLIV DOBRÉ VÍRY NA SMLUVNÍ VZTAH PŘI APLIKACI ANGLICKÉHO PRÁVA

Ačkoliv rozhodnutí *Walford v. Miles* bylo kritizováno samotnými anglickými právníky, dává jasný signál, že dobrou víru nemůžeme považovat za obecnou zásadu anglického smluvního práva.¹⁰⁷ Anglické právo tedy ani nezakotvuje povinnost smluvních stran plnit v dobré víře, ani neukládá soudům výklad smlouvy v dobré víře. Z hlediska mezinárodního obchodu tedy aplikace anglického práva na smluvní vztah mezi mezinárodními obchodníky bude znamenat absenci závazků plynoucích z dobré víry a přesné vynučení povinností tak, jak jsou sjednány ve smlouvě. Volba anglického práva je tedy vhodná pro obchodníky, kteří nechtějí, aby bylo do smluvního vztahu nepředvídatelně zasahováno na základě morálních standardů.

6. DOBRÁ VÍRA VE VÍDEŇSKÉ ÚMLUVĚ

Vídeňská úmluva představuje neúspěšnější unifikaci smluvního práva. Tohoto úspěchu však bylo dosaženo díky mnoha kompromisům v průběhu jednání o této úmluvě mezi zástupci zemí s kontinentálními právními systémy a *Common law*.¹⁰⁸ Tato daň z úspěchu byla zaplácena, i pokud se týká úpravy dobré víry. Jak plyne z předchozího výkladu, dobrá víra je doménou evropského kontinentálního práva, zejména pak německého. Naopak země *Common law* se k ní v době uzavírání Vídeňské úmluvy stavěly spíše negativně.¹⁰⁹

Výsledkem bylo zakotvení dobré víry v čl. 7 odst. 1 Vídeňské úmluvy takto: „Při výkladu této úmluvy se přihlédně k její mezinárodní povaze a k potřebě podporovat jednotnost při jejím použití a dodržování dobré víry v mezinárodním obchodu.“

Tato poněkud nejednoznačná a kuriózní formulace vyvolala rozdílné reakce jak v aplikační praxi, tak v odborné literatuře. Zatímco někteří¹¹⁰ nalézají v tomto ustanovení povinnost stran jednat v dobré víře a tedy aplikaci dobré víry na konkrétní smluvní vztah, jiní¹¹¹ se domnívají,

¹⁰⁶ Tamtéž, s. 547.

¹⁰⁷ Srov. kritiku v op. cit. v předchozí pozn., s. 549 et seq.

¹⁰⁸ Srov. Farnsworth, E. A. *Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions, and National Laws.* Tulane Journal of International and Comparative Law, 1995, č. 3, s. 54-55. Není bez zájmovosti, že Velká Británie doposud Vídeňskou úmluvu neratifikovala.

¹⁰⁹ Srov. mezi jinými Goode, R., Kronke, H., McKedrick, E. *Transnational Commercial Law. Text, Cases and Materials. 1th Edition.* Oxford: OUP, 2007, s. 278.

¹¹⁰ Srov. mezi jinými Magnus, U. *Comparative editoval remarks on the provisions regarding good faith in CISG Article 7(1) and the UNIDROIT Principles Article 1.7.* In Felmegas, J. (ed.) *Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law.* Cambridge: CUP, 2007, s. 45 et seq.

¹¹¹ Srov. Cordero Moss, G. *International Contracts between Common Law and Civil Law: Is Non-state Law to Be Preferred? The Difficulty of Interpreting Legal Standards Such as Good Faith.* Global Jurist, 2007, sv. 7, č. 1 (Advances), s. 31. Dostupný z: <http://www.bepress.com/gj/vol7/iss1/art3> .Poslední návštěva 30. 5. 2009; Srov.

že čl. 7 odst. 1 pouze ukládá soudům, aby při výkladu jednotlivých ustanovení Vídeňské úmluvy vzaly v úvahu dodržování dobré víry v mezinárodním obchodu. Podle názorů uvedených na druhém místě tedy dobrá víra není určena stranám, ale soudům. Pokud by měl být čl. 7 odst. 1 úmluvy vykládán tak, že ukládá stranám povinnost dodržovat dobrou víru v každé mezinárodní kupní smlouvě, která spadá pod rozsah Vídeňské úmluvy, pak lze argumentovat, že v tomto případě mohou v souladu s čl. 6 Vídeňské úmluvy strany toto ustanovení smluvně vyloučit.¹¹² Což vede k tomu, že k jednání v dobré víře zavázány nejsou.¹¹³ V důsledku čehož tedy paradoxně nebude zajištěno, že bude dobrá víra dodržována v mezinárodním obchodu.

Osobně se domnívám, že text čl. 7 odst. 1 je jasný – Vídeňská úmluva se má vykládat s přihlédnutím k dodržování dobré víry v mezinárodním obchodě.¹¹⁴ Nic více, nic méně. Žádná povinnost stran kupní smlouvy jednat v dobré víře z jazykového výkladu ustanovení čl. 7 odst. 1 úmluvy neplyne.¹¹⁵ Výklad, že ustanovení čl. 7 odst. 1 úmluvy zakládá práva a povinnosti stran plynoucí z dobré víry, obrací naruby výsledek diplomatické konference, který vedl k formulaci, jež je nyní uvedena v čl. 7 odst. 1 úmluvy.¹¹⁶

Význam tohoto ustanovení se jeví ještě jasnějším, pokud je srovnáme s textem čl. 4 odst. 1 ve spojení čl. 6 odst. 3 Úmluvy o mezinárodním faktoringu (dále jen „Ottawská úmluva“).¹¹⁷ Čl. 4 odst. 1 Ottawské úmluvy obsahuje prakticky totožný text ustanovení jako čl. 7 odst. 1 Vídeňské úmluvy. Nadto ale čl. 6 odst. 3 Ottawské úmluvy stanoví, že „*nic v[čl. 6] odstavci 1 nesmí ovlivnit kterýkoliv závazek z dobré víry, který dluhuje dodavatel dlužníkovi[...]*“¹¹⁸

Nejasnost v ustanovení čl. 7 odst. 1 Vídeňské úmluvy vyvolává spíše pojem „dobré víry v mezinárodním obchodu“. Jistě, *Michael J. Bonell* vysvětlil, že se tímto nemá rozumět

také Sim, D. *The Scope and Application of Good Faith in the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Dostupná z: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sim1.html> Poslední návštěva: 30. 5. 2009.

¹¹² Srov. čl. 6 Vídeňské úmluvy: „*Strany mohou vyloučit použití této úmluvy nebo, s výjimkou článku 12, kteréhokoliv jejího ustanovení nebo jeho účinky změnit.*“

¹¹³ Srov. Obdobně Goode, R., Kronke, H., McKendrick, E. *Op. cit.* v pozn. 109, s. 282

¹¹⁴ Srov. Schlechtriem, P. *Op. cit.* v pozn. , s. 2.

¹¹⁵ Srov. Schlechtriem, P. s. 95: „*The maxim of 'observance of good faith in international trade', therefore, concerns the interpretation only and cannot be applied directly to individual contracts[...]*“ Jednoduché uvozovky v originále.

¹¹⁶ Srov. Felmegas, J. *Comparison between the provisions regarding the concept of good faith in CISG Article 7 and the counterpart provisions of the PECL*. In Felmegas, J.(ed.) *Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*. Cambridge: CUP, 2007, s. 296, 271; Srov. rovněž Farnsworth, E. A. *Op. cit.* v pozn. 108, s. 56: „*[I]t strikes me as a perversion of the compromise to let a general principle of good faith in by back door.*“

¹¹⁷ UNIDROIT Convention on International Factoring (Ottawa, 28 May 1988). Dostupná z: <http://www.unidroit.org/english/conventions/1988factoring/main.htm> Poslední návštěva 30. 5. 2009. Tato úmluva je účinná pouze v 7 státech.

¹¹⁸ „*Nothing in paragraph 1 shall affect any obligation of good faith owed by the supplier to the debtor[...]*.“

vnitrostátní pojetí dobré víry dle některého z právních řádů, resp. že tato vnitrostátní pojetí mohou být vzata v potaz pouze v rozsahu, v němž jsou akceptována na komparativní úrovni.¹¹⁹ V této souvislosti si lze jednak položit otázku, zda existují skutečně komparativně akceptované pojetí dobré víry.¹²⁰ Na výše uvedených příkladech německého a anglického práva je možné vidět, že mezi těmito právními řády neexistuje shoda ve funkcích dobré víry, *eo ipso* jejich rozsahu.

Druhou výtkou vůči *Bonellově* argumentaci je, že pokud má být při výkladu Vídeňské úmluvy přihlédnuto k její *mezinárodní* povaze, pak ji nelze vykládat prostřednictvím srovnávání *národních* právních řádů.¹²¹ Ostatně není zcela zřejmé, které právní řády by měly (resp. neměly) sloužit tomuto srovnávání. Domnívám se, že v důsledku by toto srovnávání mohlo vést orgány aplikující Vídeňskou úmluvu k chybným závěrům plynoucích z povrchní znalosti (v lepším případě) několika právních řádů. Dále se lze oprávněně obávat, že orgány aplikující Vídeňskou úmluvu by vnášely do rozhodování svůj národní význam dobré víry. Důsledek by pak byl zřejmý – Vídeňská úmluva by nebyla aplikována uniformně.¹²²

V odborné literatuře tedy byly vyjádřeny v zásadě tři základní náhledy na dobrou vírou ve Vídeňské úmluvě.¹²³ Za prvé, úmluva neukládá smluvním stranám povinnost jednat v dobré víře. Za druhé, strany mají povinnost jednat v dobré víře. Za třetí, dobrá víra je obecným principem, na němž úmluva spočívá, a použije se tedy pro vyplnění vnitřních mezer Vídeňské úmluvy.¹²⁴

6.1 DOBRÁ VÍRA VE VÍDEŇSKÉ ÚMLUVĚ A APLIKAČNÍ PRAXE

Jak je zřejmé, samotná formulace čl. 7 odst. 1 Vídeňské úmluvy nám nedává specifické vodítko ohledně významu dobré víry při mezinárodní koupi zboží. Proto je důležité zjistit, jak dobrou víru aplikují soudy a rozhodci. Problémem mnohých rozhodnutí či rozhodčích nálezů zmiňujících dobrou víru je, že sice často odkazují na dobrou víru, ale ve skutečnosti ji neaplikují. Dobrou víru používají jako podporu pro řešení případu dosažené na základě

¹¹⁹ Bonell, M. J. Article 7. In Bianca-Bonell Commentary on International Sales Law, Giuffrè: Milan(1987) 65-94. Dostupný z: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb7.html> Poslední návštěva 31. 5. 2009. Srov. také Rozehnalová, N. *Právo mezinárodního obchodu*. Praha: ASPI, 2006, s. 275.

¹²⁰ Neexistence jednotného pojetí dobré víry v národních právních řádech je dobře doložena v komparativním projektu Zimmerman, R., Whittaker, S.(eds.) Op. cit. v pozn. 4, passim. Negativní odpověď dává také Schlechtriem, P. Op. cit. v pozn. 27, s. 5.

¹²¹ Obdobně Schlechtriem, P. in Schlechtriem, P., Schwenger, I.(eds.) Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods. Oxford: OUP, 2005, s. 102: „When interpreting and applying the Convention, comparative law can be of limited use.“

¹²² Srov. čl. 7 odst. 1 Vídeňské úmluvy. Nejednotná aplikace Vídeňské úmluvy je zřejmě hlavním problémem od jejího vzniku až do dnešních dnů.

¹²³ Srov. Goode, R., Kronke, H., McKendrick, E. Op. cit. v pozn. 109, s. 279 a násl.

¹²⁴ Srov. čl. 7 odst. 2 Vídeňské úmluvy, který stanoví, že „[o]tázky spadající do předmětu úpravy této Úmluvy, které v ní nejsou výslovně řešeny, se řeší podle obecných zásad, na nichž Úmluva spočívá, nebo, jestliže takové zásady chybějí, podle ustanovení právního řádu rozhodného podle mezinárodního práva soukromého.

specifických pravidel.¹²⁵ Situace je tedy poněkud matoucí. Orgány aplikující Vídeňskou úmluvu dobrou víru v rozhodnutích často zmiňují, ale *de facto* ji neaplikují a už vůbec se nesnaží o objasnění standardu dobré víry v mezinárodním obchodu.¹²⁶ Někdy by se téměř zdálo, že orgán aplikující Vídeňskou úmluvu, který si není jist svým právním závěrem, odvolává se na dobrou víru, jakožto na princip „vyšší spravedlnosti“. O škodlivosti tohoto přístupu se není potřeba dále rozvádět.

V následujícím textu jsou zkoumány funkce dobré víry z pohledu některých soudních rozhodnutí a rozhodčích nálezů k dobré víře v rámci Vídeňské úmluvy.¹²⁷ Jak bude z níže uvedených rozhodnutí zřejmé, neztotožňují se s názory vyjádřenými v odborné literatuře.

6.2 KOREKTIVNÍ FUNKCE DOBRÉ VÍRY V CISG

Korektivní funkce dobré víry ve Vídeňské úmluvě byla shledána v případě, který řešil německý soud.¹²⁸ Kupující s prodávajícím v tomto případě uzavřeli kupní smlouvu na lepící fóliové potahy, které měli být nasazeny na kusy plechu vyráběné kupujícím. Tyto pak byly prodávány dále. Po stížnostech konečného odběratele kupující zaslal prodávajícímu oznámení o vadách 24 dní po jeho dodávce. Kupující žádal po prodávajícím náhradu nákladů vynaložených jeho zákazníkem při čištění plechů a úroky z prodlení.

V prvním stupni soud rozhodl ve prospěch kupujícího, když seznal, že oznámení o vadách 24 dní po dodávce zboží je včasné. Odvolací soud však toto rozhodnutí zrušil, když shledal, že kupující ztratil možnost trvat na vadnosti zboží, protože neprovedl včasnou inspekci zboží za daných okolností a neoznámil vady v rozumné době ve smyslu čl. 39 odst. 1 Vídeňské úmluvy. Kupující nemohl rovněž trvat na omluvitelném důvodu pro včasné neoznámení vad dle čl. 44 úmluvy, protože toto ustanovení se neuplatní při nepatřičné inspekci zboží.

Nakonec soud shledal, že prodávající se nevzdal svého práva namítnout, že oznámení vad nebylo včasné. Soud konstatoval, že Vídeňská úmluva obsahuje princip *estoppelu* neboli *venire contra factum proprium* odvozený z principu dobré víry. Dále soud poznamenal, že dle Vídeňské úmluvy stejně jako německého práva pouhá možnost prodávajícího dosáhnout dohody o smíru s kupujícím *per se* neznamená ztrátu práva namítnout opožděnost oznámení vad.

V dalším případě soud řešil zneužití práva jakožto projev dobré víry ve Vídeňské úmluvy.¹²⁹ Italský prodávající a německý kupující (oba dealeri aut) uzavřeli smlouvu o koupi staršího automobilu. Jak bývá v této oblasti obchodování zvykem, tachometr byl přetočený.¹³⁰ Auto bylo také vyrobeno dříve, než deklarovala jeho dokumentace. Automobil byl následně prodán

¹²⁵ Srov. Hýblová, K. *Role dobré víry při obchodování podle Vídeňské úmluvy*. Právní fórum, 2008, č. 7, s. 295.

¹²⁶ Srov. op. cit. v předchozí pozn. a rozhodnutí tam uvedená.

¹²⁷ V této práci využívám databázi www.unilex.info.

¹²⁸ Oberlandesgericht Karlsruhe, 1 U 280/96. Dostupný z: www.unilex.info. Poslední návštěva 1.6. 2009

¹²⁹ Oberlandesgericht Köln 22 U 4/96. Dostupný z: www.unilex.info. Poslední návštěva 1.6.2009.

¹³⁰ Ostatně alespoň v ČR dnes již starší auto za rozumnou cenu nelze bet této „úpravy“ zajisté rozumně prodat.

zákazníkovi, který nedostatky ohledně automobilu zjistil. Kupující musel zákazníkovi nahradit škodu a o náhradu této škody žaloval prodávajícího.

Německý soud, který v této věci rozhodoval, shledal, že zboží nebylo v souladu se smlouvou. Jelikož prodávající věděl o nesouladu zboží se smlouvou v době jejího uzavření a neinformoval o tomto nesouladu kupujícího, není oprávněn trvat na aplikaci čl. 35 odst. 3 úmluvy, která vyjímá prodávajícího z odpovědnosti za vady zboží, o nichž kupující v době uzavření smlouvy věděl nebo nemohl nevědět v době uzavírání smlouvy. V tomto případě, i když kupující nemohl nevědět, že zboží není v souladu se smlouvou, soud, odkazující k čl. 40 a 7 odst. 1 Vídeňské úmluvy, dovedl princip, dle něhož dokonce i nedbalý kupující si zaslouží více právní ochrany než podvodně jednající prodávající.

6.3 DOPLŇKOVÁ FUNKCE DOBRÉ VÍRY V CISG

Neexistenci funkce dobré víry jako zdroje vedlejších povinností ve Vídeňské úmluvě byla dovozena v případě, který řešil Rozhodčí soud při Mezinárodní obchodní komoře v Paříži (dále jen „MOK“).¹³¹ V tomto případě německý prodávající a španělský kupující uzavřeli smlouvu, podle níž kupující měl být výhradním distributorem německého průmyslového vybavení ve Španělsku. Strany následně uzavřely vícero kupních smluv. Po čtyřech letech německá společnost informovala španělského kupujícího, že kvůli nedostatečnosti prodeje kupujícího bude německá společnost prodávat zboží prostřednictvím jiné společnosti, s jejíž mateřskou společností nedávno fúzovala. Následně španělská společnost odmítla zaplatit za několik dodávek. Německá společnost zahájila rozhodčí řízení. Španělská společnost podala protižalobu, jíž se domáhala náhrady škody z porušení distributorské smlouvy a tvrdila nesoulad zboží se smlouvou, jakož i nedodání náhradních dílů.

Rozhodce shledal, že princip dobré víry zmíněný v čl. 7 odst. 1 Vídeňské úmluvy je aplikovatelný pouze při výkladu úmluvy a není tudíž zdrojem práv a povinností, pokud se týká plnění smlouvy. Jestliže se podle německého práva od hromadného výrobce technického zařízení obecně očekává, že dodá náhradní díly v souladu s principem dobré víry, takováto implicitní povinnost nevyplývá z principu dobré víry dle Vídeňské úmluvy. Povinnost dodat náhradní díly nicméně dle rozhodce vyplývala nikoliv z dobré víry, ale z praktiky, kterou mezi sebou strany zavedly ve smyslu čl. 9 Vídeňské úmluvy.

6.4 INTERPRETAČNÍ FUNKCE DOBRÉ VÍRY VE VÍDEŇSKÉ ÚMLUVĚ

Čl. 8 odst. 2 Vídeňské úmluvy zní: „*Nepoužije-li se ustanovení předchozího odstavce, vykládají se prohlášení nebo jiné chování strany podle významu, který by jim přikládala za týchž okolností rozumná osoba v tomtéž postavení jako druhá strana.*“ Toto ustanovení evokuje objektivní interpretaci smluv tak, jak ji známe z národního práva (viz výklad o německém právu).

Švýcarský soud ve svém rozhodnutí ztotožnil interpretaci mezinárodní kupní smlouvy v souladu s dobrou vírou s výkladem z hlediska rozumné osoby.¹³² V tomto případě šlo o

¹³¹ W. v. R., ICC Arbitration Court, Arbitral Award, no. 8611/HV/JK. Dostupný z: www.unilex.info . Poslední návštěva 1.6. 2009.

¹³² Handelsgericht Zürich, HG 930634. Dostupný z: www.unilex.info . Poslední návštěva 1.6. 2009.

prodej jehněčích kůží švýcarským prodávajícím lichtenštejnskému kupujícímu. Zboží bylo určeno pro konečného zákazníka v Bělorusku. Transakce se uskutečnila v několika dodávkách. Kupující nejprve obdržel dvě dodávky a zaplatil za ně. Pak ale odmítl kupující zaplatit celou kupní cenu za třetí a čtvrtou dodávku přímo zaslanou do jeho skladu v Bělorusku, protože zboží neodpovídalo vzorku, pokud se týká barvy a váhy. Strany se později sešly, aby mezi sebou vyřešily tuto situaci – bezúspěšně. Prodávající podal žalobu na zaplacení.

Soud konstatoval, že pokud se týká první dodávky, kupující měl provést inspekci zboží, co nejdříve po jeho dodání do skladu v Bělorusku. Protože zjevné vady jako váha a barva lze lehce poznat, kupující měl být schopen je odhalit během týdne či 10 dní. Jenomže kupující vyčkával více než měsíc. To, co bylo řečeno o první dodávce, platí ještě více o té druhé. Jestliže kupující zaznamenal vady v první dodávce, měl druhou ještě lépe prohlédnout.

Nadto kupujícího oznámení o vadách mělo být dostatečně přesné dle čl. 39 odst. 1 Vídeňské úmluvy, čemuž se nestalo v případě třetí a čtvrté dodávky.

Kupující ani nedokázal své tvrzení, že prodávající se vzdal svého práva namítat, že oznámení vad nebylo učiněno včas. Takovéto vzdání se práva nemůže být dovozováno z pouhé ochoty prodávajícího diskutovat problém s kupujícím. Tento závěr plyne z potřeby jistoty v obchodních transakcích a z principu dobré víry, který se použije také dle Vídeňské úmluvy při výkladu prohlášení stran a jejich chování.

6.5 ZÁVĚRY PLYNOUCÍ Z ROZHODNUTÍ

První uvedené rozhodnutí indikuje, že některé soudy jsou ochotny dovozovat z dobré víry limitaci práv vyplývajících z Vídeňské úmluvy. Soudem uvedená paralela s německým právem nicméně vyvolává určitou pochybnost, zda soud latentně neaplikoval německé pojetí zákazu *venire contra factum proprium*.

Druhý případ naznačuje, že soudy aplikující úmluvu mohou mít tendenci v ní nalézat zákaz zneužití práva, tedy korektivní funkci dobré víry.

Třetí případ ukazuje, že soudy nejsou ochotny dovozovat povinnosti stran, které neplynou přímo a jasně z Vídeňské úmluvy. Proto soud neodůvodnil své závěry na základě principu dobré víry, nýbrž z existence praktik, které strany mezi sebou zavedly.

Čtvrtý případ je dokladem toho, že soudy mohou ztotožňovat výklad smluv v souladu s dobrou vírou s interpretací z hlediska rozumné osoby dle čl. 8 Vídeňské úmluvy.

Tato tři rozhodnutí jsou pochopitelně jenom kapkou v moři rozhodnutí, která se dotýkají dobré víry ve Vídeňské úmluvě. Nicméně ukazují, jak rozdílný přístup k dobré víře může být v rámci rozhodování na základě jediného instrumentu.

Máme-li tato rozhodnutí srovnat oproti německému právu, pak je zřejmé, že pojetí některých soudů Vídeňská úmluva může plnit stejně jako německé právo funkci limitující, např. v podobě zákazu *venire contra factum proprium*. V případě druhého zmíněného rozhodnutí by se v případě aplikace německého práva dalo očekávat, že soud dovodí implicitní povinnost dodat náhradní díly plynoucí z dobré víry. V rámci Vídeňské úmluvy tato povinnost z dobré víry neplyne. Pokud by se na třetí případ mělo aplikovat německé právo, lze očekávat

obdobný výsledek, k němuž dospěl švýcarský soud. Pokud nelze zjistit úmysl stran, pak přichází ke slovu objektivní interpretace smlouvy.

Ačkoliv první rozhodnutí vedle sebe zmiňuje angloamerický institut *estoppelu* a zákaz *venire contra factum proprium*, nejde pochopitelně o totožná právní pravidla. Není také vůbec jisté, že by soud aplikující anglické právo v tomto případě shledal nějaké místo pro aplikaci *estoppelu*. Nadto, jak bylo zmíněno výše, anglické právo téměř neumožňuje korektivní zásahy do obchodních smluv.

Pokud se týká anglického práva, v druhém případě by mohlo být dovozeno, že zde existuje implikované ustanovení na dodání náhradních dílů, nikoliv však na základě dobré víry. V případě třetím se však lze domnívat, že by soud ani dle anglického práva nevykládal účast žalobce na jednání se žalovaným o sporné otázce jako vzdání se práva. Nečinil by tak ale na základě objektivní interpretace v souladu s dobrou vírou, ale spíše na základě kritéria rozumnosti.

7. OBECNĚ O UPICC

UPICC nejsou *per se* právem.¹³³ Jsou soukromou kodifikací principů smluvního práva v mezinárodním obchodu, která vznikla pod egidou Ústavu pro sjednocení soukromého práva UNIDROIT se sídlem v Římě. Jejich první vydání pochází z roku 1994, druhé je pak o 10 let novější.¹³⁴ Použití UPICC v praxi vzrůstá a dostává se jim mezinárodního uznání za vydatné literárně-propagační podpory jejich duchovních otců.¹³⁵

Z formálního hlediska jsou UPICC tvořeny články, v nichž jsou zakotvena jednotlivá pravidla smluvního práva. K těmto článkům pak jsou uvedeny komentáře s ilustracemi případů, kdy se to které pravidlo smluvního práva má uplatnit.

UPICC svojí strukturou představují komplexní úpravu smluvního práva tak, jak ji známe z některých tradičních občanských zákoníků.¹³⁶ Reglementují mimo jiné otázky předmluvních jednání, obyčejů a praktik stran, interpretace smluv, plnění, následků nesplnění, započtení, promlčecích lhůt, převodu smlouvy aj. UPICC ale nejsou pouhou kodifikací *statu quo* smluvního práva. Přinášejí některá řešení, která doposud nejsou ve většině národních právních řádů zakotvena. Příkladem za všechny může být povinnost renegociace smlouvy jakožto reakce na situaci *hardship*.¹³⁷

¹³³ UPICC (2004) jsou dostupné z: www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm .Poslední návštěva 2.6. 2009.

¹³⁴ V tomto textu pracuji s oběma vydáními. Pokud není indikováno opačně, pracuji s vydání z roku 2004.

¹³⁵ Srov. Bonell, M. J.(Ed.) *The UNIDROIT Principles in Practice. Caselaw and Bibliography on the Principles of Commercial Contracts*. Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2002. V této publikaci je uvedeno poměrně mnoho rozhodnutí, která se nějakým způsobem zmiňují o UPICC. Některá rozhodnutí jsou jejich skutečnou aplikací, jiná však používají UPICC jako „mezinárodně uznávanou“ podporu pro své závěry. Druhou zmíněnou metodu nelze považovat za korektní, nelze své rozhodnutí schovávat za autoritu UPICC.

¹³⁶ Představují tak vlastně modelový zákon.

¹³⁷ Srov. Goode, R., Kronke, H., McKendrick, E. Op. cit. v pozn. 109, s. 527.

UPICC ve své preambuli proklamují jejich účel následovně:

- Stanovit obecná pravidla pro mezinárodní obchodní smlouvy,
- umožnit stranám, aby si zvolily UPICC jako právo rozhodné pro smlouvu,
- mohou být aplikovány, pokud se strany dohodly, že se jejich smlouva bude řídit obecnými právními principy nebo *lege mercatoria*,
- mohou poskytnout řešení v případě, že nelze zjistit relevantní pravidlo použitelného práva,
- principy mohou být použity k výkladu či doplnění nástrojů unifikace mezinárodního smluvního práva,
- mohou posloužit za vzor národním či mezinárodním zákonodárcům.¹³⁸

Pro aplikaci UPICC na smlouvu však není ani tak důležité, co samy proklamují (nejsouce právem), ale že právo umožňuje stranám, aby si UPICC zvolily jako právo rozhodné pro smlouvu a strany v tomto ohledu projevily vůli. Nicméně obecně dnes není možné zvolit UPICC jako právo rozhodné pro smlouvu, tj. není jejich volbou možno vyloučit kogentní normy práva jinak rozhodného.¹³⁹ Jinými slovy, je možno do smlouvy pouze inkorporovat UPICC, které tímto nahrazují dispozitivní normy práva jinak rozhodného.

Tato situace se ale může lišit v závislosti na způsobu rozhodování sporu mezi stranami. Zatímco rozhodčí soud nebude mít problém aplikovat UPICC na smlouvu podle přání stran, národní soud by nemusel volbu UPICC uznat jako plnohodnotnou volbu práva a v těch částech, v nichž by UPICC odporovaly kogentním normám práva jinak rozhodného, by je neaplikoval. Pochopitelně UPICC byly použity také při absenci jejich volby v několika rozhodčích nálezech.¹⁴⁰ Nepochybně UPICC mohou posloužit rozhodcům při rozhodování jako „*l'amiable compositeur*“ nebo jako vzor morálních pravidel, která mohou být vzata do úvahy při rozhodování „*ex aequo et bono*“ (viz také výklad v kapitole 3)¹⁴¹ Dle některých právních úprav je možná přímá aplikace UPICC na smluvní vztah (tj. mimo metodu kolizní).¹⁴²

¹³⁸ Srov. Preambuli UPICC.

¹³⁹ Srov. čl. 1. 4 UPICC.

¹⁴⁰ Např. rozhodčí nález MOK v Paříži č. 7375 z 5. června 1996; Rozhodčí nález MOK v Paříži č. 7110. Údaje o rozhodnutích čerpány z Marella, F. *Choice of Law in Third Millenium Arbitrations: The Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2003, sv. 36, s. 1160 et seq.

¹⁴¹ Lze si představit použití např. čl. 3. 10 UPICC, který hovoří o hrubém nepoměru (*gross disparity*) práv a povinností smluvních stran, v rámci rozhodování *ex aequo et bono*.

¹⁴² Srov. čl. 1496 al. 1 Nouveau Code de procédure civile. K tomu srov. výklad od Racine, J. B., Siirainen, F. Op. cit. v pozn. 26, s. 403-404.

7.1 DOBRÁ VÍRA V UPICC

Dobrá víra představuje jeden ze základních principů UPICC.¹⁴³ Čl. 1. 7 stanoví, že „každá ze stran musí jednat v souladu s dobrou vírou a čestným jednáním v mezinárodním obchodu.“ UPICC zde tedy zakotvují, že jednání stran v průběhu celého „života“ smlouvy, tj. od předmluvních jednání, přes plnění smlouvy až po její zánik, musí být v souladu s dobrou vírou a čestným jednáním.¹⁴⁴ Komentář k UPICC vysvětluje, že jde o „dobrou víru a čestné jednání v mezinárodním obchodě“. Jinými slovy nemá být tento pojem chápán v myšlenkových schématech národního práva.¹⁴⁵ Pojem „čestné jednání“ pouze zdůrazňuje objektivnost standardu dobré víry.¹⁴⁶

Princip dobré víry je označován UPICC jako kogentní, tedy strany nemohou při výběru UPICC jako práva rozhodného pro jejich smlouvu vyloučit povinnost jednat v dobré víře.¹⁴⁷

V UPICC opět nalézáme, že domácí standardy dobré víry mohou být vzaty v potaz v rozsahu, v jakém jsou přijímány obecně mezi různými právními systémy.¹⁴⁸ Není-li toto konstatování protimluv, tak přinejmenším je možno tvrdit, že zde stále nemáme žádnou komplexní studii, která by přesvědčivě dokázala, že např. německé, ruské, nepálské, tuniské a české právo sdílí nějaký společný jmenovatel ohledně dobré víry ve smluvních vztazích. Paradoxně opět tento komentář může vést rozhodce, který se domnívá, že zná dva právní řády, tj. svůj a např. země, v níž studoval, k aplikaci dobré víry tak, jak ji zná z těchto právních řádů. Důsledkem jsou potom nežádoucí divergence v rozhodování jednotlivými rozhodci v závislosti na právní tradici, s níž mají zkušenost.

Dále komentář k UPICC hovoří o potřebě zohlednit při stanovení standardu dobré víry specifické podmínky daného obchodního odvětví a v rámci tohoto odvětví má být zohledněno socio-ekonomické prostředí, v němž se obchodník pohybuje, jeho „velikost“ a technické dovednosti.¹⁴⁹ Toto je celkem pochopitelný požadavek, nicméně podle mého názoru jde spíše o aplikaci obchodních zvyklostí v daném odvětví, nikoliv tedy dobré víry.

UPICC obsahují mnoho odkazů na dobrou víru.¹⁵⁰ Pojdme se nyní podívat na zakotvení dobré víry v UPICC prizmatem jejích funkcí.

¹⁴³ Srov. *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004*. Rome: UNIDROIT, 2004, s. 18; srov. také Bonell, M. J. Op. cit. v pozn. 6, s. 127 et seq.

¹⁴⁴ Srov. *UNIDROIT Principles 2004*, s. 18.

¹⁴⁵ Tamtéž.

¹⁴⁶ Pokud v dalším textu hovořím o dobré víře, vždy tím rozumím „dobrou víru a čestné jednání.“

¹⁴⁷ Srov. *UNIDROIT Principles 2004*, s. 21. Nicméně skutečnost, že UPICC považuje některé z ustanovení za kogentní, není rozhodující. Rozhodující je stanovisko práva rozhodného.

¹⁴⁸ *UNIDROIT Principles*, s. 20. Tato formulace až nápadně připomíná výše uvedeny Bonellův komentář k čl. 7(1) Vídeňské úmluvy.

¹⁴⁹ *UNIDROIT 2004*, s. 20.

¹⁵⁰ Např. Čl. 1.7, 1.8, 2.1.15, 2.1.16, 4. 8, 5.1.2 UPICC.

7.1.1 KOREKTIVNÍ FUNKCE DOBRÉ VÍRY V UPICC

Jak bylo zmíněno, UPICC stanoví, že strany musejí jednat v souladu s dobrou vírou v průběhu celého „života“ smlouvy. UPICC zakotvují typický případ, kdy se aplikuje korektivní funkce dobré víry – zneužití práva. UPICC charakterizují zneužití práva jak „zlovolné jednání strany, které vykonává právo pouze proto, aby poškodila druhou stranu nebo v rozporu s účelem, pro nějž bylo právo přiznáno, anebo pokud výkon práva je disproportční k původně zamýšlenému výsledku.“¹⁵¹ Tato definice zneužití práva není nikterak nová a v zásadě reflektuje pojetí zneužití práva tak, jak se vyvinulo ve francouzské civilistice konce 19. a počátku 20. století.¹⁵²

Zneužití práva je pak UPICC charakterizováno na následujícím příkladu.¹⁵³ Osoba A si pronajímá prostory od osoby B za účelem založení maloobchodu. Nájemní smlouva je sjednána na dobu 5 let. Po 3 letech však A sezná, že obchod v dané lokalitě jde špatně. Proto zavře obchod a informuje B, že už nemá zájem o nájem těchto prostor. Porušení smlouvy ze strany A by vedlo za normálních okolností k tomu, že by si B mohl vybrat, zda ukončí smlouvu a bude žádat náhradu škody nebo požadovat specifické plnění. Jenomže za určitých okolností B by zneužil svého práva, pokud by požadoval po A, aby zaplatil nájem za zbývající 2 roky namísto toho, aby ukončil smlouvu a žádal náhradu škody od A za ušlé nájemné po dobu, dokud nenajde nového nájemce.¹⁵⁴

Myšlenka za tímto případem je chvályhodná, z praktického i teoretického hlediska však problematická. Jednak zasahuje citelně do zásady *pacta sunt servanda* a alokaci rizik při uzavírání smlouvy. Jednak si nelze odpustit malou poznámku, že hledání nového nájemce může trvat déle než dva roky (zvláště pokud nebude pronajímatel příliš pospíchat). Náhrada škody tak může převýšit nájemné za 2 roky, což se nejeví být v souladu s dobrou vírou.

Jako projev limituje funkce dobré víry lze spatřovat povinnost stran vzájemně kooperovat, která je stanovena v čl. 5.1.3 UPICC. Toto ustanovení nám říká, že „každá ze stran musí spolupracovat s druhou stranou, jestliže taková spolupráce může být rozumně očekávána pro splnění povinností této smluvní strany.“¹⁵⁵

O projev funkce korektivní jde proto, že je zde limitována svobodná volba strany nespolečně s druhou smluvní stranou. Na tomto ustanovení je rovněž pozoruhodné, že je první kodifikací obecné povinnosti smluvních stran spolupracovat v mezinárodním

¹⁵¹ UNIDROIT 2004, s. 19. Přeložil Z.N.

¹⁵² Srov. Zimmermann, R, Whittaker, S. Op. cit. v pozn. 4 , s. 34-35; v české literatuře srov. Hurdík, J. *Zneužití subjektivních občanských práv*. Brno: Univerzita Jana Evangelisty Purkyně, 1987, *passim*.

¹⁵³ Příklad z UNIDROIT Principles 2004, s. 19.

¹⁵⁴ UNIDROIT 2004, s. 19.

¹⁵⁵ Srov. čl. 5. 1. 3 UPICC.

obchodu.¹⁵⁶ *Ratio* tohoto ustanovení je zřejmé. Nelze si představit, že by např. smluvní *joint venture* mohla fungovat bez elementární spolupráce stran.

Čl. 1. 8 UPICC představuje další projev limitující funkce dobré víry. Toto ustanovení je reakcí na tzv. nekonzistentní jednání smluvní strany.¹⁵⁷ Pokud tedy strana vzbudila v druhé smluvní straně domněnku, na základě níž a spoléhajíc se na ni druhá strana rozumně jednala, nemůže tato první strana jednat v rozporu s tímto svým předchozím jednáním k neprospěchu druhé strany. Nejde o nic jiného než o známý zákaz *venire contra factum proprium*.

Zajímavá otázka vzniká ohledně právní obrany proti nekonzistentnímu jednání. Komentář k UPICC uvádí, že porušení tohoto zákazu může vést ke vzniku práv nebo ke ztrátě, pozastavení účinnosti nebo změně práv jinak než smlouvou stran.¹⁵⁸

Institut *hardship* obsažený v UPICC vykazuje určitou podobnost s německou doktrínou *Wegfall des Geschäftsgrundlage*, která vyvěrá historicky z dobré víry.¹⁵⁹ Ačkoliv i *hardship* v rámci UPICC korektivně zasahuje do smluvního vztahu, není již projevem dobré víry. *Hardship* v UPICC je tedy zcela svébytným pravidlem, které nelze spojovat s dobrou vírou.

7.1.2 DOPLŇKOVÁ FUNKCE DOBRÉ VÍRY V UPICC

Dobrá víra je dle UPICC *jedním* ze zdrojů vedlejších implicitních povinností. V tomto směru čl. 4. 8 stanoví, že pokud se strany nedohodly na ujednání, které je důležité pro určení jejich práv a povinností, že má být doplněno ujednání, které je vhodné za daných okolností. Při určování, které ujednání má být doplněno, mají být mezi jinými faktory zohledněny:

- Úmysl stran,
- povaha a účel smlouvy,
- dobrá víra a čestné jednání,
- rozumnost.

Nadto čl. 5.1.1. UPICC poněkud duplicitně stanoví, že smluvní povinnosti mohou být výslovné nebo implicitní. Implicitní povinnosti mohou vyplývat, mimo jiné, z dobré víry.¹⁶⁰

UPICC pak uvádějí příklad, kdy vyplývá implicitní povinnost z dobré víry. Osoba A a osoba B vstoupily do jednání o smlouvě o vzájemné spolupráci, která se dotýká komplikované

¹⁵⁶ Dílčí projevy povinnosti spolupráce je samozřejmě možno nalézt už ve Vídeňské úmluvě. Srov. např. čl. 32 odst. 3 Vídeňské úmluvy.

¹⁵⁷ Srov. Bonell, M. J. Op. cit. v pozn. 6, s. 133-134.

¹⁵⁸ Srov. UNIDROIT 2004, s. 21.

¹⁵⁹ Čl. 6.2.1 UPICC 2004, Srov. také komentář k UPICC 1994, s. 146.

¹⁶⁰ Srov. čl. 5.1.2. UPICC.

studie únosnosti. Dlouhou před dokončením studie se B rozhodne, že nebude dále vyjednávat o smlouvě o vzájemné spolupráci. Ačkoliv nebylo mezi stranami nic sjednáno pro tuto situaci, dobrá víra vyžaduje, aby B oznámil A neprodleně své rozhodnutí, že nebude vyjednávat o smlouvě.¹⁶¹

7.1.3 INTERPRETAČNÍ FUNKCE DOBRÉ VÍRY V UPICC

Čl. 4. 1 UPICC stanoví pravidla pro výklad smlouvy. Ve svém prvním odstavci zakotvuje, že „smlouva se má vykládat dle společného úmyslu stran“. Druhý odstavec pak reaguje na situaci, kdy nelze zjistit společný úmysl stran. V tomto případě má být smlouva interpretována podle smyslu, který by jí přikládala rozumná osoba stejného druhu jako strany za daných okolností. Ačkoliv se tento druhý odstavec výslovně nezmiňuje o dobré víře, lze jej chápat jako vyjádření principu dobré víry v UPICC.¹⁶²

8. ZÁVĚRY

Domnívám se, že z předloženého výkladu o funkcích dobré víry je zřejmé, že představa jednotného standardu dobré víry v mezinárodním obchodu je jaksi idealistická. Následně tedy srovnávám funkce dobré víry mezi anglickým a německým právem, Vídeňskou úmluvou a UPICC. Z tohoto srovnání by mělo vyplynout, že existují některé společné projevy funkcí dobré víry jak v národním právu, tak ve Vídeňské úmluvě a UPICC. Nicméně by na této komparaci měly být viděny i podstatné rozdíly v uplatnění jednotlivých funkcí dobré víry.

8.1 KOREKTIVNÍ FUNKCE

Dobrá víra vykazuje obdobné aspekty korektivní funkce v německém právu a UPICC. Jak německé právo, tak UPICC obsahují zákaz zneužití subjektivního práva a zákaz *venire contra factum proprium*. Zákaz *venire contra factum proprium* pak potvrzuje i judikatura k Vídeňské úmluvě, ačkoliv pro účely tohoto příspěvku je uvedeno pouze jediné rozhodnutí.

Anglické právo naproti tomu neobsahuje zákaz *venire contra factum proprium*, který by vyvěral z dobré víry, kterážto není principem anglického smluvního práva. Proto anglické právo nesdílí tento standard dobré víry s UPICC, německým právem a Vídeňskou úmluvou.

Pokud se týká zákazu zneužití práva, lze soudit, že nejširší úpravu zahrnují UPICC a německé právo. Případy korektivního zásahu do smluvního vztahu na základě zneužití práva nejsou, jak bylo ukázáno výše, vyloučeny ani v rámci Vídeňské úmluvy. Korektivní zásahy do smluvního vztahu na základě dobré víry jsou pak prakticky vyloučeny v právu anglickém. V žádném případě však zásahy do smluvního vztahu nebudou činěny v anglickém právu na základě institutu dobré víry.

Lze očekávat, že pouze aplikace německého práva či UPICC může vést ke zmírnění následků tzv. triviálního porušení smlouvy. Anglické právo toto prozatím neumožňuje. Rovněž zde není evidence, že by soudy či rozhodci aplikovaly dobrou víru dle Vídeňské úmluvy na případy tzv. triviálního porušení smlouvy.

¹⁶¹ Srov. UNIDROIT Principles 2004, s. 130.

¹⁶² Srov. Bonell, M. J. *Op. cit. v pozn. 6*, s. 142.

8.2 DOPLŇUJÍCÍ FUNKCE

Německé právo ukládá stranám na základě dobré víry mnoho vedlejších implicitních povinností. Podobně UPICC umožňují dovozování implicitních povinností na základě dobré víry. V anglickém právu je sice možno nalézt určité implicitní smluvní povinnosti, což může vyvolávat dojem funkční podoby s dobrou vírou. Nicméně tyto implicitní povinnosti plynou ze zákona, zvyklosti nebo rozhodnutí soudu; nikoliv tedy z dobré víry. Vídeňská úmluva, jak bylo ukázáno výše, prakticky nedává prostor vzniku povinností v ní výslovně nevyjádřených.¹⁶³

8.3 INTERPRETAČNÍ FUNKCE

§ 157 BGB obsahuje povinnost soudu interpretovat smlouvou v souladu s dobrou vírou, tj. německý soudce není vázán pouze textem smlouvy. Naopak hlavní zásadou interpretace smluv v anglickém právu je, že soud se má držet textu smlouvy. Anglické právo tedy nezakotvuje povinnost soudu vykládat smlouvou dle dobré víry.

Čl. 8 odst. 2 Vídeňské úmluvy stanoví, že pokud nelze zjistit úmysl stran, smlouva se má vykládat podle významu, který by jí přikládala rozumná osoba v pozici stran za daných okolností. Ačkoliv tato formulace přímo nehovoří o dobré víře, lze i na základě rozhodnutí k Vídeňské úmluvě, jež je uvedeno výše, pokládat toto ustanovení za směřující k interpretaci v souladu s dobrou vírou. UPICC obsahují prakticky totožnou úpravu jako Vídeňská úmluva. Zakotvují tedy, že v případě nemožnosti zjistit společný úmysl stran, se má smlouva vykládat z hlediska rozumné osoby.

Literatura:

- Alpa, G. *The Age of Rebuilding . Sketches on the New Italian Private Law.* London: British Institute of International and Comparative Law, 2007.
- Atiyah, P.S. *Introduction to the Law of Contract. 5th Edition.* Oxford: Clarendon Press, 1995.
- Bassenge, P., Heinrichs, H., Diederichsen, U., Putzo, H. et al. *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch.* Band 7. München: C. H. BECK, 2005.
- Bénabent, A. *Droit Civil. Les obligations.* 11e édition. Paris: Montchrestien, 2007.
- *Black's Law Dictionary. 2nd Reprint.* St. Paul: West Group, 2007.
- Bonell, M. J. *An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.* 3rd. Ed. Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2005.

¹⁶³ Podobně Hýblová, K. Op. cit. v pozn. 125, s. 298.

- Bonell, M. J. Article 7. In *Bianca-Bonell Commentary on International Sales Law*, Giuffrè: Milan(1987) 65-94. Dostupný z: **Chyba! Odkaz není platný.** Poslední návštěva 31. 5. 2009.
- Bonell, M. J.(Ed.) *The UNIDROIT Principles in Practice. Caselaw and Bibliography on the Principles of Commercial Contracts.* Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2002.
- Bridge, M. *Does Anglo-Canadian Contract Law Need a Doctrine of Good Faith?* The Canadian Business Law Journal, 1984, sv. 9, č. 4, s. 385- 426.
- Brownsword, R. *Contract Law: Themes for the Twenty-First Century.* Oxford: OUP, 2006.
- Busch, D., Hondius, E., Van Kooten, H. J., Schelhaas, H. *The Principles of European Contract Law and Dutch law: a Commentary.* The Hague: Kluwer Law International, 2002.
- Cordero Moss, G. *International Contracts between Common Law and Civil Law: Is Non-state Law to Be Preferred? The Difficulty of Interpreting Legal Standards Such as Good Faith.* Global Jurist, 2007, sv. 7, č. 1 (Advances), s. 31. Dostupný z: <http://www.bepress.com/gj/vol7/iss1/art3>.
- Fabre-Magnan, M. *Les obligations.* Paris: PUF, 2004.
- Farnsworth, E. A. *Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions, and National Laws.* Tulane Journal of International and Comparative Law, 1995, č. 3.
- Furmston, M. P. *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract.* 15th Edition. Oxford: OUP, 2007.
- Giliker, P. *Regulating Contracting Behaviour: The Duty to Disclose in English and French Law.* European Review of Private Law, 2005, sv. 13, č. 5, s. 621-640.
- Goode, R., Kronke, H., McKedrick, E. *Transnational Commercial Law. Text, Cases and Materials. 1th Edition.* Oxford: OUP, 2007.
- Goode, R. *The Concept of Good Faith in English Law.* Rome: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1992.
- Grosso, G. *Scritti Storico Giuridici. Tomo III. Diritto Privato. Persone. Obligazioni. Successioni.* Torino: G. Giapichelli editore, 2001.

- Grundmann, S., Mazeaud, D (eds.). *General Clauses and Standards in European Contract Law. Comparative Law, EC La and Contract Law Codification.* The Hague: Kluwer Law International, 2006.
- Hartkamp, A., Hesselink, M., Hondius, E., Joustra, C., Du Perron, E. (eds.) *Towards a European Civil Code.* Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1998.
- Hurdík, J. *Zneužití subjektivních občanských práv.* Brno: Univerzita Jana Evangelisty Purkyně, 1987.
- Hurdík, J. *Dobrá víra.* Právník, 2007, č. 5, s. 565-573.
- Hurdík, J. *Zásady soukromého práva.* Brno: Masarykova univerzita, 1997.
- Hýblová, K. *Role dobré víry při obchodování podle Vídeňské úmluvy.* Právní fórum, 2008, č. 7, s. 293-301-
- Knapp, V. *Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy.* 1. Vydání. Praha: C.H. BECK, 1996.
- Kötz, H., Zweigert, K. *Introduction to Comparative Law.* (Přeložil Tony Weir). Oxford: Clarendon Press, 1998.
- Lando, O., Beale, H. (eds.) *Principles of European Contract Law. Part I and II.* The Hague: Kluwer Law International, 2000.
- Lando, O. *Is Good Faith an Over-arching General Clause in the Principles of European Contract Law?* European Reivew of Private Law, 2007, č. 6, s. 841-853.
- Marella, F. *Choice of Law in Third Millenium Arbitrations: The Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.* Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2003, sv. 36, s. 1160 et seq.
- Markesinis, B. Unberath, H., Johnson, A. *The German Law of Contract.* Oxford: Hart Publishing, 2006.
- McKendrick, E. *Contract Law. Text, Cases, And Materials.* Oxford: OUP, 2005.
- Peden, E. *Good Faith in the Performing of Contracts.* Chatswood: Lexis Nexis Butterwoths, 2003.
- Pelikánová, I. *Aktuální otázky obligačního práva a jeho kodifikace v evropském i českém kontextu.* Právní rozhledy, 2007, č. 17, s. 656-669.

- Portale, G. B. *Lezioni di diritto privato comparato. Seconda edizione.* Torino: G. Giappichelli Editore, 2007.
- Racine, J. B., Siiriainen, F. *Droit du commerce international.* Paris: Dalloz, 2007.
- Ranieri, F. *Europäisches Obligationenrecht. Ein Handbuch mit Texten und Materialien.* Zweite, erweiterte Auflage. Wien/New York: Springer, 2003.
- Rozehnalová, N. *Právo mezinárodního obchodu.* Praha: ASPI, 2006.
- Rozehnalová, N. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. 2., aktualizované a rozšířené vydání.* Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008.
- Schlechtriem, P. *Good Faith in German Law and in International Uniform Laws.* Rome: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1997.
- Schlechtriem, P., Schwenger, I.(eds.) *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods.* Oxford: OUP, 2005.
- Sim, D. *The Scope and Application of Good Faith in the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods.* Dostupný z: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sim1.html>.
- Skřejpek, M. *Poodkryté tváře římského práva: příspěvek k aplikaci „Principů“ E. F. Smidaka.* Praha: Havlíček Brain Team, 2006.
- Stone, R. *The Modern Law of Contract. 7th Edition.* London: Routledge-Cavendish, 2008.
- Teubner, G. *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies.* *Modern Law Review*, 1998, sv. 61, s. 11-32
- *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004.* Rome: UNIDROIT, 2004.
- *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.* 1th Ed. Rome: UNIDROIT, 1994.
- Von Bar, Ch., Clive, E., Schulte-Nölke, H. (eds.). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Interim Outline Edition.* München: Sellier, 2007.
- Weber, K. (Hrsg.) *Rechtswörterbuch.* München: C. H. BECK, 2007.
- Zapletal, J. *Zásada dobré víry a její uplatnění v soukromém právu.* *Právní rozhledy*, 2006, č. 2, s. 60 et seq.

*Dávid R., Neckář J., Sehnálek D., (Editors). COFOLA 2009: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4821-8*

- Zimmermann, R., Whittaker, S. (eds.) *Good Faith in European Contract Law. Cambridge: CUP, 2000.*

Reviewer:

Naděžda Rozehnalová

Contact – email:

Zd.novy@seznam.cz

AUTONOMIE VŮLE STRAN PŘI UZA VÍRÁNÍ ARBITRÁŽNÍ DOLOŽKY Z POHLEDU SPOTŘEBITELE

ALICA OBERTO VÁ

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Má práce se orientuje na arbitrážní doložku, konkrétně ve vztahu k spotřebiteli. Prezentuji několik oblastí, kdy strany můžou vyjádřit svou vůli a ovlivnit tak způsob řešení jejich potenciálních sporů. I když jim právo poskytuje relativně široké pole realizace, ne všechna rozhodnutí budou pak vést k uspokojení jejich původních záměrů. V některých případech, což bude prokázáno v příspěvku, to může způsobit i vyloučení národních ochraňujících ustanovení. Pro jejich jistotu doporučuji zejména být dostatečně pozorný a vyhnout se nepravidelným formulacím.

Key words in original language:

Arbitrážní doložka; spotřebitel; vůle stran; ochraňující ustanovení; pravidla ekvity; výběr rozhodce; odůvodnění rozhodnutí; Newyorská úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů; Projekt pro mimosoudní řešení spotřebitelských sporů.

Abstract:

My presentation is focused on the arbitration clause, more precisely in relation to the protection of the weaker party. I provide several matters in which the parties may express their will and determine the way of dealing with their potential disputes. Even if the law proposes quite a wide field for they modification, not all of them will lead to the satisfaction of their primary intention. In some cases, as it will be proven in the essay, they may inadvertently exclude the protection which would have been ensured by national preserving dispositions.

Key words:

Arbitration clause; consumer; parties' autonomy; preserving dispositions; rules of equity; choice of arbiter; New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards; Project of extrajudicial dealing with consumer disputes.

1. ÚVOD

Má práce se orientuje na problematiku arbitrážní doložky v mezinárodních kontraktech, konkrétně z pohledu spotřebitele. Nesnažím se o zahrnutí všech možnosti a jejích důsledků, ale o podání vyváženého pohledu na nejkritičtější otázky této problematiky. Cílem je co nepraktičtěji nastínit, co si strany mohou dohodnout a jaká konkretizace je pro ně výhodná. Ve spotřebitelských smlouvách je totiž potřeba postupovat zvláště pečlivě, protože nesprávná formulace může vést k vyloučení vnitrostátních ochraňujících ustanovení.

2. ARBITRÁŽNÍ ŘÍZENÍ

Na úvod považuji za nezbytné alespoň stručně vyjmenovat klady arbitrážního řízení.

Literatura i praxe se ohledně výhod shoduje zejména na větší autonomii stran (výběr soudiště, rozhodců, procesních pravidel), neformálnosti, neveřejnosti, mlčenlivosti a jednodušší vymahatelnosti (hlavně v zahraničí)¹ Tento výčet ale není vyčerpávající a proto se můžeme setkat třeba s „...dispozici dokonce i s kontrolními pravomocemi obecných soudů.“²

Skutečností zakládající pravomoc rozhodčího soudu je předem uzavřená smlouva mezi stranami (arbitrážní doložka), která bývá zejména součástí smlouvy hlavní, nebo dohoda ad hoc. V rámci prevence, jistoty a vzájemných korektních vztahů je mnohem zodpovědnější si toto ujednání dohodnout dopředu a vyhnout se tak případným rozporem.

3. PRÁVNÍ ÚPRAVA

Co se týče právní úpravy, oporu pro mezinárodní rozhodčí doložku nacházíme v Newyorské úmluvě 74/1959, o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů, která částečně nahradila Evropskou úmluvu o mezinárodní obchodní arbitráži ze Ženevy, vydaná pod číslem 176/1984 Sb. V českém právním řádu je tato otázka upravena hlavně v zákone č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů (dále jen ZRR). V rámci Evropského společenství je snaha alespoň částečně regulovat tyto vztahy, čeho projevem je vydání několik směrnic obsahujících protekcionistické prvky směrem k spotřebiteli. Konkrétně jde o směrnice č. 85/577/EHS o ochraně spotřebitele v případě smluv uzavřených mimo obchodní prostory; 98/7/EHS kterou se mění směrnice 87/102/EHS o sblížení právních a správních předpisů členských států týkajících se spotřebitelského úvěru a č. 2005/29/EHS o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu.

4. PŘÍPUSTNOST ROZHODČÍ DOLOŽKY V SPOTŘEBITELSKÝCH SMLOUVÁCH

Co se týče interpretace, samotný pojem „spotřebitel“ přenechalo primární právo Evropského společenství jeho definici sekundárnímu.³ Termín je nutno vykládat autonomně, co dle judikatury ESD znamená, že jde „spotřebitele, který má dostatek informací a je v rozumné míře pozorný a opatrný.“⁴ Výklad podmínek srovnávací reklamy byl vysvětlen v stanovisku generálního advokáta Antonia Tizzana v případě Lidl Belgium GmbH & Co. KG proti Etablissements Franz Colruyt NV.⁵

Rozhodčí řízení „je mimosoudní způsob řešení sporů nezávislými a nestrannými rozhodci, který bývá využíván jako náhrada civilního procesu při řešení majetkových sporů.“⁶ Arbitráží

¹ Klein, B.: Pozapomenuté výhody rozhodčího řízení. In: Právní fórum, Praha, 4/2008, s. 128.

² Rozehnalová, N.: Právo mezinárodního obchodu, Brno: Masarykova univerzita, 2001, 302.

³ Tomečková, V.: Spotřebitel při obchodech uzavřených mimo provozovnu, Brno: Masarykova univerzita, 2007.

⁴ Spotřebitelská legislativa EU Web: Ministerstvo průmyslu a obchodu [citováno 28. dubna 2009]. Dostupný z: <http://www.mpo.cz/dokument13713.html>.

⁵ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 29.07.2004, stanovisko Generálního advokáta Antonia Tizzana - Lidl Belgium GmbH & Co. KG proti Etablissements Franz Colruyt NV.

⁶ Ochrana spotřebitele v rozhodčím řízení Web: Právník [citováno 2. května 2009]. Dostupný z: <http://www.pravnik.cz/a/300/ochrana-spotrebitele-v-rozhodcim-rizeni.html>.

řízení zaznamenává zejména v poslední době značný rozmach. Netýká se už jenom některých obchodníků, ale stále více se promítá do různých oblastí, které byly doposud chráněny speciálními ustanoveními zákona, zejména v rámci ochrany spotřebitele. Tento trend ilustrativně zachycuje také francouzská novela, která přepsala článek 2061 Občanského řádu. Zákodárce v ní otevřel přístup k arbitráži také pro spory občanské povahy vzniklé mezi odborníky (třeba živnostníky). Táto reforma vzbudila značnou nedůvěru, protože umožňuje vynucování arbitráží doložky slabší straně, která je tak zbavená možnosti obrátit se na „normální“ soud.⁷ Dopad úpravy na mezinárodní spory potvrdila i judikatura v případě Jaguar z května 1997.⁸

Zjevně tady balancujeme tady mezi autonomií vůle stran a zásadou profesionality na jedné straně a nevyhnutnou ochranou slabší strany spolu s vydáním někdy dokonce nezvratného, vykonatelného rozhodnutí na straně druhé. „Reálnou nerovnováhu je nutno řešit, čemuž se nevěnuje pouze jednotlivý národní zákonodárce, ale také Evropské společenství, které přijalo mj. směrnici č. 93/13/ES ze dne 5.4.1993 o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách, která se projevila na nové úpravě paragrafů 52 a následujících občanského zákoníku v platném znění.“⁹ a která by potenciálně mohla vést k vyloučení použití arbitrážní doložky v spotřebitelských smlouvách. Zakotvuje tu povinnost rozhodců aplikovat ochranné spotřebitelské právo minimálně unijní úrovně. V rozhodnutí E.M.M. Claro Evropský soudní dvůr vyjádřil navíc povinnost obecných soudů (v případě návrhu na zrušení rozhodčího nálezu) přezkumu souladu rozhodčí smlouvy se směrnicí ex lege. Směrnice dle rozhodnutí „musí být vykládána v tom smyslu, že vyžaduje, aby vnitrostátní soud, kterému je předložena žaloba na neplatnost rozhodčího nálezu, posoudil neplatnost rozhodčí dohody a zrušil tento nálezh v důsledku toho, že uvedená dohoda obsahuje zneužívající klauzuli, i když spotřebitel neplatnost rozhodčí dohody uplatnil nikoli v rámci rozhodčího řízení, ale pouze v rámci žaloby na neplatnost.“¹⁰

Směrnice však obsahuje hlavně dva problémy – časovou působnost a článek 3. Co se týče působnosti, otázky vstávají případě použitelnosti směrnice 93/13 na skutečnosti, které nastaly před přistoupením České republiky ke Společenství (1. květen 2004). Zajímavé je, že dle „rakouské a španělské vlády je směrnice 93/13 na tento případ každopádně použitelná. Podle jejich názoru totiž podle článku 67 a 68 dohody o přidružení a článku 3 zákona č. 1/1994, kterým byla ratifikována tato dohoda, byla Maďarská republika (a rovněž i Česká Republika – pozn. autorky) již před přistoupením povinna přizpůsobit vnitrostátní právní řád ustanovením směrnice. (...) Ke stejnému závěru, i když jinak odůvodněnému, dochází lotyšská vláda“¹¹ Evropský soudní dvůr se vyjádřil k předběžné otázce v případě Ynos kft proti János Vargovi

⁷ Arbitrage Web: Wikipedia.fr [citováno 2. května 2009]. Dostupný z: <http://fr.wikipedia.org/wiki/Arbitrage>.

⁸ Gaillard, E.: Arbitrage – contrat consommation. In: Revue d'arbitrage, Paris, 1997, s.537.

⁹ Vybrané meze volby práva v mezinárodní obchodní arbitráži Web: Právník [citováno 8. května 2009]. Dostupný z: <http://www.pravnik.cz/a/301/vybrane-meze-volby-prava-v-mezinarodni-obchodni-arbitrazi.html>.

¹⁰ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 26.10.2006, žádost o rozhodnutí o předběžné otázce Audiencia Provincial de Madrid, Španělsko – Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL.

¹¹ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 14.07.2004, stanovisko Generálního advokáta Antonia Tizzano - Ynos kft proti János Vargovi.

dle stanoviska Generálního advokáta Antonia Tizzana, že nemá pravomoc ve věci rozhodnout.¹² Tizzano se ale naštěstí ztotožnil s českou a maďarskou vládou, že směrnice se „nemohou dovolávat dotčené osoby, neboť skutkové okolnosti nastaly v roce 2002, tedy před přistoupením Maďarské republiky k Evropské unii, a tudíž pro něj ještě nebyla tato směrnice závazná (11)“¹³

V směrnici Rady 93/13/EHS ze dne 5. dubna 1993 o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách se v článku 3 odstavci 1 uvádí, že „(s)mluvní podmínka, která nebyla individuálně sjednána, je považována za nepřiměřenou, jestliže v rozporu s požadavkem přiměřenosti způsobuje významnou nerovnováhu v právech a povinnostech stran, které vyplývají z dané smlouvy, v neprospěch spotřebitele“¹⁴ To může mít za následek, že je národní soud nebude považovat za závazné směrem k spotřebiteli. V odstavci 3 je pak odkaz na přílohu, která obsahuje informativní a nevyčerpávající seznam podmínek, které mohou být pokládány za nepřiměřené. Mezi nimi se výslovně nachází pod písmen q) také požadavek na spotřebitele, aby předkládal spory výlučně rozhodčímu soudu.¹⁵ Komplikace může způsobit ne zcela povedený jazykový překlad směrnice, protože dle platného českého znění se zákaz vztahuje pouze na rozhodčí soudy, „na který se nevztahují ustanovení právních předpisů.“¹⁶ Tím se ale vyloučí jeho použití, protože jak stále arbitrážní soudy, tak soudy ad hoc se řídí českým právem. „Teoreticky lze uvažovat o tom, že by se toto ustanovení vztahovalo na rozhodčí doložky, které by stanovily rozhodčí instituci v zahraničí, nebo pokud by rozhodčí doložka obsahovala pověření k rozhodování podle zásad spravedlnosti podle § 25 odst. zákona o rozhodčím řízení. Ovšem zůstává otázkou, zdali evropský zákonodárce měl skutečně na mysli tyto nepřiliš obvyklé situace.“¹⁷ Každopádně například slovenská, anglická ani německá tento požadavek neobsahuje.

Evropský soudní dvůr se ale v případě Claro výrazně přiklonil na stranu spotřebitele, když uznal že arbitrážní doložka může být chápána jako nepřiměřená. Konkrétně šlo o případ španělské občanky, která uzavřela smlouvu s mobilním operátorem Centro Móvil obsahující také doložku odkazující v případě sporu na soukromý rozhodčí soud. Když paní Claro nedostála velmi krátké upisovací lhůtě, společnost se obrátila na zmíněný soud. Paní Claro nenamítala nepoctivé praktiky a prohrála v meritě věci. Pak napadla nález před španělským soudem tvrzením o nepřiměřených praktikách a ten položil předběžnou otázku.. Evropský

¹² Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 26.10.2006, žádost o rozhodnutí o předběžné otázce Audiencia Provincial de Madrid, Španělsko – Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL.

¹³ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 14.07.2004, stanovisko Generálního advokáta Antonia Tizzana - Ynos kft proti Jánosi Vargovi.

¹⁴ Směrnice Rady 93/13/EHS ze dne 5. dubna 1993 o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách.

¹⁵ Směrnice Rady 93/13/EHS ze dne 5. dubna 1993 o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách.

¹⁶ Směrnice Rady 93/13/EHS ze dne 5. dubna 1993 o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách.

¹⁷ Rozhodčí doložky ve spotřebitelských smlouvách Web: Epravo [citováno 2. května 2005]. Dostupný z: <http://www.epravo.cz/top/clanky/rozhodci-dolozky-ve-spotrebitelskych-smlouvach-ano-ci-ne-55269.html>.

soudní dvůr se vyjádřil, že je povinnosti soudu zkoumat jestli je arbitrážní doložka neplatná pro nepřiměřené praktiky, a to i když to nebylo namítáno v arbitrážním řízení, ale až v žalobě na zrušení.

Další předpis, který je při uzavírání rozhodčí doložky v spotřebitelských vztazích třeba brát v potaz jsou ustanovení § 55 a § 56 občanského zákoníku, která upravují tzv. nepřiměřené podmínky ve spotřebitelských smlouvách a představují implementaci evropské právní úpravy. Týkají se interpretaci smluvních ujednání, které se vykládají v prospěch slabší strany a pak zdůrazňují princip dobré víry

5. OBSAH SMLUVNÍ DOLOŽKY

Arbitrážní doložka by měla být jasná, výstižná a měla by vyjádřit vzájemnou vůli stran. Vyhnout se případným budoucím problémům lze především její správnou formulaci, kde by strany měly kromě volby práva také:

5. detailně rozpracovat rozsah doložky
6. jasně vyjádřit vůli podřídit řešení sporu rozhodcům v rámci rozhodčího řízení
7. přesně označit instituci (kdo bude spor rozhodovat)
8. určit počet rozhodců
9. označit místo konání arbitrážního řízení
10. jmenovat jazyk jednání
11. vyřešit otázku přezkoumatelnosti rozhodčího nálezu rozhodčím tribunálem¹⁸

Dále se budu zabývat jen těmi skutečnostmi, které mohou ohrozit postavení spotřebitele

5.1 VOLBA PRÁVA

Strany si mohou vybrat z několika možností. V případě, že si právo samy neurčí, postupuje se dle kolizních pravidel v § 10 ZMPS nebo článku 3 nařízení č. 593/2008 Sb., o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (je nutné ale splnit dvě podmínky: jedná se o členské státy Evropského společenství a rozhodčí smlouva byla uzavřena po 1.7.2008).

Pravidla, které rozhodce použije při řešení sporů mohou být:

- právo státu některé ze stran

- právo jiného státu (spíše teoreticky) – při této volbě se může stát, že si strany zvolí právo státu bez jeho úplné znalosti. Výstražným příkladem je ve francouzské úpravě institut „latent defect“ zboží, který je poměrně detailně rozpracován judikaturou Supreme Court, aniž by byl explicitně zmíněn v Code Civil (Občanský zákoník). Nedostatečná informovanost o ustálení judikatury v daném státě může způsobit vážné komplikace.

¹⁸ Rozehnalová, N.: Mezinárodní právo obchodní II díl řešení sporů, Brno: Masarykova univerzita, 1999, 388.

- pravidla stálého rozhodčího soudu – velmi praktické, zejména když se strany rozhodnou pro rozhodce tohoto institutu (pravidla jsou jasná, rozhodce je důkladně zná, žádná strana nemá výhodu „domácího prostředí“, rozhodnutí je předvídatelné)

- zvláštní pravidla (například pro leasingové smlouvy)

- vlastní pravidla vytvořené stranami – tento způsob se nedoporučuje a často je zdrojem problémů, v podstatě dává prostor různým spekulacím na obou stranách, osobně ji považuji za nejrizikovější volbu.

- na základě pravidel ekvity a ex aequo et bono – jedná se o zajímavou možnost, která zřetelně odlišuje arbitráž od řízení před obecnými soudy. Česká judikatura je v této oblasti zatím vzácná, což je pochopitelné vzhledem k novosti tohoto titulu. Zde se můžeme nechat inspirovat alespoň rozhodnutími zahraničních soudů, a lze předpokládat, že působením evropské unifikace se bude v případě českých rozhodců postupovat obdobně. Dle francouzského práva se mohou strany dohodnout, že arbitr bude rozhodovat dle tzv. „amiable composition“, neboli ex aequo et bono. Vždy tak ale neudělají, je rozhodce jenom oprávněn, ale je dokonce povinnost dle ekvity postupovat. Dle francouzského Supreme Court „musí být proces rozhodování dvoustupňový. Nejdřív arbitr uplatní právo (nebo smluvní pravidla), a pak prokáže, že výsledek je ekvitní.“¹⁹ Posouzení rozhodce je ale těžko předvídatelné a doporučuje se jen v případě, že se strana obává, že bude po právní stránce v nevýhodě a tohle by mohla být šance, jak se domoci příznivějšího rozhodnutí. Na první pohled spravedlivé řešení skrývá množství potencionálních problémů. „Zásady spravedlnosti denacionalizují řešení sporu, což znamená, že nemusí a nemá být rozhodováno podle hmotného práva země, kde rozhodčí řízení probíhá nebo kterou si strany stanovily jako sídliště nebo jiného práva určeného dle kolizních norem. Spotřebitel se tak dostává na velmi tenký led, protože by tím pak byla popřena veškerá ochranná opatření, která se vztahují právě k obchodům firem a běžných konzumentů – spotřebitelů.“²⁰

Ještě je třeba dodat, že nezvolení rozhodného práva nemá vliv na platnost, resp. neplatnost doložky, protože „pravidla (postup řízení), kterými se rozhodci mají řídit ve smyslu ustanovení § 19 zákona č. 216/1994 Sb., v platném znění, nejsou podstatnou náležitostí rozhodčí doložky.“²¹ Rozhodčí doložka má ale dle obecně uznávané doktríny separability samostatný život nezávislý na smlouvě, a proto i dle judikatury „nevztahuje-li se důvod neplatnosti smlouvy na rozhodčí doložku týkající se sporů z této smlouvy, nemá neplatnost smlouvy vliv na platnost rozhodčí doložky.“²²

¹⁹ Dupeyre, J. et Bouckaert, Ch.: French courts confirm liberal approach toward international arbitration Web: Focus Europe [citováno 8. května 2009]. Dostupný z: <http://www.arbitration.fr/resources/French+Courts+confirm+Liberal+approach+toward+International+Arbitration+by+Romain+Dupeyre+and+Christian+Bouckaert-2008.pdf>

²⁰ Ochrana spotřebitele v rozhodčím řízení Web: Právník [citováno 2. května 2009]. Dostupný z: <http://www.pravnik.cz/a/300/ochrana-spotrebitel-v-rozhodcim-rizeni.html>

²¹ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 28.03.2007, sp. zn. 32 Odo 95/2006.

²² Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 19.12.2007, sp. zn. 29 Odo 1222/2005.

5.2 JASNĚ VYJÁDŘIT VŮLI

Zákon, ani žádná mezinárodní dohoda nespécifikuje zvláštní podmínky projevu vůle. Pořád ale platí, že je nutno vůli podřídit spor k řešení rozhodcům vyjádřit jasně, aby splňovala požadavky kladené na právní úkon obecně. Například „volba práva nemůže být učiněna závislou na projevu vůle, omisivním či komisivním chování třetí strany, která není účastníkem smlouvy.“²³ Co se týče formálních požadavků, „Newyorská úmluva a také arbitrážní soudy většiny zemí vyžadují písemnou formu s podpisy.“²⁴ Opět tady zdůrazňují výhodu užití vzorových doložek. Dnes se arbitráž v oblasti spotřebitelů uplatňuje zejména při smlouvách o spotřebitelských půjčkách. Nicméně, pro tyto vztahy jsou typické adhezní smlouvy, které obecně zvýhodňují druhou stranu před spotřebitelem, který nemá alternativu k podepsání a je tak nedobrovolně zbaven práva na spravedlivý soudní proces.²⁵ Někdy bývají označovány jako „mandatory“ - povinné smlouvy. Alespoň částečnou ochranu tady poskytuje ZRŘ, který v § 3 odst. 2 stanoví: „tvoří-li však rozhodčí doložka součást podmínek, jimiž se řídí smlouva hlavní, k níž se rozhodčí doložka vztahuje, je rozhodčí doložka platně ujednána i tehdy, jestliže písemný návrh hlavní smlouvy s rozhodčí doložkou byl druhou stranou přijat způsobem, z něhož je patrný její souhlas s obsahem rozhodčí smlouvy.“²⁶ Dokazování bude ale jistě komplikované a těžko prokazatelné. Navíc je otázkou, jestli takto zjednaná doložka může znamenat nerovnováhu práv a povinností. Evropský soudní dvůr má za to, že ano, co vyjádřil v případě E.M.M. Claro²⁷.

5.3 PŘÍMÉ OZNAČENÍ INSTITUCE

Dosud jasně nevyřešenou otázkou je nestrannost rozhodce. I když například „americká praxe vychází z toho, že jestliže je některý z rozhodců jmenován výlučně jednou ze stran, pak takový rozhodce nemusí splňovat výše uvedený standard nestrannosti (vychází se z toho, že proti sobě mohou stát dva takto neplnohodnotní rozhodci s rovným hlasovacím právem při řešení procesních i věcných otázek sporu). U rozhodce, jenž není jmenován tímto způsobem (jediný rozhodce, nebo předsedající rozhodce jmenovaný subjektem odlišným od stran), však musí být zaručena jeho nestrannost v plném (mezinárodním) pojetí.“²⁸ „Mimoходом, v otázce přípustných kontaktů strany a jí jmenovaného rozhodce dochází v posledních letech k významnému posunu. Samozřejmě stále platí, že strana a jí jmenovaný rozhodce spolu nesmějí jednat o věcné stránce sporu mimo rámec rozhodčího řízení. Oproti někdejšímu striktnímu odmítání jakýchkoli kontaktů mezi stranami a rozhodci mimo ústní jednání se však

²³ Bělohávek, A.: Volba práva v závazkových vztazích s mezinárodním prvkem. In: Právní fórum, Praha, 3/2006, s. 82.

²⁴ Lestrade, E.: Drafting Arbitration Clauses in International Agreements Web: Social science research network [citováno 28. dubna 2009]. Dostupný z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=943930.

²⁵ Aldermar, R.M.: Consumer Arbitration: The Destruction of the Common Law. In: Journal of American Arbitration, Forthcoming, Houston, 2006, s. 9.

²⁶ Zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, ve znění pozdějších předpisů.

²⁷ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 26.10.2006, žádost o rozhodnutí o předběžné otázce Audiencia Provincial de Madrid, Španělsko – Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL.

²⁸ Winterová, A.: Civilní právo procesní, Praha: Nakladatelství Linde, 2008, s. 679.

dnes považují některé kontakty za přípustné, např. když strana „svému“ rozhodci sdělí, koho si nepřeje jako předsedu rozhodčího senátu. Sám jsem (JUDr. Klein - pozn. autorky) daleko spíše zastáncem toho, aby strany s rozhodci za trvání sporu spolu vůbec nekomunikovaly jinak než v oficiálním rámci sporu, ale zdá se, že se tento názor stává postupně menšinovým.²⁹

5.4 POČET ROZHODCŮ

„Pokud se strany neshodnou na osobě jednoho rozhodce, avšak každá jmenuje jednoho rozhodce, přičemž oba svoji funkci písemně přijali, lze konkretizovat osoby rozhodců již v rozhodčí smlouvě. V ní může i nemusí být uvedeno, že tito dva jmenovaní rozhodci volí předsedajícího rozhodce (...). Je však také možné, aby již v rozhodčí smlouvě bylo uvedeno i jméno předsedajícího rozhodce - za předpokladu, že bude jmenovanými rozhodci zvolen a před podpisem rozhodčí smlouvy tuto funkci písemně přijme“³⁰. Důležité je upozornit, že při volbě stálého rozhodčího soudu bude konkrétní rozhodce určen. „Skutečnost, že daný spor nebude rozhodovat R. s. ČR z pozice stálého rozhodčího soudu, ale konkrétní rozhodce zapsaný v jeho seznamu, je pak stranám známa z rozhodčí doložky. Ochrana spotřebitele je tedy dostatečně garantována.“³¹

5.5 OTÁZKA PŘEZKOUMATELNOSTI ROZHODČÍHO NÁLEZU ROZHODČÍM TRIBUNÁLEM

„Tak jako i v případě jiných procesních smluv, dominují u rozhodčích smluv dva základní výstavbové prvky ovlivňující její povahu: vůle stran vytvářejících prvotní předpoklad její existence a derogace pravomoci soudů určitého státu či států a založení příslušnosti rozhodce či rozhodčího soudu“³². Proto stát určitým způsobem zasahuje do arbitrážního řízení, a to zejména tím, že umožňuje straně, která se cítí dotčena nespravedlivým rozhodnutím rozhodce obrátit se s požadavky přezkumu nálezu na obecný soud.

I tady se ale projevuje snaha zákonodárce co nejdříve vymezit pole autonomie stran s respektem k jejich společné vůli. Na rozdíl od řízení před soudy je řízení před rozhodci v moderních úpravách rozhodčího řízení pojímáno v základní podobě jako jednoinstanční. Dispozice s odvolací instancí je dána stranám samotným. Strany mají v rukou dispozici s případnou odvolací instancí a tak si ji v doložce mohou vytvořit uvnitř rozhodčího řízení samého. Některé rozhodčí řády však toto neumožňují.³³ Tato možnost bývá kritizována hlavně proto, že toto dispozitivní ustanovení může být vnuceno slabší straně, které se tak zcela odejme možnost nápravy. Problémem je ale navíc skutečnost, že ne všechny státy takovéto ujednání respektují, i když „(t) y státy, které podepsaly Newyorskou úmluvu mají jenom velmi malý rozsah přezkoumání arbitrážních nálezů a jsou donuceny nařídít zastavení

²⁹ Arbitrage Web: Wikipedia.fr [citováno 2. května 2009]. Dostupný z: <http://fr.wikipedia.org/wiki/Arbitrage>.

³⁰ Rozehnalová, N.: Právo mezinárodního obchodu, Brno: Masarykova univerzita, 2001, 302.

³¹ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 05.12.2007, sp. zn. As 29/2007-95.

³² Rozehnalová, N.: Mezinárodní právo obchodní II díl řešení sporů, Brno: Masarykova univerzita, 1999, 388.

³³ srovnej např. § 1, odst. 4 Řádu Rozhodčího soudu při HK a AK ČR

všech řízení odporujících mezinárodním arbitrážním doložkám.³⁴ Osobně se ale domnívám, že každý je odpovědný za své konání, a proto jestli s takovou doložkou jednou souhlasil měl by také být schopen nést všechny následky s tím spojené. Pořád platí pravidlo *iura vigilantiibus, non dormientibus prosunt*.

6. DALŠÍ ASPEKTY

6.1 NEVEŘEJNOST

Obecně uznávaná výhoda neveřejnosti arbitrážního řízení může také znamenat ohrožení spotřebitele, jelikož jde u uzavřený spor a „poměrně otevřeně (se) vyskytují sladěné řetězce v složení půjčková společnost, k ní spřízněný rozhodčí soud a na závěr dobrá spolupráce exekutorů.“³⁵ Tahle možnost zneužití byla prezentována také v publikaci *International perspectives on consumer's access to justice*, kde autor upozorňuje, že jelikož neexistuje žádný záznam z jednání, obecně nemá arbitr povinnost vysvětlit své rozhodnutí a nikde není informace o tom, které důkazy pojal za relevantní a na základě čeho rozhodl.³⁶ Navíc se nevytváří ani tzv. „case-law“ a pro strany je velice těžké předvídat výsledek jejich sporů.

Dalším problémem je fakt, že záznamy o tom, že společnost je v řízení jsou tajné a tak nic nebrání tomu, aby nadále vykonávala (třeba i podnikatelskou) činnost a vystupovala před ostatními spotřebiteli jako věrohodný partner.

6.2 ODŮVODŇOVÁNÍ ROZHODNUTÍ

I když v rámci povinností stanovených mezinárodními smlouvami nemusí arbitr své rozhodnutí odůvodnit, v praxi se různé instituce snaží tento trend potlačit a požadovat alespoň stručné vysvětlení. „Například AAA Statement of Principles stanoví, že na žádost kterékoli strany má arbitr provést jednoduché písemné odůvodnění rozhodnutí. Podobně dle pravidel CPR Institute for Dispute Resolution má rozhodce tak učinit, nestanoví-li si strany jinak.“³⁷

7. SITUACE V ČESKÉ REPUBLICCE

Evropská komise v roce 2002 negativně reagovala na českou právní úpravu v roce 2007 konstatováním, že ochrana spotřebitele není dostatečná. „Náklady rozhodčího řízení několikanásobně převyšují soudní poplatky, a to vše s odkazem na stávající zákon o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů. V takovém případě je obezřetnost zcela na místě. Výsledek, byť rychlý, nemusí mít v případě spotřebitelských sporů se spravedlností nic společného a rozhodnutí přitom bude právně vykonatelné,“ uvedla právnička Klára Přikrylová

³⁴ Bělohávek, A.: Volba práva v závazkových vztazích s mezinárodním prvkem. In: Právní fórum, Praha, 3/2006, s. 82.

³⁵ Plusy a mínusy arbitráží Web: Etrend [citováno 8. května 2005]. Dostupný z: <http://www.etrend.sk/podnikanie/firemne-pravo/plusy-aminusy-arbitrazi/156724.html>.

³⁶ Rickett, C. E. F., Thomas, G., Telfer, W.: *International perspectives on consumer's access to justice*, Cambridge: University Press, 2003, 328.

³⁷ Rickett, C. E. F., Thomas, G., Telfer, W.: *International perspectives on consumer's access to justice*, Cambridge: University Press, 2003, 328.

z SOS.³⁸ To se dá ale zmírnit (jak bude prokázáno dále) správnou formulací a i přesto se domnívám, že tato úprava aktuálněji odráží současné potřeby a v budoucnu bude tento institut využíván ještě častěji.

Od 1.dubna 2008 je navíc ze strany Ministerstva průmyslu a obchodu snaha informovat spotřebitele o jeho právech a možnostech prostřednictvím letáků a brožur v rámci Projektu pro mimosoudní řešení spotřebitelských sporů. Také se spotřebitel může „obrátit na kontaktní místa Hospodářské komory ČR nebo spotřebitelských organizací, a to poštou, osobně do protokolu, elektronicky.“³⁹ Obecně vidím cestu větší informovanosti veřejnosti jako správnou, jelikož s rozvojem společného trhu a informačních technologií (např. nákup zboží přes internet) nemůžeme tento typ obchodu z mezinárodní arbitráže vyloučit úplně. Znamenalo by to obrovský krok zpět. Za další ústřetový krok ze strany Ministerstva průmyslu a obchodu, který má za úkol zejména přiblížit arbitrážní řízení běžnému spotřebiteli je „pilotní projekt, který umožní úspěšně řešit spory mezi spotřebiteli a podnikateli mimosoudní cestou. Ministerstvo předpokládá, že pomocí mediace a arbitráže by se měly ročně vyřešit zhruba tři tisícovky sporů.“⁴⁰ Zaměřuje se zejména na spory ohledně reklamace, které jsou stěžejní problematikou spotřebitelských sporů. Veliké ambice potvrzují i slova ministra průmyslu a obchodu Martina Římana: „Nový systém využívá existující legislativu, a nebylo tedy nutné měnit zákony, ani zřizovat nové instituce. Předpokládáme, že mimosoudní řešení konkrétního sporu nebude trvat déle než dva měsíce, tedy výrazně méně, než je průměrná doba řízení u soudu. Přidanou hodnotou tohoto projektu tedy může být také snížení zátěže obecných soudů.“ Hlavním prostředkem je snížení finanční zátěže v případě řízení před rozhodčími spory. „V první ani druhé fázi nebude ani jedna ze stran sporu platit žádné poplatky. Pokud se spor dostane do třetí fáze, arbitráže, zaplatí navrhovatel poplatek rozhodčímu soudu ve výši 800 Kč. Podle předpokladů ministerstva do této fáze dospěje maximálně třetina sporů. I tak ale budou náklady na mimosoudní řešení sporu relativně nízké, protože se sníží náklady na zastupování a dojíždění, neboť řízení může proběhnout písemně. Zcela pak odpadnou náklady na odvolací řízení, protože o arbitráži rozhoduje rozhodčí soud pouze v jednom stupni.“⁴¹

8. ZÁVĚR

Je zřejmé, že není možné bránit spotřebitelům využívat arbitrážní doložky, které se hlavně v posledních letech stávají velice oblíbené. V každém případě by ale měla být zaručena jejich ochrana minimálně na komunitární úrovni a každý případ (jak ostatně zkonstatoval také

³⁸ Spotřebitelům chybí možnost mimosoudního řešení sporů Web: Euroskop [citováno 2. května 2009]. Dostupný z: <http://www.euroskop.cz/38/6953/clanek/spotrebitelem-chybi-moznost-mimosoudniho-reseni-sporu/>.

³⁹ Spotřebitelům pomohou mediátoři a speciální arbitráže Web: Businessinfo [citováno 10. května 2009]. Dostupný z: <http://www.businessinfo.cz/cz/clanek/pravni-ochrana/spotrebitele-pomoc-mediatori-i-arbitraze/1001142/47832/>.

⁴⁰ Spotřebitelům pomohou mediátoři a speciální arbitráže Web: Businessinfo [citováno 10. května 2009]. Dostupný z: <http://www.businessinfo.cz/cz/clanek/pravni-ochrana/spotrebitele-pomoc-mediatori-i-arbitraze/1001142/47832/>.

⁴¹ Spotřebitelům pomohou mediátoři a speciální arbitráže Web: Businessinfo [citováno 10. května 2009]. Dostupný z: <http://www.businessinfo.cz/cz/clanek/pravni-ochrana/spotrebitele-pomoc-mediatori-i-arbitraze/1001142/47832/>.

Evropský soudní dvůr) je nutné posoudit zvlášť s ohledem na všechny okolnosti, které by potenciálně mohli znamenat užití nepřiměřených praktik. Zároveň velmi kladně hodnotím snahu Ministerstva spočívající zejména v osvětě a přiblížení základních institutů spotřebitelům, díky čemu se můžou minimálně vyhnout nesprávně formulovaným doložkám, které v konečném důsledku mají jiný efekt, než strany chtěli dosáhnout. Tahle problematika ale rozhodně není zatím jasně vyřešena a její postupný vývoj bude záležet na právní úpravě a judikatuře.

Literature:

- Klein, B.: Pozapomenuté výhody rozhodčího řízení. In: Právní fórum, Praha, 4/2008, s. 128.
- Rozehnalová, N.: Právo mezinárodního obchodu, Brno: Masarykova univerzita, 2001, 302.
- Tomečková, V.: Spotřebitel při obchodech uzavřených mimo provozovnu, Brno: Masarykova univerzita, 2007.
- Gaillard, E.: Arbitrage – contrat consommation. In: Revue d'arbitrage, Paris, 1997, s.537.
- Rozehnalová, N.: Mezinárodní právo obchodní II díl řešení sporů, Brno: Masarykova univerzita, 1999, 388.
- Aldermar, R.M.: Consumer Arbitration: The Destruction of the Common Law. In: Journal of American Arbitration, Forthcoming, Houston, 2006, s. 9.
- Winterová, A.: Civilní právo procesní, Praha: Nakladatelství Linde, 2008, s. 679.
- Rozehnalová, N.: Právo mezinárodního obchodu, Brno: Masarykova univerzita, 2001, 302.
- Rozehnalová, N.: Mezinárodní právo obchodní II díl řešení sporů, Brno: Masarykova univerzita, 1999, 388.
- Rickett, C. E. F., Thomas, G., Telfer, W.: International perspectives on consumer's access to justice, Cambridge: University Press, 2003, 328.

Reviewer:

Jiří Valdhans

Contact – email:

Alica.obertova@centrum.cz

AUTONOMIE VŮLE V ANTICKÉM ŘÍMĚ: OTROK VERSUS OTROKÁŘ

LUCIE OBROVSKÁ

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Z právního hlediska je obecně otázka autonomie vůle, míra svobody jednání, velice zajímavou, zejména v kontextu soukromoprávních disciplín. Míra autonomie vůle v různých typech jednání je ovšem sledovatelná z pohledu dnešní právní vědy jedině za situace, že přijmu zásadu rovného postavení stran právního stavu, případně jinak vyjádřeno – zákazu diskriminace.

Key words in original language:

Otrok; otroctví; otrokář; libertin; propuštěnec; odpovědnost; autonomie

Abstract:

From the legal aspect, the question of the autonomy of the will, the extension of free acting generally is very interesting, in particular in the context of private law disciplines. Nevertheless, the extension of autonomy of the will in different kinds of actings is to be observed from the contemporary law viewpoint only if we admitt the principle of the equality of the law sides, in other words – if we exclude any discrimination

Key words:

Slave; slavery; slaver; libertin; dischargee; responsibility; autonomy

1. ŘÍMSKÝ POSTOJ K OTROKŮM: LIDSKÁ BYTOST, NEBO VĚC?

Z právního hlediska je obecně otázka autonomie vůle, míra svobody jednání, velice zajímavou, zejména v kontextu soukromoprávních disciplín. Míra autonomie vůle v různých typech jednání je ovšem sledovatelná z pohledu dnešní právní vědy jedině za situace, že přijmu zásadu rovného postavení stran právního vztahu, případně jinak vyjádřeno – zákazu diskriminace.

Tato právní premisa, která je vlastně podmínkou dodržení autonomie vůle, neplatila ale stále a ve všech typech společnosti. Takovou společností je také antický Řím. Jak víme, zde zásada rovnosti neplatila, resp. pochopitelně platila v rámci soukromého jednání mezi dvěma plnoprávními občany, což znamenalo, že muselo jít o osoby, které se honosily římským občanstvím. Na území Říma ovšem žila řada dalších subjektů, jako jsou Latinové, peregrini, otroci. Mezi Římany, tedy občany, zásadu rovnosti vidět lze. Proč? Občané jsou totiž oba subjekty práva. Rovnost ale už neshledáváme ve vztahu pán: otrok, neboť totiž otrok není subjektem, nýbrž objektem práva. Tedy nemůže jednat, naopak: ve smlouvě se jedná o něm, je zcizován, pronajímán apod. Platí ovšem právě uvedené stoprocentně vždy?

Ani Římané s takto propracovanou koncepcí otroka jako věci, ostatně tato nebyla ve starověkém světě výjimkou, nemohli nevidět, že přece jen jde o bytost nadanou vůlí. Jinými slovy: otrok neudělá vždy za všech okolností to, co chce otrokář. Ne vždy je otrok jen nástrojem pánovy vůle k vykonání například zločinu, tj. za takové situace by byl vražedným

nástrojem. Následující situace jsou tedy výjimkami z uvedené zásadné premisy o otroku jako věci : *servus nullum caput habet*. Pokusím se tedy vyvrátit, že otrokovo jednání nemá žádné právní následky, neboli: že otrok nedisponuje svobodnou vůlí, která má právní důsledky. Římané otroky pohrdali: byli pro ně sice lidskými bytostmi, ale podřadnými. Jediným účelem jejich bytí byla podle římského pojetí skutečnost, že měli namísto samotných římských občanů dělat podřadnou, rozuměj fyzickou práci.

Až později, a s velkým neporozuměním, se objevuje Senecovo zamyšlení nad tím, že také otroci jsou lidskými bytostmi a Římané nemají důvod se nad ně povyšovat. Ve 47. listě svých dopisů Lucilliovi Seneca píše:

„Někdo bude namítat: ‚jsou to otroci‘. Ale lidé. ‚Otroci.‘ Ale spolubydlící. ‚Otroci.‘ Ale poníženi přátelé. ‚Otroci.‘ Vlastně spoluotroci, uvážíš-li, že si s Tebou může osud pohrát přesně tak, jako s nimi. Proto se posmívám těm, kteří pokládají za potupné hodovat se svým otrokem. Proč? Jen zcela zpupný zvyk obklopil hodujícího pána zástupem stojících otroků.“

2. OTROK JAKO NÁSTROJ PÁNOVY VŮLE

Kromě toho Římané se začali otroků čím dál víc bát: logicky čím více otroků bylo, tím větší obavy panovaly z narůstajícího počtu povstání. Proto také přijímali předpisy, jejichž účelem bylo otroky co nejvíce zastrašit. Příkladem takového předpisu bylo *senatusconsultum Silanianum*, podle kterého za situace, že byl zavražděn pán a otroci neprokázali, že mu přispěchali na pomoc, byli všichni otroci v domě mučeni a popraveni. Otrokově jednání bylo tedy tímto drastickým ustanovením založeno na presumpci viny. Předpis byl vydán těsně po přelomu letopočtu, je tedy patrné, že jsme daleko do doby, kdy bude (ve 4. století) uznaným a posléze státním náboženstvím prohlášeno křesťanství. Totiž teprve křesťanství a jeho humanistické zaměření přiměje panovníky, aby začali přijímat legislativní akty, které nikoli podporují, ale naopak zabraňují otrokářům v přílišné krutosti vůči otrokům.

Nicméně i uvedený právní předpis předpokládá, že otrok je bytost, která je nadána vůlí: a navíc, tato vůle může být vedena zcela opačnými zájmy, než vůle pánova. Tento závěr můžeme konstatovat už vzhledem k uvážení, že byť zde vycházíme z koncepce presumpce viny, otrok přece jen má možnost se exkulovat, resp. dokázat svou nevinu. To je poměrně výjimečné: obecně Římané vždy otroky podezírali, že jsou lstiví a nepředvídatelní – nikdy jim nelze důvěřovat. To jinými slovy znamená, že si byli velice dobře vědomi toho, že otrok není jen slovy Varronovými „nástrojem mluvícím“.

Zpět ale k procesnímu právu obecně: už skutečnost, že se otrok může stát „důkazním prostředkem“ přeci naznačuje naše uznání, že má rozumové schopnosti, paměť, úsudek atp., aby mohl například ve prospěch pána svědčit na soudě. Toto platilo pochopitelně nejen v Římě. Tureček například uvádí, že také v Egyptě mohl otrok vypovídat jako svědek na soudě, a to nejen ve prospěch pána, ale i proti němu. Čili to je moment, kdy už vůbec nespojujeme vůli a projev vůle pána a otroka. Přitom ale nelze pominout, že stojí-li proti sobě výpověď otroka a svobodného, bude jako věrohodnější výpověď druhá. Všeobecně se ale uznává, že otrokovo jednání i usuzování je autonomní, jinak by totiž nemohl být vyslyšen a nemohl by sloužit právě jako svědek. Ostatně i to, že otrok byl specifickým subjektem výše popisovaného *senatusconsulta*, naznačuje jeho způsobilost stát se subjektem procesního práva.

Nepochybně je ale otrokovo postavení v procesním právu velmi specifické ve srovnání s jinými osobami. Nejen v právu soukromém, ale v určitém aspektu i v právu trestním je otrok

vlastně stále pánovým nástrojem: jestliže v rámci obchodních smluv může pro pána uzavírat smlouvy, také v trestní oblasti se může stát nástrojem pánovy vůle. Tedy může vlastně i být jeho vražedným nástrojem. V takovém případě je ale, zdá se, koncepce pánovy moci nad otrokem, takřkajíc dovedena do konce. Pán může otrokovi poroučet, otrok ho musí poslechnout. Vykoná-li ale z pánova rozkazu otrok trestný čin, není odpovědný otrok, ale pán. Ten je vlastně hybatelem děje, mozkiem celého deliktu. Otroky také umí myslet - a římské právo to dokazuje už jen tím, že otroky také v soudních řízeních vyslýchá - a jeho jednání může obsahovat volní složku, zpravidla se ale pána bojí, a tak jej poslechne ve všem. Z toho důvodu musí být před spravedlivost pohnán otrokář: zdá se to poměrně logické.

Otrok v rámci procesu může být dokonce i křivě obviněn, což je opět důkaz toho, že je vlastně jakoby v pozici jakékoli jiné osoby, tedy že jej shledáváme bytostí nadanou jednoznačně vůlí. Obojí, tedy toto křivé obvinění, jakož ale i odpovědnost za případný delikt spáchaný rukou otroka, naznačuje Tacitus: „Zatím se jim náhodou do cesty namanul Verginiův otrok a byl křivě obviněn jako vrah najatý na Vitellia, i hnali se vojáci do hodovní síně a žádali Verginiovu smrt.“ Všimněme si tedy, žádá se smrt otrokáře, protože se předpokládá, že on přiměl svého otroka, aby zabíjel.

Že tedy nese za deliktní jednání otrokovo odpovědnost pán, je nasnadě. Obdobně je tomu ostatně v případě deliktního jednání jeho dítěte. Na pána otroka, resp. patera familias, se v takovém případě uplatní actio poenalis. Pán nebo pater se ale také odpovědnosti může zbavit, a sice skrze tzv. noxae datio (někdy také noxae deditio), tj. postupem, kdy osobu odpovědnou za delikt vydá poškozenému. Zde je patrné ovlivnění koncepcí osobního ručení, tj. osoba jakoby propadá osudem do rukou poškozeného. Je jasné, že posléze je tato koncepce opouštěna a nahrazena pokutou.

3. OTROK JAKO ŽALOBCE PROTI PÁNOVI?

Jak je to s možností žalovat? Má tedy otrok aktivní žalobní legitimaci? Obecně platí jak pro právo veřejné, tak soukromé, že nikoli. Ale jsou výjimečné případy, kdy právo dokonce i otrokům přiznává procesní způsobilost. Když pomíneme, že v rámci dnešními slovy řečeného trestního procesu je otrok žalován, vyslýchán a trestán, tj. má de facto plnou procesní způsobilost, pochopitelně v soukromém právu tuto „možnost“ nemá. Může svého pána žalovat jen ve zcela výjimečných případech: jestliže se otrokář dopustí incestu nebo znásilnění.

Tato otázka vystoupení proti pánovým zájmům je zajímavá. Obecně bychom čekali, že otrok bude vypovídat pro pána. Ovšem musíme si také uvědomit, že zvláště v trestních věcech bylo pro vyšetřující velice výhodné, že otrok vzhledem k podílu času, který stráví po boku pána, ví o jeho životě mnoho podrobností. Proto je také při vyšetřování některých velmi specifických trestných činů (crimen maiestatis) potřeba, aby otrok vypovídal ve veřejném zájmu, což mohlo současně znamenat povinnost vypovídat proti pánovi. Jelikož ale nebylo možné, aby byl mučen a byla tak získána výpověď proti pánovi u hrdelních zločinů , vyzrál na celou věc císař Tiberius. Ten totiž poručil, aby byli tito otroci po jednom prodání do rukou právního zástupce státu. Tacitus (Analles, II, 30) z toho dovozuje, že jednoznačným úmyslem byla možnost vyslýchat pak otroky, aniž by bylo zmíněné pravidlo senátu porušeno.

Výše uváděné Tiberiovo opatření o prodeji otroků do rukou státu se zažilo: Tacitus uvádí jeho použití i na jiném místě (Analles, III, 67): „I Silanovy otroky koupil právní zástupce státu, aby mohli být vyslýcháni na mučidlech; a aby nikdo z příbuzných nemohl obžalovanému přispět,

podstrkovala se ještě žaloba pro urážku Veličenstva - pouto, zavírající každému ústa...“ Při takovém postupu je tedy jasné, že z otroka soukromého se stává otrok veřejný, státní.

Vyjma výjimečných situací, jako bylo spáchání incestu nebo znásilnění pánem či problematika *crimen maiestatis*, platí, že otrok není procesní stranou. Jestliže není tedy na místě *actora*, ani *rea*, může už pak sloužit pouze jako důkazní prostředek. Vyslýchání otroků jako svědků v kauzách trestních popisují níže.

Jak tato problematika vypadala v civilních sporech? Bylo dovoleno, aby pán přizval, nebo lépe řečeno navrhl jako důkaz výpověď otroka. Nabízí se zde, že otrok bude vypovídat ve prospěch pána, ale možná stojí za úvahu i myšlenka, že otrok vypovídá lživě pro pána, protože mu to pán přikázal a otrok se bojí, jak by ho pán potrestal, kdyby jej poškodil tím, že by vypovídal pravdivě. Tedy jinými slovy je otázkou, do jaké míry může být soud přesvědčen o věrohodnosti takové výpovědi.

Digesta ostatně na tuto otázku odpovídají poměrně jasně: zabývají problematikou otroků jako svědků v civilním řízení na více místech. Jednak podle *Lucinia* (D 22, 5, 6-7) „*idonei non videntur esse testes, quibus imperari potest ut testes fiant*“, tedy Ti, kterým můžeme přikázat, aby se stali svědky, zřejmě nejsou spolehlivými (*idonei*) svědky.

A taktéž v následujícím fragmentu přikládá *Modestinus* pramalý význam otrocké výpovědi: „*servi responso tunc credendum est, cum alia probatio ad eruendam veritatem non est.*“, neboli otrokovi lze věřit pouze tehdy, není-li jiný důkaz. Ovšem ne vždy se tato zásada v praxi naplňovala. Přesto toto pravidlo opět reaguje na skutečnost, kterou jsem právě uvedla, tedy otrok je služebníkem pána, proto si nedovolí vypovídat proti němu.

Paulus na jiné místě (D 22, 3, 7) poukazuje na to, že „*cum probatio prioris fugae deficit, servi quaestioni credendum est: in se enim interrogari, non pro domino aut in dominum videtur.*“ Podle tohoto ustanovení lze přijmout výpověď otroka, ale pouze pro případ útěku, další podmínkou je opět situace, že není jiného (rozuměj spolehlivějšího) důkazu a konečně poslední okolností je znovu použití tolik oblíbených mučidel. Z druhé části věty je patrné, proč v takovém případě je v pořádku vyslýchat otroka: v takových případech je totiž zřejmé, že je vyslýchán vůči sobě samému, tj. svému skutku, nikoli pro nebo proti pánovi. Zde už jsme nicméně v dikci trestního práva, o kterém blíže pojednávají následující řádky.

4. MAJETKOPRÁVNÍ POSTAVENÍ OTROKOVO A PROBLEMATIKA PECULIA

V oblasti majetkoprávní jsou z hlediska aspektu, který zde sledujeme, podstatné hlavně dva okamžiky: tzv. *peculium* a dále také otázka možnost „zastupování“ pána otrokem, tedy úvaha nad tím, kdy může otrok za pána uzavřít smlouvu nebo jiný právní úkon.

K prvnímu řečenému: totálním prolomením učení o otroku jako věci *de iure* je bezpochyby fenomén zvaný *peculium*. Totiž v *peculiu* byl majetek, který spravuje otrok (případně také syn *paterfamilias*). Otroka není sice vlastníkem majetku *de iure*, ale *de facto* je velmi svobodný v nakládání s ním – tj. zase jsme svědky toho, že je respektována autonomie otrokovy vůle (a podobně je tomu u syna).

Ke vzniku *peculia* docházelo tak, že *paterfamilias*, resp. obecně otrokář, vyčlenil část ze svého majetku otrokovi (synovi), typicky řemeslnickou dílnu nebo část pole s tím, že otrok má na tomto poli hospodařit sám. Typicky pak otrok hospodařil s přiděleným majetkem

samostatně a pán požadoval jen část úrody nebo výtěžku. Někdy je proto vymezení peculia otrokovi chápáno jako dar. Zajímavým způsobem popisuje vztah pán a otroka k peculiu Buckland, podle něhož pán má k peculiu držbu, přičemž dva pojmové znaky, které jsou třeba ke splnění držby, jsou „rozděleny“ v tom smyslu, že pán má animus, úmysl držet, ale současně naplňuje také druhý znak, tj. fyzickou držbu, byť skrze otroka. Jinými slovy, otrok poskytuje fyzický a pán psychický aspekt držby.

Pochopitelně ze vztahu pán – otrok vyplývalo také pánovo oprávnění kdykoli majetek v peculiu odejmout. Formálně je tedy nadále majitelem pán. Samozřejmě se ale nabízí také vyslovit, že pán nepřenechává peculium otrokovi z dobré vůle – je to pro něj výhodné, protože otrok mu může vytvořit přidanou hodnotu. Navíc způsobí-li otrok cizímu škodu, pán sice ručí za její náhradu, nicméně v praxi se samozřejmě uspokojí z peculia.

K tomuto Tureček uvádí, že také v Egyptě otrok mohl, pochopitelně se svolením pána, spravovat majetek a tuto skutečnost podporuje takovou logikou, že pokud existuje důkaz o tom, že ve starém Egyptě ukradl-li něco otrok, musel platit trojnásobek hodnoty věci, je pak jasné, že musel mít z čeho zaplatit. A i v pozemkových knihách se hovoří o „polích otroků.“ Ostatně na jiném místě se znovu uvádí, že s tímto „majetkem“ mohli otroci dokonce obchodovat jak s Římany, tak s Egyptany.

Pro otroka přesto, že pán má možnost jej kdykoli odebrat, má peculium zásadní význam. Časem se totiž, byť ne zcela explicitně, vyvozuje zásada, že otrok může s peculiem nakládat jakýmkoli způsobem. Už v době republiky byla realizována praxe, že peculium otrokovi umožnilo vykoupení na svobodu. Otroci si tedy stádají majetek, rozšiřují jej, a pak si z pekuliárního majetku vykoupí svobodu. Přitom platila zásada, že pán nemůže odebrat peculium bez dalšího: musel k tomu mít závažný důvod (tím jistě bude výše vzpomínaná situace, kdy otrok způsobí škodu, k jejíž náhradě je otrokář povinný), lépe řečeno například v období republiky se odejmutí peculia chápalo jako nemorální. Oficiálně výkon vlastnického práva náleží stále pánovi, ale otrok ho může zvětšovat, nebo zmenšovat.

Také Tacitus v Germanii popisuje velmi značnou míru nezávislosti germánského otroka na pánovi: „Otroků nepoužívají tak, jak je zvykem u nás, kde jsou jednotlivé práce přesně rozděleny mezi čeled: každý z nich má svůj dům, své hospodářství, a tam rozhoduje sám. Pán mu jen ukládá určité dávky (zvýraznila L.O.) – obilí, dobytek, šat – jako pachtýři; jen sem sahá otrokova závislost. Jinak práce v domácnosti vykonává manželka a děti. Trestat otroka tělesně, uvězněním nebo nucenou prací, k tomu dochází málokdy.“ Zde u Germánů sledujeme tedy mimořádnou dávku otrokovy nezávislosti. Stále je ale třeba vnímat skutečnost, jak výrazně se liší stav *de iure* (otrok oficiálně stále pánovi propadá hrdlem, a to i v podmínkách germánského práva) od stavu *de facto* (právě popsany).

5. OTROKOVA ZPŮSOBILOST K PRÁVNÍM ÚKONŮM: OBLIGATIO NATURALIS

V soukromoprávní oblasti je také zajímavé, v jaké míře a jakým způsobem může případně otrok jednat za pána. Pochopitelně pouze za situace, kdy mu k tomu pán dal mandát. Pán ho tedy nechá jednat, což nutně musí znamenat, že otrok má způsobilost k právním úkonům. V opačném případě by to znamenalo, že jeho jednání je bez právních účinků. Ani tento aspekt vztahu otrok: pán nebyl příznačný jen pro římskou říši: také v jiných starověkých státech takovou praxi nalezneme, například v Mezopotámii nebo Číně.

Otrok ovšem má způsobilost, ale přesto není subjektem právního vztahu. Je jakoby prodlouženou rukou pána. Právě z toho důvodu, aby ulehčil pánovu obchodování, je již v době republiky otrokovi ponechána část tzv. *commercias*, neboli práva obchodovat. Ovšem vždy je jeho jednání vedeno zásadou - „*servi conditionem nostram meliorem facere possunt, deteriore non possunt.*“

Opět srovnáme římské právo s úpravou řecko – egyptskou: v osobních vztazích k pánovi se s otrokem zachází jako s věcí, zatímco „ve věcech finančních jsou pokládáni za osoby uzavírající právní smlouvy, jako půjčky, nájmy apod., za svou vlastní osobu právě tak jako za svého pána (zvýraznila L.O.) – půjčky, prodeje, přijímání peněz, spravování majetku. Zde sledujeme jasné projevy otrokovy částečné subjektivitu. Navíc je zajímavé, že projevem jeho vůle se zakládá nikoli jen vztah ve prospěch pána, ale také vznikají kontrakty, kde subjektem je otrok sám.

Otrok tedy může kontrahovat, ovšem touto smlouvou s otrokem vzniká tzv. *naturalis obligatio* (naturalis obligatio), tj. typ obligace, při němž vzniká sice dluh a pohledávka, ale dlužník za svůj dluh neručí a věřitel nemá pro svou pohledávku žalobu. Dlužník nicméně může plnit – ale plní vlastně dobrovolně. Toto odlišení od klasické obligace jasně podporuje výše uvedenou zásadu, že otrok nemůže svého pána zavazovat k nějakému plnění. Současně otrok sám nemůže ručit za splnění závazku. Na straně druhé ale právě proto, že fakticky má z čeho případný dluh uspokojit, tj. z *peculia*, bylo možné, aby také vztah uzavřený otrokem měl určitou právní relevanci.

Dokonce sami otrokáři občas uzavírali obchody se svými otroky – z takovýchto vztahů pak otrokům náleží tzv. *adjektické žaloby*. Tento typ žalob už je jednoznačným popřením postulátu, že otrok je jen věcí – a naopak podporuje myšlenku, že otrok je samostatně myslící bytost, která je schopna na základě vlastní vůle jednat samostatně. Pán otroka byl v těchto případech povolán k odpovědnosti, ale pouze do výše *peculia* – „*dumtaxat de peculio*“.

Nyní už tedy sledujeme situaci, která se jeví vzhledem k základní premise o otrokovi jako mluvícím nástroji velmi zajímavou. Praetor dokonce poskytoval otrokovi (stejně jako synovi proti svému otci – ten měl svou majetkoprávní pozici k otrokovi velmi blízko) žalobu i v takovém případě, že zjednal majetkový prospěch, který přešel do majetku pána. Šlo o *actio de in rem verso* a prostřednictvím ní mohl být pán povolán k odpovědnosti až do výše hodnoty tohoto prospěchu.

Takovouto pozici v majetkových záležitostech neměli otroci všude. V tomto smyslu už je římské právo na cestě ke vzniku kasty kolónů. Ale jinde ve starověkém světě nebyla kontraktace otroka vítaným jevem. Chammurapiho zákoník dokonce (§ 7) trestá smrtí toho, kdo převal něco koupí nebo do úschovy od otroka, aniž by ke smlouvě došlo přede svědky a písemně. Zde je však nutné mít na paměti, že tato mimořádně významná právní památka pochází už z období cca. 1700 před Kristem, a rozhodně tedy nemůže vyvrátit trend, který v závěru antiky vzrůstá: pohled na otroka jako lidskou bytost s autonomní vůlí.

6. ZÁVĚR

Příspěvek nemohl svým rozsahem pokrýt celou problematiku vztahu otroka a otrokáře: to ani nebylo účelem. V rámci předloženého tématu konference „*autonomie vůle*“ bylo snahou postihnout spíše mimořádná specifika, která se vážou k otroctví v uvedeném aspektu, přičemž hlavním zaměřením zůstává příspěvek, jak patrně z názvu, u vztahu otroka a jeho pána.

Může, nebo nemůže tedy otrok být stranou sporu nebo právoplatným kontrahentem při uzavírání smlouvy? Jaký je podíl odpovědnosti za škodu, kterou otrok jednoho pána způsobí otroku jinému? Má otrokovo jednání právní důsledky, projeví se nějakým způsobem jeho autonomie vůle? To vše jsou otázky, na které se příspěvek snaží odpovědět, nebo přinejmenším se nad nimi zamýšlí.

Pochopitelně je nasnadě pozastavit se v rámci otroctví nad tím, do jaké míry lze vůbec u otroka uvádět autonomii vůle (jistě vůli má, ale na tomto místě jde o to, zda tato je, nebo není právem reflektována). Obecně bychom totiž čekali, že autonomie vůle bude mít význam pouze ve vztahu dvou subjektů, jež jsou si vzájemně rovny. Nicméně v historii nikdy, ani v Římě, ani v jiných otrokářských státech, neplatilo, že otrok je věcí totožnou s věcmi ostatními. Ve všech těchto státech měla v jistých aspektech význam autonomie jeho vůle, byť někde se jeho jednání právně respektovalo více, jinde málokdy, nebo v malém počtu případů. Obecně pokud jde o soukromoprávní jednání, byl uznáván jeho podíl na subjektivitě tehdy, když to sloužilo ku prospěchu pána. Naopak v trestní oblasti je jakoby najednou chápán jako osobnost v plném slova smyslu: nese vlastně plnou trestní odpovědnost.

Tyto a podobné disproporce v chápání otroka jako věci, resp. naopak jako myslící a konající bytosti, se článek snaží postihnout.

Literature:

- Tureček, J.: Světové dějiny státu a práva ve starověku, Praha: Orbis, 1963, 636 stran
- Kincl, J. et Urfus, V.: Římské právo, Praha: Panorama, 1990, 469 stran, ISBN 80-7038-134-5
- Tacitus: Z dějin císařského Říma, Praha: Svoboda, 1976, 473 stran
- Buckland, W.W.: The Roman Law of Slavery, Cambridge: University Press, 1908, 735 stran
- Tacitus: Letopisy, Praha: Svoboda: 1975, 554 stran
- Falada, D.: Diskriminace a personalita práva – úvaha o sedmi zastaveních, Olomouc: Univerzita Palackého, 2001, 80-244-0582-2
- Antalová, B.: Senatusconsultum Silanianum (k právnej úprave postavenia otrokov), Olomouc: Univerzita Palackého, 2001, 56 stran, 80-244-0582-2
- Suetonius: Životopisy dvanácti císařů, Praha: Státní nakladatelství krásné literatury a umění, 1966, 582 stran
- Obrovská, L.: Některé aspekty právního postavení otroka v antickém Římě a srovnání s jinými starověkými státy, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., 2008, 52 stran, ISBN 978-80-7380-122-9
- Bartošek, M.: Encyklopedie římského práva, Praha: Pyramida, 1981, 507 stran

*Dávid R., Neckář J., Sehnálek D., (Editors). COFOLA 2009: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4821-8*

- Gaius: Učebnice práva ve čtyřech knihách, Brno: Doplněk, 1981, 274 stran, ISBN 80-85765-18-7

- Marcellinus, A: Soumrak římské říše, Praha: Odeon, 1975, 563 stran

Reviewer:
Pavel Salák

Contact – email:
ObrovskLucie@seznam.cz

ÚČINNOST NEEXKLUZIVNÍ A EXKLUZIVNÍ PROROGACE Z ČESKÉHO POHLEDU

MARTIN ORGONÍK

Právnická fakulta Masarykovy univerzity

Abstract in original language:

Příspěvek si klade za cíl analyzovat účinnost ne-exkluzivní prorogace ve srovnání s exkluzivní prorogací, resp. ověřit, zda může být z českého pohledu užitečné uzavřít ne-exkluzivní dohodu o volbě soudu. Ačkoliv institut ne-exkluzivní prorogace nemá v českém právním řádu své teoreticko-právní kořeny, pokouším se v závěru příspěvku dokázat, že se nejedná o nadbytečný institut a nastíním možnost jeho praktického využití ve smluvní praxi.

Key words in original language:

Haagská úmluva o dohodách o volbě soudu; Exkluzivní prorogace; Neexkluzivní prorogace.

Abstract:

The aim of this article is to analyze efficiency of non-exclusive prorogation in comparison to exclusive one, or more precisely it's to examine whereas there are cases when the usage of non-exclusive prorogation may be more efficient. Even though the legal institute of non-exclusive prorogation doesn't have a theoretical-legal roots, I try to prove that it is not redundant institute and it has possibilities to be used in practical life.

Key words:

Hague Convention on Choice of Court Agreement; exclusive prorogation; non-exclusive prorogation.

1. ÚVOD

Cílem příspěvku je analyzovat účinnost ne-exkluzivní prorogace ve srovnání s exkluzivní prorogací, resp. ověřit, zda může být z českého pohledu užitečné uzavřít ne-exkluzivní dohodu o volbě soudu¹. Ačkoliv institut ne-exkluzivní prorogace nemá v českém právním řádu své teoreticko-právní kořeny, pokouším se v závěru příspěvku dokázat, že se nejedná o nadbytečný institut a nastíním možnost jeho praktického využití ve smluvní praxi.

2. MOŽNÉ DŮVODY K UZAVŘENÍ DOHODY O VOLBĚ SOUDU

2.1 VÝHODY PROROGACE

Důležitou otázkou, která se nabízí hned v úvodu tohoto článku, je „proč prorogovat?“, resp. jaké jsou motivy stran k určení soudu, který má řešit případný spor? Strany mohou prorogací určit pravomoc soudu, který bude řešit budoucí spor nebo spor již vzniklý. Strany se také mohou záměrně vyhnout pravomoci jinak příslušného soudu, nebo prorogují proto,

¹ Termíny prorogace, volba soudu a dohoda o volbě soudu jsou pro účely tohoto článku používány jako synonyma.

aby zvýšily šanci na uznání cizího rozhodnutí nebo aby zvolili pro sebe „ekonomické“ fórum – kvůli úspoře času a nákladů stran.

Častým důvodem pro prorogaci je výběr neutrálního fóra (s možností doplnění o volbu neutrálního práva). Zpravidla půjde o obchodní zvyklost při uzavírání smluv v daném světovém regionu – např. afričtí obchodníci uzavírající smlouvy o dodávce zboží z EU velice často s doložkou o volbě švýcarského práva i švýcarského fóra.

Takřka tradičním důvodem pro prorogaci pak může být omezení jevu „forum shopping“, ve kterém si žalobce podle předpokládaného výsledku vybírá soud, ke kterému podá žalobu. Soud používá své kolizní normy a v nich obsažená kolizní kritéria, která mohou podstatným způsobem ovlivnit výsledek sporu. K volbě fóra se mohou uchýlit smluvní strany také v případě, že chtějí zvolit soud, o němž se domnívají, že posuzuje tento typ sporů častěji a například zná odvětvové obchodní zvyklosti.

Lze tedy shrnout, že důvody prorogace mohou být jednak právní, ekonomické, ale také faktické. Do poslední skupiny lze zařadit nejrůznější reálné situace, např. jazyková vybavenost stran nebo např. dlouhodobá smlouva s advokátní kanceláří, která má pobočku v zemi, jejíž soudy prorogujeme. S ohledem na pestrost těchto důvodů, přihlídneme pouze k důvodům čistě právním.

2.2 ZVLÁŠTNÍ DŮVOD K PROROGACI: PŘEKÁŽKA LITISPENDENCE A FORUM NON CONVENIENS

Čemu tedy mohou strany předejít, pokud se dohodnou na určení soudu pro řešení jejich případných sporů? S nejvyšší pravděpodobností se vyhnou odmítnutí žaloby z důvodu chybějící pravomoci soudů. Tato situace může nastat v Evropě nejčastěji z důvodů litispence² a v USA z titulu *forum non-conveniens*³.

Srovnáme, že institut *forum non-conveniens* slouží pro širší okruh případů: Nepříslušnost soudu se stanoví kdykoliv, kdy existuje jiné a lepší fórum. Neznamená to však, že by v případech paralelních řízení musel být institut *forum non-conveniens* použit podobně jako litispence.⁴ Nevýhodou institutu *forum non-conveniens* je právní nejistota, silnou výhodou je flexibilita. Ani litispence není zcela bezproblémový přístup pro její působení na nadměrné zatěžování soudů. Často se tato otázka ilustruje příkladem

² Litispence má zabránit paralelním řízením před různými soudy. Taková řízení mají mnoho negativních dopadů, přičemž nejzávažnější je vydání několika rozhodnutí, která si odporují a jejichž teritoriální účinky jsou omezeny, příp. nastane uznání cizího rozhodnutí dříve, než skončí řízení tuzemské.² Z těchto důvodů se využitím doktríny litispence předchází spojenému nedostatku právní jistoty účastníků i časové a finanční náročnosti a zatěžování soudů paralelními řízeními.

³ V případě angloamerického řešení “forum non conveniens” může být nedostatečná pravomoc určena také na námitku, pokud protistrana dokáže, že se nejedná o nejpodstatnější spojení fóra se sporem (“most real and substantial connection”). Jiným vhodným fórem, a tedy důvodem pro odmítnutí, může být odlišné místo plnění, příp. lokalizace stran nebo svědků v jiné jurisdikci.

⁴ Stückelberg, M. Lis Pendens and Forum Non Conveniens at the Hague Conference, 26 BROOK. J. INT’L L. 949, 960–61 (2001) a Bohúnová, Petra. Odmítnutí pravomoci soudu ve věcech občanských a obchodních: americké a kontinentální řešení in Časopis pro právní vědu a praxi 4/2008, Str.378-383

tzv. „italských torpéd“, tedy žalob, které co nejrychleji podá jedna strana úmyslně v Itálii, tedy v zemi, kde se soudní spory velice protahují, a zablokuje tak řízení před jinými soudy ES⁵.

Výše popsané důvody pro využití prorogace (výhody a problémy plynoucí z absence prorogace) jsme zde nastínili proto, neboť se jedná o situace, jejichž kolize a vzájemná nekompatibilita vedla k uzavření Haagské úmluvy o dohodách o volbě soudu ze 30. června 2005 (dále též jako Úmluva⁶), o níž je níže v textu pojednáváno.

Doposud existovala jediná globální alternativa⁷ - rozhodčí doložka⁸, která smluvním stranám zajistila, aby spor byl řešen podle předem dohodnutých procesních pravidel.

Pro budoucnost existuje ještě druhá alternativa: tzv. exkluzivní prorogační doložky podle výše citované Úmluvy. Pro případ využití tohoto institutu počítá Úmluva se základním pravidlem, že platně prorogovaný soud bude mít pravomoc projednat daný spor, ostatní soudy se projednání zdrží (mají povinnost odmítnout žalobu) a vydané soudní rozhodnutí bude uznáno a vykonáno kterýmkoliv soudem smluvního státu.⁹

3. PROROGAČNÍ DOLOŽKA PODLE HAAGSKÉ ÚMLUVY

“Exkluzivní volbu soudu ” definuje čl. 3 Úmluvy jako dohodu dvou nebo více stran, která naplňuje formální kritéria (zejména požadavek být uzavřena písemně nebo jiným prostředkem zachycujícím tuto informaci pro možné pozdější dokazování¹⁰) a určuje, že pro účely rozhodnutí sporů, které vznikly nebo vzniknou v souvislosti s daným právním vztahem, bude příslušný jeden nebo více soudů jednoho smluvního státu, přičemž pravomoc ostatních soudů je vyloučena.

Původní návrh Úmluvy¹¹ obsahoval 3 základní důsledky prorogace: 1) platně prorogovaný soud má pravomoc projednat případ¹², 2) v případě exkluzivní prorogace má soud, který nebyl prorogován, povinnost odmítnout žalobu v daném sporu, 3) soudní rozhodnutí, které bylo

⁵ Pauknerová, M. Evropské mezinárodní právo soukromé. 1. vyd. Praha : C.H. Beck, 2008. xxxii, 409 s. ISBN 9788074000348 str. 158

⁶ Hague Convention on Choice of Court Agreement – Haagská úmluva o dohodách o volbě soudů ze dne 30. června 2005

⁷ Odhlížíme od Evropského justičního prostoru a nařízení Brusel I

⁸ Používání rozhodčích řízení bylo podpořeno New Yorskou úmluvou tím, že smluvní stát byl zavázán zajistit mimo jiné uznání a výkon rozhodčích nálezů.

⁹ čl. 5,6,8 Haagská úmluva o dohodách o volbě soudů

¹⁰ Srov. Haagská úmluva o dohodách o volbě soudů, čl 3, písm. c)

¹¹ Brand, R. A. Hague Draft on Choice of Court Agreements In Yearbook of international law, vol. 5 (2003) Viz též návrh Úmluvy z roku 2003

¹² Nemůže jej odmítnout ani z důvodu forum non conveniens.

vydáno na základě exkluzivní nebo ne-exkluzivní prorogační doložky má být uznán a vykonán kterýmkoliv soudem smluvního státu.¹³

Po následných jednáních, jejichž součástí byla i otázka právního režimu neexkluzivních prorogačních doložek, bylo poslední pravidlo pozměněno a nyní se vztahuje pouze na exkluzivně prorogované spory.¹⁴ Výše uvedená finální definice je proto doplněna o domněnku, že strany určily exkluzivní pravomoc soudu, pokud se výslovně nedohodly jinak.

Celá Úmluva tedy míří pouze na exkluzivní volbu soudu, přičemž smluvním státům dává možnost vztáhnout účinky Úmluvy i na ne-exkluzivní volbu soudu tím, že vzájemně deklarují, že jejich soudy budou vázány také v případě, kdy všechny požadavky na prorogační doložku budou naplněny, až na podmínku, že ostatní soudy budou derogovány, resp. prorogací jednoho soudu nedojde k omezení pravomoci ostatních soudů.

Řešení prorogace pomocí ne-exkluzivní doložky je pro kontinentální právo relativně nezvyklé, nepočítá s ním ani česká právní úprava ani se neobjevuje v smlouvách nebo před soudy. Nicméně v anglosaském právním světě jsou tyto doložky relativně běžným fenoménem, proto je pro tyto země výhodné, že jim Úmluva dává možnost recipročně deklarovat právní důsledek ne-exkluzivních doložek.

4. OBECNÉ TYPY PROROGAČNÍCH DOLOŽEK

4.1 EXKLUZIVNÍ PROROGACE

V dalších částech se mého příspěvku se budu blíže věnovat typologii a formulaci jednotlivých doložek. Velice jednoduše totiž můžeme dojít k situaci, kdy soudy v ES a USA budou bez přihlídnutí k Úmluvě interpretovat stejnou doložku různě. Kromě tradičního a pomalu snad překonaného vázání volby soudu a volby práva v některých zemích USA, se jedná zejména o domněnku, zda je obecně formulovaná doložka exkluzivní či nikoliv.

U exkluzivních doložek nalezneme následující charakteristiky: Strany mohou být žalovány pouze před jimi zvoleným soudem. V praxi se akceptuje jednak volba konkrétního soudu nebo několika soudů kumulativně nebo dokonce neomezeného množství soudů, avšak vždy v jedné zemi¹⁵. Nutnou součástí exkluzivní prorogace je i derogace ostatních soudů, žádný další soud nemůže přijmout danou žalobu, pokud se nejedná o zvláštní situaci, která by byla v rozporu s některými pravidly fóra¹⁶. V kontinentální Evropě se považuje doložka, která nic

¹³ Důvody pro neuznání soudního rozhodnutí, které jsou v Úmluvě uvedeny, jsou podobné BR I, BU, NY Úmluvě (např. z důvodu neplatnosti doložky nebo zjevného nesouladu s veřejným pořádkem). Srov. čl. 9 Úmluvy, podle něhož soud může odmítnout uznání a výkon, ale na druhou stranu není povinen to udělat.

¹⁴ Brand, R. A. Hague Draft on Choice of Court Agreements In Yearbook of international law, vol. 5 (2003)

¹⁵ Lze tedy prorogovat obecně ve prospěch soudů České republiky, ale nikoliv ve prospěch soudů členské země Evropského společenství.

¹⁶ Zejména pokud jde o smlouvu, která podle legis fori neumožňuje prorogaci (např. ve věcech výživného nebo ve věcech hospodářské soutěže apod.)

jiného výslovně neuvádí, za doložku exkluzivní.¹⁷ Pro soudy členských zemí ES je režim relativně jasný, protože se řídí nařízením Brusel I. Soudy ze zemí mimo ES a EFTA by měly uznat a potvrdit dohodu stran o volbě soudu jako součást smlouvy.

4.2 NE-EXKLUZIVNÍ PROROGACE

Ne-exkluzivní doložka o volbě soudů se obecně těší většímu užívání v USA, typově pak v bankovních smlouvách¹⁸. V rámci common law principů, mají americké soudy obecně za to, že je volba fóra považována za ne-exkluzivní, pokud není ve smlouvě specifikováno jinak¹⁹. Dřívější literatura dokonce uvádí, že americké soudy vůbec nerozlišují exkluzivní od ne-exkluzivní prorogace²⁰.

Jak již bylo uvedeno, v ES je naopak volba soudu zpravidla exkluzivní²¹. Trooboff uvádí, že podobný přístup má většina dalších zemí světa. V rozporu s tvrzením, že prorogační doložka, u níž nebude specifikovaná její „exkluzivita“ bude v anglosaských zemích považována za ne-exkluzivní (viz výše), uvádí někteří autoři, že ne-exkluzivní prorogace není sice samostatným titulem pro derogaci u jiných soudů, ale může být argumentem pro odmítnutí pravomoci z důvodu forum non-conveniens²².

Nicméně, kromě relativní výhody flexibility zůstává pro tento typ prorogace jedna zásadní připomínka: „Smluvní strana, která se obrátí na soud, který byl určen ne-exkluzivní volbou soudu, si nemůže být nikdy jista, že její spor bude před tímto soudem rozhodnut.“²³

¹⁷ V anglosaských zemích je naproti tomu běžné, že prorogační doložky jsou formulovány výslovně exkluzivně: "Smluvní strany určují exkluzivní pravomoci anglickým soudům k rozhodnutí sporů plynoucích z této smlouvy." Pokud by strany prorogovaly soudy neexkluzivně, neexistoval by důvod, proč by spor nemohl být žalován také v jiné zemi. Tzv. „anti-suit injunctions“ představuje anglickou procesní úpravu, jež má zajistit prosazování exkluzivity prorogací tím, že žalovanému je pod pokutou uloženo, aby ne zahájil nebo nepokračoval v daném sporu v jiném státě. Anti-suit injunction je odporuje zásadě, že o své pravomoci rozhoduje sám soud, a je tedy institutem, který je v zásadě v rozporu s Bruselskou úmluvou i Bruselským nařízením. (dále viz PAUKNEROVÁ, Monika. Evropské mezinárodní právo soukromé. I. vyd. Praha : C.H. Beck, 2008. xxxii, 409 s. ISBN 9788074000348, str. 160 Viz také předběžná otázka ESD C-185/07, Allianz SpA, dříve Riunione Adriatica di Sicurtà SpA, Generali Assicurazioni Generali SpA Proti West Tankers Inc.)

¹⁸ Explanatory Report on the 2005 Hague Choice of Court Agreements Convention. Author, Trevor Hartley & Masato Dogauchi

¹⁹ Trooboff, P. D. Choice-of-Court Clauses In National Law Journal, 2004. [citováno dne 10.5.2009] Dostupné z <http://www.cptech.org/ecom/jurisdiction/trooboff2004.pdf>

²⁰ Zásadní judikát, který se této oblasti dotýká (Bremen v Zappa Off.-Shore Co., 407 US 1, 1972) pevněji stanovil možnosti použití pro prorogační doložky, podpořil princip autonomie vůle stran při volbě fóra, ale také stanovil omezení této volby na případy porušení veřejného pořádku, podvodu, nebo podstatné nevýhody řešení v jiném fóru.

²¹ Srov. čl 23 and 29 nařízení Brusel I

²² Nygh, P. Autonomy in International Contracts, Oxford University Press, 1999, ISBN: 0198262701

²³ Wagner, R. The Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements In *Rebels Zeitschrift fuer auslaendisches und internationales Privatrecht*, Vol. 73, No. 1., pp. 100-149. str.140

4.3 KOMBINOVANÁ EXKLUZIVITA

Prorogační doložka může být formulována také tak, že volba soudu je exkluzivní vůči straně A; ne-exkluzivní vůči straně B. Tato doložka umožňuje straně B podat žalobu před jakýmkoliv příslušným soudem, zatímco strana A ji může podat pouze u zvoleného soudu, jinak bude mít strana B možnost namítnout nepříslušnost soudu.

Při pohledu z druhé strany, strana B může být žalovaná pouze v dohodnutém fóru, strana A relativně kdekoliv (před jakýmkoliv příslušným soudem). Lze tedy dovodit, že tato doložka bude výhodná v situacích, kdy již dopředu chceme jedné straně udělit relativně výhodnější pozici než druhé. Tato doložka však není výslovně reglementována ani v Bruselské úmluvě, ani v Bruselském nařízení, a bez deklarace podle čl. 22 se na ni nepoužije ani Úmluva.

5. VZTAH PROROGACE A DEROGACE

Jak již bylo zmíněno, exkluzivní volba soudů jedné země implikuje také derogaci, tedy vyloučení ostatních soudů. U ne-exkluzivní prorogace toto neplatí. Haagská úmluva se vztahuje pouze na exkluzivní s možností *opt-in* pro ne-exkluzivní volbu fóra²⁴. V rozsahu Úmluvy je za podmínek ve čl. 22 proto možné, aby existovala prorogace bez derogace (ne-exkluzivní volba soudu), zcela mimo aplikační rozsah Úmluvy je možná derogace bez prorogace²⁵. V takovém případě se strany shodnou na výběru soudu, ke kterému se s žalobou na řešení svého nemohou obrátit, resp. tomuto soudu nebude příslušet pravomoc řešení sporu a na základě smluvního ujednání stran může soud na námitku řízení zastavit.

Pokud je doložka nejasně formulovaná (tzn. nejedná se o případ, že doložka je velice jednoduchá a o této situaci mlčí), tendují americké soudy k interpretaci, že se jedná o exkluzivní volbu soudu, ačkoliv tato aplikace není v celé USA jednotná.²⁶ Americké soudy původně odmítaly exkluzivní volbu soudu z důvodu „ilegálního vytlačování soudních pravomocí“. Symeonides uvádí, že podobnou nenávist vedli američtí soudci (téměř před sto lety) k doložkám o rozhodčím řízení, což bylo změněno až zákonem *Federal Arbitration Act* v roce 1925.²⁷

6. FORMULACE PROROGAČNÍ DOLOŽKY

Běžná, v České republice užívaná podoba prorogační doložky stanoví, že „Spory z této smlouvy budou řešeny před soudy České republiky,“ případně „Soudy České republiky mají pravomoc řešit spory vyplývající z této smlouvy.“

Pokud bychom chtěli formulovat doložku jako neexkluzivní, je možné využít jednoduchou, v anglosaském právu užívanou doložku: „*Soudy České republiky mají nevýlučnou*

²⁴ Wagner, R. The Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements In *Rebels Zeitschrift fuer auslaendisches und internationales Privatrecht*, Vol. 73, No. 1., pp. 100-149

²⁵ Nygh, P. *Autonomy in International Contracts*, Oxford University Press, 1999, ISBN: 0198262701

²⁶ Symeonides, Symeon C. *American private international law*. Symeon C. Symeonides. Austin : Wolters Kluwer, 2008. 368 s. (Kluwer law international) ISBN 9789041127426., str. 38

²⁷ Dtto.

(neexkluzivní) pravomoc řešit spory vyplývající z této smlouvy.“ Toto řešení si dovoluji označit jako „anglické“, neboť je zde presumována znalost institutu ne-exkluzivní prorogace.

Pro účely smluv v České republice bych proto doporučil popisnější znění doložky: „Spory z této smlouvy budou řešeny před soudy České republiky, toto řízení však nemůže vyloučit řízení před jinými soudy, které jsou dle svého práva pravomocné řešit daný spor.“

6.1 KDY JE NE-EXKLUZIVNÍ PROROGACE VÝHODNĚJŠÍ?

Při hledání odpovědi na tuto otázku je nutné zvážit, čím se hledisko výhodnosti nebo užitečnosti má řídit. V mnohých situacích bude odpověď vyplývat z faktické situace: typu obchodního vztahu, rozdělení závazků, typu faktického právního řešení sporů v dané společnosti (např. při primárním využívání ADR), finančních možnostech společnosti hájit se nebo žalovat v různých zemích atd.

Obecně lze také dojít k tvrzení, že ne-exkluzivní prorogace bude vhodná v případě, že strany jsou nezkušené, smlouvu tvoří bez dostatečných právní rad. Pokud se strany nechtějí do budoucna připravit o možnost podat žalobu v lepším fóru, než které společně prorogují, může být právě ne-exkluzivní prorogace pro ně výhodnější.

V předchozí kapitole jsme definovali zvláštní kombinovaný typ prorogační doložky, při které je volba soudu exkluzivní vůči jedné straně, zatímco druhá strana si může pro podání žaloby zvolit soud jakýkoliv, resp. na základě ne-exkluzivní volby soudu může ale nemusí využít dohodnuté fórum.

Tato doložka koncentruje výhody u jedné smluvní strany²⁸. Situace, kdy může být taková dohoda oprávněně zvolena a uzavřena, může vzniknout například v bankovních smlouvách nebo ve smlouvách o půjčce. Typově se jedná o smlouvy, u kterých můžeme předem určit, která strana je v pozici dlužníka. Podobně můžeme dojít k témuž rozdělení na věřitele a dlužníka ve specifických případech smluv o dílo nebo obecně smluv dodacích za předpokladu, že riziko, že dodavatel nebude plnit řádně a včas, je minimální (např. při koupi již vyrobeného a zkontrolovaného zboží).

Získaná výhoda pro věřitele spočívá v tom, že nemusí dopředu určit fórum, kde bude dlužníka žalovat, ale zvolí jej až na základě nastalé situace. Obecně se tedy bude moci rozhodnout např. pro místo, kde má v současné době dlužník nejvíce majetku, nebo pro místo, kde bude nejjednodušší provést případné důkazy apod.

6.2 DVĚ MOŽNOSTI FORMULACE NE-EXKLUZIVNÍ PROROGACE

Při samotné formulaci této kombinované doložky, lze opět využít několik variant. Smluvní strany se mohou dohodnout, zda případná „neexkluzivita“ bude vázána ke konkrétnímu fóru (viz varianta A) nebo ke konkrétní smluvní straně (viz varianta B)²⁹.

²⁸ K ujednání dochází pochopitelně za souhlasu „znevýhodněné“ strany.

²⁹ Srov. s doložkou podle Explanatory Report on the 2005 Hague Choice of Court Agreements Convention. Author, Trevor Hartley & Masato Dogauchi, str. 68

- **Varianta A:** Spory z této smlouvy budou řešeny před soudy ČR, přičemž takové řízení **nemůže vyloučit** řízení před jinými soudy, které jsou dle svého práva pravomocné řešit daný spor, nebo bude takový spor řešen před soudy USA, přičemž takové řízení **vylučuje** řízení před jinými soudy.

Uvedená prorogační doložka je méně diskriminační, neboť „exkluzivitu“ váže k fóru, nikoli k jedné straně. Předpokládejme, že v tomto případě je věřitel v USA. Pokud by žaloval dlužník z ČR a obrátil by se na český soud, stále by mohl americký věřitel žalovat dlužníka v USA.

Věřitel by měl na výběr, zda žalovat dlužníka ve své zemi (exkluzivně) nebo v ČR. Pravděpodobně by si vybral USA. Žaloba podaná v USA by byla překážkou pro vedení řízení v ČR. Naopak, pokud by proběhlo řízení v ČR a věřitel by nebyl zcela spokojen s výsledkem tohoto řízení, mohl by následně podat žalobu v USA, neboť tamní soudy jsou exkluzivně prorogované a nemohou svou pravomoc odmítnout.

Druhá varianta využívá jednodušší formulaci:

Varianta B: Žaloby z této smlouvy proti straně A budou řešeny před soudy ČR, přičemž takové řízení **nemůže vyloučit** řízení před jinými soudy, které jsou dle svého práva pravomocné řešit daný spor. Žaloby z této smlouvy proti straně B budou řešeny před soudy USA, přičemž takové řízení **vylučuje** jiné řízení na základě této smlouvy před jinými soudy.

Druhá verze prorogační doložky může nápadně znevýhodňovat jednu stranu (pravděpodobného věřitele označeného B) vůči druhé straně (pravděpodobnému dlužníkovi označeného A). Doložka de facto umožňuje žalovat stranu A kdekoliv, ale nedovoluje žalovat stranu B jinde než v USA, v opačném případě bude mít strana B možnost namítnout nepřislusnost soudu.

Toto znění prorogační doložky není vhodné, pokud ve sporu hrozí využití určovacích žalob (např. pro určení vlastnického práva k převáděnému zboží). Určovací žaloba má charakter *in rem* a nesměřuje primárně proti jedné nebo druhé straně. Je tedy možné, že soud v takovém případě k prorogaci nepřihlédne.

Výběr správné prorogační doložky bude pochopitelně záviset na zájmech a vyjednávacích pozicích obou stran. Například při dodavatelsko-odběratelských smlouvách je jasným ukazatelem vyjednávací převahy právě tržní síla smluvních stran. Výslednou dohodu může ovlivnit nejen tržní síla, ale také výše zmiňované faktické důvody (jazyková vybavenost stran, smlouva s advokátní kanceláří apod.)

7. PŘÍNOSY HAAGSKÉ ÚMLUVY O DOHODÁCH O VOLBĚ SOUDU?

Za Evropská společenství podepsal Úmluvu o dohodách o volbě soudu ministr spravedlnosti předsedající členské země Jiří Pospíšil v dubnu 2009 v Haagu.³⁰ ES přistoupila k Úmluvě jako celek a nikoliv členské státy samostatně – právním základem tohoto řešení jsou tzv. implied

³⁰ Tisková zpráva MSP, Ministr Pospíšil podepsal za Evropskou unii úmluvu přelomovou pro mezinárodní obchod, [citováno 5.5.2009], Dostupné z <http://www.justice2009.cz/cz/justice-2009/redakce/fotogalerie/tiskove-zpravy>

exclusive competences – tedy výhradní pravomoc Společenství, která jsou v tomto případě opřeny o dřívější případ přistoupení k Luganské úmluvě³¹. Evropský soudní dvůr se v této věci vyjádřil v posudku 1/03³² vydaném 7. února 2006 a stanovil, že Společenství má výlučnou pravomoc uzavřít tzv. Luganskou úmluvu.³³ Z tohoto posudku ESD se dovozuje také to, že Společenství má výlučnou pravomoc podepsat a ratifikovat Úmluvu, aniž by bylo zapotřebí souhlasu členských států ES.

Jedinou zemí, která však zatím plně přistoupila k Úmluvě, je Mexiko. USA a ES ji podepsaly, ale stále oběma chybí dodatečný krok ratifikace nebo akceptace. Někteří autoři³⁴ se shodují na tom, že pokud nepřistoupí zároveň USA i ES pozbývá tato úmluva smyslu. Drtivá většina členských zemí ES (např. ani UK) nemá v současnosti bilaterální smlouvu s USA, která by místo Úmluvy zajišťovala vzájemné uznání soudních rozhodnutí v obchodních věcech.

V současné době se soudy členských zemí ES brání uznávat ta rozhodnutí (nebo ty části rozhodnutí), které obsahují náhradu škody, která je v USA pojímána velice extenzivně³⁵. Vzhledem k tomu, že tato otázka se stala předmětem sporu také při vyjednávání samotné úmluvy, byl včleněn článek 11 (Náhrada škody), který zajišťuje, že uznání nebo výkon soudního rozhodnutí může být odmítnuto, a to do takové míry, do jaké rozsudek přiznává náhradu škody³⁶, která nekompensuje druhé straně skutečnou výši ztráty nebo utrpěné škody.³⁷

Ještě větší je prozatím právní nejistota ohledně uznávání soudních rozhodnutí v USA, neboť každý stát USA může přistupovat k uznání a výkonu cizích rozhodnutí jinak.³⁸ Z těchto důvodů se v Úmluvu vkládají velké naděje.

8. ZÁVĚR

Exkluzivní prorogační doložky přináší větší právní jistotu obou stran (např. jistotu uznání rozhodnutí vydaného v zahraničí), a to zejména budou-li spadat do režimu Úmluvy. Stejně

³¹ Luganská úmluva o soudní příslušnosti a výkonu rozhodnutí v občanských a obchodních věcech

³² Posudek ESD 1/76

³³ Srov. s implikovanými vnějšími pravomocemi Společenství v KLAMERT, M., MAYDELL, N, 'Lost in Exclusivity: Implied Non-exclusive External Competences in Community Law' (2008) 13 European Foreign Affairs Review pp. 493-513

³⁴ Hollis, D. EC Signs Hague Choice of Courts Convention, Will EU Member States Follow? Opinion Juris, 2009. [citováno dne 12.5.2006] Dostupné z <http://opiniojuris.org/2009/04/08/ec-signs-hague-choice-of-courts-convention-will-eu-member-states-follow/>

³⁵ Za zcela nepřipustné považují soudy členských států ES tzv. Triple damages, tedy ukládání trojnásobně vysoké náhrady škody, než je prokázaná výše škody. Cílem těchto náhrad je odrazení povinného od porušení pravidel např. v hospodářské soutěži, v patentovém právu nebo v pracovním právu.

³⁶ Jedná se o náhradu škody včetně exemplárních a represivních aspektů (punitive damages)

³⁷ překlad autora – čl. 11, odst. 1 Úmluvy

³⁸ Mulcahy, Heywood

doložky mimo režim Úmluvy sice mohou působit jako podpůrný argument pro uznání, nicméně jejich interpretace bude zcela jistě ovlivněna procesními normami legis fori. Ne-exkluzivní doložky s sebou přináší flexibilitu, ale také menší právní jistotu. Jejich výhodou je však nízké nebezpečí časové soutěže, neboť nezakládají překážku věci rozhodnuté.

Jedním z cílů tohoto příspěvku bylo představit ne-exkluzivní prorogační doložku, která není v České republice běžně užívanou. Záměrně byly vybrány a diskutovány pouze některé její aplikační aspekty, které se týkají jednak situací, za kterých soud určí svou pravomoc nebo ji odmítne, a dále možností uznání a výkonu, které jsou v případě ne-exkluzivní prorogace nejisté.

Jádrem příspěvku proto zůstalo určení účinnosti ne-exkluzivní prorogační doložky, která při srovnání s exkluzivní prorogací v mnoha aspektech neobstojí. Nicméně i přesto může tato prorogační doložka být velice účinná, pokud ji použijeme v kombinaci s exkluzivní doložkou v situacích, kdy je cílem smluvních stran upravit volbu soudu „ve prospěch“ jedné strany. Zmíněný prospěch jedné strany tkví v možnosti vybrat si fórum, ve kterém podá žalobu proti straně druhé, která možnost výběru nemá. Exkluzivní prorogace se vyznačuje tím, že mohou být prorogovány pouze soudy jednoho státu, nelze tedy umožnit jedné straně podat žalobu na základě exkluzivní prorogace v jedné zemi a druhé straně garantovat využití exkluzivní prorogace ve více zemích. Z tohoto důvodu je využita kombinace exkluzivní a ne-exkluzivní prorogační doložky.

Rizikem tohoto řešení mohou být výše popsané problémy, zejména pokud jde o možnost podat novou žalobu (na úkor právní jistoty dlužníka, resp. žalovaného), neboť rozhodnutí na základě ne-exkluzivní prorogace nezakládá v popisovaných mezikontinentálních sporech překážku litispendence.

Literature:

- BOHŮNOVÁ, P. Odmítnutí pravomoci soudu ve věcech občanských a obchodních: americké a kontinentální řešení In Časopis pro právní vědu a praxi 4/2008
- BRAND, R. A. Hague Draft on Choice of Court Agreements In Yearbook of international law, vol. 5 (2003) Viz též návrh Úmluvy z roku 2003
- Explanatory Report on the 2005 Hague Choice of Court Agreements Convention. Author, Trevor Hartley & Masato Dogauchi
- HOLLIS, D. EC Signs Hague Choice of Courts Convention, Will EU Member States Follow? Opinion Juris, 2009. [citováno dne 12.5.2009] Dostupné z <http://opiniojuris.org/2009/04/08/ec-signs-hague-choice-of-courts-convention-will-eu-member-states-follow/>
- KLAMERT, M., MAYDELL, N, 'Lost in Exclusivity: Implied Non-exclusive External Competences in Community Law' (2008) 13 European Foreign Affairs Review pp. 493-513

- NYGH, P. *Autonomy in International Contracts*, Oxford University Press, 1999, ISBN: 0198262701
- PAUKNEROVÁ, Monika. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. 1. vyd. Praha : C.H. Beck, 2008. xxxii, 409 s. ISBN 9788074000348 str. 158
- STÜCKELBERG, M. *Lis Pendens and Forum Non Conveniens at the Hague Conference*, 26 *BROOK. J. INT'L L.* 949, 960–61 (2001)
- SYMEONIDES, Symeon C. *American private international law*. Symeon C. Symeonides. Austin : Wolters Kluwer, 2008. 368 s. (Kluwer law international) ISBN 9789041127426., str. 38
- TROOBOFF, P. D. *Choice-of-Court Clauses In National Law Journal*, 2004. [citováno dne 10.5.2009] Dostupné z <http://www.cptech.org/ecom/jurisdiction/trooboff2004.pdf>
- WAGNER, R. *The Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements In Rabels Zeitschrift fuer auslaendisches und internationales Privatrecht*, Vol. 73, No. 1., pp. 100-149. str.140

Reviewer:

Naděžda Rozehnalová

Contact – email:

martin.orgonik@law.muni.cz

MANIFESTATION OF WILL IN THE SENSE OF PRODUCING THE EFFECTS OF THE ACQUISITIVE PRESCRIPTION

RODICA PEPTAN

Constantin Brancusi University of Târgu-Jiu, Faculty of Juridical Sciences, Romania

Abstract in original language:

Prescripția achizitivă reprezintă un fapt juridic complex în a cărui structură intră stările de fapt – posesia și trecerea timpului – cu determinările prevăzute de lege, și actul juridic al invocării prescripției achizitive, în sensul producerii efectelor sale, astfel că acesta este, mai mult decât un element esențial al instituției, pârgă de declanșare a efectelor sale.

Key words in original language:

Efectele prescripției achizitive; prescripția achizitivă; uzucapiunea.

Abstract:

The Acquisitive prescription is a complex juridical fact in whose structure we can include de facto conditions – possession and passing of time - with the determinations stipulated by law and the juridical act of invoking acquisitive prescription in the sense of producing its effects, so that this is more than an essential element of the institution, the instrument of triggering its effects.

Key words:

The acquisitive prescription; effects of acquisitive prescription; usucapion.

1. THE JURIDICAL ACT OF INVOKING ACQUISITIVE PRESCRIPTION AND THE RIGHT OF OPTION FROM ITS CONTENT

The decisive role of the possessor's will in completing the mechanism of acquisitive prescription can appear from the provisions of article 1841 from the Romanian Civil Code, according to which "In Civil matters, the judges can not invoke the prescription if the one who is interested has not appealed to these means".

In other words, the effects of the acquisitive prescription can not be invoked ex officio by the judge who ascertains the fulfillment of the acquisitive prescription's requirements of 10-20 years or 30 years (if we consider this enumeration of the acquisitive prescription's conditions presented in most of the specialized works) and does not appear de facto by virtue of a legal automatism, without being a simple juridical fact stricto sensu, but only in the presence of the volitional aspect, in its positive form, from the possessor .

1.1 THE JURIDICAL ACT OF INVOKING THE ACQUISITIVE PRESCRIPTION

This manifestation of will which, as a rule, appears under the form of a unilateral act, but nothing opposes to being presented as a convention (renunciation with an onerous title) contains the right of option of the person interested in invoking acquisitive prescription, namely the positive form of exerting this right or renouncing its effects – the negative form of exerting.

1.2 THE RIGHT OF OPTION CONCERNING THE INVOCATION OF ACQUISITIVE PRESCRIPTION

The right of option regarding the invocation of acquisitive prescription, analysed in the doctrine as part of potestative rights category, arises in the moment of meeting the other requirements/conditions of acquisitive prescription, as against the prescription typology and implies a faculty – the invocation of acquisitive prescription's effects – which its titular can exert in a positive or negative form, more exactly he can choose between invoking the benefit of acquisitive prescription or renouncing its effects.

The right of option of invoking acquisitive prescription is extinguished by exerting it in a positive way it's exerting in a negative way or not exerting it in a term of decline. It results that by non-intervention of declining this right, simply non-exerting does not bring about its extinction.

2. POSITIVE EXERTION OF THE OPTION RIGHT CONCERNING ACQUISITIVE PRESCRIPTION

2.1 WAYS OF INVOKING THE EFFECTS OF ACQUISITIVE PRESCRIPTION IN A POSITIVE WAY

A positive exertion is produced, most of the times in an act of revendication or in ascertaining, if procedural requirements are fulfilled but also by means of extra-judicial action.

a. Invoking the benefit of acquisitive prescription in the civil trial can be made in a revendication (against the possessor or by the possessor who, after the fulfillment of acquisitive prescription, lost possession of the asset) and by an action of ascertaining the right which was acquired through the effect of acquisitive prescription introduced against a third party or against the initial titular.

We also consider that the invocation of acquisitive prescription is an essential defence, without being a claim in itself as long as there is a connection between this right and the juridical relation deducted from the judgement (the claimer pretends that he is the owner of the asset in the possession of the accused and the latter claims that he has acquired the right of ownership of the same asset through acquisitive prescription) and, besides the 1848 article itself allows the invocation until the passing of the final decision by the appeal court or, the acquisitive prescription can not be invoked in the appeal.

b. The invocation of acquisitive prescription by extrajudicial means

If the invocation of the acquisitive prescription is achieved through a unilateral act, prior to suing somebody at law, it must be a deliberate one, not a simple act of exerting a main, real right, which means that the possessor is aware that the right he exerts came into

being when all the other conditions of acquisitive prescription were fulfilled and they preceded the condition of invoking its effects.

In conclusion, the proof of fulfilling the necessary conditions for the arising of this right can be made only by means of judicial action, through the actions and trial ways we have shown,

so that the unilateral act made outside the judicial process produces its effects (triggering the efficiency of acquisitive prescription) only by a formal juridical confirmation.

Ascertaining the production of the acquisitive effect gains a juridical force only if it is made by the court. This juridical force appears as an authority only for the parties at trial, for third parties it has only a probatory significance. The persons who are not parties in the trial can request administering evidence in a second trial to prove that the conditions for arising the option right are not fulfilled (the possession is not useful, the term was suspended or interrupted, the right or asset is not liable to be acquired through acquisitive prescription, the title which was invoked as a just title is null or, even harder to prove, the lack of good-faith in the moment of acquiring the asset, etc.)

2.2 THE TITULARS OF THE RIGHT TO INVOKE ACQUISITIVE PRESCRIPTION

2.2.1 THOSE WHO CAN EXERT THE RIGHT OF INVOKING THE EFFECTS OF ACQUISITIVE PRESCRIPTION

The right of option regarding the invocation of acquisitive prescription arises in the person-possessor, who fulfills all the other conditions of prescription. In its positive way, it can be exerted by other persons like its universal successor and with universal title, as continuers/successors of their author's personality, as well as by the possessor's "creditors" and "anyone who is concerned", according to article 1843 from the Romanian Civil Code .

Invoking the acquisitive prescription by other persons than the one who fulfilled the conditions of acquisitive prescription.

In order that the universal successors and those with the possessor's universal title could exert this right both in its positive and negative way, it is necessary that all the conditions of acquisitive prescription should have been fulfilled before the succession/inheritance begins or the transfer of the patrimony in the case of reorganizing the juridical person or, otherwise we could discuss the exertion of the option right about its possession function, in which the successor joins his possession and his author's possession in order to accomplish the term of acquisitive prescription.

Concerning the successor with a particular title, we can also consider that he can invoke acquisitive prescription on the grounds of article 1843 from the Romanian Civil Code as creditor of the transmitter. The possessors who had the legal obligation to effect acts of interrupting acquisitive prescription in the name of those they represented can not invoke acquisitive prescription for their benefit .

The foreign citizens and stateless persons can not invoke for their benefit the acquisition through acquisitive prescription, the property right on lands in Romania, considering the provisions of article 44, paragraph 2, from the Romanian Constitution . The creditors can invoke the prescription of their debtor, as well as any other person who may be concerned.

If the possessor has renounced his potestative right, the debtor's action has a double nature: it appears, in the first stage as a paulian action and in the second stage as an oblique action. If he has not renounced yet, the creditor's action appears directly as an oblique action.

Thus, the provisions of article 1843 from the Civil Code are correlated both with the provision of article 975 of the Romanian Civil Code and the provisions of article 974 from the Romanian Civil Code.

The action introduced by other persons who are concerned, even if it does not appear as a paulian action, is similar to it. As far as the fraud is concerned, the provisions of article 1843 from the Romanian Civil Code do not impose such a condition.

Any of these actions can be formulated separately, irrespective of a trial of revendication against the possessor or even the respective process, by means of a request of a main intervention.

2.2.2 AGAINST WHOM THE RIGHT OF INVOKING ACQUISITIVE PRESCRIPTION IS EXERTED

According to article 1875 from the Civil Code “The prescription runs against any person who could not invoke an exception established by law”. Thus, as a rule, acquisitive prescription can be invoked by the possessor or by the persons stipulated in article 1843 from the Romanian Civil Code against any person who claims a property right about the possessed asset [Even against the state or a local community since “The state, public establishments and villages, in matters of their private domain, are subject to the same provisions like private persons and, like them, they can oppose them”(article 1845, the Romanian Civil Code). If the asset is part of the public domain, the property right on that asset is imprescriptible in both extinctive and acquisitive aspect.].

Literature:

- Alexandresco, D., The Theoretical and Practical Explanation of the Romanian Civil Law, ed., a II-a, vol. III, partea I, Atelierele Grafice Soccec&Co., București, 1909;
- Boar, A., The Usucapion - Prescription, Possession and Advertising Rights, Lumina Lex Publishing House, 1999; ISBN: 973-588-193-4;
- Hamangiu, C., Rosetti Bălănescu, I., Băicoianu, Al., Treaty of Romanian Civil Law, vol. II, Editura Națională, București, 1929;
- Nicolae, M., Extinctive Prescription, Rosetti Publishing House, Bucharest, 2004; ISBN: 9738378540;
- Reghini, I., Considerations about the Potestative Rights in Romanian Pandects no. 4/2003;
- Stoica, V., Civil Law. The Main Realty rights, Vol. II, Humanitas Publishing House, 2006, ISBN: 973-50-0871-1.

Reviewer:

Moise Bojincă

Contact – email:

peptanrodica@yahoo.com

CONTRACTUAL DUTY IN COMPULSORY INSURANCE

PAVEL PETR

VŠB-Technical University of Ostrava, the Czech Republic

Abstract in original language:

Stat' je rozčleněna do tří kapitol. První se zabývá vývojem právní úpravy pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou provozem motorových vozidel. Druhá pojednává o právních aspektech tzv. povinného ručení. Osvětlujeme rozdíly mezi instituty odpovědnosti a ručení. Pro určení právní povahy pojištění, se klíčovou jeví změna jeho povahy z původně zcela dobrovolného, přes zákonné, až po povinně smluvní. Dále poskytujeme vymezení uvedených termínů, včetně uvedení možných teoretických konstrukcí tohoto typu pojištění.

Key words in original language:

Povinné ručení; smluvní přímus; kontraktační povinnost; odpovědnost.

Abstract:

The main aim of this thesis is to analyze car damage liability insurance. In the Czech Republic, each vehicle must possess Traffic Liability Act insurance. Damage liability arranged within the insurance covers the damage caused by vehicle and other situations which have its origin in the traffic. The insurance is arranged by the Traffic Liability Act which shows the principle of compulsory insurance. That means that everybody who provides a vehicle is legally bound to enter an insurance liability contract with any insurance provider.

Key words:

Compulsory insurance; Contractual duty; liability.

1. VÝVOJ PRÁVNÍ ÚPRAVY

Povinnost uzavřít pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou provozem vozidla byla uložena nejprve jen některým majitelům a provozovatelům motorového vozidla. Tato povinnost se totiž nejdříve týkala jen pilotů letadel. Majitelé jiných motorových vozidel však časem sami začali pociťovat potřebu uzavřít pojištění odpovědnosti, a tak si ho u pojišťoven začali sjednávat, avšak dobrovolně, nikoli ze zákona.

Podle Všeobecného občanského zákoníku z roku 1811, který platil na tehdejší území ČSR, byla odpovědnost za škodu způsobenou provozem vozidla omezená jen na princip odpovědnosti za zavinění. Až v roce 1908 se tzv. automobilovým zákonem odpovědnost za škodu způsobenou provozem vozidla pojištění rozšířilo na odpovědnost za následek nehody bez zavinění. Zásada dobrovolnosti na uzavření takového pojištění trvala až do konce roku 1932.

Od roku 1933 vstoupil v účinnost zákon č. 198/1932 Sb., o dopravě motorových vozidel. Podle citovaného zákona se doprava osob nebo nákladu, pravidelná i nepravidelná, vykonávaná živnostensky pokládala za koncesovanou živnost. Koncesionář byl povinen uzavřít pojištění odpovědnosti na zabezpečení závazků vyplývajících z odpovědnosti za škodu způsobenou provozem vozidla v této činnosti. Tak se u nás poprvé zavedlo povinné pojištění pro některé provozovatele motorových vozidel. Pokud koncesionář živnostenskému úřadu

neukázal doklad o uzavření povinného ručení, nesměla se mu vydat koncesní listina na vykonávání živnosti.

Později v zákoně č. 81/1935 Sb., o jízdě motorovým vozidlem, uložil zákonodárce povinnost uzavřít pojištění každému držiteli vozidla, které bylo v registru československých motorových vozidel. Tento zákon nabyl účinnosti 1. 11. 1935. Majitel vozidla byl povinen pojistit jak sebe, tak osobu, jež řídila vozidlo s jeho vědomím. Pojištění se uzavíralo v pojišťovnách, které k tomu získaly oprávnění. Pojišťovny však nehradily škody do 400 Kč a z vyšších částek pak pojistník hradil 10 % ze svého, nejméně však 400 Kč a nejvíc 20 000 Kč. Daný zákon prošel dalšími úpravami, protože jeho nedokonalé znění způsobovalo, že v některých případech poškozeným nebyla uhrazena škoda, na niž měli nárok. V roce 1935 byl rovněž založen „Fond na podporu při úrazech motorovým vozidlem“, který byl dotovaný některými orgány a organizacemi a částečně do něj plynuly i pokuty, jež se ukládaly majitelům motorových vozidel, kteří neměli uzavřené povinné ručení. Z tohoto fondu se pak vyplácela plnění poškozeným.

Zásadním byl z právního hlediska rok 1950, kdy došlo ke změně pojištění. Rozsah a obsah povinného ručení byl rozšířen a povinné pojištění se změnilo na pojištění zákonné. Takový druh pojištění byl v Československu poprvé dán zákonem č. 56/1950 Sb., o provozu vozidel na veřejných komunikacích. Zákonem, tedy bezsmluvní formu pojištění, umožnil monopol státu. Pojištění vznikalo ze zákona.

Po roce 1989 byla situace postupně měněna řadou, zpravidla podzákoných předpisů¹. Změny se objevily i v rozšíření pojistného krytí o ušlý zisk². Konečně v roce 1999 nabyl částečně³ účinnosti zákon č. 168/1999 Sb., o pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou provozem vozidla.

Kromě změny koncepce pojištění ze zákonného na povinně smluvní (viz dále), přinesl i konkurenční podmínky a také pestřejší nabídku produktů pojišťoven. Konkurence se nejprve projevila v různé výši limitů pojistného plnění, dále se rozvíjela v oblasti asistenčních služeb a dalších vedlejších produktů. Po uplynutí přechodného období částečné regulace sazeb pojistného se, počínaje rokem 2003, začala projevovat konkurence i v sazbách (cenách) pojistného. Některé pojišťovny provádějí intenzivní segmentaci na trhu povinného ručení, přičemž segmentační kritéria se neustále rozvíjejí.⁴

Právní aspekty tzv. povinného ručení

¹ Např. vyhláška MF č. 492/1991 Sb., kterou se stanoví rozsah a podmínky zákonného pojištění odpovědnosti.

² Tzv. Velkou novelou občanského zákoníku č. 509/1991 Sb.

³ Srov. § 34 citovaného zákona.

⁴ MORAWSKI, M. Pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou provozem motorového vozidla. *Právo a podnikání*. 1999, č. 10. s. 20n.; Důvodová zpráva k zákonu č. 168/1999 Sb.

Ať už se na problematiku pojištění odpovědnosti z provozu motorového vozidla díváme z jakéhokoliv úhlu, jsme sváděni zkracovat tento krkolomný název termínem povinné ručení. Ovšem z právního pohledu se jedná o dva zcela odlišné instituty. Jak už vyplynulo z předchozího výkladu o vývoji pojištění je zřejmé, že má prapůvod v rozdílném vývoji institutu pojištění z původně zcela fakultativního, přes pojištění zákonné až po současné pojištění povinně smluvní. K rozdílům mezi odpovědností a ručením srov. níže.

2. ODPOVĚDNOST

Pojem „odpovědnosti“ patří k jedněm z nejdiskutovanějších na poli právní vědy. Převážně⁵ je v teorii zastáván názor, podle něhož je odpovědnost vymezována jako sekundární právní povinnost, která vznikla subjektu, jenž porušil primární právní povinnost vyplývající pro něj ze zákona nebo z jiné právní skutečnosti (např. ze smlouvy). Tato sekundární neboli jinak nazývaná též odpovědnostní povinnost je v podstatě sankcí ukládanou rušiteli primární právní povinnosti a znamená zatížení subjektu, jenž porušil právo určitými nepříznivými následky. Uvedený sankční následek je různého charakteru a projeví se v závislosti na povaze porušené primární povinnosti buď v majetkové sféře rušitele (což je v občanském právu, které upravuje především vztahy majetkové pravidlem), nebo v jeho sféře osobní.

Této odpovědnostní povinnosti odpovídá na druhé straně oprávnění subjektu, vůči němuž byla porušena primární právní povinnost domáhat se splnění uvedené odpovědnostní povinnosti. Odpovědnostní povinnost a jí korespondující právo oprávněného subjektu tvoří obsah odpovědnostního vztahu, který existuje vedle nebo namísto porušeného primárního právního vztahu. Daný odpovědnostní vztah má podobu relativního závazkového vztahu, přičemž právním důvodem jeho vzniku je porušení určité právní povinnosti, tedy protiprávní úkon. Svou podstatou se neodlišuje od jiných závazkových vztahů vzniklých na základě právního úkonu, zejména smlouvy. Liší se od nich však svou funkcí, neboť zatímco účelem závazků z právních úkonů je dosažení určitého ekonomického cíle subjektů, je funkcí odpovědnostních závazků náprava (reparace), resp. satisfakce újmy vzniklé porušením práva v majetkové či osobní sféře postiženého subjektu. Právním důvodem vzniku odpovědnostních závazků je zásadně protiprávní úkon. V některých případech je povinnost k nápravě vzniklé újmy stanovena i tehdy, když jejímu vzniku nepředcházelo protiprávní jednání odpovědného subjektu (srov. např. odpovědnost za škodu způsobenou provozní činností).⁶

3. RUČENÍ

Způsobem zajištění závazku poskytovaného třetí osobou, který patří k nejfrekventovanějším, je ručení. Jde o závazek, jímž se třetí osoba (ručitel) zavazuje vůči věřiteli, že splní pohledávku věřitele sama, jestliže ji neuspokojí dlužník. Ručitel zajišťuje závazek věřitele celým svým majetkem, nikoli určitou věcí nebo určitou částí majetku. Ručení je akcesorickým vztahem, tj. přistupuje k hlavnímu závazku a sdílí zásadně jeho osud, a dále vztahem subsidiárním, tj. lze realizovat tehdy, není-li realizován závazek hlavní.

⁵ Jiné stanovisko zastával např. slovenský akademik Š. Luby.; naopak shodně např. FIALA, J. a kol. *Lexikon občanského práva*. 2. vydání. Ostrava : Sagit, 2001, s. 161n. nebo KNAPPOVÁ, M.; ŠVESTKA, J.; DVOŘÁK, J. a kol. *Občanské právo hmotné I*, 4. akt. a dopl. vyd., Praha : ASPI, 2006, s. 612.

⁶ FIALA, J. a kol. *Lexikon občanského práva*. 2. vydání. Ostrava : Sagit, 2001, s. 161n.

Ručitel je povinen dluh splnit, nesplní-li jej dlužník, ačkoli byl k tomu věřitelem písemně vyzván. Ručitel může přitom uplatnit všechny námitky, které by proti věřiteli měl dlužník. Uznání dluhu dlužníkem je vůči ručiteli účinné, jen vysloví-li s ním ručitel souhlas. Ručitel může plnění odepřít, pokud věřitel zavínil, že pohledávka nemůže být uspokojena dlužníkem. Ručiteli, který splnil svůj ručitelský závazek, náleží právo požadovat na dlužníkovi náhradu za plnění poskytnuté věřiteli (tzv. regres).⁷

Z uvedeného tedy jasně vyplývá, že nelze pojištění odpovědnosti způsobené provozem vozidla označovat, bez vysvětlení, jako povinné ručení. Toto označení je právně sporné, protože neoznačuje podstatu institutu. Jedná se tedy o pojištění pro případ vzniku odpovědnostního vztahu souvisejícího s provozem motorového vozidla.

4. TEORETICKÉ KONCEPCE POJIŠTĚNÍ ODPOVĚDNOSTI

Existují tři modelová pojetí pojištění odpovědnosti. První z nich klade důraz na konstrukci odpovědnosti za zavinění a můžeme je tedy označit za klasickou koncepci pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou provozem motorového vozidla. Uplatňuje se v méně než třetině zemí světa, převážně v zemích s anglosaským zákonodárstvím např. ve Velké Británii, Irsku, Argentíně, Belgii a valné části Kanady aj.

Druhé, které se vyskytuje i u nás, klade důraz na objektivní odpovědnost a označujeme jako modifikovanou koncepci pojištění odpovědnosti. Její používání, se prosadilo především v Evropě. Konkrétní podoba zahrnuje různé variace, včetně modifikace s ostatními teoretickými koncepcemi, zde zmíněnými.⁸

Třetí pojetí již v zásadě pojištěním není. Zužuje institut do podoby pojištění odpovědnosti jen na škody na zdraví. S ohledem na skutečnost, že do pojištění je zahrnut i řidič vozidla, jedná se v zásadě o úrazové pojištění obětí dopravních nehod.

5. PRÁVNÍ POVAHA POJIŠTĚNÍ

Vývoj právní úpravy pojištění odpovědnosti zmíněný v kapitole č. 2., nastínil změnu povahy pojištění. Z původně zcela dobrovolného pojištění, se s nástupem tzv. velkého automobilového zákona v roce 1935 stalo pojištění povinné. Tato úprava platila až do padesátých let, kdy byla koncepce změněna na pojištění zákonné – tj. pojištění, jehož právním důvodem není smlouva nýbrž zákon. Vznikalo naplněním určité právní skutečnosti (v daném případě provozování vozidla).

V roce 2000 se povinné ručení stalo pojištěním povinně smluvním. Povinně smluvní znamená, že jde o zákonem stanovenou povinnost uzavřít toto pojištění, a to formou smlouvy. Teorie hovoří o tzv. smluvním přimusu neboli kontraktační povinnosti. Pojistník tak ještě před zahájením provozu vozidla (např. při nákupu vozidla v autobazaru než s ním vyjede)

⁷ Tamtéž s. 302.

⁸ Op. cit. sub 4, s. 21.

musí uzavřít pojistnou smlouvu. Na rozdíl od pojištění zákonného má možnost zvolit⁹ si pojistitele, tedy pojišťovnu.

6. POJIŠTĚNÍ ODPOVĚDNOSTI ZA ŠKODU ZPŮSOBENOU PROVOZEM VOZIDLA

Jak jsme již uvedli výše upravuje pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou provozem vozidla zákon č. 168/1999 Sb. (dále jen zákon). Zákon je systematicky rozčleněn do šesti částí, které jsou dále standardně strukturovány do oddílů a jednotlivých paragrafů. Hned v úvodu (§ 1 odst. 3) je důležitý odkaz na lex generalis pojistných vztahů, zákon č. 37/2004 Sb., tedy zákon o pojistné smlouvě. Není-li zákonem stanoveno jinak řídí se vztahy podpůrně ustanovením zákona o pojistné smlouvě. Z hlediska typologie závazkových vztahů je takto uzavřená pojistná smlouva tzv. absolutním neobchodím.¹⁰ Z komunitárního hlediska transponuje do našeho práva tzv. motorové směrnice¹¹.

7. ÚČEL POJIŠTĚNÍ

Význam institutu pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou provozem motorového vozidla je dán několika faktory. Především samotný provoz vozidla je velmi nebezpečný a vyvolává značné riziko vzniku škod.¹² Dále se vyžaduje zvýšená ochrana poškozených osob. Nejen pasažérů případných nabouraných vozidel, ale i chodců, resp. osob, které jsou nějakým způsobem účastny nehody, resp. nehoda způsobí zásadní dopad v jejich soukromém životě (např. usmrcení osoby blízké a náhrada škody na zdraví dle § 444 odst. 3 ObčZ). S ohledem na výši takto vzniklých škod je nezbytné, aby zainteresované subjekty byly, pro případ vzniku odpovědnosti, pojištěny. Limity pojistného plnění jsou zákonem stanoveny až do výše 35 mil. Kč.

8. TROCHA STATISTIKY

V ČR je v současné době registrováno 6 788 165 motorových vozidel. Většina¹³ z nich musí být pojištěna. Výše škod v rámci pojištění odpovědnosti dosáhla v minulosti cca 46 mld. Kč¹⁴ a stále roste. Ačkoli vzrůstá technická vyspělost vozů a úroveň pasivní bezpečnosti, přesto se na zvýšení celkové sumy škod, podílejí právě škody na zdraví. Tento negativní jev se projevuje zejména na zvyšování pojistných sazeb.

⁹ Až do konce roku 1999 pro stát pojištění formou zákonného pojištění provozovala Česká pojišťovna.

¹⁰ BEJČEK, J. Změny v typologii obchodních závazků. *Obchodní právo*, 2003, č. 12, s. 2-15.

¹¹ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/14/ES ze dne 11. května 2005, kterou se mění směrnice Rady 72/166/EHS, 84/5/EHS, 88/357/EHS a 90/232/EHS a směrnice Evropského parlamentu a Rady 2000/26/ES o pojištění občanskoprávní odpovědnosti z provozu motorových vozidel.

¹² *Příkrýl, V. in KARFÍKOVÁ, M.; PŘÍKRYL, V.; ČECHOVÁ, J. Základy pojišťovacího práva. Praha : Orac, 2001, s.96n.*

¹³ Provozovatelé některých vozidel, taxativně vymezených § 5 zákona č.168/199 Sb., nemají povinnost uzavřít pojistnou smlouvu např. vozidla integrovaného záchranného systému aj.

¹⁴ Zdroj: Česká kancelář pojistitelů (2007).

9. PROVOZ VOZIDLA

Provoz vozidla je termín, se kterým zákon spojuje vznik škody, nicméně jej nikde nevynechává. S přihlédnutím k soudní praxi¹⁵ rozumí se jím doba chodu motoru vozidla, jeho jízda, příprava k jízdě a bezprostřední úkony po jejím skončení a jinou manipulací s vozidlem včetně úkonů potřebných k jeho údržbě. Dále je nutné do provozu vozidla zařadit i tzv. ponechání vozidla. Nejde o prosté „stání“ jak jej uvádí § 25n. zákona č. 361/2000 Sb., o silničním provozu. Postihuje totiž i stavy, kdy vozidlo zůstalo nepojízdné např. pro technickou závadu.

10. POJISTNÉ SAZBY A PLURALITA POJIŠTĚNÍ

Až do roku 2002 neexistovala na trhu pojištění konkurence. Původní monopol České pojišťovny, a.s. byl sice zrušen už účinností zákona (r.1999), ale s ohledem na realitu pojistných vztahů začala pluralita fungovat až od roku 2000. Přesto v té době nelze hovořit o „pojistném“ trhu, neboť pojistné sazby byly stále regulovány. Důvodová zpráva k zákonu zdůrazňuje, že tento krok je nezbytný s ohledem na stabilizaci vznikajícího trhu. Přestože pojištění začaly nabízet různé pojišťovny, i současný stav je stále velmi nakloněn České pojišťovně, a.s. Ze setrvačnosti, ale i s ohledem na silné kapitálové postavení, má své vozidlo pojištěno u uvedeného ústavu skoro 36% pojistníků¹⁶.

Jako pozitivní lze na systému označit zavedení tržních podmínek (byť z výše uvedenou výhradou). S tím je spojena i existence bonusu a malusů – motivujících řidiče k bezškodnému průběhu, což je jistě spravedlivější než předchozí právní úprava.

Pojistné sazby jsou dnes dány, kromě bonusů a malusů, několika faktory: vývojem škod v rámci pojištění (který má vzrůstající tendenci), subjektivizací na konkrétního pojistníka. V rámci výpočtu sazby hraje roli pohlaví, věk, event. město, ve kterém bude vozidlo převážně provozováno. V zahraničí se objevují i individualizace směrem k barvě vozu¹⁷.

11. ABSENCE POJIŠTĚNÍ

Případné neuzavření pojistné smlouvy pojistníkem má řadu negativních dopadů. V zahraničí se můžeme dokonce setkat se situací, kdy je takovéto jednání posuzováno jako trestný čin. Odhaduje se¹⁸, že takto nepojištěných vozidel se po českých komunikacích pohybuje cca 200-300 tisíc. Škody, které každoročně vznikají v souvislosti s nepojištěnými vozidly dosáhly v roce 2007 cca 2,7 mld. Kč.¹⁹ Z uvedených důvodů, byl zákonem zřízen tzv. Garanční fond

¹⁵ Např. Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30.3.2004, sp. zn.25 Cdo 1277/2003; Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 12. 12. 2007, sp. zn. 25 Cdo 113/2006; Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 28.3.2007, sp. Zn. 32 Odo 1397/2005.; Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30.3.2004, sp. zn. 25 Cdo 1277/2003 aj.

¹⁶ 2 212 312 subjektů (2008) – zdroj ČKP; *Pojistník* – ten kdo uzavřel s pojistitelem /pojišťovna/ pojistnou smlouvu. Zpravidla se jedná o subjekt totožný s tzv. pojištěným.

¹⁷ Vyšší procento havárií dopadá dle statistik na řidiče zejm. červených a žlutých vozů.

¹⁸ Kvalifikovaný odhad ČKP.

¹⁹ Objem škod vyplacených z Garančního fondu v roce 2007. (Pro rok 2008 nejsou údaje ještě kompletní – pozn. autora).

jehož správou je pověřena samosprávná organizace pojistitelů – Česká kancelář pojistitelů. Ta je právní osobou a její účel lze spatřovat především ve správě fondu a prevenci škod v silničním provozu.

V souvislosti s novelou zákona účinnou od 1.1.2009 je nezbytné připomenout odlišný režim u nepojištěných vozidel. Podle § 24c, jsou vlastníci a provozovatelé vozidel, kteří nemají sjednáno pojištění odpovědnosti z provozu vozidla, počínaje lednem 2009 povinni České kanceláři pojistitelů uhradit zákonný příspěvek do Garančního fondu za každý den, kdy není vozidlo pojištěno.

12. ZÁVĚR

Pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou provozem vozidla označované běžně jako „povinné ručení“ je součástí každodenního života. Přestože se jedná o běžný právní termín, který je laické veřejnosti vcelku srozumitelný, nelze jej z právního pohledu chápat za dostačující.

Předně jedná se o pojištění odpovědnosti za škodu. Jinými slovy jsou zaměňovány dva odlišné právní instituty. Odpovědností rozumíme sekundární právní povinnost, která vznikla subjektu, jenž porušil primární právní povinnost vyplývající pro něj ze zákona nebo z jiné právní skutečnosti. Zatímco ručení je závazek, jímž se třetí osoba (ručitel) zavazuje vůči věřiteli, že splní pohledávku věřitele sama, jestliže ji neuspokojí dlužník.

Z hlediska povahy pojištění se jedná o povinné smluvní pojištění. Nejde tedy o někdejší podobu institutu tzv. zákonné pojištění. Rozdíl spočívá ve faktu, že zatímco zákonné pojištění vzniká ex lege, tak v případě povinně smluvního jde o pouze o smluvní přímus k uzavření pojištění u libovolného pojistitele (pojišťovny), dle svobodného rozhodnutí subjektu, kterému povinnost vzniká (provozovatel vozidla).

Pojištění odpovědnosti je upraveno zákonem č. 168/1999 Sb., o pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou provozem vozidla. Význam institutu pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou provozem motorového vozidla je dán několika faktory. Především samotný provoz vozidla je velmi nebezpečný a vyvolává značné riziko vzniku škod. Dále se vyžaduje zvýšená ochrana poškozených osob. Proto zákon stanoví i tzv. limity pojistného, upravující minimální hranice pro plnění.

Zákonem upravený systém je ve srovnání s předešlou právní úpravou spravedlivější, neboť více diferencuje mezi řidiči, jejichž provoz vozidla, resp. průběh pojištění je bez škod. Využívá k tomu systému bonusů a malusů.

Konečně zákon dopadá i na problematiku nepojištěných vozů. Zde je nezbytné zmínit Českou kancelář pojistitelů, která mimo jiné spravuje tzv. garanční fond, do něhož plynou plnění z hraničního pojištění, která jsou pak využívána ke krytí škod způsobených nepojištěnými vozidly. V souvislosti s novelou zákona (účinnou od ledna 2009) je třeba kvitovat zavedení povinných odvodů ze strany nepojištěných řidičů, jejichž cílem motivovat provozovatel k uzavření standardního pojištění.

Literature:

- BEJČEK, J. Změny v typologii obchodních závazků. Obchodní právo, 2003, č. 12, s.2-15.

- Fiala, J. a kol. Lexikon občanského práva. 2. vydání. Ostrava : Sagit, 2001, s. 512.
- KARFÍKOVÁ, M.; PŘIKRYL, V.; ČECHOVÁ, J. Základy pojišťovacího práva. Praha : Orac, 2001, s.200.
- KOPECKÝ, K. Povinné ručení - otázky a odpovědi. Praha : Grada, 2004, s. 96.
- KNAPPOVÁ, M.; ŠVESTKA, J.; DVOŘÁK, J. a kol. Občanské právo hmotné 1, 4. akt. a dopl. vyd., Praha : ASPI, 2006, s. 612.
- MORAWSKI, M. Pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou provozem motorového vozidla. Právo a podnikání. 1999, č. 10. s. 20n.
- ŠVESTKA, J.; SPÁČIL, J.; ŠKÁROVÁ, M.; HULMÁK, M. a kol. Občanský zákoník. I. a II. díl. Praha : C.H.Beck, 2008, s. 2293.
- Zákon č. 168/1999 Sb., o pojištění odpovědnosti z provozu vozidla
- Vyhláška Ministerstva financí č. 205/1999 Sb., kterou se provádí zákon č.168/1999 Sb., o pojištění odpovědnosti z provozu vozidla.
- Vyhláška Ministerstva financí č. 205/1999 Sb. kterou se provádí zákon č.168/1999 Sb., o pojištění odpovědnosti z provozu vozidla.
- Zákon č. 37/2004 Sb., o pojistné smlouvě.
- Zákon č. 363/1999 Sb., o pojišťovnictví .
- Vyhláška Ministerstva financí č.303/2004 Sb., kterou se provádí některá ustanovení zákona o pojišťovnictví.
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30.3.2004, sp. zn.25 Cdo 1277/2003.
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 12. 12. 2007, sp. zn. 25 Cdo 113/2006.
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 28.3.2007, sp. Zn. 32 Odo 1397/2005.
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30.3.2004, sp. zn. 25 Cdo 1277/2003

Reviewer:

Igor Kotlán

Contact – email:

pvel.petr@vsb.cz

AUTONOMY OF WILL AND CONSUMER PROTECTION

MARKÉTA SELUCKÁ

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Autonomie vůle je stěžejní zásadou soukromého práva; zásah do ní bývá v soukromém práva výjimkou. V komunitárním právu prosazující ochranu spotřebitele, jakož i v rámci implementací směrnic do jednotlivých právních řádů se setkáváme s určitými zásahy do této stěžejní soukromoprávní zásady. Jde např. o zákaz reálné oferty či o zákaz oferty ze strany spotřebitele v případě sjednání cestovní smlouvy, a to z důvodu možnosti dovolávat se relativní neplatnosti. Dalším významným institutem zasahujícím do zásady autonomie vůle v případě ochrany spotřebitele je zákaz smluvních ujednání nepřiměřeně či nemravně zvýhodňujících dodavatele.

Key words in original language:

Autonomie vůle; omezení autonomie vůle; ochrana spotřebitele.

Abstract:

"Autonomy of Will" shall be understood as fundamental principle of private law. Interfering with this principle is an exemption within the scope of private law. However, within the community law which promotes protection of consumers and within implementation of Directives into particular systems of law, we can find interferences with this basic private-law principle. Notably, this applies to a prohibition of an inertia selling, i.e. offering services or goods that have not been ordered via direct supply or prohibition of consumers placing offers in regard to travel contracts (§ 852a CC and following) due to a possibility of requesting a "relative invalidity".

Key words:

Autonomy of Will; consumer protection.

Z hlediska čistě juristického není dosud nalezena jednotná definice zásad soukromého práva. Můžeme je chápat např. jako nejobecnější normy, vůdčí ideje či výraz idejí v podobě norem obsahujících nejobecnější pravidlo chování¹.

Současný občanský zákoník (zák. č. 40/1964 Sb., občanský zákoník ve znění pozdějších předpisů, dále „občanský zákoník“) pojem zásad či principů občanského práva nezná, a to narozdíl od Obecného zákoníku občanského (946/1811 sb.z.s. OBECNÝ ZÁKONÍK OBČANSKÝ ze dne 1. června 1811 ve znění předpisů jej měnících a doplňujících ke dni 1.1.1925; dále „Obecný zákoník občanský“) z roku 1811, který se dovolával ve svém § 7 „přirozených zásad právních“.

„Nelze-li právní případ rozhodnouti ani podle slov ani podle přirozeného smyslu zákona, je míti na zřetel k případům podobným, v zákonech určitě rozhodnutým, a k důvodům jiných,

¹ Blíže Hurdík, J. Zásady soukromého práva. 1. vydání, Brno : Doplněk, 1998, str. 11 – 15.

s ním příbuzných zákonů. Je-li právní případ i pak pochybný, musí býti rozhodnut se zřetelem k pečlivě sebraným a zrale uváženým okolnostem podle přirozených zásad právních“.

V právně teoretických publikacích týkajících se porozumění pojmu „přirozené zásady právní“ shledáváme však značnou názorovou různorodost: Např. názor Eherenzweiga, že přirozené zásady právní jsou totéž co „dobré mravy“, názor Stammlera, že „přirozené zásady právní“ jsou jeho „správné právo“². Krčmář pak uvádí k výše zmíněnému § 7 Obecného zákoníku občanského, že ačkoli tento paragraf lze vysvětlit jako produkt doby ovládané vírou v přirozené právo, jak už o něm učili Gaius a Ulpian (on však přirozené právo neuznává) i tak lze z druhé věty tohoto paragrafu „vyčísti, že nelze rozhodnouti o případnostech spadajících pod druhou větu § 7 podle libovůle, nýbrž že se tu sluší řídití hledisky spravedlnosti, jež je vůbec základem právního řádu“³.

Swoboda definuje přirozené zásady právní jako čtyři myšlenky:

- spravedlnosti
- svobody, omezené účely společnosti
- rovnosti před zákonem
- zásadu harmonie v Kantově smyslu⁴.

Československý nejvyšší soud ve své judikatuře přirozenými zásadami právními rozuměl např. „příkazy obecného lidského svědomí, praktické morálky, jak je sociální spolužití lidí od věku vyvinulo, takže se zdají vrozeny, pročez místo nich mluvíme přímo o právním citu“⁵; „přirozenost věci a přirozené cítění lidské, přirozenou zásadu rozumnou“⁶; „příkaz právního citu, jenž pramení v citu mravním“⁷ apod.

Tzv. střední občanský zákoník č. 141/1950 Sb. a rovněž občanský zákoník č. 40/1964 Sb., v předlistopadovém znění, opustily odkaz na přirozené zásady právní tak, jak je definoval Obecný zákoník občanský.

Po roce 1989 a řadě novel občanského zákoníku č. 40/1964 Sb. se zejména v 90. letech minulého století otevřela v ČR (a dnešní SR) diskuse vztahující se také k otázce zásad

² Blíže k Stammlerovu učení o správném právu: Kubeš, V. Právní filosofie XX. Století Kantismus, hegelismus, fenomenologie a teorie myšlenkového řádu. 1. vydání, Brno : Doplněk, 1992, str. 19 – 30.

³ Krčmář, J Právo občanské I. Výklady úvodní a část všeobecná. 4. vydání, Praha : Knihovna sborníku věd právních a státních, 1946, str. 75.

⁴ Blíže Kubeš, V. „Přirozené zásady právní“ a „dobré mravy“ v obecném zákoníku občanském. 1. vydání, Praha, 1934, str. 3 – 15.

⁵ Vážný č. 1660, Rozhodnutí ze dne 9.5.1922, Rv I 966/21, rok 1922, svazek IV.a, str. 457.

⁶ Vážný č. 5997, Rozhodnutí ze dne 4.5.1926, Rv I 391/26, rok 1926, svazek VIII.a, str. 751.

⁷ Vážný č. 10018, Rozhodnutí ze dne 21.6.1930, R I 420/30, rok 1930, svazek XII.b, str. 924.

občanského práva či zásad práva obecně. Od extrémně pozitivistických názorů, že žádné zásady práva či tzv. duch zákona apod. neexistuje, až po čistě přirozenoprávní postoje se obecná právní vědeckost, judikatura i právní věda shodla na tom, že zásady práva či zásady soukromého práva jsou pramenem občanského práva v objektivním smyslu. Právnímu řádu či systému soukromého práva poskytují vnitřní harmonii, jednotnost a řád. Poznávání těchto zásad občanského práva a využívání vědeckých poznatků o těchto zásadách při normotvorbě vede k jasné systematické, srozumitelnosti a harmonii soukromého práva obecně. Mnohdy se ukazuje, že v určité době, pro určité oblasti a v určité fázi právního rozvoje jsou obecné principy významnější než pozitivní právo (normy)⁸.

Švestka ve svém komentáři k § 1 občanského zákoníku⁹ tvrdí, že je nesporné, že tyto zásady platí bez ohledu na to, jsou-li v právní úpravě vyjádřeny či nikoliv, a ačkoli je nám toto pojetí právních zásad blízké, domníváme se, že to sporné je a každý pozitivista bude tvrdit, že zásady, které se nedají dovodit z pozitivního práva, platnými zásadami nejsou (pokud nebude přímo tvrdit, že žádné zásady nejsou).

Jak již bylo řečeno výše, naše současná právní úprava výslovný odkaz na právní zásady či zásady soukromého nebo občanského práva neobsahuje, ačkoli mnohé platné právní úpravy států Evropy tyto odkazy obsahují (např. čl. 7 ABGB - Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, který odkazuje na přirozenoprávní zásady, italský Codice Civile ve svém čl. 3 či španělský Código Civil v čl. 65¹⁰), a to včetně Smlouvy o založení Evropského společenství čl. 288 (dříve 215): „V případě mimosmluvní odpovědnosti nahradí Společenství v souladu s obecnými zásadami společnými právním řádům členských států škody způsobené jeho orgány nebo jeho zaměstnanci při výkonu jejich funkcí.“

V době sjednocování Evropy je znovuobjevování právních základů, které jsou společné všem národním systémům soukromého práva v Evropě, moderním trendem. Lze jmenovat např. snahu Mezinárodního ústavu pro sjednocení soukromého práva (UNIDROIT), výsledkem jehož práce jsou Zásady mezinárodních obchodních smluv jako obecná kodifikace základních principů obchodních smluv či práce vědců shromážděných okolo profesorů Lando a Beale (Principles of European Contract Law¹¹). Dalším výsledkem unifikačních tendencí poslední doby jsou práce Study Group on a European Civil Code (Principles of European Law), European Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group; práce Draft of common frame reference) či práce skupiny Akademie evropských privatistů (The Academy of European Private Lawyers; práce European Contract Code).

Není obecná shoda v tom, které zásady můžeme pokládat za zásady soukromého práva. Některý autor přijímá jen velmi omezený počet velmi obecných zásad, jiný do rozsahu zásad zařazuje i poměrně konkrétní principy vztahující se spíše k jednotlivým institutům práva.

⁸ Blíže Tichý, L. Spontánní evropeizace soukromého práva. Evropské právo, 2000, číslo 2, str. 1-5.

⁹ Jehlička, O., Švestka, J., Škárová, M. et al. Občanský zákoník, komentář. 8. vydání, Praha : C.H.Beck, 2003, str. 10.

¹⁰ Tichý, op. cit., str. 2.

¹¹ The Commission of European Contract Law, Lando, O., Beale, H. Principles of European Contract Law, Parts I and II. Hague : Kluwer Law International, 2000, ISBN 90-411-1305-3.

Např. Hurdík¹² ve své práci uvádí tyto zásady soukromého práva:

- zásadu autonomie vůle
- „vše je dovoleno, co není výslovně zakázáno“
- dispozitivní právní úpravu
- princip demokratismu
- princip ekvity
- princip právní jistoty
- princip prevence
- princip „vigilantibus iura“

Lando¹³ např. uvádí jako zásady evropského kontraktačního práva:

- freedom of contract (kontraktační svoboda)
- good faith and fair dealing (dobré mravy a poctivé jednání)
- Duty of Co-operate (povinnost spolupráce); atd.

K.P.Berger¹⁴ uvádí např. principy lex mercatoria:

- bona fides
- pacta sunt servanda
- cupla in contrahendo
- vis major
- neplatnost smlouvy porušující dobré mravy
- hardship

¹² Blíže Hurdík, op. cit.

¹³ Lando, op. cit.

¹⁴ Berger, K.P. International Economic Arbitration, Boston, 1993; citováno v Rozehnalová, N. Právo mezinárodního obchodu. 1. vydání, Brno : Masarykova univerzita, 2002, str. 135-136.

- zákaz neoprávněného obohacení se
- náhrada škody nesmí být vyšší než ztráta; atd.

ZÁSADA AUTONOMIE VŮLE

Všechny národní právní systémy členských států EU uznávají a respektují právo občanů rozhodnout se, s kým uzavřou smlouvu, zda uzavřou smlouvu a jaký stanoví obsah tohoto právního vztahu¹⁵. Nejen že vnitrostátní právní systémy uznávají zásadu autonomie vůle jako základní princip soukromého práva, také mezinárodní právo soukromé chápe tento princip jako základní zásadu pro realizaci soukromoprávních mezinárodních smluv¹⁶, včetně práva zvolit rozhodné právo pro celý smluvní vztah.

Autonomii vůle, kontraktační svobodu např. deklaruje Německá ústava ve svém článku 2 odst. 1, Řecká ústava v článku 5 odst. 1 a Řecký civilní kodex ve svém čl. 3, rovněž tak Dánský kodex „Danske Lov“ v čl. 5.1.1., Italský civilní kodex „Codice Civile“ ve svém článku 1322, Portugalský civilní kodex v čl. 405, Španělský civilní kodex „Código Civil“ v čl. 6 a 1255. Rovněž Rakouský civilní kodex ABGB ve svém § 859¹⁷. Český občanský zákoník to také výslovně deklaruje ve svém § 2 odst. 3 OZ.

Tato svoboda však není bezbřehá, neboť musí být v souladu s „good faith“ (dobrou vírou, resp. dobrými mravy), „fear dealing“ (pocitivým obchodním stykem) a s kogentními normami zavedených, tradičních principů¹⁸. Ujednání ve smlouvě nesmějí být „unconscionable“, tj. hanebně, nehorázně, skandálně nevýhodná ujednání vůči druhé straně. Český občanský zákoník rovněž omezuje realizaci tohoto práva „dobrymi mravy“ (§ 3 OZ) a Obchodní zákoník (zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník ve znění pozdějších předpisů; dále obchodní zákoník) v § 256 vyžaduje, aby výkon práva, byl v souladu se zásadami pocitivého obchodního styku, jinak nepožívá právní ochrany.

Rovněž tak v práci *Acquis Group* nacházíme korektiv autonomie vůle v podobě „good fait“ a „fear dealing“ nebo ve formě „reasonable“.

Ve vztahu mezi zásadou autonomie vůle a ochranou slabší strany právního vztahu můžeme vidět určité vnitřní napětí. Na jedné straně stojí idea svobody, autonomie, realizující se pomocí smluvní volnosti, se záměrem co nejméně se nechat omezovat a na druhé straně pak idea altruistická, idea solidarity, idea ochrany slabšího, která určitá omezení považuje za

¹⁵ Lando, op. cit., str. 99.

¹⁶ Verhagen, H.L.E. The Tension Between Party Autonomy and European Union Law: Some Observations on *Ingmar BG LTD v. Eaton Leonard Technologies INC* (rozsudek ECJ, C-381/98, ECR 2000 I-9305), *The International and Comparative Law Quarterly*; Jan 2002; 51,1; Academic Reserch Library, str. 135-154

¹⁷ Lando, op. cit., str. 99.

¹⁸ Lando, op. cit., str. 99.

dobrá, prospěšná, nezbytná. A ačkoli jsou tyto ideje ve vzájemném konfliktu, na obou stojí dnešní soukromé právo¹⁹.

Zásada autonomie vůle je velmi abstraktní zásada, která je dle našeho názoru dotvářena pomocí jejich determinant jako jsou dobré mravy, spravedlnost, poctivý obchodní styk a další, včetně ochrany slabší strany právního vztahu.

Máme za to, že ideu smluvní svobody, autonomie vůle můžeme pokládat za vůdčí myšlenku soukromého práva, která však vzhledem ke své velké obecnosti musí být omezena jinými zásadami i konkrétními kogentními ustanoveními právních norem, aby nebyla zneužitelná.

OCHRANA SPOTŘEBITELE A OMEZENÍ AUTONOMIE VŮLE

Zásah do zásady soukromého práva – autonomie vůle (freedom of contract) bývá v soukromém práva výjimkou. V právu ES prosazující ochranu spotřebitele i v rámci implementací směrnic do jednotlivých právních řádů se setkáváme s určitými zásahy do této stěžejní soukromoprávní zásady. Jde např. o zákaz reálné oferty či o zákaz oferty ze strany spotřebitele v případě sjednání cestovní smlouvy, a to z důvodu možnosti dovolávat se relativní neplatnosti. Dalším významným institutem zasahujícím do zásady autonomie vůle v případě ochrany spotřebitele je zákaz smluvních ujednání nepřiměřeně či nemravně zvýhodňujících dodavatele.

Relevantní otázkou v tomto případě je, zdali právní úprava prosazující ochranu spotřebitele odpovídá, resp. vyhoví testu proporcionality, tj. zdali sleduje legitimní cíl a používá přiměřené demokratické prostředky. Zákaz reálné oferty zdá se být ospravedlněn nejen ochranou spotřebitele, resp. nepřiměřeným obtěžováním spotřebitele, ale i ochranou férové hospodářské soutěže mezi podnikateli. V našem právním řádu sice nacházíme nezdařilou implementaci tohoto zákazu, neboť je možné argumentovat, že reálná oferta není stricto sensu právní úpravou zakázána, spotřebitel není pouze povinen vrátit neobjednané plnění; pokud však reálnou ofertu akceptuje, je možné dovozovat, že kupujícímu vznikla povinnost zaplatit sjednanou cenu, což je v rozporu se smyslem a účelem směrnice 97/7/ES. Nicméně právo ES v je tomto případě jednoznačné a nekompromisní, tj. reálná oferta jako projev autonomie vůle je právem ES zakázána a tímto zákazem je výrazně zasaženo do zásady autonomie vůle.

Dalším zásahem do zásady autonomie vůle v případě ochrany spotřebitele je zakotvení nezávaznosti nepřiměřených ujednání smlouvy, které způsobují v právním vztahu mezi spotřebitelem a dodavatelem významnou nerovnováhu (srov. čl. 3 směrnice 93/13/EHS). V našem právním řádu nacházíme implementaci v ust. § 55 občanského zákoníku; podstatnou potíží naší vnitrostátní úpravy je však okolnost, že ustanovení smlouvy jsou „pouze“ relativně neplatná, ačkoli dle judikatury ESD by soud měl k nepřiměřeným podmínkám ve spotřebitelských smlouvách přihlížet ex officio, tj. konformní implementace by musela být učiněna pomocí institutu absolutní neplatnosti.

Bezesporu tato obecná klauzule spotřebitelských právních vztahů výrazně a podstatně zasahuje do zásady autonomie vůle a o její legitimnosti můžeme mít pochybnosti. Naše vnitrostátní implementace je totiž učiněna bez ohledu na to, zdali byla smlouva sjednána

¹⁹ Hesselink, M. The principles Of European Contract Law: Some Choices Made By The Lando Commission. Global Jurist Frontiers, Vol. 1, Issue 1, Article 4, 2001, str. 33.

individuálně či nikoli; směrnice však tuto okolnost zohledňuje a vyžaduje přezkum nepřiměřenosti pouze u formulářových smluv, resp. smluv sjednaných neindividuálně.

Je otázkou, zdali naše implementace není přílišným a nepřiměřeným zásahem do zásady autonomie vůle. Jaké odchylky jsou dovoleny? Je možné např. vykládat ust. § 55 občanského zákoníku takovým způsobem, že jakákoli odchylka od obecného standardu - tedy relativně vyváženého modelového právního vztahu, který nám nabízí občanský zákoník – může být charakterizována jako relativně platná, resp. relativně neplatná?

ZÁVĚREM

Zásada autonomie vůle je stěžejní zásadou soukromého práva, avšak nikdy nebyla a ani dnes není bezbřehou. Má svoje korektivy v podobě dobrých mravů apod. Rovněž v právní úpravě prosazující ochranu spotřebitele se setkáváme s podstatnými zásahy do autonomie vůle stran, o jejichž přiměřenosti můžeme mít pochybnosti, tj. právní úpravy prosazující ochranu spotřebitele a omezující stěžejní zásadu autonomie vůle musí rovněž podléhat testu proporcionality, a pokud neobstojí, je možné si klást otázku, zdali není taková právní úprava v rozporu s principy demokratického právního státu.

Literature:

- Kubeš, V. Právní filosofie XX. Století Kantismus, hegelismus, fenomenologie a teorie myšlenkového řádu. 1. vydání, Brno : Doplněk, 1992.
- Krčmář, J Právo občanské I. Výklady úvodní a část všeobecná. 4. vydání, Praha : Knihovna sborníku věd právních a státních, 1946.
- Kubeš, V. „Přirozené zásady právní“ a „dobré mravy“ v obecném zákoníku občanském. 1. vydání, Praha, 1934.
- Tichý, L. Spontánní evropeizace soukromého práva. Evropské právo, 2000, číslo 2, str. 1-5.
- Jehlička, O., Švestka, J., Škárová, M. et al. Občanský zákoník, komentář. 8. vydání, Praha : C.H.Beck, 2003.
- The Commission of European Contract Law, Lando, O., Beale, H. Principles of European Contract Law, Parts I and II. Hague : Kluwer Law International, 2000.
- Rozehnalová, N. Právo mezinárodního obchodu. 1. vydání, Brno : Masarykova univerzita, 2002.
- Verhagen, H.L.E. The Tension Between Party Autonomy and European Union Law: Some Observations on Ingmar BG LTD v.Eaton Leonard Technologies INC (rozsudek ECJ, C-381/98, ECR 2000 I-9305), The International and Comparative Law Quarterly; Jan 2002; 51,1; Academic Reserch Library.
- Hesselink, M. The principles Of European Contract Law: Some Choices Made By The Lando Commission. Global Jurist Frontiers, Vol. 1, Issue 1, Atricle 4, 2001, str. 33.
- Hurdík, J. Zásady soukromého práva. 1. vydání, Brno : Doplněk, 1998.

Reviewer:

Josef Fiala

Contact – email:

marketa.selucka@law.muni.cz

SMLUVNÍ SVOBODA V INDIVIDUÁLNÍCH PRACOVNĚPRÁVNÍCH VZTAZÍCH A JEJÍ ZÁKLADNÍ LIMITY

JAROSLAV STRÁNSKÝ

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Příspěvek se zabývá aktuálním pracovní právním tématem, kterým je míra uplatnění smluvní svobody ve vztazích vznikajících mezi zaměstnancem a zaměstnavatelem. Na základě vymezení principu autonomie vůle se příspěvek zabývá důvody, které vedou k omezení jeho uplatnění v pracovních vztazích. Dále je pak popsána platná úprava, z níž vyplývají pravidla pro uplatnění autonomie vůle v pracovních vztazích, po čemž následuje zamyšlení nad možnostmi, díky kterým by se autonomie smluvních stran mohla uplatňovat širěji.

Key words in original language:

Autonomie vůle; rovnost před zákonem; pracovní právní vztahy; kogentní normy, dispozitivní normy, ochrana zaměstnance.

Abstract:

The paper deals with current labour law issue, which is the degree of implementation of contractual freedom in the relations arising between employees and employers. Based on the definition of the principle of autonomy of the will the contribution deals with the reasons behind the restrictions on its application in industrial relations. Consequently the paper focuses on description of the legal regulation, which contains rules for the autonomy of the will principle application in industrial relations. This is followed by the consideration of the possibilities, which could make it possible to apply the autonomy of the parties in labour law relations more widely.

Key words:

Autonomy of will; equality before the law; labour law relations; mandatory rules; non-mandatory rules; protection of an employee.

1. ÚVOD

Pracovní právo je velmi dynamický právní obor, jehož právní úprava prochází v posledním období důležitými změnami. Zákonodárce v roce 2006 přistoupil k rekodifikaci jeho kodexu, tedy zákoníku práce, a nový zákoník práce¹ s účinností od 1. ledna nahradil dosavadní zákoník². Stávající právní úprava je ovšem podrobována dlouhodobé kritice, podle které právní úprava neodpovídá současným společensko ekonomickým podmínkám. Jedním z bodů, který je zákoníku práce vytýkán, je jeho příliš kogentní povaha, jež neumožňuje smluvním stranám individuálním pracovních vztahů, tedy zaměstnavatelům a

¹ zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů.

² zákon č. 65/1965, zákoník práce.

zaměstnancům, podílet se dostatečnou měrou na utváření obsahu jejich pracovněprávního vztahu.

V současné době je ve stadiu příprav novela zákoníku práce, jejímž záměrem je na kritické ohlasy vztahující se k zákoníku práce odpovědět, právní úpravu zjednodušit, vnést do pracovněprávních vztahů více pružnosti (flexibility) a tím přispět k zmodernizování trhu práce.

Jedním z diskutovaných témat je v souvislosti s touto další významnou změnou pracovního práva pochopitelně i otázka míry autonomie vůle smluvních stran pracovněprávních vztahů, která by se mohla a měla uplatnit navzdory určitým přirozeným limitům autonomie vůle v pracovním právu, jež je třeba brát v potaz.

Tento příspěvek má za cíl se právě k této otázce vyjádřit, tedy v první řadě se zamyslet nad tím, proč musí být uplatnění principu autonomie vůle v pracovněprávních vztazích ovlivněno určitými specifiky těchto vztahů a jak daleko toto ovlivnění sahá. Pod zorným úhlem těchto východisek bude poté provedena analýza vývoje právní úpravy obsažené v zákoníku práce a její stávající podoby.

2. AUTONOMIE VŮLE JAKO DEFINIČNÍ ZNAK SOUKROMOPRÁVNÍHO VZTAHU

Princip autonomie vůle smluvních stran je jedním ze základních principů ovládajících soukromé právo. Do určité míry je i jeho vůdčím principem. Smyslem tohoto příspěvku není snaha vymezit soukromé právo vůči právu veřejnému, nicméně lze říci, že právě osobní svoboda projevující se v podobě autonomie vůle subjektů, s jejímž využitím mohou tyto osoby budovat svou právní pozici a utvářet právní vztahy, je určující pro vymezení a definování soukromoprávních vztahů³.

Princip autonomie vůle bývá často přibližován úslovím „co není zakázáno, je dovoleno“. Tento princip, který je výchozím způsobem zachycen již v ústavní rovině⁴ bývá označován opět za jeden ze základních stavebních kamenů soukromoprávních vztahů. Setkáme se i s teoretickým východiskem, podle kterého se spíše než o právní princip jedná o metodu právní regulace, tedy legislativně-technický způsob prosazení svobody subjektu soukromoprávního vztahu a minimalizace mocenských zásahů do jeho právního postavení⁵. Každopádně lze shrnout, že úsloví „co není zakázáno, je dovoleno“ stanoví rámec uplatnění svobodné vůle soukromoprávních subjektů z hlediska možností právně aprobovaného jednání a utváření (nebo neutváření) obsahu svých právních vztahů a ovlivňování svého právního postavení.

Princip autonomie vůle je třeba vnímat v úzké vazbě se zásadou dispozitivnosti právní úpravy. Rámec svobodného uplatnění autonomní vůle subjektů je dotvářen dispozitivními

³ Srov. Hurdík, J., Fiala, J., Hrušáková, M. Úvod do soukromého práva. Brno: Masarykova univerzita, 2004, str. 21.

⁴ Čl. 2 odst. 3 Listiny základních práv s svobodou.

⁵ Srov. Fiala, J. a kol. Občanské právo hmotné. Brno: Masarykova univerzita, 2002, str. 17.

normami, které se pouze podpůrně aplikují tehdy, jestliže si smluvní strany konkrétního právního vztahu nesjednají něco jiného.

Dispozitivní normy totiž pojmově vzato neobsahují žádný zákaz. Není tedy zakázáno, a tudíž je dovoleno se od nich odchýlit tak, jak to vyhovuje subjektům daného právního vztahu. Navíc je možné dojednat si závazky, které žádné právní normy, byť podpůrně, nepředpokládají, pokud tím samozřejmě nedojde k porušení kogentních norem, případně k narušení principu souladu výkonu práv s dobrými mravy.

Kogentní normy pak mají představovat právě onen zákaz, který zákonodárce subjektům soukromoprávních vztahů z nějakého důvodu adresuje a tím limituje autonomii jejich vůle zakotvením pravidel, která musí být vždy dodržována a odchýlení se od nich je tedy zakázáno.

Předpokladem a dalším nezbytným definičním znakem soukromoprávních vztahů je vedle autonomie vůle subjektů umožněné zásadně dispozitivní právní úpravou také rovnost jejich právního postavení. Rovnost subjektů rukou v ruce s autonomií vůle vypovídá o jejich vlivu na utváření obsahu svých vzájemných práv a povinností. Znakem právní rovnosti totiž je, že žádný subjekt nemůže autoritativně rozhodovat o právech a povinnostech jiného subjektu, což je předpoklad faktického uplatnění svobodné vůle účastníků konkrétního právního vztahu, v jehož rámci mohou projevy své autonomní vůle, tedy svými úkony, ovlivňovat své právní postavení.

Touto měrou vlastního přičinění na vybudování obsahu právních vztahů se soukromoprávní vztahy liší od vztahů veřejnoprávních, kde dochází k tomu, že jeden z účastníků daného vztahu (typicky státní orgán obdařený státní mocí) jednostranně a autoritativně rozhoduje o právech a povinnostech druhého účastníka.

Skutečností je, že právní rovnost subjektů soukromoprávních vztahů bývá poměrně často ovlivňována jejich faktickou nerovností, vyplývající z povahy konkrétního právního vztahu. Toto fakticky slabší či silnější postavení subjektů právních vztahů je do určité míry zcela přirozeným jevem, který v některých oblastech úpravy společenských vztahů nevyžaduje žádné zvláštní zásahy zákonodárce (např. ve vztazích obchodněprávních). V jiných oblastech ovšem takových zásahů třeba je (například v oblasti vztahů vznikajících mezi spotřebitelem a dodavatelem, nájemcem a pronajímatelem či zaměstnancem a zaměstnavatelem). Existence kogentních norem, které pak zákonodárce vkládá do soukromoprávních předpisů za účelem vyvažování faktických rozdílů v postavení smluvních stran, neznamená sama o sobě vyloučení soukromoprávní podstaty daného právního vztahu, neboť tento vztah je stále alespoň z hlediska svého vzniku a stanovení jeho základních obsahových náležitostí utvářen svobodnými projevy vůle právně sobě rovných subjektů.

3. PRACOVNÍ PRÁVO A JEHO ZÁKLADNÍ SPECIFIKA Z HLEDISKA UPLATNĚNÍ PRINCIPU ROVNOSTI STRAN A AUTONOMIE VŮLE

Pracovní právo bývá jako právní odvětví považováno za odvětví soukromoprávní. Mimo jiné tomu odpovídá i jeho historický vývoj, v jehož rámci se vydělilo z práva občanského. Pro soukromoprávní povahu rovněž hovoří ta skutečnost, že vznik a stanovení základních obsahových prvků pracovněprávního vztahu je vázáno na dvoustranný právní úkon subjektů pracovněprávního vztahu (zaměstnance a zaměstnavatele), tedy na uzavření pracovní smlouvy, případně dohody o pracovní činnosti nebo dohody o provedení práce.

Jestliže jsme ovšem výše jako východiska soukromoprávních vztahů definovali autonomii vůle a rovnost smluvních stran, je v souvislosti s pracovním právem zřejmé, že jeho soukromoprávní podstata není zcela nepochybná.

Východiskem úvah týkajících se zvláštností pracovního práva je fakticky nerovné postavení subjektů individuálních pracovněprávních vztahů, tedy zaměstnance a zaměstnavatele⁶. Zaměstnavatel je totiž v pracovněprávních vztazích v drtivé většině případů tou smluvní stranou, která je ekonomicky silnější a navíc oproti zaměstnanci disponuje i mnohem silnějším právním zázemím. Faktická nerovnost mezi zaměstnancem a zaměstnavatelem dále vyplývá ze samotné podstaty pracovněprávního vztahu, v jehož rámci má zaměstnavatel ve vztahu k zaměstnanci tzv. dispoziční oprávnění, tedy má právo mu přidělovat pracovní úkoly, rozvrhovat mu pracovní dobu a i prostřednictvím dalších nástrojů, které má k dispozici, organizovat, řídit a kontrolovat výkon jeho práce.

Tyto souvislosti pracovněprávních vztahů způsobující faktickou nerovnost jeho subjektů mají za následek i takový přístup, podle kterého jsou zaměstnavatel a zaměstnanec sobě rovnými subjekty pouze do doby vzniku pracovněprávního vztahu, jenž je poté charakterizován jejich nerovností⁷. Je ovšem třeba zdůraznit, že tato nerovnost, jakkoli významná, by stále měla být považována za nerovnost „pouze“ faktickou. Z čistě právního pohledu jsou si zaměstnanec a zaměstnavatel i v rámci průběhu pracovněprávního vztahu rovni.

Na druhou stranu je třeba připustit, že faktická nerovnost mezi zaměstnavatelem a zaměstnancem jde v podmínkách platné pracovněprávní úpravy poměrně daleko. Za velmi významné narušení jejich rovného postavení musí být považováno právo zaměstnavatele jednostranně určovat výši mzdy zaměstnance mzdovým výměrem a jednostranně rozhodovat i o dalších jeho mzdových, platových nebo jiných právech prostřednictvím vydání vnitřního předpisu⁸. Tyto možnosti zaměstnavatele jednostranně rozhodovat o takto významných právech zaměstnanců v pracovněprávních vztazích podle mého názoru kolidují s obecným vymezením právní rovnosti subjektů, kam spadá nemožnost jedné strany autoritativně rozhodovat o právech či povinnostech druhé strany smluvního vztahu. Skutečnost, že zaměstnavatel může zaměstnanci jednostranně měnit výši jeho mzdy, nebyla-li tedy sjednána v pracovní, kolektivní nebo jiné smlouvě, a rozhodovat o dalších jeho právech v pracovněprávních vztazích, odpovídá spíše veřejnoprávní metodě regulace a v případě úvah o dalším přiblížení pracovního práva k právu soukromému, k němuž by mělo v budoucnu dojít, by měla být přehodnocena.

Přes všechny uvedené skutečnosti, které ovlivňují a modifikují uplatnění zásady rovného postavení subjektů v pracovněprávních vztazích, přesto musíme trvat na soukromoprávní podstatě pracovněprávních vztahů, tedy i na tom, že se v nich byť v omezené míře uplatňuje autonomie vůle jeho subjektů. Faktem totiž zůstává, že pracovněprávní vztah může vzniknout

⁶ Vedle individuálních vztahů vznikajících mezi zaměstnavatelem a zaměstnancem při výkonu závislé práce existuje také skupina kolektivních pracovněprávních vztahů, které rovněž souvisejí s výkonem závislé práce, nicméně vznikají mezi zaměstnavatelem a kolektivem zaměstnanců, reprezentovaným zpravidla odborovou organizací.

⁷ Srov. Galvas, M. a kol. Pracovní právo. Brno: Masarykova univerzita, 2004, str. 221.

⁸ Viz ustanovení § 113 odst. 1 a 305 zákoníku práce.

pouze na základě svobodně projevené vůle jeho účastníků, na níž musí být vystaveny i jeho základní obsahové náležitosti (v případě pracovního poměru druh práce, místo výkonu práce a den nástupu do práce⁹).

Na míru uplatnění autonomie vůle subjektů pracovněprávních vztahů má nicméně jejich fakticky nerovné postavení velmi důležitý dopad, stejně jako na jinak obecně platný soukromoprávní princip dispozitivní právní úpravy. Zákonodárce totiž ve snaze vyrovnávat fakticky nerovné postavení subjektů pracovněprávních vztahů uplatnění jejich vlastní vůle při utváření obsahu těchto vztahů omezuje celou řadou kogentních norem, sledujících snahu chránit postavení slabší strany pracovněprávního vztahu, tedy zaměstnance, a garantovat mu v souvislosti s výkonem závislé práce pro zaměstnavatele určitá minimální práva.

Nastíněná ochranná funkce pracovního práva je jeho tradičním znakem, které stálo na samotném počátku vývoje pracovního práva jako právního odvětví. Od svého vzniku samozřejmě prošlo pracovní právo určitým vývojem, jež spolu s ním sledovala také jeho ochranná funkce. I na základě stávající právní úpravy se nicméně ochranná funkce projevuje v celé řadě oblastí regulace pracovněprávních vztahů. Uvedme pro příklad úpravu ochrany pracovního poměru zaměstnance projevující se ve stanovení povinnosti zaměstnavatele, který chce rozvázat se zaměstnancem pracovní poměr výpovědí, dodržet některý z taxativně vymezených výpovědních důvodů¹⁰, ochranu zaměstnance před jeho přetěžováním přílišným rozsahem pracovní doby spočívající ve stanovení maximální délky stanovené týdenní pracovní doby a maximálního rozsahu práce přesčas¹¹ nebo celou oblast ochrany bezpečnosti a zdraví zaměstnance při práci¹².

Právě ochranná funkce pracovního práva, jíž sleduje převážně kogentní právní úprava pracovněprávních vztahů, ve svém důsledku samozřejmě dopadá na míru autonomie vůle subjektů, pro kterou zbývá jen poměrně úzký prostor.

Na základě uvedených úvah musíme konstatovat, že pracovní právo s ohledem na silný prvek faktické nerovnosti stran a významně limitované uplatnění autonomie vůle nemůže být považováno za „čistě“ soukromoprávní odvětví. Teorie pracovního práva se s touto skutečností vyrovnává tak, že pracovní právo označuje za soukromoprávní odvětví, v němž se silně projevují určité veřejnoprávní prvky. Lze se setkat i s názorem, podle kterého pracovní právo nachází na pomezí práva soukromého a veřejného či dokonce že se jedná o natolik specifické odvětví, které neodpovídá ani soukromoprávní, ani veřejnoprávní metodě regulace a je z tohoto pohledu zcela svébytné.

Osobně mám zato, že není nutné jít tak daleko, abychom pracovní právo stavěli zcela mimo systém soukromého a veřejného práva, a spíše se přikláním k názoru, podle kterého se jedná o odvětví se zřetelnými soukromoprávními kořeny, jež ovšem s ohledem na nutnost plnění

⁹ Viz ustanovení § 34 odst. 1 zákoníku práce.

¹⁰ Viz ustanovení § 52 zákoníku práce.

¹¹ Viz ustanovení § 79, 93 a dalších zákoníku práce.

¹² Viz zejména § 101 až 108 zákoníku práce a zákon č. 309/2006 Sb., o zajištění dalších podmínek bezpečnosti a ochrany zdraví při práci.

svých tradičních a teorií pracovního práve více či méně respektovaných funkcí musí být ovlivňováno veřejnoprávními aspekty. V pozici soukromoprávního odvětví, které je ovlivňováno i veřejnoprávní metodou regulace navíc nestojí pracovní právo osamoceně. Podobná specifika totiž můžeme nacházet rovněž v právu rodinném či v některých oblastech upravovaných právem občanským (například spotřebitelské právo).

Spíše než uvažovat a přít se o soukromoprávní či veřejnoprávní podstatě pracovního práva se i ve světle těchto skutečností jeví z mého pohledu smysluplnější přemýšlet nad možností a mírou uplatnění autonomie svobodné vůle ve vztazích, které toto právní odvětví reguluje.

4. VÝVOJ PRACOVNÍHO PRÁVA Z HLEDISKA UPLATNĚNÍ PRINCIPU AUTONOMIE VŮLE

Starý zákoník práce, který obsahoval právní úpravu pracovněprávních vztahů až do konce roku 2006, byl i s ohledem na dobu svého vzniku, v níž metoda soukromoprávní regulace jako taková příliš uplatnění nenacházela, vystaven z hlediska možnosti uplatnění autonomie vůle subjektů pracovněprávních vztahů na principech, které se ukázaly být v současné době již zcela nevyhovující. Platilo totiž pravidlo, jež stanovilo, že co není účastníkům pracovněprávních vztahů výslovně dovoleno, to jim zákon zakazuje, resp. jim prostřednictvím prikazujících kogentních norem zakazuje cokoli jiného než právě jednání v souladu s těmito normami (princip „co není dovoleno, je zakázáno“).

S účinností od 1. ledna 2007 byla dosavadní pracovněprávní úprava nahrazena zákonem č. 262/2006 Sb., pro který se vžilo přívskivo „nový zákoník práce“. Skutečností je, že ve vztahu ke „starému zákoníku práce“ se o vlastně o převratně novou právní normu nejednalo. Právní úprava většiny institutů, zejména pokud se týká individuálních pracovněprávních vztahů, zůstala založena na stejné koncepci a velmi podobných principech, přičemž změny, ke kterým došlo, lze považovat spíše za dílčí¹³ (vzpomeňme kupříkladu zrušení vedlejších pracovních poměrů, změnu úpravy odstupného a výpovědní doby, zrušení nabídkové povinnosti při výpovědi zaměstnavatele z tzv. organizačních důvodů, zrušení institutu pohotovosti na pracovišti, zavedení nového institutu konta pracovní doby či dílčí změnu konstrukce některých příplatků).

Pokud bychom měli vymezit skutečně podstatné změny, které zákon č. 262/2006 Sb. oproti zákonu č. 65/1965 Sb. přinesl a které byly vlastně důvodem rekonifikace zákoníku práce, bude se vedle konkrétnějšího vymezení působnosti zákoníku práce, jímž je závislá práce (definice v ustanovení § 2 odst. 4 zákoníku práce), jednat o propojení zákoníku práce s občanským zákoníkem a jeho vystavění na principu „co není zakázáno, je dovoleno“, čímž došlo alespoň k pootevření určitého prostoru pro uplatnění principu autonomie vůle a dispozitivity právní úpravy v pracovněprávních vztazích.

Tyto uvedené podstatné změny byly vlastně samotným důvodem přijetí nového zákoníku práce, neboť výše uvedené dílčí změny by samy o sobě mohly být bez větších problémů provedeny pouhou novelou dosavadního zákona. Jestliže mělo ovšem být změněno výchozí výkladové a aplikační hledisko zákoníku práce, nebylo možné jít cestou novelizace

¹³ Shodně viz. např. Galvas, M. Malá poznámka k problematice základních zásad a funkcí pracovního práva pro přijetí nového ZP. Právník, 2007, č. 9

stávajícího předpisu a bylo nutné přistoupit k jeho rekonstrukci¹⁴. Otázkou samozřejmě je, nakolik se záměr vtělit do zákoníku práce princip autonomie vůle a smluvní volnosti vyjádřený principem „co není zakázáno, je dovoleno“ podařil.

Faktem je, že ustanovení § 2 odst. 1 zákoníku práce ve svém předvěti umožňovalo účastníkům pracovněprávních vztahů upravit svá práva a povinnosti odchylně od zákona. Možnost odchýlit se smlouvou, případně vnitřním předpisem, od znění právního předpisu byla tedy jaksí „vytknuta před závorku“ obsahující všechna ustanovení zákoníku práce.

Na druhou stranu ovšem další pravidla obsažená v § 2 odst. 1 stanovila, že odchýlit se nelze od těch norem zákoníku práce, které to výslovně zakazují, případně nemožnost jiného řešení vyplývá z jejich povahy. Dále platilo, že se účastníci pracovněprávních vztahů nemohli odchýlit od ustanovení odkazujících na použití občanského zákoníku a od ustanovení upravujících problematiku náhrady škody a vymezujeících postavení účastníků pracovněprávních vztahů. Navíc ještě platilo, že od ustanovení, které ukládá povinnost, byla odchylka přípustná pouze tehdy, jednalo-li se o odchýlení ve prospěch zaměstnance.

Stejným způsobem umožňoval zákoník práce smluvním stranám přizpůsobit jejich vlastním představám o obsahu jejich pracovněprávních vztahů pravidla uvedená v těch ustanoveních, která vypočítává v § 363 odst. 1 zákoníku práce, neboť se jedná o ustanovení, která do českého právního řádu zapracovávají předpisy Evropských společenství. Ohledně ustanovení, jejichž výčet obsahuje § 363 odst. 2 zákoníku práce pak platil úplný zákaz jakéhokoli odchýlení.

Tato na první pohled poměrně komplikovaná a z hlediska subjektů pracovněprávních vztahů poměrně náročně aplikovatelná právní úprava byla mimo jiné právě pro svou složitost a nepřehlednost navržena ke zrušení Ústavním soudem České republiky¹⁵.

Ústavní soud rozhodl o uvedené ústavní stížnosti svým nálezeem ze dne 12. března 2008¹⁶. Návrhu na zrušení ustanovení § 2 odst. 1 Ústavní soud ve svém nálezu částečně vyhověl, když zrušil větu druhou, třetí a pátou a v platnosti ponechal dosavadní větu první a čtvrtou.

Zrušením druhé a třetí věty § 2 odst. 1 zákoníku práce (zákaz odchýlení se od pravidel týkajících se účastníků pracovněprávních vztahů, náhrady škody a odkazů na občanský zákoník a stanovení možnosti odchýlit se od pravidel ukládajících povinnost pouze ve prospěch zaměstnance) došlo k významnému zvýšení důležitosti věty první, která i dosud představovala jádro právní úpravy zásady „co není zakázáno, je dovoleno“. Tato norma stanoví, že zaměstnanec a zaměstnavatel mohou práva a povinnosti obsažené v zákoníku práce nahradit odlišnou úpravou, jestliže to zákon výslovně nezakazuje nebo z povahy dotčeného ustanovení nevyplývá, že taková smluvní odchylka není možná.

¹⁴ Srov. Obecná část důvodové zprávy k zákonu č. 262/2006 Sb.

¹⁵ Ustanovení § 2 odst. 1 bylo jedním z asi třech desítek ustanovení zákoníku práce, které byly ke zrušení navrženy návrhem skupiny poslanců Parlamentu ČR ze dne 14. listopadu 2006.

¹⁶ Pl. ÚS 83/06 #1, publikován ve Sbírce zákonů pod č. 116/2008.

Toto pravidlo je po úpravách provedených Ústavním soudem nutno aplikovat na všechna ustanovení zákoníku práce, která nejsou součástí výčtu obsaženého v § 363 odst. 1, od kterých se podle věty čtvrté § 2 odst. 1 lze odchýlit pouze ve prospěch zaměstnance, nebo v § 363 odst. 2, od nichž se nelze odchýlit vůbec. Ústavní soud sice v § 2 odst. 1 větu pátou, která zákaz jakékoli odchylky od paragrafů vyjmenovaných v ustanovení § 363 odst. 2 stanovila, zrušil, nicméně totožné pravidlo je obsaženo i v předvěti § 363 odst. 2 (do nálezu Ústavního soudu byly tyto normy duplicitní, což bylo právě jedním z důvodů pro zrušení věty páté § 2 odst. 1).

5. PLATNÁ PRÁVNÍ ÚPRAVA Z HLEDISKA UPLATNĚNÍ PRINCIPU AUTONOMIE VŮLE V PRACOVNÍM PRÁVU A JEHO ZÁKLADNÍCH LIMITACÍ

Z pohledu aplikace principu autonomie vůle v pracovněprávních vztazích zůstává i po nálezu Ústavního soudu základ relevantní právní úpravy obsažen v § 2 odst. 1 a § 363. Právě za použití těchto ustanovení totiž mají účastníci pracovněprávních vztahů dojít k závěru, která ustanovení zákoníku práce jsou kogentní a nepřipouštějí žádné odchýlení se od nich, ve kterých se ochranná funkce pracovního práva projevuje tak, že odchylka od nich je možná jedině ve prospěch zaměstnance, a která ustanovení jsou dispozitivní a tudíž umožňují účastníkům dojednat, resp. stanovit svá práva a povinnosti odchýlným způsobem.

Postup pro posouzení, zda se účastníci pracovněprávních vztahů mohou odchýlit od práv a povinností obsažených v zákoníku práce, bude po rozhodnutí Ústavního soudu vypadat následovně.

V první řadě je nutné zjistit, zda je daná problematika upravena v ustanovení, obsaženém ve výčtu § 363 odst. 1 nebo odst. 2. Jestliže dané ustanovení je obsaženo ve výčtu, je nepochybné, že se od něj lze odchýlit pouze ve prospěch zaměstnance, resp. se od něj není možné odchýlit vůbec.

Pokud tomu tak není, je nutné posoudit, zda je v daném ustanovení obsažen výslovný zákaz sjednat si práva nebo povinnosti odchýlně. Takový zákaz je dán, pokud v ustanovení narazíme na dikci „nesmí“, „musí“, „může jen“, „může pouze“, „smí být jen“ apod.

Jestliže v ustanovení takovýto výslovný zákaz obsažen není, musíme na možnost odchýlení se usoudit z povahy daného ustanovení. Za použití příslušných výkladových metod bude v takovém případě nutné posoudit, zda jsou práva či povinnosti upravené daným ustanovením pro průběh pracovněprávních vztahů natolik významné a důležité, že z této jejich samotné povahy vyplývá, že není přípustné, aby byly nahrazovány jiným smluvním ujednáním.

Tento způsob posuzování možnosti odchýlit se od zákona je třeba zdůraznit zejména směrem k ustanovením, na něž se vztahovaly zrušené věty druhá a třetí § 2 odst. 1 zákoníku práce. Nadále bude nutné i s ustanoveními, na která se vztahovala některá z výjimek uvedená ve zrušených větách (viz výše), postupovat podle mechanismu popsaného výše. K tomuto závěru se mimo jiné přiklonil i Ústavní soud v odůvodnění svého nálezu.

Pokud se pak např. týká možnosti odchýlit se od právní úpravy účastníků pracovněprávních vztahů, bude nutno vycházet zejména z povahy těchto ustanovení, z níž lze vyvodit, že se jedná o ustanovení kogentní a odchýlení se od nich tedy nepřipadá v úvahu.

Ohledně norem upravujících náhradu škody bude nutné vyjít ze znění konkrétních ustanovení a případně z jejich povahy usoudit, zda se od nich je nebo není možné odchýlit. Stejně jako u

úpravy účastníků pracovněprávních vztahů i zde ve většině případů dojdeme k závěru, že se jedná o ustanovení, kogentní, od nichž není smluvní odchylka přípustná.

Výsledkem popsané konstrukce právní úpravy možnosti uplatnění autonomie vůle (principu „co není zakázáno, je dovoleno“) v pracovněprávních vztazích je, že na valnou většinu norem zákoníku práce je třeba hledět jako na normy kogentní, které nepřipouštějí jakoukoli smluvní odchylku. Je zřejmé, že v řadě případů je kogentní povaha norem zákoníku práce nezbytná, a to ať už s ohledem na ratifikované mezinárodní smlouvy vztahující se k pracovněprávní problematice, které jsou pro Českou republiku závazné, nebo na členství v Evropské unii, z něž vyplývá mimo jiné povinnost harmonizovat naše právo s evropskými směrnici, případně z nejobecnějšího hlediska v souvislosti s ochrannou funkcí pracovního práva, jejíž uplatnění se bez kogentních norem zakotvujících garanci základních sociálních standardů zaměstnanců při výkonu závislé práce neobejde.

Právě v těchto momentech lze podle mého názoru shledat nejpodstatnější limity uplatnění smluvní svobody v pracovněprávních vztazích. Tyto limity jsou přitom víceméně nepřekonatelné bez narušení základních a výchozích principů pracovního práva, resp. v některých případech bez rizika vystavení se sankcím za nedodržování evropského, případně mezinárodního práva. Jsou důvodem, pro které je pracovní právo považováno za odvětví sice soukromoprávní, nicméně ovlivněné veřejnoprávní metodou regulace.

Neumím si přitom představit, že by jakákoli novela mohla tato omezení uplatnění smluvní svobody v pracovněprávních vztazích významněji zúžit. V některých případech samozřejmě snížení ochranného působení pracovního práva vedoucí k posílení prvků smluvní svobody v individuálních pracovněprávních vztazích možné je (např. v oblasti stávající právní úpravy ochrany pracovního místa). V celé řadě jiných oblastí, zejména těch, na kterých dopadají evropské směrnice, případně mezinárodní smlouvy v čele s Úmluvami Mezinárodní organizace práce, ovšem k opuštění kogentní povahy zákoníku práce dojít nemůže.

Za další limit uplatnění smluvní svobody v pracovněprávních vztazích musím označit právní úpravu, jež obsahuje aplikační pravidla týkající se možnosti odchýlit se od norem obsažených v zákoníku práce či naopak zákazu takového odchýlení. Tato úprava je totiž zejména kvůli nutnosti usuzovat na možnost odchýlení se od konkrétních ustanovení z jejich povahy v kombinaci s jejich slovním vyjádřením a ještě v propojení s výčtovou metodou, jejímž výrazem je § 363 zákoníku práce, i po zjednodušení provedeném náležením Ústavního soudu velmi složitá a nepřiměřeně náročná z hlediska správného výkladu.

Zejména s ohledem na tuto okolnost související s převážně kogentní povahou zákoníku mohu i na základě určitých praktických zkušeností s aplikací zákoníku práce zhodnotit, že se záměr vystavět zákoník práce na principu „co není zakázáno, je dovoleno“, víceméně nepovedl. Předvěti § 2 odst. 1 zákoníku práce stanovící možnost odchýlit se od práv a povinností upravených v zákoníku práce lze považovat za jakousi alibistickou proklamaci, k jejímuž faktickému naplňování vlastně nedochází. Než aby totiž smluvní strany riskovaly, že se například v pracovní smlouvě odchýlí od ustanovení zákoníku práce, které považují za dispozitivní, aby poté narazily na stanovisko kontrolního orgánu, podle kterého je konkrétní norma z povahy věci kogentní a odchylka od ní není přípustná, raději se do žádného experimentování se zásadou „co není zakázáno, je dovoleno“ nepouštějí.

V praxi potom k tomu, že by se například zaměstnanci a zaměstnavatelé odchylovali od norem zákoníku práce, dochází jen velmi zřídka, neboť účastníci pracovněprávních vztahů

k zákoníku práce do určité míry ze setrvačnosti, do určité míry s ohledem na výše popsané problémy stávající úpravy, přistupují jako k přepisu, který je kogentní jako celek.

K tomuto výkladovému a aplikačnímu přístupu k zákoníku práce navíc napomáhají i některé právní názory vyskytující se v odborných publikacích, které pravidlo stanovící obecnou možnost se až na „výjimky“ od zákoníku práce odchýlit prakticky ignorují a tvrdí, že zákoník práce připouští smluvní odchylku pouze na těch místech, kde výslovně upravuje možnost dohody či určitého jednání¹⁷.

Překážka uplatnění autonomie vůle v pracovněprávních vztazích spočívající ve složitosti a nejednoznačnosti právní úpravy přitom je odstranitelná a odstraněna by být měla. Stávající stav je totiž takový, že smluvní svoboda a princip dispozitivní právní úpravy se v pracovněprávních vztazích může uplatnit, nicméně i tato, byť omezená možnost zůstává s ohledem na komplikovanou právní úpravu povětšinou nevyužitá.

Lze si potom klást otázku, k čemu je taková právní úprava, kladoucí subjektům pracovněprávních vztahů takřka nepřekonatelné výkladové překážky, dobrá. Jistě, můžeme na jejím základě tvrdit, že zákoník práce je vystavěn na principu „co není zakázáno, je dovoleno“. Jestliže ovšem při bližším pohledu zjistíme, že samotná tato právní úprava faktickému uplatnění tohoto principu spíše než napomáhá brání, jeví se tento výsledek nakonec poněkud rozpačitě.

Bohužel, zákonodárce tato skutečnost podle všeho netrápí. Stávající právní úprava i určité diskuse týkající se její možné změny na mě působí tím dojmem, že zákonodárci v zásadě vyhovuje alibisticky se schovávat za obecné formulace, podle kterých je možné si sjednat práva a povinnosti odchýlně, pokud „z povahy věci nevyplývá, že to není možné“, případně pokud taková odchylka nenaruší „dobré mravy či veřejný pořádek“, s tím, že břemeno správného výkladu a aplikace v jednotlivých případech bohorovně ponechává na samotných účastnících pracovněprávních vztahů.

Podtextem takového přístupu je z mého pohledu teoretická nejasnost a zjevná bezradnost, a to navzdory snaze vydávat jej prostřednictvím učených akademických pojednání a od praxe odtržených teoretických frází za striktně vědecky podloženou, moderní a puristickou legislativní metodu.

Výsledek takovéto právní úpravy, jak byl výše popsán, ovšem rozhodně není ideální a z hlediska společenské efektivity právní regulace nevystavuje zákonodárci dobré vysvědčení.

Výše bylo konstatováno, že popsaná překážka uplatnění autonomie vůle spočívající v těžko a nejasně aplikovatelné právní úpravě by mohla a měla být minimalizována či zcela odstraněna. Klíčem řešení tohoto problému by měla být analýza jednotlivých ustanovení, či spíše institutů

¹⁷ Srov. například výčet dispozitivních norem zákoníku práce provedený v Kottbauer, A. a kol. *Zákoník práce. Komentář a předpisy a judikatura souvisící*. Praha: Linde Praha, a.s., 2007, str. 48 až 52. Autoři zde vycházejí z přesvědčení, že za „dispozitivní právní normy je potřebné považovat taková pravidla chování účastníků pracovněprávních vztahů, která neurčují povinně způsob chování, nýbrž umožňují jim, aby se určitým způsobem chovali, jestliže o to budou mít zájem.“ Takovéto vymezení dispozitivní normy je nicméně velmi nepřesné, neboť odpovídá spíše normám permisivním (dovolujícím) nežli dispozitivním, a mimo to zcela pomíjí pravidlo obsažené v § 2 odst. 1 zákoníku práce.

upravených v zákoníku práce, z toho hlediska, kde se natolik projevuje ochranná funkce pracovního práva, resp. kde je patrný dopad evropské či mezinárodní právní úpravy, že není možné uplatnění autonomie vůle připustit a kde tedy je nutné bezpodmínečně trvat na kogentní právní úpravě. Tyto instituty by pak měly být legislativně upraveny takovým způsobem, aby bylo adresátům práva zřejmé, že se jedná o kogentní úpravu. Docílit toho lze buď aplikací výčtové metody nebo velmi důslednou legislativní prací, jejímž výsledkem by měla být možnost usouzení na kogentní povahy normy na základě jejího slovního vyjádření, tedy prostřednictvím kategorické díkce vyplývající z použití slov „musí“, „nesmí“, „smí být jen“ apod.

Tam, kde by na základě provedené analýzy dospěl zákonodárce k závěru, že není nutné trvat na kogentní povaze úpravy, by měla nastoupit úprava dispozitivní. Na dispozitivní povahu jednotlivých norem by pak účastníci pracovněprávních vztahů mohli usoudit prostřednictvím argumentu a contrario ve vazbě na výše popsané zakotvení norem kogentních.

6. SHRNU TÍ

Popsanému napojení zákoníku práce na ústavní princip „co není zakázáno, je dovoleno“, ke kterému došlo přijetím zákona č. 262/2006 Sb. nelze upřít alespoň tolik, že otevřel cestu k chápání pracovního práva jako právního odvětví, jež je založeno na soukromoprávní postatě, a tím také k možnosti provázání zákoníku práce s občanským zákoníkem. V moderním pracovním právu by se totiž měly a nepochybně i mohou prosadit principy, na kterých je založena soukromoprávní metoda regulace, včetně autonomie vůle a dispozitivity právní úpravy.

Autonomie vůle má v pracovním právu své přirozené limity, spočívající v první řadě v jeho ochranné funkci. Samotná skutečnost, že pracovní právo musí, nechce-li rezignovat na své tradiční funkce, garantovat zaměstnanci jakožto slabší straně pracovněprávního vztahu určitý minimální sociální standard a poskytovat určitou ochranu jeho právnímu postavení, totiž prostor pro uplatnění autonomie vůle významně zužuje.

Celá řada těchto ochranných prvků navíc reflektuje mezinárodněprávní závazky, jimiž je Česká republika vázána, což jen dokresluje, že ochranná funkce pracovního práva není ve své podstatě přežitá a nadbytečná. Samozřejmě můžeme a měli bychom diskutovat o tom, kam až má ochranná funkce moderního pracovního práva sahát a nepochybně přitom můžeme odhalit oblasti, kde je její uplatnění zbytečné, ba dokonce škodlivé.

Tak jako tak ovšem musíme připustit, že autonomní vůle je a bude v pracovněprávních vztazích ochrannou funkcí jejich právní úpravy projevující se v kogentní právní úpravě celé řady institutů limitována. Tato skutečnost ovšem sama o sobě neznamená to, že by pracovní právo bylo z hlediska uplatnění smluvní svobody zcela ztraceno. Při důsledné analýze jednotlivých pracovněprávních institutů může být totiž nepochybně odstraněna celá řada oblastí, jejichž konkrétní úprava může být ponechána v dispozici účastníků pracovněprávních vztahů.

Právní úprava musí ovšem svým adresátům i v této oblasti vycházet vstříc. Má-li být skutečně respektován v Ústavním nálezu tolik akcentovaný princip seznatelnosti právní úpravy¹⁸, měl

¹⁸ Viz odůvodnění výše citovaného nálezu Ústavního soudu.

by zákonodárce vyjít z předpokladu, že právo nemá být psáno a vytvářeno a priori pro právníky, nýbrž pro jeho adresáty, kterým by mělo poskytovat rozumně uchopitelný způsob jeho aplikace.

Právě při důsledném prosazení tohoto východiska by i v pracovněprávních vztazích mohla být co možná nejvíce respektována vůle jeho účastníků podílet se na budování svého právního postavení prostřednictvím projevů své svobodné a suverénní vůle, aniž by tím došlo k rozbourání základních funkcí a východisek pracovního práva.

Literature:

- Galvas, M. a kol.: Pracovní právo, Brno: Masarykova univerzita, 2004, 671 str., ISBN 80-210-3558-7
- Galvas, M.: Malá poznámka k problematice základních zásad a funkcí pracovního práva pro přijetí nového ZP, in Právník, 2007, č. 9, str. 1001 - 1012, ISSN 0231-6625
- Fiala, J. a kol.: Občanské právo hmotné, Brno: Masarykova univerzita, 2002, 433 str., ISBN 80-210-2793-2
- Hochman, J., Kottbauer, A., Úlehlová, H., Trylč, L.: Zákoník práce. Komentář a předpisy a judikatura souvustící, Praha: Linde Praha, a.s., 2007, 959 str., ISBN 978-80-7201-671-6
- Hurdík, J., Hrušáková, M., Fiala, J.: Úvod do soukromého práva, Brno: Masarykova univerzita, 2003, 158 str., ISBN 80-210-2976-5

Reviewer:

Zdeňka Gregorová

Contact – email:

jaroslav.stransky@law.muni.cz

NEWYORSKÁ ÚMLUVA A AUTONOMIE VŮLE STRAN V MEZINÁRODNÍM ROZHODČÍM ŘÍZENÍ

KLÁRA SVOBODOVÁ

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Newyorská úmluva se zabývá autonomií vůle stran ve třech aspektech. Za prvé uznává právo stran zvolit si právo rozhodné pro rozhodčí smlouvu. Za druhé umožňuje stranám upravit si složení rozhodčího tribunálu a průběh rozhodčího řízení. A v neposlední řadě počítá s možností stran zvolit si právo rozhodné pro rozhodčí řízení. Úmluva vzhledem ke své působnosti neupravuje přímo autonomii vůle stran v rozhodčím řízení. Její význam spočívá v tom, že autonomii vůle stran v mezinárodním rozhodčím řízení respektuje, čímž přispívá k tomu, že princip autonomie vůle stran je v současné době v mezinárodním rozhodčím řízení široce uznáván.

Key words in original language:

Newyorská úmluva, autonomie vůle stran, článek V odst. 1 pís. a), článek V odst. 1 pís. d), článek V odst. 1 pís. e), článek I.

Abstract:

The New York Convention deals with the party autonomy at three places. First, it recognizes the right of parties to choose the law governing the arbitration agreement. Secondly, it enables the parties to regulate the composition of arbitral tribunal and the arbitration proceedings. And last but not least it counts on possibility that the parties have the right to choose the law governing arbitration. The Convention does not regulate directly the party autonomy in international commercial arbitration. Its importance rests in the fact that it respects the party autonomy in international commercial arbitration which has contributed to the wide recognition of the principle of party autonomy in modern international commercial arbitration.

Key words:

New York Convention, party autonomy, Article V(1)(a), Article V(1)(d), Article V(1)(e), Article I.

1. ÚVOD

Co mají společného Úmluva OSN o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů (dále jen Newyorská úmluva) a princip autonomie vůle stran? Na první pohled by se mohlo zdát, že nic. Newyorská úmluva upravuje vykonatelnost rozhodčích smluv a uznání a výkon rozhodčích nálezů, je tedy primárně určena orgánům svých smluvních států. Jak se tedy dotýká autonomie vůle stran v rozhodčím řízení?

Newyorská úmluva v současné době bezesporu představuje základ úpravy uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů. Mimoto zasahuje i otázku vykonatelnosti rozhodčích smluv. Newyorská úmluva je jednou z nejúspěšnějších mezinárodních smluv, které kdy byly přijaty. Podstatně zjednodušila uznání a výkon cizích rozhodčích nálezů a přispěla k harmonizaci národního práva v této oblasti.

Newyorská úmluva hovoří o autonomii vůle stran na třech místech – v ustanovení článků V odst. 1 pís. a), c) a článku V odst. 1 pís. e) společně s článkem I. Newyorská úmluva neupravuje zásadu autonomie vůle stran v mezinárodním rozhodčím řízení přímo, vzhledem k jejímu předmětu úpravy to ani není možné. Význam výše zmíněných ustanovení úmluvy však spočívá v tom, že úmluva autonomii vůle stran respektuje a tím přispívá k potvrzení existence tohoto principu v mezinárodním rozhodčím řízení. Cílem tohoto příspěvku je analýza příslušných ustanovení včetně judikatury národních soudů smluvních států Newyorské úmluvy a zhodnocení jejich významu pro zásadu autonomie vůle v mezinárodním rozhodčím řízení.

2. K PŮSOBNOSTI NEWYORSKÉ ÚMLUVY

Newyorská úmluva upravuje dvě otázky – uznání a výkon cizích rozhodčích nálezů a vykonatelnost rozhodčích smluv.¹ Její působnost se tak odvíjí především od vymezení pojmů cizí rozhodčí nález a rozhodčí smlouva. Úmluva samotná neobsahuje definici rozhodčího nálezu.² Pro účely úmluvy se za rozhodčí nález považuje rozhodnutí rozhodců, které konečným způsobem, celkově či částečně, řeší otázku, jež jim byla předložena.³ Úmluva nedopadá na mezitímní nálezy, procesní rozhodnutí rozhodců či předběžná opatření. V souvislosti s vymezením rozhodčího nálezu je vhodné zmínit i existenci výhrady podle článku I odst. 3, podle které lze omezit aplikaci úmluvy pouze na obchodní věci.

Pro vymezení cizího rozhodčího nálezu obsahuje Newyorská úmluva dvě kritéria. Prvním a základním kritériem je teritoriální hledisko, přesněji místo vydání rozhodčího nálezu. Žádná další podmínka není stanovena, Newyorská úmluva nevyžaduje existenci mezinárodního prvku v rozhodčím řízení, ze kterého vzešel rozhodčí nález.⁴ Newyorská úmluva vychází z principu univerzality, to znamená, že s rozhodčími nálezy ze smluvních i nesmluvních států je zacházeno stejně.⁵ Protože princip univerzality nebyl v době přijímání úmluvy obecně uznán, byla smluvním státům dána možnost výhrady. Použitelnost úmluvy je tak možné omezit pouze na rozhodčí nálezy vydané na území jiného smluvního státu. Tato výhrada bývá označována jako výhrada vzájemnosti. Vzhledem k současnému počtu smluvních států⁶ je však význam této výhrady poněkud limitován. Kromě teritoriálního hlediska obsahuje úmluva ještě jedno kritérium (označováno jako funkční) pro určení, zda se jedná o cizí nález. Cizím je

¹ Pojem vykonatelnost rozhodčí smlouvy – viz blíže Rozehnalová, N.: Zásada autonomie a zásada rozhodování rozhodců o své pravomoci – dvě stránky jednoho problému. Časopis pro právní vědu a praxi, 2008, č. 2, str. 112; Rozehnalová, N.: Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, str. 139, 157

² S výjimkou článku I odst. 2, který však není příliš nápomocný.

³ Lew, J.D.M., Mistelis, L.A., Kröll, S.M.: Comparative International Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 2003, str. 699; DiPietro, D., Platte, M.: Enforcement of International Arbitration Awards - The New York Convention. London: Cameron May, 2001, str. 30

⁴ Lew, J.D.M., Mistelis, L.A., Kröll, S.M.: Comparative International Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 2003, str. 700

⁵ Berg, A.J.: The New York Arbitration Convention of 1958. The Hague: T.M.C.Asser Institute, 1981, str. 12

⁶ 144

i takový rozhodčí nález, který není v zemi, kde se žádá o uznání a výkon, považován za domácí.⁷

Pokud jde o rozhodčí smlouvy spadající do rozsahu úmluvy, základní podmínky, které musí rozhodčí smlouva splňovat, uvádí článek II odst. 1. V případě uznání rozhodčích smluv mohou z pohledu aplikace úmluvy nastat tři situace. Rozhodčí smlouva se týká rozhodčího řízení v jiném státě, než kde je její existence před soudem namítána. Rozhodčí smlouva zakládá pravomoc rozhodců ve státě, kde je namítána její existence. Rozhodčí smlouva nespécifikuje místo konání rozhodčího řízení.⁸ Aby rozhodčí smlouva spadala do působnosti úmluvy, musí vykazovat vztah k jinému státu. Ten může mít podobu místa konání rozhodčího řízení (viz první situace), státní příslušnosti strany či předmětu rozhodčího řízení (druhá a třetí situace).⁹

3. VZTAH NEWYORSKÉ ÚMLUVY K JINÝM MEZINÁRODNÍM SMLOUVÁM A VNITROSTÁTNÍM ÚPRAVÁM

Newyorská úmluva upravuje svůj vztah k jiným mezinárodním smlouvám a vnitrostátním úpravám v článku VII. První odstavec tohoto ustanovení obsahuje dvě pravidla. Jednak je to pravidlo nepříznivějšího zacení, které umožňuje straně žádat o uznání a výkon rozhodčího nálezu podle jiné mezinárodní smlouvy nebo vnitrostátního předpisu. Druhým pravidlem je pak doložka kompatibility, podle které se Newyorská úmluva nedotýká platnosti jiných mezinárodních smluv. Zatímco vztah k vnitrostátním předpisům je ovlivněn pouze pravidlem nepříznivějšího zacházení, u vztahu k jiným mezinárodním smlouvám je nutné brát v potaz i doložku kompatibility.¹⁰

Smyslem doložky nepříznivějšího zacházení je zajistit výkon rozhodčích nálezů v co nejvíce případech. Sporné zůstává, pokud strana spoléhá na vnitrostátní předpis nebo jinou mezinárodní smlouvu, zda tím zcela vylučuje použití úmluvy. Existuje názor, že článek VII umožňuje vybírat mezi režimy uznání a výkonu, ale neumožňuje jejich kombinaci.¹¹ Setkat se ale lze i s názorem opačným, který připouští pomyslné vybírání třešniček z jednotlivých dortů, které představují jednotlivé úpravy uznání a výkonu.¹² Doložka nepříznivějšího zacházení dopadá i na vykonatelnost rozhodčích smluv.

⁷ Článek I odst. 1

⁸ Berg, A.J.: The New York Arbitration Convention of 1958. The Hague: T.M.C.Asser Institute, 1981, str. 57

⁹ Berg, A.J.: The New York Arbitration Convention of 1958. The Hague: T.M.C.Asser Institute, 1981, str. 57 - 70

¹⁰ Berg, A.J.: The New York Arbitration Convention of 1958. The Hague: T.M.C.Asser Institute, 1981, str. 81 - 82

¹¹ Berg, A.J.: The New York Arbitration Convention of 1958. The Hague: T.M.C.Asser Institute, 1981, str. 85 – 86; Rozehnalová, N.: Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, str. 96

¹² DiPietro, D., Platte, M.: Enforcement of International Arbitration Awards - The New York Convention. London: Cameron May, 2001, str. 171 -173

4. PROCES UZNÁNÍ A VÝKONU ROZHODČÍHO NÁLEZU

Newyorská úmluva neupravuje samotný proces uznání a výkonu rozhodčího nálezu. Ten je ponechán úpravě státu, kde se o uznání a výkon žádá.¹³ Úmluva pouze stanoví, že pro uznání a výkon rozhodčích nálezů, na něž se úmluva vztahuje nebudou stanoveny podstatně tíživější podmínky nebo vyšší soudní poplatky, než jsou stanoveny pro uznání a výkon domácích rozhodčích nálezů.¹⁴ To však neznamená, že úmluva vyžaduje národní zacházení s cizími rozhodčími nálezy.¹⁵

Podmínky uznání a výkonu jsou však stanoveny výlučně úmluvou, a to v člancích IV – VI. Úmluva tak upravuje důkazní břemeno, důvody pro odepření uznání a dokumenty, které je nutné předložit.¹⁶ Strana, která žádá o uznání je povinna pouze předložit dokumenty v souladu s článkem IV, prokázání existence některého důvodu pro odepření uznání pak v zásadě leží na straně, proti níž uznání směřuje. Důvody pro odepření uznání lze charakterizovat následovně. Důvody se dělí na dvě skupiny. První skupinu tvoří důvody, jejichž existenci je povinna prokázat strana, proti níž uznání směřuje. Druhá skupina obsahuje důvody, které soud zkoumá z úřední povinnosti. Důkazní břemeno tak v zásadě nese strana, proti níž výkon směřuje. Výčet důvodů je taxativní. Úmluva nepřipouští přezkum nálezu ve věci samé. Je na uvážení soudu, zda uznání a výkon odmítne, i když je prokázána existence některého z důvodů. Článek V odst. 1 posiluje autonomii vůle stran v rozhodčím řízení.¹⁷

5. ČLÁNEK V ODS. 1 PÍS. A)

Toto ustanovení můžeme v zásadě rozdělit na dvě části. První je problematika nezpůsobilosti stran rozhodčí smlouvy, kterou teď ponechme stranou. Druhá, pro nás momentálně zajímavější, je problematika neplatnosti rozhodčí smlouvy. Newyorská úmluva připouští možnost odepření rozhodčího nálezu, je-li rozhodčí smlouva neplatná. Protože se pohybujeme v oblasti mezinárodního rozhodčího řízení, vyvstává otázka, podle kterého práva se bude neplatnost rozhodčí smlouvy posuzovat.

Článek V odst. 1 pís. a) pro tento účel obsahuje dvě kolizní normy. Podle základního kolizního pravidla se otázka neplatnosti posoudí podle práva, kterou strany pro rozhodčí smlouvu zvolily. V případě, že tato volba práva neexistuje, posoudí se subsidiárně podle

¹³ Rozehnalová, N.: *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, str. 325

¹⁴ Článek III

¹⁵ DiPietro, D., Platte, M.: *Enforcement of International Arbitration Awards - The New York Convention*. London: Cameron May, 2001, str. 127

¹⁶ Fouchard, P.: *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, str. 968

¹⁷ Berg, A.J.: *The New York Arbitration Convention of 1958*. The Hague: T.M.C.Asser Institute, 1981, str. 264 - 267

práva země, kde byl vydán rozhodčí nález. Toto ustanovení tak jednoznačně upřednostňuje autonomii vůle stran nad teritoriální koncepcí rozhodčího řízení.¹⁸

5.1 URČENÍ ROZHODNÉHO PRÁVO PRO ROZHODČÍ SMLOUVU PODLE ČLÁNKU V ODS. 1 PÍS. A) – VOLBA PRÁVA ROZHODNÉHO PRO ROZHODČÍ SMLOUVU

Jak již bylo řečeno výše, článek V odst. 1 pís. a) obsahuje dvě kolizní normy pro určení práva rozhodného pro rozhodčí smlouvu.¹⁹ Tyto kolizní normy by měly být interpretovány unifikovaně a použity přednostně před kolizními normami země, kde je nález uplatňován.²⁰ To dokládají i rozhodnutí národních soudů. Jako příklad lze uvést rozhodnutí italského Nejvyššího soudu ve věci *Lanificio Walter Banci S.a.S. v Bobbie Brooks Inc.*²¹ Tento případ se týkal uznání rozhodčího nálezu vydaného ve státě Ohio, USA podle Pravidel Americké arbitrážní asociace v Itálii. Nejvyšší soud zde dospěl k závěru, že z pohledu článku V odst. 1 pís. a) jsou národní kolizní normy irelevantní.

Newyorská úmluva potvrzuje možnost stran zvolit si právo pro rozhodčí smlouvu a respektuje primát autonomie vůle stran před právem místa konání rozhodčího řízení. S tím souvisí i to, že úmluva připouští volbu práva rozhodného pro rozhodčí řízení.²² Strany si obvykle nevolí právo speciálně pro rozhodčí smlouvu. Jedním z případů, kdy by tak mohly učinit je situace, kdy volí právo rozhodné pro rozhodčí řízení odlišné od práva místa konání rozhodčího řízení.²³

Diskutabilní může být podoba, v jaké musí být právo pro rozhodčí smlouvu zvoleno. Pochybnosti nejsou v případě výslovné volby práva, což je však zejména v případě rozhodčí doložky velmi vzácné. Otázka ale vyvstává v případě, kdy strany zvolily právo pro smlouvu hlavní. Dopadá tato volba i na rozhodčí doložku ve smlouvě obsaženou?

Na tuto otázku obecně existují dva protichůdné názory. Na straně jedné jsou zastánci toho, že pokud smlouva hlavní obsahuje doložku o volbě práva, lze předpokládat, že strany zamýšlely její dopad jak na smlouvu hlavní, tak na rozhodčí doložku.²⁴ Tento názor nachází podporu

¹⁸ Berg, A.J.: The New York Arbitration Convention of 1958. The Hague: T.M.C.Asser Institute, 1981, str. 282

¹⁹ Fouchard, P.: Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 1999, str. 985

²⁰ Berg, A.J.: The New York Arbitration Convention of 1958. The Hague: T.M.C.Asser Institute, 1981, str. 291

²¹ Rozhodnutí Corte di Cassazione, Itálie, *Lanificio Walter Banci S.a.S. v Bobbie Brooks Inc.*, 15.4.1980, publikováno v VI Yearbook Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 1981, citováno podle Berg, A.J.: The New York Arbitration Convention of 1958. The Hague: T.M.C.Asser Institute, 1981, str. 291

²² Článek V odst. 1 pís. e), článek I odst. I

²³ Berg, A.J.: The New York Arbitration Convention of 1958. The Hague: T.M.C.Asser Institute, 1981, str. 192

²⁴ Dicey, A.V., Moris, J.H.C., Collins, L.: The Conflict of Laws. London: Sweet & Maxwell, 2000, str. 597, citováno podle DiPietro, D., Platte, M.: Enforcement of International Arbitration Awards - The New York Convention. London: Cameron May, 2001, str. 144; DiPietro, D., Platte, M.: Enforcement of International

v rozhodčích nálezích či soudních rozhodnutích. V *nálezu MOK č. 2626*²⁵ dospěli rozhodci k závěru, že je všeobecně přijímáno, že volba práva rozhodného pro smlouvu hlavní dopadá i na rozhodčí doložku. Stejně rozhodl i rozhodčí soud v *nálezu MOK č. 6379*.²⁶ Smlouva, která zde byla předmětem sporu obsahovala doložku o volbě italského práva. Rozhodčí soud v *nálezu* uvádí, že rozhodčí smlouva se řídí italským právem, protože tím se řídí smlouva hlavní. V rozhodnutí *Sonatrach Petroleum Corporation (BV) v Ferrell International Ltd*²⁷ dospěl soud k závěru, že tam, kde smlouva hlavní obsahuje volbu práva, rozhodčí doložka se rovněž řídí takto zvoleným právem, pokud pro ni nebylo výslovně zvoleno jiné právo.

Na druhé straně pak stojí názor, jenž vychází z autonomie rozhodčí smlouvy, která brání automatickému použití práva zvoleného pro hlavní smlouvu na rozhodčí doložku.²⁸ Rozehnalová uvádí, že přímým důsledkem uplatnění zásady autonomie rozhodčí doložky je samostatná existence obou smluv, v mezinárodním rozhodčím řízení se tak obě smlouvy mohou řídit jiným právem.²⁹ Z tohoto pohledu je zajímavé rozhodnutí *XL Insurance Ltd. v Owens Corning case*.³⁰ Spor se týkal pojistné smlouvy uzavřené mezi bermudskou pojišťovnou a výrobcem stavebních materiálů z USA. Smlouva obsahovala rozhodčí doložku s místem konání v Londýně a doložku o volbě práva státu New York. Po vzniku sporu zahájil výrobce soudní řízení v USA. Pojišťovna se obrátila na anglické soudy s žádostí o vydání anti-suit injunction s cílem zabránit řízení v USA. Jedna z hlavních otázek, kterou anglický Obchodní soud řešil, byla otázka práva rozhodného pro rozhodčí smlouvu. Soud dospěl k závěru, že strany zvolily místo konání rozhodčího řízení v Londýně, z čehož implicitně vyplývá, že právem rozhodným pro rozhodčí smlouvu je právo anglické. Podobný závěr vyplývá i z *nálezu MOK č. 6162*.³¹ Rozhodčí řízení probíhalo ve Švýcarsku, smlouva hlavní

Arbitration Awards - The New York Convention. London: Cameron May, 2001, str. 144; Tweeddale, A., Tweeddale, K.: Arbitration of Commercial Disputes. Oxford: Oxford University Press, 2005, str. 222

²⁵ Nález MOK č. 2626 publikováno v Jarvis, S., Derains, Y.: Collection of ICC Arbitral Awards 1974 – 1985. Paris: ICC Publishing, 1990, str. 316, citováno podle Lew, J.D.M.: The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause in: Berg, A.J.: Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series, No. 9 (1998). The Hague: Kluwer Law International, 1999, str. 143

²⁶ Nález MOK č. 6379, citováno podle Lew, J.D.M.: The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause in: Berg, A.J.: Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series, No. 9 (1998). The Hague: Kluwer Law International, 1999, str. 143

²⁷ Rozhodnutí *Sonatrach Petroleum Corporation (BV) v Ferrell International Ltd*, 2002, citováno podle Redfern, A.: Law and Practice of International Commercial Arbitration. London: Sweet & Maxwell, 2004, bod 2-86

²⁸ Berg, A.J.: The New York Arbitration Convention of 1958. The Hague: T.M.C.Asser Institute, 1981, str. 293

²⁹ Rozehnalová, N.: Zásada autonomie a zásada rozhodování rozhodců o své pravomoci – dvě stránky jednoho problému. Časopis pro právní vědu a praxi, 2008, č. 2, str. 118

³⁰ Rozhodnutí Commercial Court Queen's Bank Divison, Anglie, *XL Insurance Ltd. v Owens Corning*, 28.7.2000, citováno podle DiPietro, D., Platte, M.: Enforcement of International Arbitration Awards - The New York Convention. London: Cameron May, 2001, str. 146

³¹ Nález MOK č. 6162 *Konzultant (Francie) v Egyptský místní orgán*, 1992, publikováno v XVII Yearbook Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 1992, str. 153; citováno podle Tweeddale, A., Tweeddale, K.: Arbitration of Commercial Disputes. Oxford: Oxford University Press, 2005, str. 222

obsahovala doložku o volbě egyptského práva. Rozhodci vyslovili závěr, že právo rozhodné pro platnost rozhodčí doložky je právo švýcarské a nikoli právo zvolené stranami pro smlouvu hlavní. Také švédský Nejvyšší soud v rozhodnutí *Bulbank*³² dospěl k závěru, že platnost rozhodčí smlouvy se řídí právem státu, kde se rozhodčí řízení koná, i přestože smlouva hlavní obsahovala doložku o volbě práva.

Pojem v *nedostatku odkazu v tomto směru*³³ obsažený v článku V odst.1 pís. a) teoreticky připouští obě možnosti. Berg k tomuto problému uvádí, že hlavní smlouva a rozhodčí doložka plní odlišné cíle. Pokud si strany zvolí právo pro smlouvu hlavní, dávají rozhodci vodítko, které právo aplikovat ve věci samé. Newyorská úmluva připouští implicitní volbu práva rozhodného pro rozhodčí smlouvu, ale v případě rozhodčí doložky ji lze spíše vyvozovat z volby místa konání rozhodčího řízení než z volby práva pro smlouvu hlavní.³⁴ Z tohoto názoru je tak patrný teritoriální přístup k rozhodčímu řízení. Protože výslovná volba práva pro rozhodčí smlouvu je vzácností, právem rozhodným tak bude právo státu, kde se koná rozhodčí řízení. Právo rozhodné pro rozhodčí smlouvu tak mohou strany ovlivnit volbou místa konání rozhodčího řízení.

DiPietro a Platte zastávají opačný názor. Pokud smlouva obsahuje doložku o volbě práva, tato dopadá jak na smlouvu hlavní, tak na rozhodčí doložku. Doktrína autonomie rozhodčí doložky, která by mohla svědčit spíše pro opačný názor, se převážně týká situace, kdy je namítána neplatnost smlouvy. Neznamená ovšem, že rozhodčí doložka je zcela oddělenou entitou. Je příliš nadsazené tvrdit, že díky doktríně autonomie právo rozhodné pro smlouvu hlavní nemá žádný vliv na rozhodčí doložku.³⁵

5.2 ROZSAH ROZHODNÉHO PRÁVA PRO ROZHODČÍ SMLOUVU PODLE ČLÁNKU V ODS. 1 PÍS. A) – ŠÍŘE AUTONOMIE VŮLE STRAN

Dalším problémem, který vyvstává v souvislosti s rozhodným právem pro rozhodčí smlouvu, je okruh otázek, které spadají do jeho působnosti. Právo rozhodné pro rozhodčí smlouvu nedopadá na otázky, které se ve smluvním právu tradičně neřídí obligačním statutem. Klasicky se jedná o otázku způsobilosti stran.³⁶ Toto koneckonců potvrzuje i článek V odst. 1

³² Rozhodnutí Högsta domstolen, Švédsko, Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd v Al Trade Finance Inc., 27.10.2000, publikováno v XXVI Yearbook Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 2001, citováno podle: Redfern, A.: Law and Practice of International Commercial Arbitration. London: Sweet & Maxwell, 2004, bod 2-89

³³ Failing any indication

³⁴ Berg, A.J.: The New York Arbitration Convention of 1958. The Hague: T.M.C.Asser Institute, 1981, str. 293

³⁵ DiPietro, D., Platte, M.: Enforcement of International Arbitration Awards - The New York Convention. London: Cameron May, 2001, str. 145

³⁶ Poudret, J.F., Besson, S.: Comparative Law of International Arbitration. London: Sweet & Maxwell, 2007, str. 255; Lew, J.D.M.: The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause in: Berg, A.J.: Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series, No. 9 (1998). The Hague: Kluwer Law International, 1999, str. 120; Rozehnalová, N.: Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, str. 131; Pauknerová, M.: Rozhodčí řízení ve vztahu k zahraničí – otázky rozhodného práva. Právní rozhledy, 2003, č. 12, str. 589

pís. a) Newyorské úmluvy. Rozhodné právo rovněž nedopadá na otázky, které přímo podléhají lege arbitri neboli právu rozhodnému pro rozhodčí řízení. Přesný vztah mezi lege arbitri a právem rozhodným pro rozhodčí smlouvu závisí především na dvou faktorech – do jaké míry upravuje lex arbitri rozhodčí smlouvu a zda obsahuje kogentní ustanovení. Ta obvykle upravují dvě věci – arbitrabilitu a formu rozhodčí smlouvy. Tyto otázky pak nejsou upraveny právem rozhodným pro rozhodčí smlouvu.³⁷ Do jeho působnosti tedy spadají především tyto otázky: materiální platnost rozhodčí smlouvy, vady v uzavření smlouvy, důvody ukončení rozhodčí smlouvy, její výklad či věcný a osobní rozsah.³⁸ Otázka rozsahu rozhodného práva vyvstává i v souvislosti s článkem V odst. 1 pís. a).

5.2.1 FORMA ROZHODČÍ SMLOUVY

Dopadá podle článku V odst. 1 pís. a) právo rozhodné pro rozhodčí smlouvu také na formu rozhodčí smlouvy? V literatuře i judikatuře jako obvykle existují dva názory, jejichž protichůdnost vyplývá z odlišné interpretace textu pís. a), který začíná slovy *strany dohody zmíněné v článku II*. První názor tak vychází z toho, že pís. a) odkazuje výslovně na článek II, který upravuje formu rozhodčí smlouvy. Forma rozhodčí smlouvy se tak neřídí právem rozhodným pro formu rozhodčí smlouvy, ale unifikovaným pravidlem obsaženým přímo v úmluvě.³⁹ Druhý názor naopak uvádí, že forma se rovněž řídí právem rozhodným pro rozhodčí smlouvu a odkaz na článek II je pouze zbytečný dodatečný popis rozhodčí smlouvy. Článek II představuje pouze maximální požadavek, přes který národní zákonodárce nemůže jít.⁴⁰

K druhému názoru se přiklonil i italský Nejvyšší soud v již uváděném rozhodnutí *Lanificio Walter Banci S.a.S. v Bobbie Brooks Inc.* Podle něj nelze článek II aplikovat ve fázi uznání a výkonu rozhodčího nálezu, ale pouze při uznání rozhodčí smlouvy. Protože uznání a výkon rozhodčích nálezů jsou upraveny v článcích III – VI, článek II není možné v této fázi použít. Forma rozhodčí smlouvy tak musí být posouzena podle práva rozhodného pro rozhodčí smlouvu určeného na základě kolizních norem obsažených v článku V odst. 1 pís. a). Tento přístup je však vzácností. Argumentem proti tomuto závěru je především vnitřní jednota úmluvy. Na základě výše uvedeného by mohlo dojít k situaci, kdy rozhodčí smlouva bude na základě článku II shledána neplatnou ve fázi vykonatelnosti rozhodčí smlouvy, ale platnou ve fázi uznání a výkonu rozhodčích nálezů. Ustanovení úmluvy je nutné chápat propojeně s cílem dosáhnout maximální jednotnosti. Pokud rozhodčí smlouva nesplňuje požadavky

³⁷ Poudret, J.F., Besson, S.: *Comparative Law of International Arbitration*. London: Sweet & Maxwell, 2007, str. 255; Lew, J.D.M.: *The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause* in: Berg, A.J.: *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series, No. 9 (1998). The Hague: Kluwer Law International, 1999, str. 119 – 121; Rozehnalová, N.: *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, str. 113

³⁸ Poudret, J.F., Besson, S.: *Comparative Law of International Arbitration*. London: Sweet & Maxwell, 2007, str. 256 - 257

³⁹ Berg, A.J.: *The New York Arbitration Convention of 1958*. The Hague: T.M.C.Asser Institute, 1981, str. 284 – 187;

⁴⁰ DiPietro, D., Platte, M.: *Enforcement of International Arbitration Awards - The New York Convention*. London: Cameron May, 2001, 83 - 87

článku II, je stále možné žádat o uznání rozhodčího nálezů na základě jiné mezinárodní smlouvy nebo vnitrostátní úpravy, což umožňuje článek VII.⁴¹

Řecký Nejvyšší soud v případě *Agrimpex SA v J.F. Braun & Sons Inc.*⁴² odmítl uznat rozhodčí nález, protože forma rozhodčí smlouvy neodpovídala článku II odst. 2. Španělský Nejvyšší soud odmítl na základě článku V odst. 1 pís. a) uznat a vykonat rozhodčí nález v několika případech s odkazem na to, že rozhodčí smlouva nesplňovala požadavky článku II odst. 2 úmluvy. V prvním případě ve věci *Delta Cereales Ispana SL. V Barredo Hermann SA*⁴³ kupující Barredo Hermann SA a prodávající Delta Cereales Ispana SL uzavřeli smlouvu prostřednictvím makléře. Makléř zaslal kupujícímu potvrzení nabídky 20.9.1991. Proávající následně kupujícímu zaslal dvě kopie kupní smlouvy, z nichž jedna měla být kupujícím podepsána a vrácena. Kupující si obě ponechal. Jak potvrzení nabídky, tak smlouva odkazovaly na obchodní podmínky, které obsahovaly rozhodčí doložku. Po vzniku sporu zahájil prodávající podle doložky rozhodčí řízení v Paříži, kde rozhodci rozhodli v jeho prospěch. Poté požádal o uznání a výkon rozhodčího nálezů ve Španělsku. Nejvyšší soud dospěl k závěru, že rozhodčí smlouva nenaplnila formální požadavky článku II úmluvy.⁴⁴

5.2.2 ARBITRABILITA

Další spornou otázkou, která vyvstává v souvislosti s rozsahem rozhodného práva, je otázka zda článek V odst. 1 pís. a) dopadá i na neplatnost rozhodčí smlouvy v důsledku nearbitrability sporu. Arbitrabilita je totiž považována za podmínku platnosti rozhodčí smlouvy.⁴⁵ Berg uvádí, že neplatnost rozhodčí smlouvy z důvodu nearbitrability nespadá do působnosti článku V odst. 1 pís. a). Otázka arbitrability je ve fázi uznání a výkonu rozhodčího

⁴¹ Berg, A.J.: *The New York Arbitration Convention of 1958*. The Hague: T.M.C.Asser Institute, 1981, str. 286 - 287

⁴² Rozhodnutí Areios Pagos, Řecko, *Agrimpex SA v J.F. Braun & Sons Inc*, 14.1.1977, publikováno v IV Yearbook Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 1979, str. 269, citováno podle Berg, A.J.: *Why Are Some Awards Not Enforceable in*: Berg, A.J.: *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, ICCA Congress Series No. 12. The Hague: Kluwer Law International, 2005, str. 293

⁴³ Rozhodnutí Tribunal Supremo, Španělsko, *Delta Cereales Ispana SL. v Barredo Hermann SA*, 6.10.1998, publikováno v XXVI Yearbook Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 2001, str. 854 – 857, citováno podle Berg, A.J.: *Why Are Some Awards Not Enforceable in*: Berg, A.J.: *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, ICCA Congress Series No. 12. The Hague: Kluwer Law International, 2005, str. 294

⁴⁴ Podobně i Rozhodnutí Tribunal Supremo, Španělsko, 26.5.1998, publikováno v XXVII Yearbook Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 2002, str. 543 - 545, citováno podle Berg, A.J.: *Why Are Some Awards Not Enforceable in*: Berg, A.J.: *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, ICCA Congress Series No. 12. The Hague: Kluwer Law International, 2005, str. 294 a Rozhodnutí Tribunal Supremo, Španělsko, *Union de Cooperativas Agrícolas Epis-Centre v Aguicersa SL*, 7.7.1998, publikováno v XXVII Yearbook Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 2002 str. 546 - 550, citováno podle Berg, A.J.: *Why Are Some Awards Not Enforceable in*: Berg, A.J.: *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, ICCA Congress Series No. 12. The Hague: Kluwer Law International, 2005, str. 295

⁴⁵ Hanotiau, B.: *The Law Applicable to Arbitrability in*: Berg, A.J.: *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series, No. 9 (1998). The Hague: Kluwer Law International, 1999, str. 146

nálezu řešena pouze v článku V odst. 2 pís. a) a posuzována podle práva státu, kde se o uznání žádá.⁴⁶ Rozehnalová zastává opačný názor.⁴⁷ Pokud bychom zahrnuli arbitrabilitu do rozsahu práva rozhodného pro rozhodčí smlouvu podle článku V odst. 1 pís. a), pak by úmluva připouštěla možnost volby práva i pro otázku arbitrability. Pokud však vezmeme v úvahu, že právě arbitrabilita je pravidelně upravena kogetními normami legis arbitri a právní řády obvykle nepřipouštějí volbu práva pro tuto otázku, zdá se první názor oprávněnější.

5.2.3 OTÁZKY SPADAJÍCÍ DO PŮSOBNOSTI PRÁVA ROZHODNÉHO PRO ROZHODČÍ SMLOUVU

Právo rozhodné pro rozhodčí smlouvu dopadá na otázku existence, resp. neexistence smluvního konsenzu z důvodu omylu, násilí, podvodu či nepřiměřeného nátlaku. Prokázání těchto skutečností však bude velmi obtížné zejména tehdy, pokud rozhodčí smlouva splňuje formální požadavky článku II.⁴⁸ Judikatura v této otázce je tak vzácná. Jako doklad je možné uvést rozhodnutí Odvolacího soudu v Neapoli ve věci *KG Holzgrosshandlung v Giovanni G. Pecoraro*.⁴⁹ Příklad se týkal uznání rozhodčího nálezu vydaného v Rakousku v Itálii. Povinný namítal neplatnost rozhodčí smlouvy, protože byla uzavřena podvodem. Při podpisu smlouvy ho zástupce oprávněného neupozornil na rozhodčí doložku obsaženou ve smlouvě, která byla v němčině, jež povinný neovládá. Odvolací soud dospěl k závěru, že tuto otázku je třeba posoudit podle rakouského práva jako práva rozhodného pro rozhodčí smlouvu, protože Rakousko je místem vydání rozhodčího nálezu. Soud námitku nakonec zamítl, protože povinný nepředložil dostatečné důkazy o tom, že podle rakouského práva došlo k podvodu.

S nedostatkem smluvního konsenzu souvisí i neplatnost rozhodčí smlouvy z důvodu ekonomické či sociální převahy jedné ze stran. Tento případ neplatnosti může vyplývat jak z výslovného ustanovení právního řádu, tak z obecného pravidla typu nepřiměřeného vlivu.⁵⁰ Neplatnost rozhodčí smlouvy byla namítána před *Odvolacím soudem v Hamburgu*,⁵¹ který rozhodoval o uznání a výkonu rozhodčího nálezu vydaného v tehdejší Československu. Povinný se domáhal neplatnosti na základě §1025 odst. 2 německého Občanského soudního řádu, který výslovně upravuje neplatnost rozhodčí smlouvy na základě výše uvedeného důvodu. Odvolací soud námitku zamítl s tím, že na základě článku V odst. 1 pís. a) Newyorské úmluvy je právem rozhodným pro rozhodčí smlouvu právo československé, které

⁴⁶ Berg, A.J.: The New York Arbitration Convention of 1958. The Hague: T.M.C.Asser Institute, 1981, str. 288 - 289

⁴⁷ Rozehnalová, N.: Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, str. 328

⁴⁸ Berg, A.J.: The New York Arbitration Convention of 1958. The Hague: T.M.C.Asser Institute, 1981, str. 287

⁴⁹ Rozhodnutí Corte di Appello, Neapol, Itálie, G.A.Pap – KG Holzgrosshandlung v Giovanni G. Pecoraro, 13.2.1978, citováno podle Berg, A.J.: The New York Arbitration Convention of 1958. The Hague: T.M.C.Asser Institute, 1981, str. 288

⁵⁰ Berg, A.J.: The New York Arbitration Convention of 1958. The Hague: T.M.C.Asser Institute, 1981, str. 288

⁵¹ Rozhodnutí Oberlandesgericht, Hamburg, Německo, 14.10.1964, citováno podle Berg, A.J.: The New York Arbitration Convention of 1958. The Hague: T.M.C.Asser Institute, 1981, str. 288

podobné ustanovení neobsahuje. Tento důvod neplatnosti může být v současné době aktuální zejména v souvislosti se spotřebitelskými smlouvami.

5.3 POUŽITELNOST PRAVIDEL OBSAŽENÝCH V ČLÁNKU V ODS. 1 PÍS. A)

Článek V odst. 1 pís. a) a kolizní normy v něm obsažené se bezpochyby použijí při uznání a výkonu cizího rozhodčího nálezu, o čemž svědčí jeho zařazení v Newyorské úmluvě. To na druhou stranu vyvolává otázku, zda jsou tyto normy použitelné i před národními soudy v případě, kdy je namítána jejich nepravomoc v důsledku existence rozhodčí smlouvy podle článku II odst. 3. Kladná odpověď na tuto otázku brání riziku negativního konfliktu, tedy situaci, kdy by soud shledal na základě práva určeného bez ohledu na článek V odst. 1 pís. a), že nemá pravomoc, a následně by odmítl uznat a vykonat rozhodčí nález, protože rozhodčí smlouva by byla neplatná na základě práva určeného podle článku V odst. 1 pís. a).⁵² Pravidla obsažená v článku V odst. 1 pís. a) však nejsou použitelná před rozhodci nebo soudy, které rozhodují o zrušení rozhodčího nálezu.

6. ČLÁNEK V ODS. 1 PÍS. D)

Článek V odst. 1 pís. d) obsahuje dva důvody pro odmítnutí uznání a výkonu rozhodčího nálezu. První z nich je vada ve složení rozhodčího tribunálu, druhým pak vada průběhu rozhodčího řízení. Rozhodná je v této souvislosti primárně dohoda stran, chybí-li tato dohoda, je rozhodným právem právo státu, kde se rozhodčí řízení konalo. Článek V odst. 1 pís. d) tak opět upřednostňuje projev autonomie vůle stran před čistě teritoriálním konceptem rozhodčího řízení.

Článek V odst. 1 pís. d) je výsledkem touhy tvůrců úmluvy omezit roli práva státu, kde se konalo rozhodčí řízení, ve fázi uznání a výkonu rozhodčího nálezu. Ženevská úmluva z roku 1927 umožňovala odmítnout uznání a výkon, jestliže složení rozhodčího tribunálu či průběh rozhodčího řízení byly v rozporu s ujednáním stran a s právem země, kde se rozhodčí řízení konalo.⁵³ Článek V odst. 1 pís. d) je však zřídka namítán před soudy smluvních států úmluvy.

6.1 VZTAH UJEDNÁNÍ STRAN A PRÁVA STÁTU, KDE SE KONALO ROZHODČÍ ŘÍZENÍ

Základním pravidlem podle článku V odst. 1 pís. d) je autonomie vůle stran, právo místa konání rozhodčího řízení plní pouze subsidiární a doplňující roli. Použije se tedy pouze v případě, že zcela chybí ujednání stran o složení rozhodčího tribunálu nebo průběhu rozhodčího řízení, nebo v případě, že ujednání stran neřeší všechny aspekty.⁵⁴ Příkladem tady může být rozhodnutí Odvolacího soudu v Benátkách ve věci *S.A. Pando Compania Naviera v*

⁵² Poudret, J.F., Besson, S.: *Comparative Law of International Arbitration*. London: Sweet & Maxwell, 2007, str. 259

⁵³ Berg, A.J.: *The New York Arbitration Convention of 1958*. The Hague: T.M.C.Asser Institute, 1981, str. 323

⁵⁴ Berg, A.J.: *The New York Arbitration Convention of 1958*. The Hague: T.M.C.Asser Institute, 1981, str. 325

S.a.S. Filmo.⁵⁵ Rozhodčí doložka obsažená ve smlouvě o nájmu lodi stanovila, že jakékoli spory z uvedené smlouvy budou řešeny v rozhodčím řízení v Londýně třemi osobami, kdy každá ze stran jmenuje po jednom rozhodci a ti pak jmenují třetího rozhodce. Rozhodčí doložka však neobsahovala náhradní mechanismus pro případ, že některá ze stran nejmenuje rozhodce, což se skutečně stalo. Když žalovaný odmítl jmenovat rozhodce, žalobce postupoval v souladu s anglickou úpravou rozhodčího řízení. Odvolací soud v Benátkách uznal rozhodčí nález a potvrdil, že toto jednání bylo v souladu s pravidlem obsaženým v článku V odsy. 1 pís. d).

Z předchozího odstavce vyplývá, že vůle stran tu jednoznačně dominuje nad právem státu, kde se konalo rozhodčí řízení. Z toho vyplývá, že nelze odmítnout uznání a výkon rozhodčího nálezu z důvodu, že složení rozhodčího tribunálu či průběh rozhodčího řízení odpovídají dohodě stran, ale jsou v rozporu s kogentními normami práva státu, kde se konalo rozhodčí řízení. Naopak uznání a výkon by bylo možné odmítnout v případě, kdy složení tribunálu nebo průběh řízení sice odpovídají kogentním normám práva místa konání rozhodčího řízení, ale jsou v rozporu s ujednáním stran.⁵⁶

Jako příklad situace uvedené na druhém místě lze uvést rozhodnutí Odvolacího soud ve Florencii ve věci *Rederi Aktiebolaget Sally v S.r.l.. Termarea*.⁵⁷ Italský vlastník lodi a finský nájemce uzavřeli smlouvu o nájmu lodí, která obsahovala rozhodčí doložku. Podle ní se mělo rozhodčí řízení konat v Londýně podle úpravy rozhodčího řízení tam platné. Spory měly být rozhodnuty tribunálem složeným ze tří rozhodců, kdy každá ze stran měla jmenovat po jednom rozhodci a ti měli vybrat třetího. Rozhodčí doložka rovněž obsahovala postup pro případ, že některá ze stran rozhodce nejmenuje nebo se jmenování rozhodci neshodnou na osobě třetího rozhodce. V tomto případě měl být třetí rozhodce jmenován soudcem soudu s pravomocí v námořních věcech v uvedeném městě. Po vzniku sporu mezi stranami každá ze stran jmenovala rozhodce, ti však nejmenovali třetího. V rozhodčím nálezu to zdůvodnili tím, že jejich jednání bylo v souladu s tehdejšími zněním §9 odst. 1 anglického Zákona o rozhodčím řízení. Toto ustanovení bylo považováno za kogentní. Italský odvolací soud však odmítl uznat a vykonat rozhodčí nález, protože složení rozhodčího tribunálu neodpovídalo ujednání stran.

Uznání rozhodčího nálezu bylo rovněž odmítnuto v případě projednávaném *Odvolacím soudem v Basileji*.⁵⁸ Smlouva mezi švýcarským prodávajícím a německým kupujícím o prodeji ořechů obsahovala rozhodčí doložku, na základě které se mělo rozhodčí řízení konat podle Podmínek Komoditní asociace Hamburské burzy. Po vzniku sporu se německá strana domáhala řešení sporu ve dvou fázích – zjištění kvality zboží a stanovení výše náhrady škody.

⁵⁵ Rozhodnutí Corte di Appelo, Benátky, Itálie, S.A. Pando Compania Naviera v S.a.S. Filmo, citováno podle Berg, A.J.: The New York Arbitration Convention of 1958. The Hague: T.M.C.Asser Institute, 1981, str. 325 – 326

⁵⁶ Berg, A.J.: The New York Arbitration Convention of 1958. The Hague: T.M.C.Asser Institute, 1981, str. 327

⁵⁷ Rozhodnutí Corte di Appelo, Florencie, Itálie, Rederi Aktiebolaget Sally v S.r.l.. Termarea, 13.4.1978, citováno podle Berg, A.J.: The New York Arbitration Convention of 1958. The Hague: T.M.C.Asser Institute, 1981, str. 327

⁵⁸ Rozhodnutí Appellationsgericht, Basilej, Švýcarsko, 6.9.1968, citováno podle Berg, A.J.: The New York Arbitration Convention of 1958. The Hague: T.M.C.Asser Institute, 1981, str. 324

Švýcarský kupující s tím nesouhlasil a poté, co německá strana pokračovala v tomto způsobu řešení, odmítl se řízení zúčastnit. Uznání a výkon rozhodčího nálezu byly ve Švýcarsku odmítnuty Soudem prvního stupně, jehož rozhodnutí potvrdil Odvolací soud. Složení rozhodčího tribunálu ani průběh rozhodčího řízení nebyly v souladu s ujednáním stran, protože Podmínky Komoditní asociace neupravují dvoustrupňové rozhodčí řízení.

Turecký odvolací soud odmítl uznání rozhodčího nálezu na základě článku V odst. 1 pís. d) v případě *Metex Andelslag V.S. v Türkiye Elektrik Kumulu Genel Müdürlüğü General Directorate, Ankara*.⁵⁹ Rozhodčí nález byl vydán ve Švýcarsku ve sporu mezi finskou stranou a stranou vlastněnou tureckým státem. Rozhodčí doložka zahrnovala i toto ustanovení: "Rozhodci si vezmou za základ ustanovení této smlouvy a turecké právo." V průběhu rozhodčího řízení turecká strana namítala, že volba tureckého práva se vztahuje jak na meritum sporu, tak na procesní normy. Rozhodci však dospěli k závěru, že volba tureckého práva se netýká procesních norem. Finská strana následně žádala o uznání nálezu v Turecku, kde soud odmítl uznání s odůvodněním, že rozhodčí řízení nebylo v souladu s ujednáním stran. Lze však pochybovat, nakolik se zde jedná o správnou aplikaci Newyorské úmluvy.

Uznání rozhodčího nálezu bylo odmítnuto Obvodním soudem pro Jižní obvod, New York, USA v případě *Encyclopaedia Universalis SA v Encyclopaedia Britannica Inc.*⁶⁰ Soud odmítl uznat nález, protože předseda rozhodčího tribunálu nebyl jmenován v souladu s ujednáním stran. K odmítnutí uznání však nestačí pouze technické porušení dohody stran. To dokládá například rozhodnutí Nejvyššího soudu v Hong Kongu ve věci *China Nanahai Oil Point Service Cpn v Gee Tai Holdings Co. Ltd.*⁶¹ Rozhodčí smlouva požadovala rozhodce z Pekingského seznamu, skutečně jmenovaní rozhodci byli z Shezenského seznamu CIETAC. Soud však došel k závěru, že i když byli rozhodci vybráni ze špatného seznamu, strany se dohodly na rozhodčím řízení při CIETAC, což také proběhlo. Soud v rozhodnutí uvádí, že kdyby byla práva povinného porušena podstatným způsobem, rozhodl by jinak. Toto je však podle soudu zjevný případ toho, kdy soud může využít diskreční pravomoc, kterou mu dává úmluva.

6.2 POUŽITÍ ČLÁNKU V ODS. 1 PÍS. D)

Vztah mezi ujednáním stran a právem místa, kde se koná rozhodčí řízení, tak, jak vyplývá z článku V odst. 1 pís. d), se ovšem použijí pouze ve fázi uznání a výkonu rozhodčího nálezu podle úmluvy. Tato pravidla však neplatí v zemi, kde se koná rozhodčí řízení. Problém tedy

⁵⁹ Rozhodnutí Odvolacího soudu, *Metex Andelslag V.S. v Türkiye Elektrik Kumulu Genel Müdürlüğü General Directorate, Ankara*, 1.2. 1996, publikováno v XXII Yearbook Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 1997 str. 807 - 814, citováno podle Berg, A.J.: Why Are Some Awards Not Enforceable in: Berg, A.J.: New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond, ICCA Congress Series No. 12. The Hague: Kluwer Law International, 2005, str. 304

⁶⁰ Rozhodnutí District Court for the Southern District of New York, USA, *Encyclopaedia Universalis SA v Encyclopaedia Britannica Inc.*, 4.12.2003, citováno podle Tweeddale, A., Tweeddale, K.: Arbitration of Commercial Disputes. Oxford: Oxford University Press, 2005, str. 417

⁶¹ Rozhodnutí Supreme Court, Hong Kong, *China Nanahai Oil Point Service Cpn v Gee Tai Holdings Co. Ltd.*, 13.7.1993, publikováno v XX Yearbook Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 1995 str. 671, citováno podle DiPietro, D., Platte, M.: Enforcement of International Arbitration Awards - The New York Convention. London: Cameron May, 2001, str. 163

může nastat v případě, kdy například dohoda stran o složení rozhodčího tribunálu je v rozporu s kogentními normami práva země, kde se rozhodčí řízení koná. To sice není důvod pro odepření uznání a výkonu rozhodčího nálezu v jiném státě, ale může být důvodem ke zrušení nálezu ve státě konání rozhodčího řízení.⁶² Tolerance k principu autonomie vůle je větší v případě, kdy je hodnocena aplikace procesních norem ve fázi uznání a výkonu rozhodčího nálezu.⁶³

6.3 LIMITY UJEDNÁNÍ STRAN

Vyplývají ze samotné úmluvy nějaká omezení ujednání stran o složení rozhodčího tribunálu nebo průběhu rozhodčího řízení? Z výše uvedeného vyplývá, že tímto omezením pro účely uznání a výkonu nejsou kogentní normy práva místa konání rozhodčího řízení. Když nyní pomíneme možnost zrušení rozhodčího nálezu ve státě konání rozhodčího řízení, které potažmo zakládá důvod pro odepření uznání podle článku V odst. 1 pís. e), ujednání stran musí rovněž obstát proti ostatním ustanovením článku V Newyorské úmluvy. Tady přichází v úvahu zejména rozpor se zásadou spravedlivého procesu (článek V odst. 1 pís. b)) nebo rozpor s veřejným pořádkem (článek V odst. 2 pís. b)).⁶⁴

7. ČLÁNKY V ODS. 1 PÍS. E) A ČLÁNEK I ODS. 1

7.1 PRÁVO ROZHODNÉ PRO ROZHODČÍ ŘÍZENÍ (LEX ARBITRI)

Články V odst. 1 pís. e) a článek I odst. 1 připouštějí možnost stran zvolit si právo rozhodné pro rozhodčí řízení. Ještě než se blíže podíváme na tuto možnost, je nutné si alespoň stručně vymezit, co je to právo rozhodné pro rozhodčí řízení neboli lex arbitri. Lex arbitri zahrnuje všechna ustanovení upravující rozhodčí řízení v určité zemi, především formální platnost rozhodčí smlouvy, arbitrabilitu, složení rozhodčího soudu, základní procesní garance, pomoc soudů a soudní přezkum rozhodčího nálezu. Lex arbitri je právní systém, od kterého rozhodčí řízení odvozuje svoji platnost, který tvoří základ účinků rozhodčí smlouvy.⁶⁵ Lex arbitri je nutné odlišit od práva rozhodného pro rozhodčí smlouvu a procesních norem uplatněných v rozhodčím řízení. Lex arbitri je ve většině případů právní řád místa konání rozhodčího řízení, mluvíme pak o lege loci arbitri.⁶⁶

⁶² Berg, A.J.: *The New York Arbitration Convention of 1958*. The Hague: T.M.C.Asser Institute, 1981, str. 326

⁶³ Rozehnalová, N.: *Institut zrušení rozhodčího nálezu v mezinárodním prostředí*. Časopis pro právní vědu a praxi, 1999, č. 4, str. 353

⁶⁴ DiPietro, D., Platte, M.: *Enforcement of International Arbitration Awards - The New York Convention*. London: Cameron May, 2001, str.165

⁶⁵ Poudret, J.F., Besson, S.: *Comparative Law of International Arbitration*. London: Sweet & Maxwell, 2007, str. 83; Park, W.W.: *The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration*. 32 *International and Comparative Law Quarterly*, 1983, str. 23; Redfern, A.: *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. London: Sweet & Maxwell, 2004, body 2-08 – 2-11

⁶⁶ Park, W.W.: *The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration*. 32 *International and Comparative Law Quarterly*, 1983, str. 23; Redfern, A.: *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. London: Sweet & Maxwell, 2004, body 2-14 – 2-18

7.2 MOŽNOST STRAN ZVOLIT PRÁVO ROZHODNÉ PRO ROZHODČÍ ŘÍZENÍ A NEWYORSKÁ ÚMLUVA

V případě mezinárodního rozhodčího řízení jsou v zásadě dvě možnosti (kritéria), jak určit právo rozhodné pro rozhodčí řízení: místo konání rozhodčího řízení a úmysl stran. V současných úpravách mezinárodního rozhodčího řízení jednoznačně dominuje první, tedy teritoriální kritérium.⁶⁷

Newyorská úmluva počítá s možností, že se rozhodčí řízení řídí jiným právním řádem než právem státu, kde se rozhodčí řízení koná. To vyplývá už ze samotného druhého (funkčního) kritéria pro určení cizího rozhodčího nálezu, kterým se rozumí nález, jenž není ve státě výkonu pokládán za domácí. Úmluva však neuvádí nic bližšího o tom, jaký rozhodčí nález má být považován za cizí. Určení, zda se jedná o cizí rozhodčí nález je tak ponecháno státu, kde je žádáno o uznání a výkon.⁶⁸ Pro účely Newyorské úmluvy však v zásadě panuje shoda o tom, co se rozumí cizím rozhodčím nálezem v tomto případě. Jedná se o situaci, kdy se rozhodčí řízení řídí jiným právem, resp. rozhodčí nález byl vydán podle jiného práva, než práva státu, kde má být vydán.⁶⁹

Ve stejném smyslu je konstruován i článek V odst. 1 pís. e), který umožňuje odmítnutí uznání rozhodčího nálezu v případě, že se nestal závazným, byl zrušen nebo jeho výkon pozastaven orgánem země, podle jejíhož práva byl vydán. I tady je patrné, že Newyorská úmluva počítá s tím, že rozhodčí řízení se může řídit jiným právem, než právem státu, kde se koná. Soudy státu, jehož právo je rozhodné, pak mají pravomoc ke zrušení rozhodčího nálezu.

Jestliže Newyorská úmluva připouští, že se rozhodčí řízení může řídit jiným právem než právem státu, kde se koná, pak rovněž připouští možnost stran si toto právo zvolit, neboť vzhledem na výše uvedené je to jediná možnost, jak podrobit rozhodčí řízení jinému právu než právu místa konání. Druhé kritérium aplikace úmluvy a s ním související ustanovení v článku V odst. 1 pís. e) se do úmluvy dostalo na základě návrhu Francie a Německa. Původní návrh byl založen pouze na principu, že rozhodčí nález se řídí právem země, kde byl vydán. Francie a Německo však namítaly, že ve svých právních řádech připouštějí možnost stran zvolit si právo, kterým se bude řídit rozhodčí nález, odlišné od práva místa konání rozhodčího řízení. Jejich návrh by úspěšný a do úmluvy bylo zařazeno i druhé kritérium. V mezidobí však

⁶⁷ Kaufmann-Kohler, G.: Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure – The Role of the Law of the Place of Arbitration in: Berg, A.J.: Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series, No. 9 (1998). The Hague: Kluwer Law International, 1999, str. 337 - 341

⁶⁸ K posouzení této otázky mohou sloužit různá kritéria – státní příslušnost stran, rozhodné právo, předmět smlouvy, místo polohy věci, která je předmětem sporu apod.

⁶⁹ DiPietro, D., Platte, M.: Enforcement of International Arbitration Awards - The New York Convention. London: Cameron May, 2001, str. 29; Berg, A.J.: The New York Arbitration Convention of 1958. The Hague: T.M.C.Asser Institute, 1981, str. 23; Lew, J.D.M., Mistelis, L.A., Kröll, S.M.: Comparative International Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 2003, str. 701

jak německá, tak francouzská úprava zaznamenaly zjevný posun k teritoriálnímu přístupu,⁷⁰ vyvstává tak otázka o praktické využitelnosti tohoto kritéria v současné době.

8. ZÁVĚR

Newyorská úmluva se zabývá autonomií vůle stran ve třech aspektech. Za prvé jde o možnost stran zvolit si právo rozhodné pro rozhodčí smlouvu. Toto pravidlo se použije jak ve fázi uznání a výkonu rozhodčího nálezu podle úmluvy, tak ve fázi vykonatelnosti rozhodčí smlouvy podle článku II. Ve fázi uznání a výkonu rozhodčího nálezu má tak při posouzení otázky platnosti rozhodčí smlouvy přednost dohoda stran před právem místa konání rozhodčího řízení. Ne zcela jednoznačně zůstávají otázky podoby volby práva a rozsahu rozhodného práva pro rozhodčí smlouvu. Jednoduchá je situace v případě, kdy strany výslovně zvolí právo pro rozhodčí smlouvu. To je však málo pravděpodobné. Vyvstává tak otázka, zda volba práva pro smlouvu hlavní automaticky dopadá i na rozhodčí doložku. Tady proti sobě vystupují dva protichůdné názory vycházející z jiného chápání povahy rozhodčí smlouvy a hodnocení zásady autonomie. Právo rozhodné pro rozhodčí smlouvu podle článku V odst. 1 pís. a) úmluvy nedopadá na otázku arbitrability a formu rozhodčí smlouvy, která podléhá pouze článku II úmluvy. V obou případech se však lze setkat i s opačným názorem. Tyto otázky mají zásadní význam pro zhodnocení šíře autonomie vůle stran respektované úmluvou.

Ve druhém případě úmluva zakotvuje možnost stran upravit si složení rozhodčího tribunálu a průběh rozhodčího řízení. Takovéto ujednání stran pak má přednost i před kogentními normami práva místa konání rozhodčího řízení. Zde je však nutné mít na paměti, že toto pravidlo se použije pouze ve fázi uznání a výkonu rozhodčího nálezu podle úmluvy. Situace ve fázi konání rozhodčího řízení podle práva místa konání může být odlišná. Konečně pak úmluva počítá s možností stran zvolit si právo rozhodné pro rozhodčí řízení neboli *legem arbitri*. To vyplývá nejen z článku V odst. 1 pís. e), ale i z článku I, který vymezuje samotný rozsah působnosti úmluvy.

Newyorská úmluva má v současné době 144 smluvních států, patří tak k nejúspěšnějším mezinárodním smlouvám vůbec. Úmluva je páteří úpravy uznání a výkonu rozhodčích nálezů v mezinárodním prostředí a výrazně přispěla k unifikaci právní úpravy mezinárodního rozhodčího řízení. Newyorská úmluva neupravuje samotný průběh rozhodčího řízení, zahrnuje pouze ty aspekty rozhodčího řízení, kde vstupují na scénu národní soudy, tedy vykonatelnost rozhodčích smluv a uznání a výkon cizích rozhodčích nálezů. Úmluva tedy nemůže přímo upravovat autonomii vůle stran v rozhodčím řízení. Její význam ale spočívá v tom, že autonomii vůle stran v mezinárodním rozhodčím řízení respektuje, z čehož vyplývá, že tato je respektována i soudy smluvních států úmluvy. Úmluva tak bezpochyby přispěla k tomu, že princip autonomie vůle stran je v současné době jednou z hlavních zásad mezinárodní obchodní arbitráže.

⁷⁰ Blíže viz Kaufmann-Kohler, G.: Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure – The Role of the Law of the Place of Arbitration in: Berg, A.J.: Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series, No. 9 (1998). The Hague: Kluwer Law International, 1999, str. 337 - 342

Literature:

- Berg, A.J.: The New York Arbitration Convention of 1958. The Hague: T.M.C.Asser Institute, 1981, 385 stran
- Berg, A.J.: Why Are Some Awards Not Enforceable in: Berg, A.J.: New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond, ICCA Congress Series No. 12. The Hague: Kluwer Law International, 2005, str. 291 – 326
- Di Pietro, D., Platte, M.: Enforcement of International Arbitration Awards – The New York Convention. London: Cameron May, 2001, 215 stran
- Fouchard, P.: Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 1999, 1280 stran
- Hanotiau, B.: The Law Applicable to Arbitrability in: Berg, A.J.: Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series, No. 9 (1998). The Hague: Kluwer Law International, 1999, str. 146 - 167
- Kaufmann-Kohler, G.: Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure – The Role of the Place of Arbitration in: Berg, A.J.: Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9 (1998). The Hague: Kluwer Law International, 1999, str. 336 – 365
- Lew, J.D.M.: The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause in: Berg, A.J.: Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series, No. 9 (1998). The Hague: Kluwer Law International, 1999, str. 114 - 145
- Lew, J.D.M., Mistelis, L.A., Kröll, S.M.: Comparative International Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 2003, 953 stran
- Park, W.W.: The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration. 32 International and Comparative Law Quarterly, 1983, str. 21 - 52
- Poudret, J.F., Besson, S.: Comparative Law of International Arbitration. London: Sweet & Maxwell, 2007, 952 stran
- Pauknerová, M.: Rozhodčí řízení ve vztahu k zahraničí – otázky rozhodného práva. Právní rozhledy, 2003, č. 12, str. 587 – 594

- Redfern, A.: Law and Practice of International Commercial Arbitration. London: Sweet & Maxwell, 2004, 613 stran
- Rozehnalová, N.: Institut zrušení rozhodčího nálezu v mezinárodním prostředí. Časopis pro právní vědu a praxi, 1999, č. 4, str. 348 - 358
- Rozehnalová, N.: Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, 386 stran
- Rozehnalová, N.: Zásada autonomie a zásada rozhodování rozhodců o své pravomoci – dvě stránky jednoho problému. Časopis pro právní vědu a praxi, 2008, č. 2, str. 112 - 121

Reviewer:

Naděžda Rozehnalová

Contact – email:

svobodovak@email.cz

LEGAL CERTAINTY AND PARTY AUTONOMY IN CONFLICT OF LAWS

SIMONA TRÁVNÍČKOVÁ

Faculty of Law, Masaryk University, the Czech Republic

Abstract in original language:

Cílem této práce je představit koncept kolizně omezené volby práva na právo států, které mají s mezinárodní transakcí rozumný vztah, a koncept neomezené volby práva základní kolizní normou a srovnat míru právní jistoty účastníků smluvních závazkových vztahů s mezinárodním prvkem v obou těchto konceptech. Práce hodlá ověřit hypotézu, že koncept volby práva omezené pouze na volbu práva těch států, které mají k mezinárodněprávní transakci rozumný vztah, nabízí nižší úroveň právní jistoty než koncept kolizně neomezené volby práva.

Key words in original language:

Autonomie vůle stran; neomezená volba práva; omezení volby práva; interest analysis.

Abstract:

The aim of this paper is to introduce the concept of choice of law limited by the basic conflict rule and the concept of free choice of law and to compare a level of legal certainty of subjects of contractual commercial legal obligations in two different approaches – free choice of law on one side and choice of law limited on choosing the law of the state that bears a reasonable relation to the transaction on the other side. This paper wants to verify a hypothesis that the conception of choice of law limited by the basic conflict rule gives a lower standard of legal certainty to the contracting parties about the application of a chosen law as a governing law than the conception of free choice of law.

Key words:

Party autonomy; free choice of law; limitations of choice of law; interest analysis.

1. ÚVOD

Volba práva pro regulaci právních vztahů s mezinárodním prvkem je odrazem obecného soukromoprávního principu autonomie vůle stran v kolizním právu. Volba práva se postupem času stala základním řešením pro určování rozhodného práva pro smluvní závazkové vztahy, a to na obou stranách Atlantického oceánu. Vítězství autonomie vůle stran v kolizním právu poskytuje stranám závazkových právních vztahů s mezinárodním prvkem velkou míru právní jistoty, že soud nebo rozhodčí orgán upřednostní při určování rozhodného práva v první řadě právo zvolené stranami smlouvy. A teprve v případě neexistence zvoleného práva bude rozhodné právo určovat podle náhradních hraničních určovatелů.

Existuje řada koncepcí, které na volbu práva pohlížejí odlišně z hlediska jejího obsahu, rozsahu a omezení. Lze se proto setkat s přístupy, které umožňují svobodnou a ničím neomezenou volbu práva. Vedle toho existují i přístupy, které umožňují volbu práva jen ve vymezených případech a limitují volbu práva na přesně specifikovaný okruh právních řádů. Někde mezi těmito krajními přístupy se nachází i koncepce volby práva, která v základním

přístupu omezuje autonomii stran smlouvy ve volbě práva na právo těch států, které mají s právním vztahem rozumný vztah.¹

Tento přístup se začal opětovně rozebírat v polovině devadesátých let ve Spojených státech amerických, kdy se uvažovalo o revizi článku 1 Uniform Commercial Code (dále jen jako "UCC"). Uvažovalo se především o tom, zda má být v UCC pro nespotebitelské spory zavedena po vzoru Úmluvy o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (dále jen jako "Římská úmluva") "neomezená volba práva"² nebo zda má být pouze modifikováno jeho stávající znění omezující volbu práva na právo států, které mají s právním vztahem rozumný vztah.³ Po dlouhých debatách byl zvolen první přístup. Volba práva do té doby kolizně omezená pro nespotebitelské spory pouze na ty státy, které mají s daným právním řádem rozumný vztah, tak byla v UCC rozšířena i na ty státy, se kterými mezinárodní transakce žádný vztah nemá.

Pro evropskou tradici právního myšlení je velmi typický důraz na právní jistotu založenou na předvídatelných právních pravidlech. Pro angloamerický přístup je typická preference přístupu ad hoc, zohledňování konkrétních okolností daného případu, soudcovská pravomoc precedentem tvořit právo v případě, že jasné právní pravidlo chybí. Přestože tyto systémy vykazují značnou míru odlišnosti, je nutné konstatovat, že právě v oblasti kolizních norem pro smluvní závazkové vztahy jsou si oba koncepty v současné době velmi blízké. Oba stojí na preferenci autonomie vůle stran a umožňují – každý po svém – volbu rozhodného práva pro regulaci smluvních závazkových vztahů s mezinárodním prvkem.

Cílem této práce je představit oba výše zmíněné koncepty a porovnat míru právní jistoty subjektů mezinárodněprávních obchodních vztahů,⁴ kterou účastníkům právních vztahů s mezinárodním prvkem přináší. Práce hodlá ověřit hypotézu, že koncept volby práva omezené pouze na volbu práva těch států, které mají s mezinárodněprávní transakcí rozumný vztah, nabízí nižší úroveň právní jistoty než koncept kolizně neomezené volby práva.

¹ V anglickém originále se hovoří o právu států, které mají *reasonable relationship* s kontraktem, tzv. *interested states*. To lze do češtiny otrocky překládat jako právo zainteresovaných států, či více volně jako právo dotčených států. Termín "dotčený stát" je české právní vědě bližší než termín zainteresovaný stát, ale nejedná se o zcela zaměnitelné pojmy. Zainteresovaný stát je takový stát, který má zájem na tom, aby se na určitý právní vztah aplikovalo jeho právo. Dotčený stát je stát, který má s určitým závazkovým právním vztahem jakoukoli vazbu (místní, personální apod.). Neznamená to tedy, že by dotčený stát měl mít nutně zájem na tom, aby jeho právo bylo na určitý právní vztah aplikováno. Z toho plyne, že lze omezovat volbu práva buď na právo zainteresovaných států nebo na právo dotčených států, přičemž jejich okruh se v různých případech může různit. V obecné rovině se v obou případech jedná o omezení volby práva na předem nespécifikovaný okruh právních řádů.

² Rozuměj volba práva neomezená v samotné kolizní normě, ale omezená dalšími instrumenty obsaženými v Úmluvě o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy z roku 1980 (Římská úmluva), resp. v nařízení č. Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 593/2008, ze dne 17. června 2008, o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Řím I).

³ Tedy právě právo zainteresovaných států.

⁴ Tzn. mezinárodněprávních závazkových vztahů s vyloučením speciálních úprav pro spotřebitelské, pojišťovací a pracovněprávní spory.

2. PRÁVNÍ JISTOTA

Jak již bylo řečeno, právní jistota v soukromoprávních vztazích je jedním z těch principů, na které klade kontinentálněprávní uvažování velký důraz. Druhým z velmi podstatných principů vlastních kontinentálnímu právu je předvídatelnost řešení sporu, který z právního vztahu v budoucnu může vzejít. Boj mezi právní jistotou a ekvitou je tak starý jako právo samo.⁵ Na jedné straně stojí veřejný zájem na jasných, rovných a předvídatelných pravidlech (preferuje se *legislation*), proti tomu stojí zájem na rozhodování konkrétních sporů s přihlédnutím k jejich specifickým podmínkám daného sporu (preferuje se *judicature*). Často se říká, že *legislation* má blíže k abstraktnímu a systematickému myšlení kontinentálních Evropanů, zatímco systém založený na soudcovském rozhodování vyhovuje spíše praktickému a empirickému stylu Britů a Američanů.⁶ Jedním z výsledků těchto rozdílných přístupů je potom i předpoklad jiné míry právní jistoty subjektů soukromoprávních vztahů v obou těchto konceptech.

Soukromoprávní vztahy s mezinárodním prvkem jsou velmi specifickou oblastí, pro niž je typická počáteční neukotvenost právních vztahů k jednomu právnímu řádu a z toho na první pohled plynoucí nezřetelnost kogentně stanovených práv a povinností obou smluvních stran. I proto je třeba, aby se oba výše zmíněné principy – právní jistota a předvídatelnost – odrážely podstatnou měrou i v kolizním právu. To platí alespoň z pohledu kontinentálního Evropana.

Není třeba příliš zdůrazňovat, že právě v otázce právní jistoty a předvídatelnosti se objevuje zásadní rozdíl mezi soukromoprávními vnitrostátními vztahy a těmi s mezinárodním prvkem. Na čistě vnitrostátní soukromoprávní vztahy dopadá předem předvídatelná národní právní regulace. Vnitrostátní právní vztah, resp. spor z něj plynoucí je jak místně, tak časově i personálně ukotven k jednomu státu a jeho právu. Vnitrostátní právní regulace se může měnit v čase trvání právního vztahu, ale i tyto změny se odrážejí v právním vztahu předvídatelným způsobem.⁷ Formulace smluvních ujednání probíhá, resp. má plnou možnost probíhat se znalostí obecné právní úpravy a plně a vědomě má na ni možnost navazovat. Při sjednávání vnitrostátních závazků jejich subjekty vědomě mění dispozitivní ustanovení národního právního řádu, přičemž počítají s dopadem kogentních soukromoprávních a veřejnoprávních norem na jejich právní vztah. Míra právní jistoty ohledně obsahu práv a povinností plynoucích z jejich závazkového vztahu, stejně jako možnost předvídat, kde a podle jakých norem a jakým procesem bude jejich případný spor řešen, je ve vnitrostátních sporech vysoká.

Míra jistoty ohledně právní regulace soukromoprávních vztahů s mezinárodním prvkem je ovšem naprosto odlišná. Soukromoprávní vztahy s mezinárodním prvkem nejsou přirozeně vázány k určitému právnímu řádu. Jsou uzavírány ve velmi nestálém, proměnlivém prostředí. V okamžiku uzavírání smlouvy přirozeně nelze určit, kdo bude ve sporu žalobcem a kdo žalovaným, stejně tak je nejisté, kde se bude případný spor řešit. Z těchto důvodů nelze určit,

⁵ Neuhaus, P. H. Legal Certainty versus equity in the conflict of laws. *Law and Contemporary Problems*, 1963, č. 28, s. 795.

⁶ Neuhaus, P. H. Legal Certainty versus equity in the conflict of laws. *Law and Contemporary Problems*, 1963, č. 28, s. 795.

⁷ V českém právním řádu se toto odráží v přechodných ustanoveních jednotlivých zákonů, kde je definováno, jak se změna právní úpravy projeví v již existujících právních vztazích.

kteřé právní normy budou na daný právní vztah aplikovány.⁸ A to vyvolává onu značnou míru nejistoty o osudu celého smluvního závazkového vztahu.

Ačkoli *pacta sunt servanda* a pány smlouvy jsou její smluvní strany, přesto nelze smlouvu vytrhnout z účinků některého právního řádu a považovat ji za self-executive.⁹ Současná právní věda až na výjimky zastává názor, že soukromoprávní vztahy s mezinárodním prvkem budou vždy podřízeny některému právnímu řádu.¹⁰ V zásadě lze ale říci, že až do okamžiku vzniku sporu mezi stranami smluvního závazkového, který si autoritativní řešení vyžádá, účastníci smlouvy po právním řádu dopadajícím na smluvní závazkový vztah pátrat nemusí a velmi často ani nepátrají.¹¹ Až po vzniku sporu začnou strany hledat oporu pro svá tvrzení v rozhodném právu, jehož určení může být komplikované a závisí podstatnou měrou na tom, kde bude spor rozhodován. Pokud výsledek aplikace kolizních norem nezávisí na jasně stanovených právních pravidlech, ale je závislý na přesvědčení soudu o vyvažování zájmů stran v daném sporu, pak je právní jistota a předvídatelnost řešení sporu nižší.¹²

Nejistota ohledně osudu závazkových vztahů s mezinárodním prvkem pramení tedy především z toho, že v okamžiku uzavírání smlouvy není zcela zřejmé, kterému právnímu řádu je smluvní závazkový vztah podřízen. Posílení právní jistoty lze provést řadou způsobů. Některé z nich jsou více reálné a realizovatelné, jiné méně.¹³ Jedním z řešení, které se vyvinulo především pro oblast závazkových vztahů s mezinárodním prvkem a v současné době je hojně uplatňováno, je volba práva pro regulaci právních vztahů¹⁴ spojená s prorogací

⁸ Obecný nebo rozhodčí soud se bude při posuzování této otázky řídit vlastním procesním právem, vlastními kolizními normami. A proto je bez současné prorogace nebo platně uzavřené rozhodčí doložky obtížné předvídat, kde a podle jakých norem bude spor rozhodován.

⁹ Výrazem "self-executive" je míněna situace, kdy je smlouva vytržena z vazeb ke konkrétnímu právnímu řádu a právní vztah takovou smlouvou založený se reguluje pouze ustanoveními ve smlouvě.

¹⁰ Objevují se i tendence vedoucí k "samoregulaci" právního vztahu pouze samotnými smluvními ustanoveními, popř. regulaci právního vztahu pouze nestátními prostředky bez vazby na konkrétní právní řád. Tyto tendence odkazující na lex mercatoria se ale prozatím neprosadily.

¹¹ Jedním z pravidel platících v soukromoprávních vztazích je i známé "není žalobce – není soudce". Z tohoto pohledu může být smlouva de facto self-executive a to až do okamžiku, kdy vznikne spor týkající se této smlouvy (spor o její platnost, o plnění ze smlouvy apod.). V okamžiku, kdy vznikne spor, který je předložen k řešení soudu nebo rozhodčímu orgánu, je nutné hledat rozhodné právo pro závazkový vztah. Od toho okamžiku již smlouvy není self-executive, jelikož je na ní aplikováno nalezené rozhodné právo.

¹² Boer Th. M. De. Facultative choice of law : the procedural status of choice-of-law rules and foreign law. In *Recueil des Cours*, 1996, č. 257, s. 301.

¹³ Nabízí se samozřejmě univerzální unifikace hmotněprávních norem (v současné době těžko reálně představitelné řešení), nebo univerzální unifikace kolizních norem (ta je o stupeň jednodušší, ale ve skutečně univerzálním měřítku obdobně obtížně realizovatelná).

¹⁴ Předpokladem pro toto řešení je harmonizace kolizních norem pro smluvní závazkové vztahy s mezinárodním prvkem alespoň do té míry, že je možné spoléhat na to, že zvolené právo bude skutečně aplikováno, ať již je o vzniklém sporu rozhodováno kdekoli. Tato problematika bude dále diskutována.

soudu. Volba takového sudiště, které umožňuje volbu práva, a současná volba práva je tou z metod, které právní jistotě a předvídatelnosti přispívají v současné době asi nejvíce.¹⁵

3. VOLBA PRÁVA PRO REGULACI PRÁVNÍHO VZTAHU

Odhlédnuto od dále rozebíraných specifických omezení, obecná myšlenka umožnění volby rozhodného práva je založena na tom, že zvolí-li si smluvní strany právo pro regulaci jejich právního vztahu, ví již okamžiku volby práva, jakému právnímu režimu jejich závazkový vztah podléhá. Volbou práva pro regulaci závazkového vztahu se ukotví právní vztah k některému právnímu řádu a stabilizují se tak práva a povinnosti smluvních stran již v okamžiku provedené volby.¹⁶ A již v průběhu kontraktace a později i v průběhu existence smluvního vztahu se mají možnost chovat tak, jak rozhodné právo předpokládá, aby se vyhnuly případným nepříjemným dopadům jeho kogentních norem. Právní regulace smluvního závazkového vztahu s mezinárodním prvkem, který byl do té doby řízen pouze smluvními ustanoveními, získá rámec daný kogentními normami zvoleného práva. Mezery speciálně smluvně neupravené jsou vyplněny dispozitivními ustanoveními práva rozhodného. Na základě toho lze tedy uzavřít, že možnost zvolit si právo pro smluvní závazkový vztah s mezinárodním prvkem je velmi podstatným prvkem objevujícím se v moderním kolizním právu, který zásadním způsobem přispívá k právní jistotě subjektů mezinárodněprávních vztahů.¹⁷

Smutným paradoxem takto posílené právní jistoty je skutečnost, že ani právo zvolené stranami nemusí být v konečném důsledku právem rozhodným pro daný závazkový vztah. V praxi totiž neexistuje absolutně neomezená volba práva. Určitá její omezení existují vždy. Tato omezení lze rozdělit do několika okruhů. Může se jednat o omezení volby práva v základním kolizním řešení,¹⁸ omezení z důvodu povahy právního vztahu,¹⁹ omezení kogentními normami práva jinak rozhodného z důvodu ochrany slabší strany ve smluvním vztahu, omezení z důvodu aplikace imperativních norem, další omezení může vyplývat z aplikace výhrady veřejného pořádku apod. Různé koncepce volby práva k jejím omezením přistupují odlišně a využívají k tomu specifické prostředky. Použití různých kolizních předpisů umožňující volbu práva pro smluvní závazkové vztahy s mezinárodním prvkem ale obsahující odlišnou koncepci její limitace může proto vést v jednom případě k přijetí volby práva, v jiném případě bude stejně provedená volba považována za neplatnou. Výsledkem toho je zmíněný paradox – prostředek k posílení právní jistoty a předvídatelnosti řešení nastalého sporu (volba práva) nemusí v konečném důsledku k aplikaci zvoleného práva jako práva rozhodného vůbec vést.

¹⁵ Boer Th. M. De. Facultative choice of law : the procedural status of choice-of-law rules and foreign law. In *Recueil des Cours*, 1996, č. 257, s. 301.

¹⁶ Ta může být obecně provedena v okamžiku vzniku právního vztahu, dodatečně, po vzniku sporu apod. To závidí na kolizních normách práva, kde bude vzniklý spor řešen.

¹⁷ Lando, Ole. *Contracts*. In *International encyclopedia of comparative law*. 1976, díl III *International private law*, kap. 24, s. 33.

¹⁸ Sama kolizní norma umožňující volbu práva obsahuje nějaké omezení ve vztahu k možnosti volit si právo.

¹⁹ Spotřebitelské spory, pojišťovací spory, spory z přepravy, spory mezi zaměstnavatelem a zaměstnancem apod.

3.1 DVĚ KONCEPCE VOLBY PRÁVA

Ačkoli je tedy volba práva pro regulaci závazkových vztahů s mezinárodním prvkem hojně užívaným kolizním řešením, je nutné si uvědomit, že institut volby práva pro smluvní závazkové vztahy není v celosvětovém měřítku chápán totožně. Jednotlivé doktrinární přístupy k volbě práva se od sebe navzájem odlišují. Dále diskutované srovnání míry právní jistoty se bude týkat dvou doktrín. Jednou z nich je kolizně neomezená volba práva pro smluvní závazkové vztahy obsažená kupř. v Římské úmluvě, resp. nařízení Řím I. Tou druhou je kolizně omezená volba práva pouze na právo zainteresovaných států (právo států, které mají s právním vztahem rozumný vztah), tedy koncept tzv. interest analysis, který byl zakotven v UCC do roku 2001.

3.2 KOLIZNĚ NEOMEZENÁ VOLBA PRÁVA

Termín kolizně neomezená volba práva není zcela šťastný. Míní se jím zde to, že volba práva není omezena v základním přístupu, tedy v základní kolizní normě. V žádném případě to neznamená, že se jedná o volbu práva zcela neomezenou.

Základní kolizní norma může určit, zda mají smluvní strany možnost zvolit si pro svůj vztah jakýkoli existující právní řád nebo zda jsou v jeho volbě nějak omezeni.²⁰ Kolizně neomezená volba práva umožňuje smluvním stranám zvolit pro regulaci vztahu mezi nimi libovolný právní řád bez jakéhokoli omezení, které by se týkalo obsahu zvoleného právního řádu, nutné souvislosti mezi rozhodným právem a regulovaným právním vztahem, souvislosti mezi zvoleným právem a stranami sporu apod. Tato svobodná volba práva, *free choice of law*, tedy dává stranám plnou volnost ve výběru rozhodného práva.²¹

Příkladem formulace neomezené volby práva budiž článek 116 švýcarského zákona o mezinárodním právu soukromém: "Le contrat est régi par le droit choisi par les parties,"²² nebo čl. 3 odst. 1 Římské úmluvy: "Smlouva se řídí právem zvoleným stranami."

Faktická omezenost kolizně neomezené volby práva

Volba práva byla primárně zavedena proto, aby se předcházelo konfliktům v otázce aplikace rozhodného práva, nikoli proto, aby se stranám sporu umožnilo legálně se vyhnout použití jinak použitelných právních norem na jejich právní vztah.²³ Jak již bylo řečeno, svobodná volba práva současně nemusí a ve skutečnosti ani nemůže být zcela neomezená. Vždy zde

²⁰ V tuto chvíli bez ohledu na další mechanismy mezinárodního práva soukromého, které mohou neomezenou volbu práva usměrňovat.

²¹ Práva ve smyslu právního řádu určitého státu, nikoli práva jakožto určitého systému nestátních prostředků regulace.

²² Smlouva se řídí právem, které si strany zvolily (překlad autorka). Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP).

²³ Kramer, Larry. Appendix B: Letter from Larry Kramer to Harry C. Sigman, Esq., August 4, 1994. Vanderbilt Journal of Transnational Law, 1995, č. 455, roč. 28, s. 459.

musí existovat jisté brzdy, omezení, které jsou schopny korigovat nežádoucí dopady volby práva. Ty se vyskytují především ve třech základních případech:²⁴

- kdy existuje nerovná vyjednávací pozice strany smlouvy,
- kdy je třeba zamezit vyhýbání se zvlášť podstatným právním normám,
- kdy je třeba ochránit veřejný pořádek.

K tomu je třeba podotknout, že tyto mechanismy omezení aplikace zvoleného práva se mohou vyskytovat i v případě kolizně omezené volby práva, jíž bude věnována pozornost následovně. Nejedná se tedy o instituty používané výhradně v konceptu kolizně neomezené volby práva.

a) Nerovná vyjednávací pozice stran smlouvy

Projev autonomie vůle v kolizním právu ve smyslu možnosti zvolit si rozhodné právo pro závazkový vztah je odrazem obecného principu autonomie vůle stran. Postupem času dospěla teorie i praxe k závěru, že princip autonomie vůle stran je v soukromém právu aplikovatelný v plné míře pouze v těch případech, kdy jsou vyjednávací pozice stran srovnatelné, kdy v nich neexistují zásadní nerovnosti. Existují-li ale mezi subjekty výrazné nerovnosti ve vyjednávací pozici, právo se tyto nerovnosti snaží vyrovnávat. Strana se slabší vyjednávací pozicí (typicky se jedná o vztah podnikatel-spotřebitel) je tak právními normami zvýhodňována.

Z toho důvodu je i v kontextu mezinárodního práva soukromého nutné nalézt určité mechanismy, jak chránit stranu smlouvy se slabší vyjednávací pozicí.²⁵ Přístupů k tomuto řešení je samozřejmě několik. Může se jednat o kompletní vyloučení volby práva v případě výrazně nerovné vyjednávací pozice subjektů smlouvy nebo pouze o její podstatné omezení. Předstupněm k takové regulaci je ovšem schopnost vzájemného odlišení těch právních vztahů, v nichž jsou si jejich subjekty reálně rovny, a těch právních vztahů, kde tomu tak z různých důvodů není a nemůže být. V současné době je v rozvinutých státech již standardem chránit jako slabší stranu závazkových vztahů spotřebitele. Někteří teoretikové jsou dokonce toho názoru, že vnitrostátní hmotněprávní úprava spotřebitelského práva již často sama o sobě poskytuje vysokou míru ochrany spotřebitele, proto kolizní právo v těchto případech funguje pouze jako pojistka skutečné ochrany slabší strany.²⁶ Ochranné tendence slabší ze stran se vyskytují i u smluv pojišťovacích a pracovních, jak je vidět v Římské úmluvě nebo nařízení Řím I.

V této souvislosti se stále objevuje otázka, zda jsou chráněny dostatečně i subjekty, které mají sice značně menší vyjednávací pozici, ale nejsou spotřebiteli. Jedná se především o případy, kdy jsou mezi podnikateli uzavírány adhezní smlouvy, kdy jedna ze stran ač podnikatel je

²⁴ Jeunger, Friedrich K. Appendix A: Letter from Friedrich K. Jeunger to Harry C. Sigman, Esq., June 23, 1994. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1995, č. 455, roč. 28, s. 449.

²⁵ U volby práva umožňuje silnější vyjednávací pozice prosazení takové volby práva pro regulaci závazkového vztahu, která bude pro jednu ze stran výhodná na úkor strany druhé.

²⁶ Kramer, Larry. Appendix B: Letter from Larry Kramer to Harry C. Sigman, Esq., August 4, 1994. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1995, č. 455, roč. 28, s. 461

v citelně horším vyjednávacím postavení. Kramer v těchto případech přichází s myšlenou kolizně výhodnějšího postavení strany se slabší vyjednávací silou, které by byla kolizní normou dána možnost aplikovat pro ni výhodnější právo (právo státu, kde sídlí, nebo zvolené právo).²⁷ V obecné rovině lze uzavřít, že otázka ochrany podnikatelských subjektů se slabší vyjednávací silou²⁸ vyřešena stále není a její řešení se v dohledné době ani nerýsuje.²⁹

b) Zamezení vyhnouti se zvláště podstatným právním normám

Jedno z možných omezení autonomie stran v kolizním právu vyplývá i z veřejného pořádku. A to jak z jeho pasivní části – tzv. výhrady veřejného pořádku, tak z jeho aktivní složky – aplikace mezinárodně kogentních norem. Mezinárodně kogentní normy nejsou pouhými obyčejnými kogentními normami, jak je chápe vnitrostátní právo, tedy normy, od nichž se nelze smluvně odchýlit. Otázka vymezení, co to vlastně mezinárodněkogentní normy jsou, je jednou z nejobtížnějších otázek mezinárodního práva soukromého, už jen proto, že pojem mezinárodně kogentních norem není nikde definován a není pevně vymezen jejich okruh.³⁰

Imperativní normy (mezinárodně kogentní normy) jsou takové normy, jejichž povaha je tak zásadní, že jejich aplikaci nelze pominout, ani pokud se právní vztah řídí právem, jehož součástí tyto normy nejsou. Nelze jednoduše říci, že to jsou pouze normy práva veřejného. Imperativní povahu mají v našem právním řádu i některá ustanovení práva soukromého, např. některé normy rodinného nebo pracovního práva.³¹ Obecně lze tedy říci, že každá mezinárodní kogentní norma je kogentní normou, a to kogentní normou zvláštní povahy a jakési vyšší síly, zatímco každá kogentní norma rozhodně mezinárodně kogentní normou není.

Aplikace mezinárodně kogentních norem ve svém výsledku znamená, že i při použití zvoleného práva může být přiznán účinek právním normám jiného státu, jestliže tyto musí být v souladu s právem jiného státu ve stanoveném rozsahu aplikovány bez ohledu na to, kterým právem se smlouva řídí.³² Aplikace imperativních norem tedy ve výsledku znamená odepření aplikace norem zvoleného práva.³³

c) Výhrada veřejného pořádku

²⁷ Kramer, Larry. Appendix B: Letter from Larry Kramer to Harry C. Sigman, Esq., August 4, 1994. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1995, č. 455, roč. 28, s. 462

²⁸ Kupř. vztah obchodního řetězce a jeho dodavatele.

²⁹ K tomuto tématu viz Edwards, Pamela: *Into the Abyss: How Party Autonomy support Overreaching through the Exercise of Unequal Bargaining Power*. *John Marschall Law Review*, 2003, č. 36.

³⁰ O jejich obecné vymezení pro potřeby nařízení Řím I. se zákonodárci pokusili v jeho článku 9.

³¹ Kučera, Z.: *Mezinárodní právo soukromé*. Brno : Doplněk, 2004, s. 233 a násl.

³² Srov. čl. 7 Římské úmluvy.

³³ K imperativním normám jako limitu autonomie vůle stran v kolizním právu viz kupř. Trávníčková, Simona. *Limitation of choice of law - mandatory and internationally mandatory rules*. In *Dny práva - 2008 - Days of law*. Brno : Masarykova univerzita, 2008, s. 788-798.

Výhrada veřejného pořádku je další z typických možností odmítnutí aplikace zvoleného práva. Na rozdíl od použití imperativních norem přichází výhrada veřejného pořádku ex post, tedy po zjištění rozhodného práva a jeho obsahu. Pokud soud nebo rozhodčí orgán při zjišťování rozhodného práva dospěje k závěru, že použití nalezených norem by bylo ve zřejmém rozporu s veřejným pořádkem státu místa řešení sporu, je třeba aplikaci takových norem práva rozhodného odmítnout.

3.3 KONCEPT INTEREST ANALYSIS

Koncept interest analysis původně vychází z jedné z nejrozšířenějších doktrín mezinárodního práva soukromého ve dvacátém století v USA – *governmental interest analysis*. Jejím tvůrcem byl Brainard Currie. Interest analysis od ní ale v současné době vykazuje zásadní odlišnosti. Původní Currieho *governmental interested analysis* odmítá klasické pojetí kolizních norem. Dává přednost zájmům státu, které jsou vyjádřeny v hmotněprávních normách, i v situacích, které obsahují cizí prvek.³⁴ Currieho původní *governmental interested analysis* je postavena na velmi výrazné preferenci užití legis fori při řešení kolizí jednotlivých právních řádů. Podle této doktríny se rozhodné právo určuje podle toho, zda je dán zájem určitého státu na aplikaci vlastních právních norem, kterými takový stát sleduje určité cíle.³⁵ Přednost mají hmotněprávní normy toho státu, u kterého je dán nejvýraznější zájem na dosažení cílů sledovaných jeho normami.³⁶ V případě, že dojde ke středu zájmů dvou států, použije se legis fori, pokud je jedním ze zainteresovaných států stát soudu.³⁷

Interest analysis, jejímž zastáncem je kupř. prof. Larry Kramer, sice také dbá na zájmy státu na aplikaci vlastního práva, přitom ale nepreferuje aplikaci legis fori. Interest analysis v pojetí Kramera³⁸ vychází z toho, že každé právo je přijímáno za určitým účelem.³⁹ Stejně tak i aplikace práva by měla být ovlivněna rozumným důvodem, účelem. Otázkou zůstává, jak definovat onen státní zájem a jak určit, které právo lze považovat za právo zainteresovaných států. Kramerovy úvahy nad pojmem *state interest* ústí v to, že *state interest* je synonymem pro "účel", "politický záměr", za kterým byly právní normy určitého státu vydávány. Pokud by platilo, že státy nejednají za určitým účelem (že tedy neexistuje žádný *state interest*), pak by platil logický nesmysl, že právo nemá žádný účel. Podle Kramera tedy základní otázka nestojí v tom, zda existuje nějaký *state interest*, protože ten nutně existuje vždy, ale otázka zní, do jaké míry a jakým způsobem je možné takový existující státní zájem promítat

³⁴ Kegel, Gerhargd. Fundamental Approaches. In International encyclopedia of comparative law. 1986, díl III International private law, kap. 3, s. 29.

³⁵ Hradilová, V. Vývoj doktrín mezinárodního práva soukromého v USA. Právník, 2007, č. 8.

³⁶ Kramer, Larry. Appendix B: Letter from Larry Kramer to Harry C. Sigman, Esq., August 4, 1994. Vanderbilt Journal of Transnational Law, 1995, č. 455, roč. 28, s. 455.

³⁷ Více k *governmental interested analysis* lze nalézt ve stručnosti kupř. v Kegel, Gerhargd. Fundamental Approaches. In International encyclopedia of comparative law. 1986, díl III International private law, kap. 3.

³⁸ Kramer, Larry. Appendix B: Letter from Larry Kramer to Harry C. Sigman, Esq., August 4, 1994. Vanderbilt Journal of Transnational Law, 1995, č. 455, roč. 28, s. 456.

³⁹ V případě, že by tomu tak nebylo, tak by právo nemělo žádný smysl, právo tedy rozumně nějaký svůj účel – smysl mít musí.

do kolizního práva. Zájem státu je v závazkovém právu podle Kramera vyjádřen kupř. tak, že stát zakazuje stranám vytvářet určité druhy smluv.⁴⁰ Zájem stran ve vnitrostátních vztazích je tak vždy podřízen zájmu státu na tom, jaké konkrétní smlouvy dovolí stát uzavírat a jaké nikoli. Toto se projevuje v obsahu vnitrostátně použitelných hmotněprávních norem. Obdobně by mělo dle Kramera být umožněno státu projevit svůj zájem i v oblasti kolizních norem. Jedním ze stěžejních rozdílů mezi Kramerovým a Currieovým přístupem je tak v tom, že Kramer neomezuje aplikaci cizích právních řádů a nepreferuje lex fori. Kramerův přístup podmiňuje aplikaci rozhodného práva ve sporech s mezinárodním prvkem existencí podstatného vztahu mezi právním vztahem a aplikovatelným právem, což dostatečně vyjadřuje onen zájem zainteresovaného státu na aplikaci jeho hmotněprávních norem na daný právní vztah. A contrario, na právní vztah tak nelze aplikovat právo takového státu, který v daném právním sporu není rozhodným způsobem zainteresován.

Koncepce interest analysis tedy omezuje volbu rozhodného práva pouze na ty státy, které mají zájem na tom, aby bylo na určitý právní vztah aplikováno jejich právo. Otázkou samozřejmě je, které konkrétní státy to jsou. Rozhodnutí o tom je samozřejmě v pravomoci soudce. Ve vztahu k volbě práva potom ve své podstatě staví doktrína *interest analysis* další překážku. Tím, že omezuje možnost volby práva pouze na určitý okruh právních řádů, které mají vazbu k právnímu vztahu, a tak vylučuje možnost volby neutrálního práva, jak tom bude pojednáno níže.

Požadavek právní jistoty je typický pro kontinentální prostředí, kde stabilita a jistota účastníků právních vztahů ustupuje nejistému vyvažování práv a povinností ad hoc v anglo-americkém právu. Z tohoto pohledu je velmi zajímavé sledovat historický vývoj nahlížení na volbu práva v obou těchto právních systémech. Přes zcela odlišný vývoj kolizního práva v Evropě a v USA se v obou oblastech jinými prostředky dospělo, co se volby práva týče, v podstatě k obdobnému výsledku na počátku nového tisíciletí. Omezení volby práva pouze na právo států, které mají s právním vztahem rozumný vztah, bylo v UCC zakotveno až do roku 2001.⁴¹ Po dlouhých diskusích byl tento koncept opuštěn a do kolizní úpravy nespoteřbitelských závazkových byla po vzoru Římské úmluvy a ostatních důležitých mezinárodních úmluv zavedena neomezená volba práva. Současný § 1-301 UCC, který upravuje volbu práva, kolizně volbu práva nijak neomezuje a dovoluje smluvním stranám zvolit si jakékoli právo.⁴² Limitace volby práva v § 1-301 (f) UCC spočívá v současné době ve výhradě veřejného pořádku, která umožňuje soudům neaplikovat zvolené právo v tom rozsahu, ve kterém je v rozporu s veřejným pořádkem jinak rozhodného práva.

⁴⁰ Kramer, Larry. Appendix B: Letter from Larry Kramer to Harry C. Signam, Esq., August 4, 1994. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1995, č. 455, roč. 28, s. 457.

⁴¹ Článek I-105 UCC zakazoval stranám volbu práva v případě, že neexistoval žádný rozumný vztah mezi zvoleným právem a právem daným právním vztahem. V této kolizně omezené volbě práva se tak jasně promítala doktrína *interest analysis*. Vycházela z toho, že jen ty státy, které mají rozumný vztah k právnímu vztahu, mají zájem na tom, aby jejich právo bylo na daný právní vztah aplikováno.

⁴² Přesto v roce 2005 to byl pouze jeden stát - Virgin Islands - který revidovaný článek 1 UCC v celém jeho rozsahu začlenil do svého vnitrostátního práva. Více viz Graves, Jack M. Party Autonomy in Choice of Commercial Law: The Failure of Revised U. C. C. § 1-301 and a Proposal for Boarder reform. *Seton Hall Law Review*, 2005-2006, č. 59, s. 59.

Friedrich K. Juenger jako odpůrce interest analysis byl zastáncem toho názoru, že ponechání interest analysis v UCC (vazbu volby práva pouze na právo států s rozumným vztahem k právnímu vztahu) by šlo ostře proti tendencím, které převažují ve všech ostatních rozvinutých právních systémech. Z komparativního pohledu je pro Juengera přijatelnější pragmatismus, který vede k zavedení neomezené volby práva tak, jak jej zná kupř. Římská úmluva,⁴³ než ponechání omezení volby práva zájmem státu, ať už je tento definován jakkoli. S tímto postojem Breinerd Kramer zásadním způsobem nesouhlasí, když říká, že zavádět nějakou právní regulaci jen proto, že obdobná existuje v jiných státech, je nesmyslné.⁴⁴ Ale jak již bylo řečeno, na konci dlouhých debat zvítězil Juengerův pragmatismus.

4. SROVNÁNÍ OBOU KONCEPTŮ

Po nastínění myšlenkových základů obou přístupů je možné uvažovat o dopadu těchto konceptů na první jistotu účastníků obchodněprávních závazkových smluvních vztahů a předvídatelnost řešení nastalých sporů z takových právních vztahů.

Základní otázkou tedy je, zda je z hlediska právní jistoty a předvídatelnosti přínosnější omezovat volbu práva na právo zainteresovaných států, tedy států, které mají rozumný vztah k právnímu vztahu, nebo umožnit neomezenou volbu práva, kterou potom limitovat jinými prostředky.⁴⁵

4.1 PRÁVO S ROZUMNÝM VZTAHEM K PRÁVNÍMU VZTAHU

Cílem limitace volby práva z pohledu interest analysis je omezit možnost volby práva jen na takové právní řády, které mají nějakou spojitost s daným právním vztahem. Kramer tuto limitaci obhajuje tak, že autonomie vůle stran v kolizním právu existuje proto, aby byly jednodušeji řešeny možné konflikty jednotlivých právních řádů, a nikoli proto, aby se stranám smlouvy umožnilo vyhnout se použití práva, které by se aplikovalo při neexistenci možnosti zvolit si vlastní právo.⁴⁶ Další odpůrci neomezené volby práva argumentují tím, že rozšíření rozsahu volby práva může vést ke zneužívání a obcházení práva tak, že stát bude zbaven možnosti chránit a zvýhodňovat svými zákony své vlastní občany.⁴⁷

V případě omezení volby práva na právní řády se vztahem k právnímu vztahu se objevuje zásadní otázka - které státy lze v rámci této teorie považovat za ty, které mají na věci onen "zájem", které mají s právním vztahem zmíněný rozumný vztah. Nejistota o tom, který stát je

⁴³ Jeunger, Friedrich K. Appendix A: Letter from Friedrich K. Juenger to Harry C. Sigman, Esq., June 23, 1994. Vanderbilt Journal of Transnational Law, 1995, č. 455, roč. 28, s. 446.

⁴⁴ Kramer se vyjadřuje v tom smyslu, že zavádět neomezenou volbu práva do UCC jen proto, že se takový přístup objevuje kupř. v Římské úmluvě, je nesmysl. Kramer, Larry. Appendix B: Letter from Larry Kramer to Harry C. Sigman, Esq., August 4, 1994. Vanderbilt Journal of Transnational Law, 1995, č. 455, roč. 28, s. 458.

⁴⁵ Materializované kolizní normy ve specifických případech, výhrada veřejného pořádku, imperativní normy apod.

⁴⁶ Kramer, Larry. Appendix B: Letter from Larry Kramer to Harry C. Sigman, Esq., August 4, 1994. Vanderbilt Journal of Transnational Law, 1995, č. 455, roč. 28, s. 459.

⁴⁷ Graves, Jack M. Party Autonomy in Choice of Commercial Law: The Failure of Revised U. C. C. § 1-301 and a Proposal for Boarder reform. Seton Hall Law Review, 2005-2006, č. 59, s. 59.

možné v konkrétním právním vztahu považovat za zainteresovaný, způsobuje zásadní problémy při vymezování okruhu hypoteticky volitelných práv. Kramer v určování toho, který stát je státem zainteresovaným, nevidí žádný zásadní problém. Podle něho je zainteresovaným státem ten stát, kde má jedna ze smluvních stran sídlo nebo kde podniká, stejně tak jako jakýkoli stát, se kterým má daná smlouva přímou ekonomickou spojitost.⁴⁸ Za právo s oním rozumným vztahem je často považováno právo státu, kde byla smlouva uzavřena, kde je místo plnění smlouvy, kde je některá ze stran domicilovaná, kde má některá ze stran hlavní sídlo svých obchodních aktivit.⁴⁹ Ve skutečnosti je ale pojem "právo zainteresovaného státu", resp. právo státu, který má rozumný vztah s dotčeným právním vztahem, vágní a na právní jistotě subjektů právních vztahů podstatným způsobem ubírá.⁵⁰ Posouzení toho, které právo má nebo nemá rozumný vztah s dotčeným právním vztahem, je samozřejmě úlohou soudu. Soudům z mnoha praktických důvodů⁵¹ nelze vyčítat preferenci aplikace legis fori. Proto je více než pravděpodobné, že soudce za právo s rozumným vztahem ke sporu označí především legem fori, případně právo sídla smluvních stran.

Zásadní problém se vyskytne především v případě, kdy bude stranami zvoleno právo takového státu, který soud za zainteresovaný nebude považovat. V takovém případě se bude jednat o neplatnou volbu práva a soud bude určovat rozhodné právo sám za použití jiných kolizních kritérií. Z toho plyne, že zásadní požadavek právní jistoty účastníků právního vztahu o tom, jakým právem se jejich práva a povinnosti řídí, je omezováním volby práva na právo státu s rozumným vztahem k právnímu vztahu ve značné míře narušen. Volba práva může být prohlášena za neplatnou jen z toho důvodu, že zvolené právo soud neshledal právem s dostatečně rozumným vztahem k právnímu vztahu.

Kramer nabízel i náhradní řešení k rozšíření kolizně limitované volby právy zakotvené v bývalém § 1-105 UCC. Kromě volby práva zainteresovaného státu by si dle jeho návrhu mohly strany zvolit i právo jiného než zainteresovaného státu. A to v případě, že k tomu měly rozumný důvod (rational basis).⁵² Tímto rozumným důvodem může být dle Kramera kupř. to, že právo zainteresovaného státu není dostatečně rozvinuté, a proto je možné zvolit si aplikaci jiného práva, které obsahuje propracovanější úpravu.⁵³ Opět je zde vágní podmínka "rozumného důvodu" pro připuštění volby práva. Otevírá se tak sice možnost zvolit si právo nejen z okruhu právních řádů zainteresovaných států, ale posouzení platnosti takové volby

⁴⁸ Kramer, Larry. Appendix B: Letter from Larry Kramer to Harry C. Sigman, Esq., August 4, 1994. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1995, č. 455, roč. 28, s. 460.

⁴⁹ Rühl, Giesela. Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic convergence and Economic Efficiency. *CLPE Research Paper*, 2007, roč. 3, č. 4, s. 13.

⁵⁰ Závazný katalog toho, jaké státy jsou považované za zainteresované, není, je vždy v moci soudce, aby rozhodl, zda právo zvoleného státu lze považovat za právo státu, který má k právnímu vztahu rozumný vztah.

⁵¹ Znalost právního řádu, judikatury, literatury, aplikačních postupů, časová a finanční náročnost rozhodování, finanční a časové úspory při rozhodování apod.

⁵² Obdobná limitace je obsažena v *Restatement (Second) of Conflict of Laws*, § 187. Dostupné na <http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest187.html>, [citováno dne 17. 5. 2009].

⁵³ Kramer, Larry. Appendix B: Letter from Larry Kramer to Harry C. Sigman, Esq., August 4, 1994. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1995, č. 455, roč. 28, s. 461.

práva je opět v libovůli soudce. Navržené náhradní řešení namísto posílení jistoty ohledně skutečné aplikace zvoleného práva vnáší jen další nejistotu, protože nechává na soudci či rozhodci posouzení, zda zde existuje rozumný důvod k volbě práva jiného státu než státu zainteresovaného či nikoli.

Giesela Rühl⁵⁴ přichází na základě analýzy rozhodnutí amerických soudů k zajímavému závěru. Ač jsou americký i evropský přístup v teoretické rovině rozdílné, v praxi dochází často ke stejnému koliznímu řešení. Děje se tak proto, že americké soudy považují za ono podstatné spojení cizího práva s právním vztahem *de facto* každé právo. Tím se snižuje množství těch případů, v nichž by soudy odmítly aplikaci zvoleného práva. Otázkou v takové chvíli zůstává, proč vůbec volbu práva omezovat na právo s rozumným vztahem k právnímu vztahu, když výsledek je dle jejího zjištění v podstatě totožný jako u kolizně neomezené volby práva. I přes to, že se judikatura v řadě případů kloní k extenzivnímu výkladu pojmu "rozumný vztah", stále zůstává možnost odepření aplikace takového právního řádu s odkazem na nedostatek onoho podstatného spojení. A ona přetrvávající možnost vyloučení aplikace zvoleného práva přispívá k právní nejistotě.

Na základě výše uvedeného rozboru obou konceptů z teoretického pohledu lze dospět k závěru, že právní jistota smluvních stran o výsledné právní regulaci jejich právního vztahu s mezinárodním prvkem je vyšší v případě, že neexistuje hrozba prohlášení jejich volba práva za neplatnou z důvodu nedostatečné vazby zvoleného práva a jejich právního vztahu. Právní jistota smluvních stran je tedy z tohoto pohledu vyšší v konceptu kolizně neomezené volby práva.

4.2 PRÁVNÍ NEJISTOTA PRAMENÍCÍ Z ROZDÍLNÝCH KOLIZNÍCH ÚPRAV

V této souvislosti je podstatné si uvědomit, že přípustnost učiněné volby práva pro konkrétní právní vztah je posuzována především z pohledu *legis fori*, resp. *legis arbitri*. Byla-li by přípustnost volby práva primárně posuzována podle *legis causae*, dá se předpokládat, že by si smluvní strany zvolily takové právo, které jimi učiněnou volbu práva bude považovat za platnou. Vzhledem k tomu, že v okamžiku tvorby smluvní doložky o volbě práva bez současné platně uzavřené prorogační doložky strany s určitostí neví, ve kterém státě bude jejich případný soudní spor probíhat, nelze s jistotou prohlásit, že učiněná volba práva bude i při posuzování sporu obecným nebo rozhodčí soudem akceptována.

Z toho vyvstává zásadní požadavek na unifikaci, resp. harmonizaci právních úprav volby práva. Především v současné době, kdy neomezená volba práva je ve vyspělých zemích velmi rozšířeným hraničním určovatelem jak pro závazkové vztahy, tak pro další vztahy, je rozumné koncepčně upravovat kolizní normy pro smluvní závazkové vztahy jednotně nebo alespoň co nejpodobněji, což bude princip právní jistoty a předvídatelnosti posilovat. A to i s ohledem na skutečnost, že kolizně neomezená volba práva je v současné době zakotvena jak v článku 3 odst. 1 Římské úmluvy (Řím, 1980), tak čl. 7 odst. 1 Haagské úmluvy o právu rozhodném pro

⁵⁴ Rühl, Giesela. Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic convergence and Economic Efficiency. CLPE Research Paper, 2007, roč. 3, č. 4, s. 11 a násl.

smluvní závazkové vztahy (Haag, 1986) i v čl. 7 Mezi-americké úmluvy o právu aplikovatelném na mezinárodní smlouvy (Mexico City, 1994).⁵⁵

Lze tedy uzavřít, že právní jistotu účastníků právních vztahů s mezinárodním prvkem nejvíce podporuje taková úprava kolizních norem pro obchodněprávní závazkové vztahy s mezinárodním prvkem, která se bude co nejvíce blížit nejčastěji užívaným úpravám v ostatních vyspělých státech. Tím je v současné době kolizně neomezená volba práva. A contrario, chtějí-li si být strany smlouvy skutečně jisty aplikací zvoleného práva, je třeba přijmout nejnižší obecně užívaný standard. A omezit vlastní volbu práva jen na takové právní řády, jejichž aplikace by přicházela obvykle v úvahu při použití náhradních hraničních určovatелů.

4.3 VYLOUČENÍ VOLBY NEUTRÁLNÍHO PRÁVA

Dalším velmi podstatným rysem konceptu interest analysis je to, že vylučuje volbu tzv. neutrálního práva.⁵⁶ Neutrálním právem je právo státu, ke kterému ani jedna ze smluvních stran nemá takový vztah, který by druhá strana považovala za podstatnou výhodu. Není to tedy právo vojensky či jinak neutrálního státu, ale typicky právo státu, ve kterém ani jedna ze smluvních stran nesídlí, právo, jehož aplikace je pro daný typ smluv výhodná, aniž by takový právní řád měl jakoukoli souvztažnost s právním vztahem, apod. Typicky se za neutrální právo považuje až takové právo, které nemá k danému závazkovému vztahu žádné pouto.⁵⁷

Volba neutrálního práva je jednou z možností, jak strany mezinárodních smluv mohou kompromisně vyřešit konflikt ohledně volby rozhodného práva, kdy obě strany odmítají přistoupit na volbu práva druhé strany, protože v takovém postupu vidí příliš mnoho nijak nevyvážených výhod. Možnost zvolit si neutrální právo s sebou na jednu stranu nese rovnost v postavení stran sporu ohledně aplikace práva, se kterou je alespoň jedna ze stran obeznámena, na druhou stranu přináší volba neutrálního práva často nevýhody spočívající ve zvýšených nákladech na právní zastoupení a zjišťování obsahu cizího práva.

Již z toho je na první pohled zřejmé, že doktrína interest analysis logicky zamezuje volbu neutrálního práva již proto, že neutrální právo nemá z povahy samé k danému sporu žádný vztah a tudíž nemůže být ani právem na právním vztahu zainteresovaného státu.⁵⁸ Tendence judikatury k extenzivnímu výkladu rozumného vztahu i na právo neutrálního státu jde proti smyslu konceptu interest analysis. Ve volbě neutrálního práva nelze vidět rozumný vztah s

⁵⁵ Revision of Uniform Commercial Code – Article 1, General Provisions, 2001, American Law Institute and National conference of commissioners on uniform state law. Dostupné na: <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/ucc1/UCC10401.pdf> [citováno dne 2. května 2009].

⁵⁶ Jeunger, Friedrich K. Appendix A: Letter from Friedrich K. Jeunger to Harry C. Sigman, Esq., June 23, 1994. Vanderbilt Journal of Transnational Law, 1995, č. 455, roč. 28, s. 448

⁵⁷ Salač, J. K aktuálním otázkám volby práva ve smlouvách v mezinárodním obchodním styku. Evropské právo, 2003, č. 5, s. 2.

⁵⁸ Ke stejnému závěru dospěl i Graves, Jack M. Party Autonomy in Choice of Commercial Law: The Failure of Revised U. C. C. § 1-301 and a Proposal for Boarder reform. Seton Hall Law Review, 2005-2006, č. 59, s. 75.

právním řádem, jedině rozumný důvod pro volbu takového právního řádu tak, jak je to upraveno v Restatement (Second) of Conflict of Laws.⁵⁹

Frekvence a praktičnost volby neutrálního práva v mezinárodním obchodu ukazuje, že vyloučení možnosti zvolit si neutrální právo v případě, že není jasné, kde bude případný spor vzniklý z takového právního vztahu řešen, nabourává princip právní jistoty. Smluvní strany mezinárodní obchodní smlouvy si volí neutrální právo, aby si zaručili rovnost, co se týče přístupu k rozhodnému právu, a jistotu ohledně obsahu zvoleného práva. Ovšem při nalézání rozhodného práva soudem, který aplikuje kolizně omezenou volbu práva pouze na právní řády států s rozumným vztahem k danému právnímu vztahu, bude volba neutrálního práva považována za neplatnou a rozhodné právo bude určeno podle kolizních norem legis fori. Původně vysoká míra právní jistoty účastníků smlouvy ohledně otázky, kterým právním řádem se jejich právní vztah bude řídit, je tak ve výsledku nulová, jelikož je rozhodné právo určováno zcela jiným způsobem než aplikací jimi zvoleného práva.

Jak již bylo řečeno, v roce 2001 byla konečně dokončena revize článku 1 UCC včetně změny ujednání o volbě práva. Revidovaný článek 1-301 poskytuje na rozdíl od předchozí úpravy podstatně větší míru autonomie stran v oblasti volby práva pro mezinárodní transakce. UCC se tak zásadním způsobem přiblížil ke kolizní úpravě obsažené v Římské úmluvě. Z odůvodnění konečného návrhu této změny je patrné, že jedním ze zásadních důvodů pro tuto změnu bylo přiblížení kolizní úpravy volby práva u nespoteřbitelských sporů obecně zavedené praxi v mezinárodním obchodě, která se odráží ve volbě neutrálního práva.⁶⁰

I v tomto bodě lze proto dospět k závěru, že koncept umožňující hojně využívanou volbu neutrálního práva nabízí podstatně vyšší právní jistotu stran smlouvy než koncept kolizně omezené volby práva. Kolizně neomezená volba práva dává stranám sporu jistotu, že neutrální právo volené stranami především pro zajištění rovných pozic obou smluvních stran bude skutečně na daný právní vztah aplikováno.

5. ZÁVĚREM

Cílem této práce bylo představit koncept kolizně omezené volby práva na právo států, které mají s mezinárodní transakcí rozumný vztah, a koncept neomezené volby práva základní kolizní normou a srovnat míru právní jistoty účastníků smluvních závazkových vztahů s mezinárodním prvkem v obou těchto konceptech. Práce ověřovala hypotézu, že koncept volby práva omezené pouze na volbu práva těch států, které mají k mezinárodněprávní transakci rozumný vztah, nabízí nižší úroveň právní jistoty než koncept kolizně neomezené volby práva.

K ověření hypotézy bylo nejprve nutné rozebrat koncept volby práva jak z pohledu kolizně neomezené volby práva, tak pohledem kolizně omezené volby práva. Z provedeného rozboru je zřejmé, že možnosti omezení volby práva existují v obou konceptech, jen oba přístupy zajišťují ono omezení jinými mechanismy. Z provedeného srovnání vyplývají tyto závěry:

⁵⁹ Viz pozn. č. 52.

⁶⁰ Revision of Uniform Commercial Code – Article 1, General Provisions, 2001, American Law Institute and National conference of commissioners on uniform state law. Dostupné na <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/ucc1/UCC10401.pdf> [citováno dne 2. května 2009].

- Kolizně omezená volba práva z pohledu interest analysis limituje okruh právních řádů, které je možné zvolit, pouze na ty, které mají rozumný vztah s mezinárodněprávní transkcí. Volba jiného právního řádu je vyloučena.
- Kolizně neomezená volba práva nijak neomezuje okruh právních řádů, které je možné volit. Přesto ale nelze o kolizně neomezené volbě práva hovořit jako o zcela neomezené volbě práva. Její omezení existují, vyplývají ovšem nikoli ze samotné kolizní normy, ale z jiných ustanovení právního řádu.
- Kolizně neomezená volba práva připouští volbu neutrálního práva, zatímco kolizně omezená volba práva a priori volbu neutrálního práva vylučuje.
- Ochranné mechanismy, které mohou způsobit další omezení aplikace zvoleného práva, mohou být aplikovány jak v režimu kolizně omezené, tak v režimu kolizně neomezené volby práva.
- Celosvětový vývoj v oblasti kolizního práva pro smluvní obchodněprávní závazkové vztahy s mezinárodním prvkem tenduje ke kolizně neomezené volbě práva, která se objevuje v nejvýznamnějších mezinárodních úmluvách zabývajících se unifikací kolizních norem. Státy mohou zvýšit právní jistotu smluvních stran o aplikaci jimi zvoleného práva zavedením kolizního pravidla, které je celosvětově rozšířenější.
- Kolizně neomezená volba práva umožňuje volbu širšího spektra právních řádů. Pokud se bude místo řešení sporu vzniklého ze smluvního závazkového právního vztahu s mezinárodním prvkem nacházet ve státě, který umožňuje kolizně neomezenou volbu práva, je pravděpodobné, že aplikace práva zvoleného stranami smlouvy nebude vyloučena. Ve státě, který volbu práva kolizně omezuje, je jistota smluvních stran, že se jejich právní vztah bude skutečně řídit zvoleným právem, nižší.

Na základě výše uvedených dílčích závěrů lze shrnout, že právní řád obsahující kolizně neomezenou volbu práva pro smluvní obchodněprávní závazkové vztahy s mezinárodním prvkem nabízí smluvním stranám vyšší míru právní jistoty o tom, jakým právním řádem se jejich vzájemný právní vztah řídí, než koncept kolizně omezené volby práva.

Literature:

- Boer Th. M. De. Facultative choice of law : the procedural status of choice-of-law rules and foreign law. In *Recueil des Cours*, 1996, č. 257.
- Edwards, Pamela: Into the Abyss: How Party Autonomy support Overreaching through the Exercise of Unequal Bargaining Power. *John Marschall Law Review*, 2003, č. 36.
- Graves, Jack M. Party Autonomy in Choice of Commercial Law: The Failure of Revised U. C. C. § 1-301 and a Proposal for Boarder reform. *Seton Hall Law Review*, 2005-2006, č. 59.
- Hradilová, V. Vývoj doktrín mezinárodního práva soukromého v USA. *Právník*, 2007, č. 8.

- Jeunger, Friefrich K. Appendix A: Letter from Friedrich K. Juenger to Harry C. Sigman, Esq., June 23, 1994. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1995, č. 455, roč. 28.
- Kegel, Gerhargd. Fundamental Approaches. In *International encyclopedia of comparative law*. 1986, díl III *International private law*, kap. 3.
- Kramer, Larry. Appendix B: Letter from Larry Kramer to Harry C. Sigman, Esq., August 4, 1994. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1995, č. 455, roč. 28.
- Kučera, Z.: *Mezinárodní právo soukromé*. Brno : Doplněk, 2004, s. 233 a násl.
- Lando, Ole. Contracts. In *International encyclopedia of comparative law*. 1976, díl III *International private law*, kap. 24.
- Neuhaus, P. H. Legal Certainty versus equity in the conflict of laws. *Law and Contemporary Problems*, 1963, č. 28.
- Rühl, Giesela. Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic convergence and Economic Efficiency. *CLPE Research Paper*, 2007, roč. 3, č. 4.
- Salač, J. K aktuálním otázkám volby práva ve smlouvách v mezinárodním obchodním styku. *Evropské právo*, 2003, č. 5.

Reviewer:

Naděžda Rozehnalová

Contact – email:

simona.travnickova@law.muni.cz

SOUDOBÉ TENDENCE V EVROPSKÉ PRÁVNÍ ÚPRAVĚ MAJETKOVÉHO REŽIMU MEZI MANŽELI

JANA TUROŇOVÁ

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

V Zelené knize o kolizním právu v oblasti úpravy majetkových poměrů v manželství, který Komise předložila dne 17. července 2006, se objevilo několik možných směrů unifikace, kterými by se evropské státy mohly vydat. Trend ve vývoji směřuje zejména k rozšíření autonomie vůle stran. Jelikož manželský majetkový režim neovlivňuje pouze majetkové vztahy mezi manželi, ale zasahuje také do pozice třetích osob, kteří s manželi vstupují do právních vztahů, je vhodné zkoumat, zda je volba práva v této oblasti vhodná, či naopak vhodná není. Tento příspěvek se snaží zachytit a popsat rozdíly majetkového režimu manželů v jednotlivých právních řádech a ukázat, jak problematická může být volba rozhodného práva s ohledem na ochranu práv věřitelů.

Key words in original language:

Zelená kniha, Komise, majetkový režim, majetek, manželé, rodinné právo, manželské právo, ochrana věřitelů, volba práva, autonomie vůle.

Abstract:

The Commission on the 17th of July 2006 submitted the Green paper on conflict of law in matters concerning matrimonial property regimes. There were appeared several ways of unification in Green paper. The trend of development is focused on spread of autonomy of will. Matrimonial property regime influences not only relations between spouses but also the legal position of third parties. Therefore, it is useful to review if the choice of law in this department is good, or not.

Key words:

Green paper, Commission, property regime, property, spouses, family law, marital law, protection of creditor, choice of law, autonomy of will.

1. ÚVOD

V rámci Evropské unie nejsou doposud unifikována pravidla pro určování rozhodného práva v oblasti majetkového režimu mezi manželi. Žádný z komunitárních právních předpisů se nezabývá ani otázkou mezinárodní příslušnosti či uznání a výkonu, jak je tomu v případě jiných soukromoprávních vztahů.¹ Jelikož je však velké množství manželství uzavíráno mezi partnery z různých členských států a jejich případy jsou před soudy členských států řešeny stále častěji, rozhodla se Komise předložit dne 17. července 2006 Zelenou knihu o kolizním právu v oblasti úpravy majetkových poměrů v manželství („Zelená kniha“).² Komise

¹ V rámci Haagské konference o mezinárodním právu soukromém byla vypracována Haagská úmluva o právu použitelném na úpravu majetkových poměrů v manželství ze dne 14. března 1978. Byla však ratifikována pouze Francií, Lucemburskem a Nizozemskem. Dostupná na www.hcch.net.

² KOM 2006/400

tak dala podnět k vytvoření budoucího evropského nástroje v této oblasti a zahájila diskuzi mezi členskými státy a orgány Evropského společenství. Podle Komise by měl budoucí předpis upravovat nejen mezinárodní příslušnost a uznání a výkon, ale také kolizní normy pro určení rozhodného práva. V Zelené knize se objevilo několik možných směrů unifikace, kterými by se evropské státy mohly vydat. Trend ve vývoji směřuje zejména k rozšíření autonomie vůle stran a je dokonce možné, že budoucí nástroj bude regulovat nejen oblast manželství, ale také registrovaného partnerství, či obdobných svazků.³

2. VOLBA PRÁVA JAKO ZÁKLADNÍ HRANIČNÍ URČOVATEL

2.1 II.1. OBECNĚ

Dne 5. února 2008 vydala Komise dokument, ve kterém shromáždila odpovědi jednotlivých států a institucí k Zelené knize. Z uvedeného vyplývá, že většina členských států preferuje posílení autonomie vůle stran a podporuje možnost volby rozhodného práva.⁴ Manželé by si tak mohli zvolit právní řád, který by byl rozhodný pro posouzení jejich majetkových vztahů. Návrh předpokládá, že by se jednalo o omezenou volbu práva na ty státy, ke kterým mají manželé, či jejich manželství vztah. I tak ovšem zůstává pro manžele široké pole působnosti. Většina členských států si také přeje, aby hraniční určovatel stanovený pro manželské majetkové vztahy byl použitelný na všechny otázky spadající do rozsahu kolizní normy. Pouze pokud se týká věcných práv k nemovitostem, mělo by se použít kritéria *lex rei sitae*, aby se předešlo možnému pozdějšímu neuznání rozhodnutí, například z důvodů výhrady veřejného pořádku.

2.2 MOŽNÁ ÚSKALÍ

Orgány Evropského společenství se snaží prostřednictvím nového právního předpisu unifikovat hraniční určovatele a tím zajistit v otázce majetkového režimu větší míru právní jistoty a předvídatelnosti než je tomu doposud. Právní jistota a předvídatelnost je vítaná zejména s ohledem na ochranu práv třetích osob a také s ohledem na jistotu samotných manželů. Ve věcech majetkového režimu manželů totiž nedochází v praxi k předchozímu ujasnění ohledně rozhodného práva a to ani ve vztazích mezi manželi, ani při styku s třetími osobami. Přijme-li jeden z manželů (či oba) závazek vůči věřiteli, zpravidla tento nezkoumá majetkové vztahy mezi manželi. Takový věřitel si ani nemusí být vědom toho, že jeden z manželů je cizinec.

Jelikož manželský majetkový režim neovlivňuje pouze majetkové vztahy mezi manželi, ale zasahuje také do pozice třetích osob, kteří s manželi vstupují do právních vztahů, je vhodné zkoumat, zda je volba práva v této oblasti vhodná, či naopak vhodná není. Rozsah majetkového režimu manželů se totiž v jednotlivých členských státech natolik odlišuje, že postavení věřitele je z pohledu každého právního řádu více či méně odlišné. Tento příspěvek se snaží zachytit a popsat rozdíly majetkového režimu manželů v jednotlivých právních

³ Ve všech členských státech se totiž stále častěji vytvářejí páry, které neuzavřely manželství.

⁴ Na rozdíl od České republiky, která se k tomuto tématu vyjádřila zdrženlivě, zaujala Slovenská republika zcela radikální postoj obhajující právě volbu práva, jakožto hlavní kolizní kritérium. Mezi hraniční určovatele, kteří přicházejí v úvahu při absenci volby práva, zařadila většina členských států *obvyklé bydliště manželů, státní příslušnost, či lex fori*.

řádech a ukázat, jak problematická může být volba rozhodného práva s ohledem na ochranu práv věřitelů. Tam, kde je obsah společného majetku širší, může být postavení věřitele při vymáhání pohledávky lepší, např. proto, že se bude moci uspokojit i z výlučných majetků obou manželů, byť od něj závazek přijal jen jeden z nich. Naopak, tam, kde je obsah majetkového společenství užší, může být věřitel znevýhodněn, jelikož se bude uspokojovat z omezenějšího majetku (např. pouze z výlučného majetku manžela, který od něj závazek přijal). Nelze proto vyloučit, že by si v určitých případech mohly manželé zvolit rozhodné právo tak, aby zabránili věřitelům uspokojit jejich pohledávky z určitého druhu majetku. Je tak otázkou, zda-li možné takové právo manželům poskytnout.⁵

3. ODLIŠNOSTI PRÁVNÍCH ÚPRAV ČLENSKÝCH STÁTŮ

3.1 OBECNĚ

Ve všech členských státech Evropské unie je uzavření manželství důvodem pro vznik specifického majetkového režimu mezi manželi. Právní úprava majetkového režimu mezi manželi reguluje především vzájemný vztah manželů ke společnému majetku nabytému za trvání manželství, určení právního osudu věcí, které byly nabyty za trvání manželství, určení vlastnictví k věcem, který měl každý manžel v době uzavření manželství a odpovědnost manželů za závazky, které mají oba či jeden z nich vůči třetím osobám, případně i jeden manžel vůči druhému.⁶ Podle toho, jakým způsobem jsou v právním řádu upraveny tyto otázky, můžeme rozlišit základní druhy manželského majetkového režimu:⁷

- režim manželského majetkového společenství (omezené, či univerzální)
- režim odděleného majetku manželů
- kombinovaný režim
- režim odloženého vzniku majetkového společenství

3.2 MAJETKOVÉ SPOLEČENSTVÍ MEZI MANŽELI

Nejvíce rozšířenou formou je majetkové společenství mezi manželi. Tento režim je upraven jako primární zákonný typ v České republice (§ 143 občanského zákoníku), na Slovensku (§ 143 občanského zákoníku), ve Francii (čl. 1400 občanského zákoníku), v Maďarsku (§ 27 zákona o rodině), v Itálii (čl. 159 občanského zákoníku), v Nizozemí (čl. 1:93 občanského zákoníku), v Portugalsku (čl. 1717 občanského zákoníku), ve Španělsku (čl. 1316 občanského zákoníku) a dále v Belgii (čl. 1454 občanského zákoníku), v Bulharsku (čl. 19 zákona o rodině), v Litvě a v Polsku.

⁵ Většina právních řádů např. zakazuje uzavírat takové dohody, které poškozují třetí osoby. V tomto případě by třetí osoby mohla úmyslně poškodit možnost zvolit rozhodné právo.

⁶ Dvořák, J., Spáčil, J. Společné jmění manželů v teorii a v judikatuře. 2. rozšířené vydání, Praha: ASPI, a.s., 2007, s. 14

⁷ Boele-Woelki, K., Braat, B., Curry-Sumner, I. European Family Law in Action. Volume IV:Property relations between Spouses. Antverp: Intersentia, 2009, s. 245

Základní podstatou majetkového společenství je, že manželé jsou vlastníky všeho, co náleží do jejich společenství, aniž by byla vyjádřena míra jejich majetkové účasti. Mohou se společně účastnit na aktivech i na pasivech – záleží na tom, co konkrétní právní úprava do majetkového společenství zahrnuje. Majetkové společenství může být omezené, nebo univerzální.⁸ Nejčastěji je z majetkového společenství vyňat ten majetek, který vlastnili manželé před uzavřením manželství, majetek nabytý dědictvím nebo darem (před i během manželství). Vždy záleží na konkrétní právní úpravě. V některých státech náleží do společného majetku i to, co vlastnili manželé před uzavřením manželství.

V uvedených státech je však zpravidla možné, aby si manželé zvolili i zcela jiný (sekundární) majetkový režim, aby ho smluvně modifikovali, či aby odložili jeho vznik až k zániku manželství. Manželé tak mají na výběr, jakým režimem se budou jejich majetkové vztahy řídit.⁹ V České republice je možné pouze smluvně upravit rozsah společného jmění manželů, okamžik jeho vzniku a pravidla při správě majetku. Není zde na výběr z více forem majetkového režimu. Stejně tak je tomu i na Slovensku. Výběr mezi několika typy majetkového režimu mají však manželé v Rakousku, v Belgii (zde mohou založit až univerzální majetkové společenství, či naopak režim oddělených majetků), ve Francii (zde občanský zákoník reguluje tři formy majetkového režimu), v Nizozemí aj. Naopak, například v Bulharsku nejsou žádné změny (ani smluvní) připuštěny a ani v Portugalsku si manželé nemohou zvolit jiný režim než univerzální majetkové společenství, mají-li děti.

Rozsah majetkového společenství je v jednotlivých členských státech různě definován. Do některého spadají pouze věci (movité, nemovité), do jiného také práva, jiné majetkové hodnoty, bankovní účty, sociální dávky, platby z pojištění, mzdy a jiné příjmy. V některých právních řádech také závazky (např. v České republice po roce 1998 a v Nizozemí).

Také ve státech, které nezahrnují do majetkového společenství závazky, musí být určitým způsobem závazky manželů vůči třetím osobám regulovány. V některých právních řádech se použijí pouze obecná ustanovení o solidárních závazcích, v jiných existuje speciální právní regulace. Zejména je nutné odlišit, jaké závazky jsou společné a jaké zavazují pouze jednoho z manželů. V Nizozemí nespadá do společných závazků pouze takový, který byl přijat jedním z manželů v souvislosti s jeho výlučným vlastnictvím.¹⁰ Ve Francii je rozdíl mezi osobním závazkem jednoho z manželů a společným závazkem závislý na dvou znacích – povaha závazku¹¹ a účel závazku.¹² Společnými závazky jsou závazky z výživného a závazky, které

⁸ Dvořák, J., Spáčil, J. Společné jmění manželů v teorii a v judikatuře. 2. rozšířené vydání, Praha: ASPI, a.s., 2007, s. 14

⁹ V rámci Evropské unie se v současné době objevují úvahy, které se soustřeďují na možnost vytvořit evropský subsidiární manželský majetkový režim, který by byl upraven v každém členském státě vedle vlastního zákonného režimu a ostatních smluvních režimů. Objevují se také snahy vytvořit modelový zákoník rodinného práva, který reflektuje odlišnosti jednotlivých právních úprav a snaží se vytvořit kompromisní řešení. Viz např. Schwenzer, I., Dimsey, M. Model Family Code – From a global perspective. Antverp: Intersentia, 2006, s. 257

¹⁰ Viz ustanovení čl. 1:94 odst. 3 občanského zákoníku.

¹¹ čl. 1410, 1417 odst. 1, 1417 odst. 2 občanského zákoníku

¹² čl. 1416 občanského zákoníku

byly přijaty v souvislosti s domácností a vzděláváním dětí¹³ a dále závazky, které svým účelem slouží zájmu obou manželů.¹⁴ Podobné dělení jako francouzské je známé také právnímu řádu v Belgii. Společné závazky jsou upraveny v ustanovení čl. 1408 belgického občanského zákoníku. V Portugalsku jsou manželé společně odpovědní například za závazky, které přijali společně, či jeden z nich se souhlasem druhého¹⁵ a za závazky, které přijal jen jeden z nich na vynaložení běžných nákladů spojených s domácností.¹⁶

Pokud jde o výlučné závazky jednoho z manželů, věřitelé se mohou vždy uspokojit z výlučného majetku tohoto manžela. Tak je tomu například v Litvě podle čl. 3.110 občanského zákoníku. V některých státech se mohou navíc uspokojit také ze společného majetku obou manželů. Tak je tomu například v Belgii (čl. 1409 občanského zákoníku), ve Francii (čl. 1413 občanského zákoníku), v Maďarsku (zde se uspokojuje z podílu dlužného manžela) či v Nizozemí (čl. 1:96 odst. 1 občanského zákoníku). Ve zkoumaných státech však není možné, aby se věřitelé uspokojovali z výlučného majetku druhého manžela.

Pokud jde o společné závazky obou manželů, ve všech státech platí, že se věřitel uspokojuje jak z majetku v majetkovém společenství, tak z majetků patřícího do výlučného vlastnictví obou manželů (tak je tomu v České republice, na Slovensku, v Belgii, v Maďarsku, v Bulharsku atd.). V Litvě se musí věřitel uspokojit nejdříve ze společného majetku a teprve v případě, že nedostačuje, může se uspokojit z výlučných majetků dlužných manželů.¹⁷ V Nizozemí záleží na tom, jestli je dlužníkem pouze jeden z manželů, nebo jsou jimi oba. Pokud přijali závazek oba manželé, jsou zavázáni svými výlučnými majetky i majetkovým společenstvím. V případě závazků spojených s běžným chodem domácnosti, jsou však zavázáni společně, i když závazek přijal pouze jeden z nich.¹⁸ V Portugalsku, které jako jediné upravuje výlučně režim univerzálního majetkového společenství, může věřitel uspokojit svou pohledávku jak z majetkového společenství, tak z ostatního majetku manželů, přičemž nezáleží na tom, který z nich přijal závazek.¹⁹ Z hlediska věřitelů je proto portugalské právo obecně nejpříznivější.

Jak je vidět na uvedených příkladech, v jednotlivých členských státech je rozsah společných závazků a společné odpovědnosti mezi manželi dost rozdílný. V současné době se značně odlišuje také pojetí českého společného jmění manželů a pojetí slovenského bezpodílového spoluvlastnictví, a to i přes to, že tyto úpravy měly po několik desetiletí společný vývoj. Uvedené země tvořily v minulosti federální stát se společným právním řádem a z toho důvodu lze předpokládat, že i v současné době k sobě mají blíže, než jiné státy. Avšak i mezi nimi můžeme nalézt zásadní rozdíly v pojetí majetkového uspořádání manželů. Obě země původně

¹³ čl. 1409 občanského zákoníku

¹⁴ čl. 1416 občanského zákoníku

¹⁵ čl. 1691 odst. 1a občanského zákoníku

¹⁶ čl. 1691 odst. 1b občanského zákoníku

¹⁷ čl. 3.113 občanského zákoníku

¹⁸ čl. 1:85 občanského zákoníku

¹⁹ čl. 1695 odst. 1 občanského zákoníku

používaly formu bezpodílového spoluvlastnictví, v České republice však byla nahrazena institutem společného jmění manželů, který do svého předmětu nově zahrnuje majetek a závazky, oproti původním věcem. Do majetkového společenství nespádají pouze závazky, které vznikly jednomu z manželů před uzavřením manželství, závazky přijaté v souvislosti s výlučným vlastnictvím jednoho z manželů a závazky přijaté v rámci společného jmění manželů pouze jedním z manželů bez souhlasu druhého, přičemž přesahovaly míru přiměřenou jejich majetkovým poměrům.²⁰ Majetkem se pro účely společného jmění manželů rozumí věci (movité i nemovité), k nimž mají manželé vlastnické právo, pohledávky, jiná práva a jiné hodnoty ocenitelné penězi.²¹ U slovenského bezpodílového spoluvlastnictví je předmětem pouze to, co může být předmětem vlastnictví jako takového, tedy věci, a rozhodně do něj nepatří závazky.²² Předmět společného jmění manželů je tak širší.

Společné jmění manželů

1. Závazky týkající se majetku ve společném jmění manželů

V případě závazků patřících do společného jmění manželů jde o závazky společné a stejně jako u majetku, ani zde není vyjádřena míra účasti každého manžela. Závazky, které přijali oba manželé společně proto spadají do jejich společného jmění manželů a jsou za ně odpovědní společně a nerozdílně. Jejich věřitelé se mohou uspokojit jak z majetku ve společném jmění, tak z jejich výlučných majetků.²³ V současné době však panuje v právní teorii i praxi odlišný názor na režim závazků, které byly přijaty jen jedním z manželů bez souhlasu manžela druhého.

Podle jednoho názoru není důležité, zda manželé převzali závazek společně, nebo samostatně.²⁴ Závazek, který vznikl za trvání manželství jednomu z manželů a který patří do společného jmění manželů podle § 143 odst. 1 písm. a) občanského zákoníku, plní oba manželé společně a nerozdílně, jelikož byla jejich solidarita založena zákonem dle ustanovení § 145 občanského zákoníku. Takto založená solidarita vede ke všem důsledkům pasivní solidarity podle ustanovení § 511 občanského zákoníku a není přítom relevantní, že se ke splnění závazku zavázal jen jeden z manželů. Nejvyšší soud odtud dovodil také právo věřitele domáhat se soudně splnění závazku po kterémkoliv z takto solidárně zavázaných dlužníků.

²⁰ Viz ustanovení § 143 občanského zákoníku. Více k pojmu majetková přiměřenost např. Občanský zákoník. Komentář. 8. vydání. Praha: C.H. Beck, 2003, s. 412, nebo Holub, M. a kol. Občanský zákoník. Komentář. Praha: Linde, 2003, s. 350

²¹ Fiala, J. a kol. Občanské právo hmotné. 3. vydání. Brno: Masarykova univerzita a Doplněk, 2002, s. 433

²² Pavelková, B. Manželské právo. 1. vydání. Bratislava : Univerzita Komenského v Bratislavě. Právnická fakulta, 2004, s. 157

²³ Dvořák, J. Majetkové společenství manželů. 1. vydání, Praha: ASPI, a.s., 2004, s. 104

²⁴ např. dílo Švestka, J., Jehlička, O., Škárková, M., Spáčil, J. a kol.. Občanský zákoník. Komentář. 10. vydání. Praha : C. H. Beck, 2006, str. 596 nebo dílo Dvořák, J.. Majetkové společenství manželů. Praha : ASPI Publishing, 2004, str. 113 a 114. Dále se k tomuto názoru přiklonil Nejvyšší soud České republiky v rozhodnutí sp. zn. 32 Odo 1082/2003 a 32 Odo 529/2003.

Odlíšný režim má pouze závazek, který přesahuje míru přiměřenou majetkovým poměrům manželů. Pokud totiž rozsah přijatého závazku míru majetkové přiměřenosti nezachovává, je takový závazek ze společného jmění vyňat. Do společného jmění manželů spadá pouze takový závazek, který byl přijat v míře přiměřené majetkovým poměrům manželů.

V novější judikatuře Nejvyššího soudu byl tento názor přehodnocen a to tak, že splnění závazku náležejícího do společného jmění manželů, sjednaného jen jedním z manželů, nemůže věřitel vymoci po druhém z těchto manželů.²⁵ Podle Nejvyššího soudu vnáší představa, podle které splnění závazku náležejícího do společného jmění manželů, sjednaného jen jedním z manželů může věřitel vymoci i (nebo jen) po druhém z nich, značnou nejistotu do právních vztahů vzniklých na základě smluv. A to nejen na straně dlužníka, nýbrž i na straně věřitele.

2. Závazky týkající se výlučného vlastnictví jednoho z manželů

Pokud byl převzat závazek nad míru majetkové přiměřenosti, věřitelé se mohou uspokojit pouze z majetku ve společném jmění manželů a z výlučného majetku toho manžela, který závazek přijal. Výlučný majetek manžela, který nedal svůj souhlas, zůstává nedotčen. Stejný režim mají i závazky, které nejsou součástí společného jmění manželů proto, že je na sebe převzal jeden z manželů v rámci svého výlučného vlastnictví (např. uzavřeli manžel smlouvu o dílo v souvislosti s nemovitostí, která náleží do jeho výlučného vlastnictví proto, že ji zdědil). Pokud se jedná o závazky týkající se výlučného vlastnictví, má navíc druhý manžel možnost podat v rámci výkonu rozhodnutí vylučovací žalobu ohledně věcí tvořících společné jmění manželů a podobné právo má i v případě insolvenčního řízení.²⁶ Uvedený závazek totiž není považovaný za závazek ve společném jmění manželů.

Bezpodílové spoluvlastnictví

1. Závazky týkající se věci, která náleží do bezpodílového spoluvlastnictví

Odpovědnost manželů v těchto případech je regulována obecným právním režimem závazkového práva s tím, že manželé jsou „běžní“ solidární dlužníci, přijali-li závazek společně. V běžných záležitostech může závazek přijmout pouze jeden z manželů. V ostatních případech však musí dát souhlas i druhý manžel, jinak je právní úkon v této věci neplatný. V případě, že takto přijatý závazek manželé nesplní, může věřitel uspokojit svou pohledávku jak ze samostatného majetku každého z nich, tak z jejich společného majetku tvořícího bezpodílové spoluvlastnictví.

Ovšem v případě, že závazek přijal pouze jeden z manželů, stává se dlužníkem pouze on. Podle § 147 slovenského občanského zákoníku může být tento závazek při výkonu rozhodnutí uspokojen jak z jeho výlučného majetku, tak z majetku patřícího do bezpodílového spoluvlastnictví. Druhý manžel má však možnost v takovém případě podat v rámci vykonávacího řízení vylučovací žalobu a tím zabránit, aby se majetek ve společném jmění stal předmětem výkonu rozhodnutí. Teoreticky navíc není možné, aby věřitelé dosáhli na výlučný majetek manžela, který závazek nepřijal.

²⁵ Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 12.9.2007, sp. zn. 31 Odo 677/2005.

²⁶ Zde však není prozatím přijato jednotné stanovisko, řešení přinese až praxe.

2. Závazek týkající se výlučného vlastnictví jednoho z manželů

Pokud se závazek netýká společného vlastnictví může věřitel uspokojit své pohledávky jak z výlučného majetku dlužného manžela, tak ze společného majetku náležejícího do společného jmění.

3.3 ODDĚLENÝ MAJETKOVÝ REŽIM

Oddělený majetkový režim v kombinaci se společenstvím manželů k přírůstku majetku je majetkovým režimem v Řecku.²⁷ Režim oddělených majetků je však typický pro rakouský právní řád. Během manželství jsou majetky každého manžela oddělené a jejich majetkový vztah je stejný, jako mezi jakýmkoli jinými lidmi. Každý z manželů je výlučným vlastníkem všeho, co během manželství nabude.²⁸ Vzhledem k tomu, že manželé nemají žádný společný majetek, uspokojují se závazky přijaté jen jedním z nich pouze z jeho výlučného majetku a druhý manžel za ně není žádným způsobem odpovědný. Manželé jsou odpovědni pouze za ty závazky, které přijali společně, např. uzavřením úvěrové smlouvy, kupní smlouvy, smlouvy o dílo. Společně a nerozdílně jsou zavázáni také v případě, kdy závazek přijme pouze jeden z nich, ale druhý k němu dodatečně přistoupí.²⁹

Tento typ majetkového režimu existuje také v právních řádech Belgie (čl. 1466 – 1469 občanského zákoníku), Francie (čl. 1536 – 1543 občanského zákoníku), Německa (1414 odst. 2 občanského zákoníku), Itálie (čl. 193 občanského zákoníku), Polska (čl. 47 a čl. 52 – 54 občanského zákoníku), Španělska (čl. 1435 občanského zákoníku) a Malty (1237 občanského zákoníku).

3.4 KOMBINOVANÝ REŽIM

Kombinovaný režim je typický pro Německo. Jedná o společenství manželů k přírůstku majetku, tzv. *Zugewinnngemeinschaft*,³⁰ jehož podstatou je, že za trvání manželství žijí manželé v režimu oddělených majetků, avšak při zániku manželství má každý manžel vůči druhému manželovi právo na polovinu hodnoty přírůstků druhého manžela, jsou-li tyto přírůstky vyšší než jeho. Pokud jde o závazky, manželé jsou společnými a nerozdílnými dlužníky pouze v případě, že přijmou závazek společně. V ostatních případech je za své dluhy odpovědný každý manžel zvlášť. V Německu se tyto vztahy řídí pouze obecnými ustanoveními občanského a procesního práva. Kombinovaný režim se vyskytuje také v právním řádu Nizozemí.³¹

²⁷ čl. 1400 a 1403 občanského zákoníku

²⁸ § 1233 a § 1237 občanského zákoníku

²⁹ § 1347 občanského zákoníku

³⁰ Westphalová, L. Rozvodová úprava v Německu. Právní fórum, 2006, č. 6, s. 196

³¹ čl. 1:132 – 1:143 občanského zákoníku

3.5 ODLOŽENÍ VZNIKU MAJETKOVÉHO SPOLEČENSTVÍ NA POZDĚJŠÍ DOBU

Tato forma majetkového režimu je typická pro severoevropské právní úpravy, tedy pro Dánsko, Finsko, Švédsko a Norsko.³² Pokud jde o Dánsko, základ tvoří majetkové společenství, do kterého náleží veškerý majetek, který manželé vlastnili v okamžiku uzavření manželství, i majetek, který každý z nich získal za trvání manželství.³³ V době trvání manželství však platí princip odděleného majetku a odpovědnosti, který znamená, že každý z manželů je z pohledu práva výlučným vlastníkem majetku, který mu náleží. Pokud tedy manželství existuje, každý z manželů může nezávisle disponovat s majetkem, kterým do majetkového společenství přispěl. Tato koncepce je proto nejvíce uplatnitelná ve vztazích s věřiteli. Pokud věřitel vstoupí do právního vztahu s jedním z manželů, může své pohledávky uspokojit pouze z jeho výlučného majetku a z té části majetkového společenství, který náleží tomuto manželovi. Společné závazky, za které jsou manželé odpovědni společně a nerozdílně, jsou pouze takové, které oba manželé přijmou společně, nebo závazky týkající se domácnosti, či základních potřeb dětí.³⁴ Na podobném principu jsou založeny právní úpravy i ostatních severovýchodních států.

4. SHRNUTÍ

V jednotlivých členských státech Evropské unie je úprava majetkového režimu mezi manželi více či méně odlišná. Instituty rodinného práva jsou v jednotlivých státech závislé na kulturním, sociálním a historickém vývoji a tradičně se odlišují daleko více, než instituty jiných odvětví soukromého práva. Důvodem těchto odlišností je navíc rozdílný historický vývoj manželského práva a práva občanského obecně. Poněkud překvapivé proto může být, že k nim nepřispívají rozdílné podmínky politické a ekonomické.³⁵ Dobrým příkladem je právě vztah mezi českou a slovenskou právní úpravou, které jsou si historicky velmi blízké a jejichž politický a ekonomický vývoj byl po určitou dobu totožný.

Nelze tedy očekávat, že by došlo k unifikaci manželského, či rodinného práva a jediným nástrojem pro regulaci přeshraničních vztahů v této oblasti proto zůstává kolizní metoda.³⁶ V současné době si můžeme všimnout, že se snahy Evropské unie ubírají právě cestou postupné unifikace kolizních norem pro určování rozhodného práva a to postupně pro všechny typy rodinněprávních vztahů. S realizací této vize započala Evropská unie již přijetím

³² § 56 zákona o manželství

³³ § 12 odst. 1 zákona o právních následcích uzavření manželství

³⁴ § 11 zákona o právních následcích uzavření manželství

³⁵ Boele, Woelki, K. Cesta k rodinnému právu. Právní praxe, 1999, č. 2-3, s. 128

³⁶ McGlynn, C. Families and the European Union. Law, Politics and Pluralism. Cambridge : University Press, 2006, s. 177

nového nařízení o výživném³⁷ a dále má v úmyslu pokračovat návrhem nařízení měnícím stávající Brusel II bis³⁸ a Zelenou knihou o majetkovém režimu manželů.

Podoba budoucího komunitárního předpisu, který bude obsahovat kolizní kritéria pro určení rozhodného práva v oblasti majetkového režimu mezi manželi, je tak velmi důležitá. V první řadě bude rozhodující pro postavení věřitelů a jejich právní jistotu. Pokud jde o kritérium volby práva, Komise i Rada by měli vzít v úvahu, že žádný věřitel nemůže dopředu odhadnout, jaký právní řád bude rozhodný pro posouzení majetkového režimu mezi manželi, kteří jsou jeho dlužníci, nebo jaké majetkové vztahy má se svým manželem jeho dlužník.

Věřitel se může dostat do situace, se kterou nepočítal, např. proto, že si manželé, žijící v České republice, zvolí v průběhu vykonávacího řízení (jehož předběžnou otázkou bude určení práva rozhodného pro majetkový režim mezi manželi) rozhodné právo podle státní příslušnosti jednoho z manželů, což bude právo rakouské, a tím znemožní věřiteli uspokojení z celého majetku, kterým dohromady disponují. Pokud totiž závazek přijal jen jeden z manželů a věřitel ve vykonávacím řízení žádá uspokojení této pohledávky, může podle rakouského práva získat pouze výlučný majetek dlužného manžela, jelikož společný majetek neexistuje. Návrh totiž prozatím předpokládá, že by si mohli manželé zvolit rozhodné právo kdykoliv za trvání manželství.

V tomto ohledu je proto velmi zajímavý návrh České republiky, která ve svém stanovisku k Zelené knize připouští možnost volby práva pouze v době uzavření manželství, nebo bezprostředně před ním. Jako možné právní řady, na které by byla tato volba práva omezena, by mohli přicházet v úvahu právo místa uzavření manželství, právo místa uzavření předmanželské smlouvy, právo státu, jehož je alespoň jeden z manželů státním příslušníkem, právo státu, v němž má jeden z manželů obvyklý pobyt, nebo právo polohy nemovitosti, pokud jde o tuto nemovitost. Uvedené řešení by mohlo být velmi praktické navíc v případě, že by zde byla podmínka neměnnosti. Pokud by totiž došlo k volbě práva při uzavírání sňatku a tato volba by se nemohla nadále měnit, právní jistota manželů i věřitelů ohledně rozhodného práva by byla zachována. Podle doposud publikovaných materiálů k Zelené knize se však o takovém typu omezení volby práva neuvažuje.

Podoba budoucího komunitárního předpisu je důležitá také z pohledu samotných soudů, které budou muset zřejmě daleko častěji aplikovat cizí rozhodné právo, což je v oblasti manželského práva obtížné, právě vzhledem ke zcela odlišným principům, na kterých je v jednotlivých státech založeno. Uvědomme si například, že instituce podobná majetkovému společenství manželů známá kontinentálnímu právu se vůbec nevyskytuje v právu anglickém. Z tohoto důvodu se Velká Británie ani nemohla vyjádřit ke konkrétním problémům v Zelené knize.³⁹ Ve svém vyjádření proto uvedla pouze obecný postoj k unifikaci rodinného práva, který je takový, že snahy Evropské unie v této oblasti nepodporuje. Jedinou možnou

³⁷ Nařízení Rady č. 4/2009 o příslušnosti, rozhodném právu, uznávání a výkonu rozhodnutí a o spolupráci ve věcech vyživovací povinnosti

³⁸ Návrh nařízení kterým se mění nařízení (ES) č. 2201/2003 ohledně příslušnosti a pravidel o právních předpisech použitelných v manželských věcech (CNS 2006/0135)

³⁹ Odpověď britské vlády na otázky položené v Zelené knize o kolizním právu v oblasti úpravy majetkových poměrů v manželství z února 2007.

společnou cestou pro Velkou Británii na straně jedné a ostatní členské státy na straně druhé, je harmonizace pravidel vzájemného uznávání a výkonu rozhodnutí. Nikoliv však unifikace v oblasti kolizního práva, která bude vždy odporovat principům anglického soukromého práva, nebude-li použito kolizní kritérium *lex fori*.

Zdá se však, že Evropská unie problémem s častou aplikací cizího práva reflektuje. V návrhu na změnu nařízení Brusel II bis se dokonce objevilo ustanovení o Uplatňování cizího práva, které říká, že v případě, že se aplikuje právo jiného členského státu, může soud využít Evropskou soudní síť pro občanské a obchodní věci, aby se informoval o obsahu tohoto práva. Evropská úprava tak zcela otevřeně a jednoznačně počítá s aplikací cizích právních řádů před vnitrostátními soudy a s běžnou vzájemnou znalostí právních řádů mezi členskými soudy. Je otázkou, co takový trend ve vývoji způsobí v budoucnu. Je totiž zcela možné, že jednotlivé členské státy budou mít snahu postupně smazávat alespoň ty nejrozporuplnější odlišnosti v právních úpravách manželského a rodinného práva a zároveň se pokusí sjednotit alespoň ty nejzákladnější principy.

5. ZÁVĚR

Autorka se v tomto příspěvku pokusila seznámit čtenáře s připravovanou snahou o unifikaci majetkového režimu mezi manželi v rámci Evropské unie a s jejími možnými dopady pro evropskou veřejnost. Málokdo si uvědomuje, že rozdíly v jednotlivých právních úpravách jsou natolik odlišné, že mohou zcela změnit očekávání, které mají občané z pohledu svého vnitrostátního práva. Zřejmě ani sami manželé si mnohdy neuvědomují rozdílné režimy, které jim dotčené právní řády poskytují a které jim mohou ovlivnit i běžný život.

Při projednávání nového komunitárního předpisu by proto jednotlivé státy i orgány Evropského společenství měli dbát zejména na právní jistotu a ochranu zúčastněných osob, které budou nejvíce dotčeny a které jsou zpravidla „obyčejnými“ občany, u kterých nelze dopředu předpokládat, či dokonce vyžadovat, hlubokou znalost evropských právních systémů. Bylo by proto vhodné ukotvit manželské majetkové právo přesně stanovenými a dopředu odhadnutelnými pravidly a neponechávat tuto oblast „náhodnému“ výběru.

Literature:

- - Zelená kniha o kolizním právu v oblasti úpravy majetkových poměrů v manželství, zabývající se převážně otázkou soudní příslušnosti a vzájemného uznávání, KOM (2006) 400
- - Stanovisko České republiky, Slovenské republiky a Velké Británie k Zelené knize o kolizním právu v oblasti úpravy majetkových poměrů v manželství, zabývající se převážně otázkou soudní příslušnosti a vzájemného uznávání
- - Souhrn odpovědí členských států a institucí k Zelené knize o kolizním právu v oblasti úpravy majetkových poměrů v manželství, zabývající se převážně otázkou soudní příslušnosti a vzájemného uznávání předložený Komisí zde 5. února 2008
- - Dvořák, J., Spáčil, J. Společné jmění manželů v teorii a v judikatuře. 2. rozšířené vydání, Praha: ASPI, a.s., 2007, s.

- - Boele-Woelki, K., Braat, B., Curry-Sumner, I. European Family Law in Action. Volume IV: Properte relations between Spouses. Antverp : Intersentia, 2009, 1242 s.
- - McGlynn, C. Families and the European Union. Law, Politics and Pluralism. Cambridge : University Press, 2006, 201 s.
- - Občanský zákoník. Komentář. 8. vydání. Praha: C.H. Beck, 2003, s. 412
- - Holub, M. a kol. Občanský zákoník. Komentář. Praha: Linde, 2003, s. 350
- - Fiala, J. a kol. Občanské právo hmotné. 3. vydání. Brno: Masarykova univerzita a Doplněk, 2002, s. 433
- - Pavelková, B. Manželské právo. 1. vydání. Bratislava : Univerzita Komenského v Bratislavě. Právnická fakulta, 2004, s. 157
- - Lazar, J. a kol. Občianske pravo hmotne. 3. vydání. Bratislava : Edícia učebnice, 2006, s. 219 – 392
- - Švestka, J., Jehlička, O., Skárová, M., Spáčil, J. a kol. Občanský zákoník. Komentář. 10. vydání. Praha : C.H. Beck, 2006, s. 596
- - Dvořák, J. Majetkové společenství manželů. Praha : ASPI Publishing, 2004, s. 113
- - Westphalová, L. Rozvodová úprava v Německu. Právní fórum, 2006, č. 6, s. 196

Reviewer:
Zdeněk Kapitán

Contact – email:
turonovajana@email.cz

ČASOVÉ MEZE AUTONOMIE VŮLE STRAN

PETR VOJÍŘ

Masaryk University, Faculty of Law, the Czech Republic

Abstract in original language:

Příspěvek je zaměřen na problematiku limitace autonomie vůle stran. Jeho účelem není zkoumat, jak je tato limitace z důvodu ochrany konkrétní skupiny subjektů uplatňována v konkrétním soukromoprávním odvětví, nýbrž se obecně zamyslet nad pojmem svobody vůle, pojmem autonomie vůle, jejich vzájemným vztahem a pojmem autonomie vůbec a zkoumat omezení autonomie vůle stran z hlediska časového, a to ve vztahu k minulosti. Tento problém objeví se mi generálně jako problém retroaktivity a speciálně jako problém smluvní retroaktivity. Dospívám k závěru, že smluvní retroaktivita je obecně přípustná.

Key words in original language:

Svoboda vůle; autonomie vůle; retroaktivita; smluvní retroaktivita.

Abstract:

This paper is focused on the issue of limitation of parties' autonomy of will. Its aim is not to inquire how this limitation is implemented for the protection of a particular group of subjects within a particular branch of the private law but to think about the concept of freedom of will, the concept of autonomy of will and the relation between these two concepts and to inquire the limitation of parties' autonomy of will from the time aspect and that in relation to the past. There is the problem of retroactivity in general and the problem of contractual retroactivity in particular. I come to the conclusion that the contractual retroactivity is generally admissible.

Key words:

Freedom of will; autonomy of will; retroactivity; contractual retroactivity.

1. POJEM SVOBODY VŮLE

Normativní uvažování je založeno na předpokladu (zásadě) svobody vůle čili na předpokladu svobody jednotlivce (člověka). Pouze kde je svoboda vůle, tam je rozumně myslitelná i povinnost, vina a trest (formální právní pojmy); z tohoto poznávacího hlediska je lidské jednání projevem svobodné vůle (tzv. indeterminismus).¹

Oproti tomu při kauzálním (přírodovědeckém) uvažování uchopuje se zkoumaná látka pojmy skutečnosti, prostoru, času, příčiny, účinku a příčinné souvislosti (formální kauzální pojmy). Představa svobody vůle v řetězcích příčin a jejich nutných účinků je nesmyslná; z tohoto poznávacího hlediska se lidské jednání jeví jako nutný následek určitých příčin (tzv. determinismus).

¹ Blíže viz např. Weyr, F. Čtyři kapitoly z právní noetiky. Časopis pro právní a státní vědu, 1929, r. XII, s. 12-13, Weyr, F. Teorie práva. Brno-Praha: Orbis, 1936, s. 59 či Procházka, A. Tvorba práva a jeho nalézání. Brno-Praha: Orbis, 1937, s. 9.

Normativní a kauzální (způsob) uvažování ale od sebe nejsou odtrženy, nýbrž se stýkají: V oblasti právní vědy je tento styk zachycen tzv. systematickými pojmy, zejm. pojmem skutkové podstaty a právní skutečnosti; v oblasti právní praxe tím, že právníci nejen z textů právních předpisů vyvozují to, co obecně býti má (ryze formálně-právní uvažování), ale zjišťují i to, co se ve skutečnosti událo (kauzální uvažování) a tento zjištěný skutkový stav porovnávají s normou (obsahově-právní uvažování), a sice s hypotézou normy (aby zjistili, zda je splněna právní skutečnost coby podmínka povinnosti či viny konkrétní osoby) nebo s dispozicí právní normy (aby zjistili, zda konkrétní osoba splnila svou povinnost).

Neboť ale právníci nejsou odborníci v kauzálním uvažování, mnohdy je třeba ke zjištění skutkové podstaty znaleckého posouzení, např. pro určení příčiny požáru v soudním řízení o žalobě pojištěného proti pojišťovně o zaplacení pojistného plnění.

Princip svobody vůle pokládám za základní filozofické (noetické) východisko, kteréžto ani v nejliberálnějším právním řádu není provedeno absolutně: Moderní demokratické právní řády sice staví na tom, že člověk je schopen jednat a rozhodovat se svobodně, na základě volby mezi jednotlivými variantami², ale přihlíží i k tomu, že v určitých případech je z důvodu určitého zdravotního stavu člověka nebo situace, v níž se nachází, tato jeho schopnost omezena či vyloučena³.

Totalitní právní řády apriorní svobodu vůle potlačují; moderní demokratické právní řády ji chrání a uznávají v normách nejvyšší právní síly - tak činí i český právní řád konstitucionalizací úcty k právům a svobodám občana⁴, zásady právnosti státních aktů⁵ a zásady „každý může činit, co není zákonem zakázáno“⁶.

Moderní demokratické právní řády takto chrání jednotlivce a jeho jednání před zásahy veřejné moci i ostatních subjektů.

2. POJEM AUTONOMIE VŮLE

Od pojmu svobody vůle je nutno podle mého názoru odlišit pojem autonomie vůle: Výraz „autonomie“ je složen ze slov cizího, řeckého původu: autos – sám, nomos – zákon, pročež doslovně znamená samozákonodárství, svézákonodárství čili „právo v rámci právního řádu

² Viz např. Kratochvíl, V. a kol. Trestní právo hmotné. Obecná část. Brno: Masarykova univerzita, 2002, s. 221 či Solnař, V., Fenyk, J., Císařová, D. Základy trestní odpovědnosti. Podstatně přepracované a doplněné vydání. Praha: Orac, 2003, s. 220-227.

³ V právním řádu reflektováno např. instituty nepřičetnosti, zbavení či omezení způsobilosti k právním úkonům, neplatnosti právního úkonu učiněného nesvobodně či v duševní poruše nebo neodpovědnosti za nezaviněný škodní čin v občanském právu.

⁴ Viz čl. 1 odst. 1 Ústavy ČR: „Česká republika je svrchovaný, jednotný a demokratický právní stát založený na úctě k právům a svobodám člověka a občana.“

⁵ Viz čl. 2 odst. 3 Ústavy ČR: „Státní moc slouží všem občanům a lze ji uplatňovat jen v případech, v mezích a způsoby, které stanoví zákon.“ a čl. 2 odst. 2 Listiny základních práv a svobod: „Státní moc lze uplatňovat jen v případech a v mezích stanovených zákonem, a to způsobem, který zákon stanoví.“

⁶ Viz čl. 2 odst. 4 Ústavy ČR: „Každý občan může činit, co není zákonem zakázáno, a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá.“ a čl. 2 odst. 3 Listiny základních práv a svobod: „Každý může činit, co není zákonem zakázáno, a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá.“

samostatně rozhodovat o svých záležitostech“⁷; základním význam výrazu „svoboda“ je negativní, a sice absence kauzálního a normativního omezení (donucení)⁸.

Podle mého názoru tedy svoboda vůle ex definitione spočívá v nepřítomnosti státní reprobace lidského projevu vůle, ale ex definitione nespočívá v přítomnosti státní aprobace lidského projevu vůle zaměřeného k vyvolání právních následků⁹. Právní princip autonomie vůle je specifickým, právem uznaným, projevem svobody při tvorbě konkrétních právních následků.

Ústavnímu soudu ČR ale pojmy svobody vůle a autonomie vůle splývají, lépe řečeno pojem svobody vůle implicitně považuje za součást autonomie vůle: Ústavní soud vyvozuje autonomii vůle z čl. 2 odst. 3 Listiny základních práv a svobod a rozlišuje autonomii vůle jako strukturální princip, podle něhož lze státní moc vůči jednotlivci a jeho autonomní sféře (včetně autonomních projevů volních, tedy i právních úkonů) uplatňovat pouze v případech, kdy jednání jednotlivce porušuje výslovně formulovaný zákaz upravený zákonem, a jako subjektivní právo jednotlivce na to, aby veřejná moc respektovala autonomní projevy jeho osobnosti, včetně projevů volních, které mají odraz v jeho konkrétním jednání, pokud takové jednání není zákonem výslovně zakázáno.¹⁰

Ústavní soud považuje autonomii vůle za *condicio sine qua non* materiálního právního státu¹¹ a za základ všech ústavně zaručených základních práv a svobod¹².

Český právní řád aprobuje nejen vůli osobami projevenou navenek (autonomie vůle), nýbrž i rozhodování uvnitř právnických osob (autonomie právnických osob), a to jak právnických osob soukromého práva¹³, tak i právnických osob práva veřejného¹⁴.

Výrazem autonomie a jeho opakem heteronomie se označují i principy procesu vzniku subjektivního a objektivního práva (tzv. principy normotvorné ve smyslu normativistickém) a

⁷ Viz Hendrych, A. a kol. Právnický slovník. Praha: C.H. Beck, 2001, s. 19.

⁸ K negativnímu vymezení svobody viz např. Knapp, V. Teorie práva. Praha: C.H. Beck, 1995, s. 16.

⁹ Podobně rozlišuje prof. Hurdík: „Rovněž nelze položit ani mezi pojmy svoboda a autonomie. Hlavní rozdíl mezi nimi, ..., v odlišném pojetí svobody jako filosofické kategorie od pojetí autonomie, která je svobodou zprostředkovanou mechanismem právní regulace“ (Hurdík, J. Zásady soukromého práva. Brno: Masarykova univerzita, 1998, s. 49-50.)

¹⁰ Viz konstantní judikatura Ústavního soudu, např. sp.zn. I.ÚS 546/03, I. ÚS 43/04, či I. ÚS 167/04 nebo I.ÚS 557/05.

¹¹ Viz např. nález Ústavního soudu sp.zn. I.ÚS 1238/08.

¹² Viz nález Ústavního soudu sp.zn. II.ÚS 3/06. K tomu viz např. Weyr, F. Československé ústavní právo. Praha: Melantrich, 1937, s. 67-68.

¹³ Např. autonomie občanských sdružení, politických stran a politických hnutí (viz např. nález Ústavního soudu sp.zn. Pl. ÚS 26/94) či církví a náboženských společností (viz např. nálezy Ústavního soudu sp.zn. I. ÚS 211/96, IV. ÚS 171/97, III. ÚS 136/2000, Pl. ÚS 6/02 či IV.ÚS 34/06).

¹⁴ Např. autonomie územně samosprávných celků (viz nálezy Ústavního soudu sp.zn. Pl. ÚS 34/02 či Pl. ÚS 5/03) či profesních komor (viz např. nález Ústavního soudu sp.zn. Pl.ÚS 40/06 k povinnému členství lékařů v České lékařské komoře).

druhy právních norem a konkrétních právních následků (tzv. druhy norem ve smyslu normativistickém¹⁵).¹⁶

Normy (ve smyslu normativistickém) autonomní jsou takové normy, u kterých splývá subjekt normotvorný se subjektem povinnostním, kdežto u heteronomní normy (ve smyslu normativistickém) jsou oba subjekty různé. Autonomní normy nejsou jen takové normy, které vznikají pouze působením povinnostního subjektu, nýbrž i takové, na jejichž vzniku povinnostní subjekt pouze spolupůsobí (v účasti jiného než povinnostního subjektu však vězí již prvek heteronomie), a to buď přímo (spoluurčení obsahu normy s jiným subjektem), nebo nepřímou (povinnostní subjekt pouze vybírá někoho, kdo vydá normu).

Autonomní normy, které vznikají pouze působením povinnostního subjektu (pouze jeden normotvůrce a subjekt povinnostní v téže osobě, žádná další osoba se normotvorby neúčastní) se podle Weyra vyskytují jenom u norem mravních.¹⁷ Napadá mě, že pro obor právního řádu by takovou ryzí autonomní normou mohl být např. veřejný příslib dle ust. §850 - 852 občanského zákoníku.

Příkladem konkrétních norem, jejichž obsah spoluurčuje povinnostní subjekt s jinou osobou, jsou normy smluvní (čili závazky smluvní v tradiční nomenklatuře); u norem obecných je přímá demokracie nejvíce patrna v zákonodárství vykonávaném přímo lidem, dnes zejm. ve Švýcarsku, dříve zejm. u tzv. městských států antických.¹⁸

Přímá demokracie u obecných norem se vyskytuje také ve formě institutu závazného referenda ve státech s přímou tvorbou zákonů.

Spolupůsobení nepřímé se u konkrétních norem uskutečňuje v rozhodčím (arbitrážním) řízení. Sporné strany, oproti soudnímu řízení, si pouze vybírají rozhodce, aniž by pak již samy rozhodovaly. Spolupůsobení nepřímé se u obecných norem realizuje tak, že v první fázi lid zvolí si své zákonodárce a ti v druhé fázi přijímají zákony.

¹⁵ Normativní teorie si abstraktním výměrem normy jako „výrazu, toho co být má“ (či jako „toho, co být má“), otevřela dveře k tomu, aby mohla pojmem normy pokrýt nejenom ústavní zákony, zákony, nařízení (normativní právní akty či normy v tradičním pojetí, obecné normy dle normativní teorie), ale i rozhodnutí soudu, správního úřadu (tradičně individuální právní akty, konkrétní normy dle normativní teorie) a práva a povinnosti (právní vztahy) z právních jednání (úkonů, zejm. smlouvy) soukromníků (konkrétní normy dle normativní teorie).

Podle mého názoru je takto široký pojem normy správný, společné rysy např. zákona a smlouvy převažují nad jejich rozdíly, u zákona a smlouvy lze nalézt *tertium comparationis* (viz Weyr, F. Právní věda jako věda o rozdílech. Časopis pro právní a státní vědu, 1935, r. XVIII, s. 240-250.); správnost tohoto pojmu normy je potvrzována i tím, že většina recentních teoretiků by se shodla na tom, že vedle obecně regulativního působení právní normy je dáno i konkrétně regulativní působení subjektivních práv a povinností (právních vztahů), pročež vytvářejí pojem regulativ (viz Holländer, P. Nástin filosofie práva. Úvahy strukturální. Praha: Věšhrd, 2000, s. 27.).

V tomto příspěvku budu vycházet z poznatku, že normativita (mětí, platnost, SOLLEN) není omezena znakem obecnosti, ale budu užívat tradiční terminologii, neuvedu-li jinak, zejm. u normy – norma ve smyslu normativistickém.

¹⁶ Obdobné členění viz Knapp, V. Teorie práva. Praha: C.H.Beck, 1995, s. 52 a 143.

¹⁷ Weyr, F. Teorie práva. Brno-Praha: Orbis, 1936, s. 138.

¹⁸ Weyr, F. Formy státní. In Slovník veřejného práva československého. Sv. I. Brno: R. M. Rohrer, 1929, s. 692.

Obecné normy heteronomní lze demonstrovat na zákonech absolutního monarchy. Konkrétní normy heteronomní lze spatřovat v soudních či správních rozhodnutích.

Ústavně založený princip autonomie vůle se uplatňuje především v soukromém právu¹⁹, a to zejm. ve svobodě učinění právního úkonu, ve svobodě volby adresáta právního úkonu, ve svobodě volby obsahu právního úkonu²⁰ a ve svobodě volby formy právního úkonu.²¹

Zásada autonomie vůle, byť zaujímá v soukromém právu výsadní postavení, není zásadou jedinou; v určitých případech nad touto zásadou za účelem ochrany veřejných hodnot nebo práv jiných osob převládá zásada jiná, např. zásada dobrých mravů.²²

3. ČASOVÉ MEZE AUTONOMIE VŮLE STRAN

Otázkou je, zda jsou strany uzavírající smlouvy svobodny při tvorbě jeho obsahu, pokud se týče zakládání práv a povinností do minulosti (tzv. smluvní retroaktivita). Je smluvní retroaktivita přípustná?

3.1 POJMOVÝ PARTIKULARISMUS A JINÉ NEDOSTATKY SOUČASNÉ KONTINENTÁLNÍ PRÁVNÍ VĚDY

Současná kontinentální právní věda má za sebou dlouhý historický vývoj, je následovnicí tradiční nauky právní²³. Tradiční naukou právní²⁴ se rozumí souhrn pojmů nashromážděných staletým vývojem právních řádů a právní vědy v kontinentální Evropě, který vychází z recepce římského práva soukromého a římskoprávní teorie.²⁵

Některé pojmy současné právní vědy pocházející z tradiční nauky právní jsou v rozporu s formální logikou:

¹⁹ Souhlasím s názorem, že pojmu autonomie odpovídá pojem demokracie (ve formálním smyslu), politický pojem republika a pojem rovnosti a soukromoprávnosti a pojmu heteronomie odpovídá pojem autokracie, politický pojem monarchie a pojem nadřízenosti, autoritativnosti a veřejnoprávnosti (Viz Weyr, F. Teorie práva. Brno-Praha: Orbis, 1936, s. 140, 183).

²⁰ A to ve volbě typu právního úkonu, v odchýlení se od zákonných ustanovení typu právního úkonu (problematika tzv. dispozitivních norem) a ve volbě nepojmenovaného právního úkonu.

²¹ Hurdík, J. Zásady soukromého práva. Brno: Masarykova univerzita, 1998, s. 49-50.

²² Viz např. náleží Ústavního soudu sp.zn. II.ÚS 3/06.

²³ Dalšími zásadními vlivy, které vedle tradiční nauky právní a římského práva soukromého utvářely kontinentální právní systém (tedy i současnou kontinentální právní vědu), jsou kanonické právo a obchodní právo středověkých přímořských italských měst a gild (zejm. v oblasti soukromého práva) a osvícenství (zejm. v oblasti práva veřejného). Merryman, J.H. The civil law tradition. An introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America. 1. vydání. Stanford: Stanford University Press, 1969, s. 10-14.

²⁴ Rovněž nazývána jako tradiční kontinentální právní nauka (Boguszak, J. In Boguszak, J., Čapek, J. Teorie práva. 1. vydání. Praha: Codex Bohemia, 1997, s. 97.), klasická právní teorie (Kühn, Z. Aplikace práva ve složitých případech. K úloze právních principů v judikatuře. 1. vydání. Praha: Nakladatelství Karolinum, 2002, s. 133.) či tradiční západní kontinentální právní doktrína (Kühn, Z. Aplikace práva soudcem v éře středoevropského komunismu a transformace. Analýza příčin postkomunistické právní krize. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2005, s. 66.).

²⁵ Boguszak, J. a kol. Teorie státu a práva I. 1. vydání. Praha: Orbis, 1967, s. 275.

První druh logického poklesku spočívá v nalezení *tertium comparationis* tam, kde není (logická chyba *quaternio terminorum*); sem spadá např. pojem práva zahrnující jak pojem práva subjektivního, tak i pojem práva objektivního (subjektivní právo jako míru možného chování a objektivní právo jako pravidla chování)²⁶ či tradiční trojdílná struktura právní normy „Jestliže H, pak D, jinak S“, v níž prvek D zastupuje jak dispozici, tak její porušení.²⁷

Druhý typ logického poklesku spočívá v nenalezení *tertium comparationis* tam, kde je. Tak např. současná právní věda nemá společný pojem pro usnesení valné hromady akciové společnosti o 500 akcionářích (právní skutečnost) a usnesení obecního zastupitelstva obce o 100 občanech (právní předpis). Tato neschopnost dostatečné abstrakce je důvodem pojmového partikularismu současné kontinentální právní vědy:

Systematické poznatky a systematické pojmy tradiční nauky právní, projevující se i v současné právní vědě, byly zbudovány na římském právu soukromém. Neboť pojmy tradiční nauky právní byly indukovány z práva soukromého, nebyly zcela použitelné pro pochopení práva veřejného.

Veřejnoprávní věda si proto vytváří buď své vlastní pojmy, aniž by tyto pojmy měly nadřazené pojmy s pojmy soukromoprávními, příp. u pojmů soukromoprávních rozšiřuje jejich rozsah i na právo veřejné. Paralelně vedle sebe se tudíž rozvíjí věda práva veřejného a věda práva soukromého, čímž odrážejí v právním řádu zakotvený dualismus práva soukromého a práva veřejného. Dualismu pojmů soukromoprávních a veřejnoprávních vztahů do značné míry odpovídá i dualismus pojmů práva hmotného a procesního.

Napříč těmito dvěma v podstatě horizontálněprávními dualismy vede dualismus vertikálněprávní, a sice dualismus práva objektivního a subjektivního. I tento třetí dualismus spočívá na pojmech bez *tertium comparationis*, protože na jedné straně stojí množina pojmů, v jejichž čele stojí (formální) pramen práva a právní norma a na straně druhé dominují pojmy právních skutečností a právních vztahů. Samozřejmě tyto čtyři uvedené pojmy nejsou jedinými zástupci svých skupin, ale jsou pojmy ústředními, od nichž se ostatní přímo či nepřímou odvíjejí.

Mezi další logické poklesky patří označování normativity výrazy kauzálního uvažování či dokonce směšování normativního a kauzálního uvažování a nahrazování formální logiky logikou dialektickou.

3.2 PRÁVNÍ POJEM RETROAKTIVITY

Všemi zmíněnými logickými chybami trpí i tradiční právní pojem retroaktivity:

²⁶ Na tuto logickou nesprávnost je v současné právní vědě poukazováno s tím, že není na překážku používání těchto pojmů. (Knapp, V. Teorie práva. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 1995, s. 51-52.)

²⁷ Viz Knapp, V. Vědecká propedeutika pro právníky. 1. vydání. Praha: EUROLEX BOHEMIA, 2003, s. 48 či Knapp, V. Teorie práva. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 1995, s. 155.

Logická chyba *quaternio terminorum* projevuje se v tom, že se představuje dualismus pravé a nepravé retroaktivity právních norem²⁸ a definují se tyto dva pojmy, aniž by se předtím vymežil samotný pojem retroaktivity společný pro retroaktivitu pravou a nepravou.

Nepravá retroaktivita retroaktivitou vůbec není;²⁹ v současné české právní vědě se pojímá tak, že: „platnost právních skutečností, vznik právních vztahů a jejich následky, k nimž došlo před účinností nového zákona, se posoudí podle práva dřívějšího, ale – trvá-li dříve vzniklý právní vztah i nadále – posoudí se ode dne účinnosti zákona nového podle zákona nového a podle tohoto zákona se posoudí i právní následky dotyčného právního vztahu, vzniklé po účinnosti nového zákona.“³⁰

Směšování normativního a kauzálního terminologického a pojmového aparátu a průniky dialektické logiky spatřuji v následujícím:

Mám za to, že výrazy „retroaktivita právních norem“, „zpětná účinnost právních norem“, „zpětné účinky právních norem“, „zpětná působnost právních norem“ či „zpětné působení právních norem“, stejně jako zpětné účinnosti právních úkonů, smluvní retroaktivity, zpětné účinnosti rozhodnutí a retroaktivity rozhodnutí jsou nevhodné a matoucí³¹.

Retroaktivita je slovo latinského původu, skládající se z výrazů *retro* a *agere*. *Retro* znamená zpět, nazpět, dozadu; *agere* hnát, honit, pohánět. *Retro-agere* je tedy v původním významu hnát zpět.³²

Recentní česká právní věda na základě toho, že český právní řád³³ rozeznává dvě významné skutečnosti při vzniku právního předpisu (právní normy) a pojmenovává je jako „platnost“ a „účinnost“ roztrhává od sebe znak „být součástí právního řádu“ a znak „způsobit zakládat práva a povinnosti“; prvním definuje platnost, druhým účinnost právní normy.

Působností právní normy se rozumí „vymezení rozsahu realizace a aplikace právní normy“.³⁴ Časová působnost právní normy „dává odpověď na otázku, kdy počíná a kdy končí účinnost

²⁸ Recentní českou právní vědou je retroaktivita považována nejen za vlastnost právní normy, nýbrž i za vlastnost formálního pramene práva, tedy zákona a jiných právních předpisů (normativních právních aktů).

²⁹ Toto je *opinio communis doctorum* české právněvědecké obce (viz např. Knapp, V. *Teorie práva*. Praha: C.H. Beck, 1995, s. 208; Gerloch, A. *Teorie práva*. 2. rozšířené vydání. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2001, zejm. s. 89; Hanuš, L. *Právní argumentace nebo svévole. Úvahy o právu, spravedlnosti a etice*. Praha: C.H. Beck, 2008, zejm. s. 68).

³⁰ Knapp, V. *Teorie práva*. Praha: C.H. Beck, 1995, s. 208.

³¹ K tomu viz např. Procházka, A. *Základy práva intertemporálního se zvláštním zřetelem k § 5 obč. zák.* (studie.). Brno: Nakladatelství Barvič & Novotný, 1928, s. 26-27; Procházka, A. *Retroaktivita*. In *Slovník veřejného práva československého*. Sv. III. Brno: R. M. Rohrer, 1934, s. 799. Krejčí argumentuje pro opačný názor tím, že výrazu „účinnost“ a „působnost“ používá se v jiném významu než při poznávání přírody a že tento dvojitý význam slov je při různém poznávání přípustný (Krejčí, J. *Zpětná působnost zákonů z hlediska práva ústavního*. Praha: Moderní stát, 1933, s. 14, pozn. pod čarou 9.).

³² Pražák, J.M., Novotný, F., Sedláček, J. *Latinsko-český slovník*. Praha: KLP, 1999, s. 55 a 1153.

³³ Z českých zákonů lze vyvodit to, že platná právní norma je norma publikovaná a účinná právní norma je platná právní norma po uplynutí určité, nebo neuplynutí žádné doby od jejího vyhlášení.

³⁴ Gerloch, A. *Teorie práva*. 2. rozšířené vydání. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2001, s. 62.

právního předpisu, resp. zda v době, kdy se klade otázka časové působnosti, je či není právní předpis účinný.³⁵

Výraz „retroaktivita právních norem“ a ostatní zmíněné výrazy pro tentýž jev jsou nevhodné a matoucí proto, že jsou v nich použita slova, kterými se designují jevy při myšlení v dimenzích příčiny, účinku, času a prostoru, tedy tzv. kauzálního světa.

To potom vede k tomu, přestože se rozlišuje mezi působností právní normy ve smyslu sociologickém na straně jedné a působností právní normy ve smyslu technickém na straně druhé³⁶ i mezi efektivností (účinností ve smyslu sociologickém) právní normy na straně jedné a její účinností (účinností ve smyslu sociologickém) na straně druhé³⁷, že retroaktivita je pokládána za něco nemožného (v duchu rčení „co se stalo, nemůže se odestát“) a za právní fikci³⁸; významová ambivalence výrazu svádí k nepřesnému chápání³⁹.

Ano, nic (tudíž ani zákon, ani soudní a správní rozhodnutí ani právní úkon) nemůže zpětně účinkovat či působit a měnit tím v minulosti účinky minulých příčin; to by bylo v rozporu s přírodním zákonem – Je-li A, bude (následuje) B. Norma (ve smyslu normativistickém) ale spočívá na jiném sepětí dvou skutečností - Je-li A, má být (následovat) B.⁴⁰

Kdežto účinek musí vždy nastat v čase po své příčině, plnění (splnění povinnosti) po příslušné právní skutečnosti (např. odstoupení od smlouvy) nastat nemusí (nesplnění, porušení povinnosti); navíc právní skutečnost nebo hypotéza právní normy mohou určovat, že splnění povinnosti vyplývající z této právní skutečnosti má (mělo) nastat v minulosti (před naplněním právní skutečnosti).

Jsem proto toho názoru, že v pojmu právního předpisu, rozhodnutí ani právního úkonu není zahrnut znak příčinnosti a tudíž ani časové následnosti; nelze proto říci, že právní norma (rozhodnutí a právní úkon) per definitionem platí, natožpak působí, do budoucnosti⁴¹.

³⁵ Knapp, V. Teorie práva. Praha: C.H. Beck, 1995, s. 165.

³⁶ Knapp, V. Teorie práva. Praha: C.H.Beck, 1995, s. 165.

³⁷ Viz např. Knapp, V. Teorie práva. Praha: C.H.Beck, 1995, s. 35 a 164.

³⁸ Knapp, V. Teorie práva. Praha: C.H.Beck, 1995, s. 210.

³⁹ Bylo by ale zjednodušující toto recentní pojetí retroaktivity odvozovat pouze od výkladů výrazů „účinnost“ a „působnost“. Toto pojetí totiž vyvěrá ze samotného recentního pojmu právní normy, a zejm. z jejího znaku regulativnosti z aspektu sociologického, ve své podstatě dialektického. K uvedenému viz zejm. Knapp, V. a kol. Tvorba práva a její současné problémy. Praha: Linde, 1998, s. 32 a Knapp, V. Teorie práva. Praha: C.H.Beck, 1995, s. 210.

⁴⁰ Viz Sedláček, J. Občanské právo československé. Všeobecné nauky. Brno: Nákladem československého akademického spolku „Právnick“ v Brně, 1931, s. 109-110.

⁴¹ Opačný názor viz např. Knapp, V. Teorie práva. Praha: C.H.Beck, 1995, s. 209 či Boguszak, J., Čapek, J. Teorie práva. Praha: Codex Bohemia, 1997, s. 76.

Pojmově přeci není nijak vyloučeno posuzovat regulativy platnými v současnosti minulé skutečnosti⁴².

Pojem platnosti (normativity, mětí) je dán mimo čas⁴³ (a prostor); do času (a prostoru) může být platnost zasazována až abstraktními skutkovými podstatami norem (tedy hypotézou a dispozicí v tradiční nomenklatuře).

V čase a prostoru se tudíž uskutečňuje a existuje nikoliv samotná platnost, nýbrž skutečnosti odpovídající hypotézám a dispozicím právních norem, podmínkám a právům a povinnostem právních úkonů a soudních a správních rozhodnutí, tedy konkrétní podmiňující skutkové podstaty (tedy formální prameny práva⁴⁴, řízení a právní skutečnosti) a konkrétní podmíněné skutkové podstaty (výkon práv a povinností).

Problematika tradičně nazývaná jako retroaktivita a časová působnost právních norem tedy spočívá v determinaci skutkových podstat.

Nenalezení *tertium comparationis* se projevuje i v tom, že současná právní věda pojednává o retroaktivitě pouze ve vztahu k právním předpisům, ve vztahu k rozhodnutím a právním úkonům pouze zcela výjimečně⁴⁵.

Zastávám názor, že pojem retroaktivity musí být stejný v rovině práva objektivního (heteronomního) i subjektivního (autonomního); přípustnost retroaktivity práva subjektivního a objektivního se může ale lišit v závislosti na jejich specifických a na obsahu právního řádu.

Domnívám se, že právní věda by měla disponovat vlastním pojmovým aparátem a pro účely poznávání právního řádu pouze nepřebírat výrazy a pojmy právního řádu. Pojmový aparát právní vědy je dle mého mínění tvořen formálními pojmy (čistými právními pojmy) a systematickými pojmy (obsahovými pojmy právní vědy).

Formální pojmy jsou prostředkem k poznávání každého právního řádu bez ohledu na jeho konkrétní obsah, ba dokonce pro svou formálnost jsou společné všemu normativnímu

⁴² Např. podle současných estetických norem hodnotit vzhled pravěkých žen či podle současných právních norem hodnotit chování středověkých panovníků a vyvozovat z těchto norem a podřazených skutečností závěry pro minulost.

⁴³ „Norma, resp. platnost (ono má býti) je věčná, lépe řečeno bezčasová: nevzniká, nezaniká a nemění se. Konkretizuje se však v povinných úkonech, které jsou determinovány časem a prostorem.“ (Procházka, A. Tvorba práva a jeho nalézání. Brno-Praha: Orbis, 1937, s. 94). K tomu viz Weyrovo hodnocení: „Přiznám se, že jsem zřídka četl hlubší a plodnější myšlenku než je tato a znovu vyslovuji politování, že Procházkův spis nevyšel před mou Teorií práva. [Weyr, F. K problému tz v. automatické normotvorby (Poznámky ke spisu Ad. Procházky: Tvorba práva a jeho nalézání). Časopis pro právní a státní vědu, 1938, r. XXI, s. 98].

⁴⁴ V tomto bodě správně postřehnuto i některými recentními českými právními teoretiky – viz např. „Formou existence práva, jeho ‘bytím’ jsou právní normativní akty, které se nejčastěji vyskytují v podobě právních předpisů.“ (Harvánek, J. a kol. Teorie práva. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, zejm. s. 209) či „Právní normativní akty představují existenci právních norem...“ (Kubů, L., Hungr, P., Osina, P. Teorie práva. Praha: Linde, 2007, zejm. s. 79)

⁴⁵ Ve vztahu k individuálním právním aktům (viz Krecht, J. Retroaktivita právních aktů. Právník, 2003, č. 11, zejm. s. 1136; Petrlík, D. Retroaktivita právních předpisů v komunitárním právu s přihlédnutím k právu českému, německému a francouzskému. Praha: Linde, 2005, s. 121-122) a smlouvám (Glatzová, V. Krátká obhajoba přípustnosti zpětné účinnosti smluv. Právní rozhledy, 2006, č. 14, s. 518-519).

poznávání, tedy poznávání i jiných normových souborů než právních řádů (např. morálky). Takových pojmů je proto velmi málo. Patří mezi ně především pojmy normy a povinnosti, ale také pojmy viny, trestu, povinnostního subjektu atd.

Systematické pojmy jsou oproti formálním pojmům nutně aposteriorní, protože pro jejich konstrukci je třeba nejprve poznat obsah a výstavbu právního řádu a podle toho je vytvářet. Systematickým pojmem je např. pojem právního řádu, právní normy, skutkové podstaty, ale i pojem retroaktivity právních norem.⁴⁶

Právní věda musí mít svůj vlastní pojem platné právní normy neodvislý od proměnlivého a terminologicky nejednotného právního řádu – tu vzniká otázka, zda a příp. jak bude v českých učebnicích teorie práva v pojmech platné právní normy a účinné právní normy zohledněn od 1.5.2004 v českém právním řádu platný článek 254 Smlouvy o založení Evropského společenství stanovující, že právní předpisy vstupují „v platnost dnem, který je v nich stanoven, jinak dvacátým dnem po vyhlášení“.

Z výše uvedených důvodů považuji za dobré, při zachování pojmu efektivní právní normy (právněsociologický pojem) a zákonného pojmu účinné právní normy, neužívat právněteoretický pojem účinné právní normy.

Platnou právní normu bych teoreticky vymezil jako právní normu, která je součástí právního řádu a která je způsobilá zakládat práva a povinnosti. Tento formální (teoretický) pojem platnosti, jak již výše naznačeno, je ale možno přičítat nejen právní normě (právnímu předpisu), nýbrž i soudnímu a správnímu rozhodnutí a právnímu úkonu.

U soudního a správního rozhodnutí je jím možno hradit tradiční pojem právní moci⁴⁷, u právního úkonu tradiční pojem účinnosti. Ostatně tímto obecným pojmem platnosti dochází ke sblížení s laickým vyjadřováním; neprávnik nikdy neřekne, že zákon je účinný, rozsudek pravomocný a smlouva účinná, nýbrž že jsou platné či že platí.

Dopracovávám se tedy ke svému označení a vymezení retroaktivity; za správné označení⁴⁸ pokládám výraz zpětná platnost⁴⁹ čili „retrovalidita“⁵⁰. Správný název otevírá správný pojem:

⁴⁶ To, že pojem retroaktivity právních norem, není čistě formální (logický), správně postřehl i Steiner („...u retroaktivity nejde o zásadu jen logickou.“ Steiner, V. K problematice nepřípustnosti retroaktivity právních norem. Právník, 1994, č. 1, s. 3).

Ke klasifikaci pojmů blíže viz Sedláček, J. Občanské právo československé. Všeobecné nauky. Brno: Nákladem československého akademického spolku „Právník“ v Brně, 1931, s. 40-50; Chytil, V. Pojmy ve vědě právní. Všeohrd, 1931, r. XII, č. 8, s. 215-224, resp. Chytil, V. Pojmy ve vědě právní. In Weinberger, O., Kubeš, V. (editoři), Kosek, J. (uspořadatel). Brněnská škola právní teorie (normativní teorie). Praha: Univerzita Karlova v Praze, Nakladatelství Karolinum, 2003, s. 185-194; Kubeš, V. Obecné pojmy nauky o nemožnosti plnění (K problematice právních pojmů systematických). In Sborník prací k počtě šedesátých narozenin Františka Weyra. Praha: Orbis, 1939, s. 160-161.

⁴⁷ K pojmu právní moci rozhodnutí, a to jak její formální stránky (nezměnitelnosti), tak i její materiální stránky (závaznosti) viz např. Hendrych, A. a kol. Právníký slovník. Praha: C.H. Beck, 2001, s. 649-651.

⁴⁸ Nesprávnost označení „pravá retroaktivita“ postřehl i druhý senát německého Spolkového ústavního soudu a nahradil ho proto výrazem „zpětné působení právních následků“ (Rückbewirkung von Rechtsfolgen). K tomu viz např. Petrlík, D. Retroaktivita právních předpisů v komunitárním právu s přihlédnutím k právu českému, německému a francouzskému. Praha: Linde, 2005, s. 44.

Retrovalidní (nesprávně: retroaktivní) jsou takové právní předpisy, rozhodnutí a právní úkony, která zakládají právní následky (práva a povinnosti) v minulosti (tj. před okamžikem nabytí platnosti v uvedeném smyslu právněteoretickém – tj. v tradiční nomenklatuře odpovídající pojmům právního řádu - před okamžikem nabytí účinnosti českých právních předpisů, platnosti právních předpisů komunitárního práva, právní moci správních a soudních rozhodnutí a účinnosti právních úkonů).

Nepravou retroaktivitu za retroaktivitu nepovažují, protože tímto výrazem se označuje to, když nová právní norma pro dobu před svou účinností jinak kvalifikuje minulé právní skutečnosti (problematika ochrany minulých právních skutečností) nebo mění nastalé právní následky (problematika ochrany nabytých práv).⁵¹

3.3 PŘÍPUSTNOST RETROAKTIVITY PRÁVNÍCH PŘEDPISŮ

Zatímco vymezení pojmu retroaktivity je úlohou právní vědy, stanovení přípustnosti retroaktivity je úlohou právní praxe. Čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod výslovně zakazuje (činí nepřipustnou) retroaktivitu trestních zákonů v neprospěch pachatele.⁵²

Problematikou právě i nepravé retroaktivity i jiných než trestněprávních předpisů se v mnoha nálezech musel zabývat Ústavní soud; postupně dospěl k názoru⁵³, že u retroaktivity právě platí zásada obecné nepřipustnosti, ze které existují striktně omezené výjimky přípustnosti, u retroaktivity nepravé platí naopak zásada obecné přípustnosti, ze které existují výjimky její nepřipustnosti.

V judikatuře Ústavního soudu je přípustnost výjimky z principu zákazu právě retroaktivity právních norem definována tak, že retroaktivní účinek musí být v zákoně výslovně stanoven a že právní povinnost zpětně uložená byla již v minulosti pocíťovaná jako povinnost z hlediska morálky či spravedlnosti.⁵⁴

3.4 PŘÍPUSTNOST RETROAKTIVITY PRÁVNÍCH ÚKONŮ

Zpětné účinnosti právních úkonů je v judikatuře i v právnické literatuře věnována mnohem menší pozornost než zpětné účinnosti právních předpisů.

⁴⁹ Procházka, A. Retroaktivita. In Slovník veřejného práva československého. Sv. III. Brno: R. M. Rohrer, 1934, s. 799.

⁵⁰ Jedná se o náš pokus vytvořit slovo podobné zaužívanému slovu „retroaktivita“; výraz *agere* nahrazuje se tu výrazem *valere* znamenajícím v latině mj. i platit (viz např. Kábrt, J. a kol. Latinsko-český slovník. Praha: LEDA, 2003, s. 550).

⁵¹ K tomu viz např. Procházka, A. Retroaktivita. In Slovník veřejného práva československého. Sv. III. Brno: R. M. Rohrer, 1934, s. 800-801.

⁵² „Trestnost činu se posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější.“

⁵³ Viz zejm. jeho nálezy ze dne 04.02.1997, sp.zn. Pl.ÚS 21/96 (63/1997 Sb.) či nálezy Ústavního soudu ze dne 12.03.2002, sp.zn. Pl.ÚS 33/01 (145/2002 Sb.).

⁵⁴ Viz zejm. jeho nálezy ze dne 04.02.1997, sp.zn. Pl.ÚS 21/96 (63/1997 Sb.) či nálezy Ústavního soudu ze dne 12.03.2002, sp.zn. Pl.ÚS 33/01 (145/2002 Sb.).

Obecně platí, že účinky adresného právního úkonu nastávají okamžikem jeho dojití účastníkovi, vůči kterému je činěn.⁵⁵ Účinnost celého právního úkonu nebo jen vznik některé povinnosti či práva z něj mohou být odloženy do budoucnosti uplynutím nějaké lhůty či splněním nějaké podmínky⁵⁶.

Mám za to, že nelze vyvodit žádný obecný zákaz toho, aby byly právo, povinnost či účinnost celého právního úkonu založeny právním úkonem do minulosti (přede dnem jeho uzavření). Lze tedy říci, že zpětná účinnost právních úkonů (tedy i smluvní retroaktivita) je obecně přípustná⁵⁷; nutno ale dodat, že je přípustná pouze tehdy, stanoví-li tak zákon⁵⁸ (právnímu úkonu přiznává účinky ex tunc) jako např. pro odstoupení od smlouvy dle ust. §48 odst. 2 občanského zákoníku nebo pro dovolání se relativní neplatnosti dle ust. §40a OZ nebo přípustná dohoda účastníků⁵⁹.

Podmínkou přípustnosti retroaktivity dohody je její výslovné a nepochybné smluvní ujednání a absence rozporu s kogentní právní normou. Není účelem tohoto příspěvku podat výčet všech případů, kdy by zpětná účinnost právního úkonu byla v rozporu s kogentní právní normou, ale alespoň vytyčit druhy případů, které vylučují přípustnost zpětné účinnosti zákonů a představují tudíž časovou mez autonomie vůle stran do minulosti:

1. Uzavřením dodatku ke smlouvě nemůže být ke dni uzavření smlouvy (ex tunc) ani ke dni uzavření dodatku smlouvy (ex nunc) zhojeny vady vyvolávající absolutní neplatnost smlouvy. „Není-li smlouva platně uzavřena, nelze se platně dohodnout na změně jejího obsahu, neboť z neplatně uzavřené smlouvy nevznikly účastníkům žádné závazky, takže se logicky nelze dohodnout ani na jejich změně a nelze tedy ani dodatečnou dohodou o chybějící náležitosti smlouvy zhojit její neplatnost.“⁶⁰

⁵⁵ Viz rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 15. června 2005, sp.zn. 32 Odo 705/2005; ve vztahu přijetí návrhu smlouvy viz ust. §43c odst. 2 občanského zákoníku.

⁵⁶ Viz ust. §36 odst. 1, 2 občanského zákoníku.

⁵⁷ Stejný názor viz rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 22. srpna 2007, sp.zn. 28 Cdo 3033/2005. Opačný názor viz [Anonymus]: Bis de EAdem re aneb dvakrát o tomtéž (a pokaždé jinak). In http://www.vakobobri.cz/e107_files/public/bis_de_eadem_re_aneb_dvakt_o_tomt.doc (navštíveno 17.5.2009).

Nemohu souhlasit s rozsudkem Nejvyššího soudu ze dne 6. prosince 2007, sp.zn. 32 Odo 849/2006, obsahujícím tento právní názor: „Rovněž tak není pochyb o tom, že kupní smlouva, obsahující dohodu o již prošlé (uplynulé) době dodání zboží, je neplatným právním úkonem podle § 37 odst. 2 obč. zák., neboť jeho předmětem je plnění nemožné.“ ani jako s obecným argumentem proti přípustnosti smluvní retroaktivity ani jako s konkrétnějším argumentem ve prospěch neplatnosti ujednání o prošlé době dodání zboží z důvodu (počáteční) nemožnosti plnění ve smyslu ust. §37 odst. 2 občanského zákoníku.

Vždyť přeci není a priori nemožné, aby někdo před vznikem své právní povinnosti uskutečnil jednání, které jí odpovídá.

⁵⁸ Stejná podmínka platí podle mého mínění i pro přípustnost retroaktivity soudních a správních rozhodnutí a jiných procesních úkonů.

⁵⁹ Viz rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 15. června 2005, sp.zn. 32 Odo 705/2005.

⁶⁰ Viz usnesení Nejvyššího soudu ze dne 7. února 2006, sp.zn. 29 Odo 1241/2004, uveřejněné v časopise Soudní judikatura číslo 6, ročník 2006, pod číslem 89

Konvalidace je možná pouze u relativně-neplatného právního úkonu⁶¹, u něhož se dosud osoba dotčená tímto úkonem jeho neplatnosti nedovolala.

2. Přikláním se k názoru, že dohoda o zrušení smlouvy ex tunc (včetně splněných závazků) jakožto nepojmenovaná smlouva (dle ust. §51 občanského zákoníku či dle ust. §269 odst. 2 obchodního zákoníku)⁶² je v zásadě přípustná, protože zákon připouští i jednostranné zrušení smlouvy ex tunc odstoupením od smlouvy (arg. a minori ad maius a arg. ad absurdum).⁶³

Touto dohodou ale nemůže být smlouva zrušena ex tunc, upravuje-li kogentní právní norma způsoby zániku právního vztahu založeného smlouvou taxativním výčtem (nezahrnujícím dohodu o zrušení závazku), čehož příkladem je např. taxativní výčet způsobů zániku účasti společníka ve společnosti s ručením omezeným.⁶⁴

3. Zákon jako podmínku vzniku a účinnosti smlouvy klade souhlas určitého orgánu, který nutně musí přistoupit k smluvnímu projevu účastníků, např. souhlas správního orgánu dle dřívějšího znění zákona č. 116/1990 Sb., o nájmu nebytových prostor.⁶⁵

4. Smluvní retroaktivita by byla v konkrétním případě v rozporu se zásadou ekvity, a sice se zásadou dobrých mravů či se zásadou zákazu zneužití subjektivních práv⁶⁶.

5. Smluvní retroaktivita by byla v konkrétním případě v rozporu se zásadou ochrany práv třetích osob⁶⁷.

6. Smluvní retroaktivita by byla v konkrétním případě v rozporu s veřejnoprávní normou.

Literature:

- [Anonymus]: Bis de EAdem re aneb dvakrát o tomtéž (a pokaždé jinak). In http://www.vakobobri.cz/e107_files/public/bis_de_eadem_re_aneb_dvakrt_o_tomt.doc. (navštíveno 17.5.2009)
- Bergel, J.L. Théorie générale du droit. 4. Vydání. Paříž: Dalloz, 2003, 374 s., ISBN 2 247 05185 5.

⁶¹ Stejný názor viz Fiala, J., Hurdík, J., Korecká, V., Telec, I. Lexikon občanského práva. Vydání druhé, rozšířené. Ostrava: Nakladatelství Jiří Motloch – Sagit, 2001, s. 82.

⁶² Oproti tomu dohoda o zrušení závazků výslovně upravená (ust. §572 odst. 2 občanského zákoníku) ruší pouze závazky nesplněné a to ex nunc.

⁶³ Shodně nahlíženo v nálezu Ústavního soudu ze dne 07.12.2004, sp.zn. I.ÚS 670/02; opačný názor zaujat v usnesení Nejvyššího soudu ze 12. října 2006, sp.zn. 29 Odo 331/2006).

⁶⁴ Viz poslední argument v usnesení Nejvyššího soudu ze 12. října 2006, sp.zn. 29 Odo 331/2006.

⁶⁵ K tomu viz např. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 22. srpna 2007, sp.zn. 28 Cdo 3033/2005.

⁶⁶ K obsahu těchto zásad soukromého práva blíže viz zejm. Hurdík, J. Zásady soukromého práva. Brno: Masarykova univerzita, 1998, s. 70-113.

⁶⁷ Viz Glatzová, V. Krátká obhajoba přípustnosti zpětné účinnosti smluv. Právní rozhledy, 2006, č. 14, s. 519.

- Boguszak, J., Čapek, J. Teorie práva. Praha: Codex Bohemia, 1997, 257 s., ISBN 80-85963-38-8.
- Fiala, J. Iura quaesita a jejich uplatnění v judikatuře Ústavního soudu. Právník, 1999, č. 3, s. 250-260.
- Fiala, J., Hurdík, J., Korecká, V., Telec, I. Lexikon občanského práva. Vydání druhé, rozšířené. Ostrava: Nakladatelství Jiří Motloch – Sagit, 2001, 512 s., ISBN 80-7208-237-X.
- Gerloch, A. Teorie práva. 2. rozšířené vydání. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2001, 299 s., ISBN 80-86473-04-X.
- Glatzová, V. Krátká obhajoba přípustnosti zpětné účinnosti smluv. Právní rozhledy, 2006, č. 14, s. 518-519.
- Hanuš, L. Právní argumentace nebo svévole. Úvahy o právu, spravedlnosti a etice. Praha: C.H. Beck, 2008, 221 s., ISBN 978-80-7400-035-5.
- Harvánek, J. a kol. Teorie práva. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, 501 s., ISBN 978-80-7380-104-5.
- Hendrych, A. a kol. Právníký slovník. Praha: C.H. Beck, 2001, 1189 s., ISBN 80-7179-360-4.
- Hendrych, D. a kol. Správní právo. Obecná část. 6. vydání. Praha: C.H. Beck, 2006, 861 s., ISBN 80-7179-442-2.
- Hurdík, J. Zásady soukromého práva. Brno: Masarykova univerzita, 1998, 168 s., ISBN 80-210-2001-6.
- Chytil, V. Pojmy ve vědě právní. Všehrd, 1931, r. XII, č. 8, s. 215-224.
- Kábrt, J. a kol. Latinsko-český slovník. Praha: LEDA, 2003, 575 s., ISBN 80-7239-036-8.
- Knapp, V. Teorie práva. Praha: C.H.Beck, 1995, 247 s., ISBN 80-7179-028-1.
- Knapp, V. Vědecká propedeutika pro právníky. 1. vydání. Praha: EUROLEX BOHEMIA, 2003, 233 s., ISBN 80-86432-548.
- Kratochvíl, V. a kol. Trestní právo hmotné. Obecná část. Brno: Masarykova univerzita, 2002, 571 s., ISBN 80-210-2985-4.
- Krecht, J. Retroaktivita právních aktů. Právník, 2003, č. 11, s. 1136-1145.
- Krejčí, J. Zpětná působnost zákonů z hlediska práva ústavního. Praha: Moderní stát, 1933, 157 s.

- Kubeš, V. Obecné pojmy nauky o nemožnosti plnění (K problematice právních pojmů systematických). In Sborník prací k počtě šedesátých narozenin Františka Weyra. Praha: Orbis, 1939, s. 157-167.
- Kubů, L., Hungr, P., Osina, P. Teorie práva. Praha: Linde, 2007, 335 s., ISBN 978-80-7201-637-2.
- Kühn, Z. Aplikace práva soudcem v éře středoevropského komunismu a transformace. Analýza příčin postkomunistické právní krize. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2005, 201 s., ISBN 80-7179-429-5.
- Kühn, Z. Aplikace práva ve složitých případech. K úloze právních principů v judikatuře. 1. vydání. Praha: Nakladatelství Karolinum, 2002, 419 s., ISBN 80-246-0483-3.
- Merryman, J. H. The civil law tradition. An introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America. Stanford: Stanford University Press, 1969, 172 s.
- Petrlík, D. Retroaktivita právních předpisů v komunitárním právu s přihlédnutím k právu českému, německému a francouzskému. Praha: Linde, 2005, 131 s., ISBN 80-7201-558-3.
- Pražák, J.M., Novotný, F., Sedláček, J. Latinsko-český slovník. Praha: KLP, 1999, 1425 s., ISBN 80-85917-51-3.
- Procházka, A. Retroaktivita. In Slovník veřejného práva československého. Sv. III. Brno: R. M. Rohrer, 1934, s. 799-803.
- Procházka, A. Tvorba práva a jeho nalézání. Brno-Praha: Orbis, 1937, 154 s.
- Procházka, A. Základy práva intertemporálního se zvláštním zřetelem k § 5 obč. zák. (studie.). Brno: Nakladatelství Barvič & Novotný, 1928, 201 s.
- Sedláček, J. Občanské právo československé. Všeobecné nauky. Brno: Nákladem československého akademického spolku „Právnick“ v Brně, 1931, 288 s.
- Solnař, V., Fenyk, J., Císařová, D. Základy trestní odpovědnosti. Podstatně přepracované a doplněné vydání. Praha: Orac, 2003, 455 s., ISBN 80-86199-74-6.
- Steiner, V. K problematice nepřípustnosti retroaktivity právních norem. Právnick, 1994, č. 1, s. 1-6.
- Večeřa, M., Urbanová, M. Základy sociologie práva. DOPLNĚK: Brno, 1996, 207 s., ISBN 80-85765-69-1.
- Vojtíš, P. Formální nebo dialektická logika v právním myšlení: chování a právní norma nebo společenské vztahy a právní vztahy? Předneseno na konferenci České právní myšlení a

logika - minulost a perspektivy III., uspořádané Katedrou právní teorie Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně dne 21.9.2006 [Sborník z konference dosud nevydán].

- Vojíš, P. Právní pojem retroaktivity. In Sborník z konference Dny práva – 2008 – Days of law. Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 164, ISBN 978-80-210-4733-4 (plné znění příspěvku zveřejněno na s. 1342-1376 elektronické verze sborníku na <http://www.law.muni.cz/edicni/dp08/index.html>).
- Vojíš, P. Právní skutečnosti a právní vztahy z pohledu současné právní vědy a z pohledu normativní teorie. Rigorózní práce. Brno, 2006, 199 s.
- Weinberger, O., Kubeš, V. (editoři), Kosek, J. (uspořadatel). Brněnská škola právní teorie (normativní teorie). Praha: Univerzita Karlova v Praze, Nakladatelství Karolinum, 2003, 440 s., ISBN 80-246-0689-5.
- Weyr, F. Československé ústavní právo. Praha: Melantrich, 1937, 339 s.
- Weyr, F. Čtyři kapitoly z právní noetiky. Časopis pro právní a státní vědu, 1929, r. XII, s. 1-16.
- Weyr, F. Formy státní. In Slovník veřejného práva československého. Sv. I. Brno: R. M. Rohrer, 1929, s. 669-697.
- Weyr, F. K problému tzv. automatické normotvorby (Poznámky ke spisu Ad. Procházky: Tvorba práva a jeho nalézání). Časopis pro právní a státní vědu, 1938, r. XXI, s. 92-101.
- Weyr, F. Teorie práva. Brno-Praha: Orbis, 1936, 375 s.
- Wojtczak, S. Lex retro non agit. Obsah zásady – teoretická analýza. Právny obzor, 2004, č. 5, s. 395.

Reviewer:

Drahomíra Houbová

Contact – email:

43629@mail.muni.cz

Příspěvky publikované v tomto sborníku vyjadřují názory a stanoviska svých nezávislých autorů a jejich obsah nebyl vydavatelem měněn či kontrolován.

Papers published in this conference proceedings express the viewpoints of their independent authors and were not reviewed for correctness or accuracy.

COFOLA 2009: the Conference Proceedings. 1. edition

Eds: Dávid Radovan, Neckář Jan, Sehnálek David

Vydala Masarykova univerzita roku 2009

Spisy Právnické fakulty MU č. 345 (řada teoretická)

Ediční rada: J. Kotásek (předseda), J. Bejček, V. Kratochvíl,
N. Rozehnalová, P. Mrkývka, J. Hurdík, R. Polčák, J. Šabata

Sazba: David Sehnálek

Tisk: www.knihovnicka.cz
Tribun EU, s.r.o., Gorkého 41, Brno

1. vydání, 2009

Pořadové číslo PrF 1/09 – 02/58
ISBN 978-80-210-4821-8