

SOFT LAW S HARD CORE ÚČINKY

JOSEF ŠILHÁN

Katedra obchodního práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita

Abstract in original language

Príspevek je zaměřen na hledání možností aplikace nejrůznějších soft law dokumentů v českém obchodním právu z hlediska potenciálu právní závaznosti a vlivu na skutečná práva a povinnosti subjektů. Předmětem zájmu jsou též hranice pojmu soft law a v té souvislosti je zkoumána i právní povaha sdělení a oznámení úřadů aplikujících právo o své budoucí rozhodovací praxi.

Key words in original language

Obchodněprávní soft law; smluvní soft law; soutěžněprávní soft law; sdělení a oznámení Evropské komise.

Abstract

The contribution focuses on the soft law applicable in commercial law from the general perspective, mapping all the possible ways how various soft law sources can potentially become legally binding for the parties of a particular relationship. The author tries to determine the borders of the concept of soft law itself and analyzes it in detail. Also the issue of numerous methodical and interpretative notices, communications and guidelines from various legal authorities (such as competition authorities) is discussed, again from the viewpoint of their effectuality.

Key words

Commercial soft law; contractual soft law; antitrust soft law; competition soft law; commission notices and communications.

1. ÚVOD

Obchodněprávní *soft law* je mimořádně pozoruhodným objektem zájmu nejen co se týče analýzy *obsahu* nejrůznějších dokumentů z jednotlivých oblastí obchodního práva, ale též z pohledu zkoumání otázky jeho faktického *právního významu* pro účastníky obchodněprávních vztahů - tedy zkoumání potenciální, zprostředkovaně i reálné právní *závaznosti* veškerých "soft law" pravidel při formování skutečných práv a povinností, jejich aplikaci, a při interpretaci právních úkonů, případně i právních norem. Přitom skutečnost, že sama o sobě tato "pravidla" právně závazná nejsou, je (na rozdíl od tzv. hard law) právě jejich pojmovým znakem.

Jednou ze stěžejních otázek, která by v rámci daného tématu neměla být opomenuta, je proto hledání a podrobnější rozbor způsobů, jakými může určitý soubor *soft law pravidel* získat skutečné *právně vynutitelné účinky* a

stát se pro účastníky daných vtaů alespoň v nějakém (byť dílčím) ohledu regulativem, který při svém jednání nemohou nevzít v úvahu.

Jistá kontroverznost a vnitřní rozpolcenost celé problematiky je přitom od počátku očividná - cíl směřuje k hledání projevů právní *závaznosti* pravidel, která ze své podstaty právně *závazná* nejsou (a proto jde o "*soft*" law a nikoliv o "*hard*" law). Ovšem, mělo by pak ale smysl bez jakýchkoliv *hmatatelných reálných právních efektů* o "soft law" jako takovém vůbec v kontextu obchodního "*práva*" hovořit?

Nesnadnost vypořádání se s touto vnitřní pojmovou neuchopitelností dobře ilustruje mimo jiné i jedno z publikovaných soudních rozhodnutí, které se s aplikabilitou "soft" law, i když se zcela "hard" law účinky, potýkalo.¹ Při odůvodňování aplikace souboru soft law pravidel, které si účastníci ani nesmluvili, ani na ně neodkazoval žádný právní předpis, soud v daném případě konstatoval, "... i když *nejsou obecně závazným* právním předpisem, *jsou tato pravidla pro účastníky závazná*, a to bez ohledu na to, zda jsou pramenem práva či nikoliv...".

Zcela bez ohledu na hodnocení skutkové, věcné, ba ani juristické stránky věci, uvedené použité schéma "*i když nejsou závazná, přesto jsou pro účastníky závazná*" poměrně výstižně ilustruje rozpor, který v jádru celého "soft law" jako pojmu spočívá (a na který se tento příspěvek primárně zaměřuje).

Přestože je totiž *soft law* zcela běžně používaným pojmem, který dokonce z hlediska rozsahu a i faktické "síly" z pohledu praxe v mnohých oblastech na významu jednoznačně spíše nabývá, než že by ustupoval, jde vlastně o jen obtížně právně přijatelnou konstrukci a jistý neodstranitelný logický rozpor. Má-li mít "soft law" skutečně v jakémkoliv smyslu co do činění s "*právem*" (neboť jde o "soft law", nikoliv jen "soft", a význam je mu připisován přeci jen poněkud odlišný, než např. právnícké literatuře apod.²), v tom smyslu, že by jako regulativ ovlivňovalo podobu práv a povinností subjektů, musí být se skutečným - tj. závazným - právem nějak propojeno.

¹ Jde o Usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 23. 2. 2005, sp. zn. 25 Cdo 1506/2004. K němu blíže v dalších částech textu.

² Vzhledem k nedefinovanosti (a zřejmě nedefinovatelnosti) termínu soft law jsou jistě možné mnohé formální úvahy o *šíři* tohoto pojmu - od velmi široké koncepce, která by do něj zahrnovala více méně vše, co se týká práva a právních pravidel (čímž by však v podstatě popřela jakýkoliv důvod existence tohoto pojmu, neboť by do něj spadalo prakticky cokoliv), až po velmi úzké pojetí, směřující více méně k "nulové variantě" (přičemž některé ze zde uvedených úvah k takovému pojetí směřují).

Předmětem tohoto příspěvku je právě snaha o hledání cest, kterými může soft a hard law tohoto spojení dosáhnout, resp. snaha o identifikaci vazeb (a hranic) mezi oběma "světy", a to v kontextu českého obchodního práva.

2. HLEDÁNÍ HRANIC POJMU SOFT LAW A IDENTIFIKACE VAZEB MEZI SOFT A HARD LAW V ČESKÉM OBCHODNÍM PRÁVU

Jak už bylo poznamenáno, reálného právního významu bude jakýkoliv *soft law* soubor pravidel jako regulativ nabývat tehdy, pokud bude mít potenciál ovlivňovat - byť nepřímo a zprostředkovaně - skutečná *práva a povinnosti* subjektů. Jen tehdy budou mít účastníci určitého vztahu praktický důvod se o jeho existenci vůbec zajímat, resp. tuto existenci zcela neignorovat.

Z tohoto - záměrně velmi pragmatického - pohledu bude v následující na celou problematiku nahlíženo. Pravidla, byť jakkoliv propracovaná, ucelená, eventuelně i fungující a v nějakém okruhu používaná, nemá smysl v "*právním*" kontextu brát v úvahu - a je třeba poznamenat, že by bylo s ohledem na požadavek právního státu a právní jistoty dokonce i poměrně *nebezpečné* tak činit - pokud žádný *právní* důvod k tomu, aby na reálná práva a povinnosti vliv měly, neexistuje.

V návaznosti na výše zmíněný pragmatický prakticko-právní pohled účastníků tedy budou v dalším textu hledány způsoby, jakými mohou soft law dokumenty, o kterých je běžně v obchodněprávní teorii a literatuře, ať už z oblasti závazkového práva, práva obchodních společností, v rozsáhlé míře i v oblasti soutěžního práva, ale též práva cenných papírů a kapitálového trhu, získat právní relevanci a při případném soudním rozhodování musí být zohledněny. Ta jediné bude ostatně opravňovat jejich soft "*law*" charakteristiku a odlišovat je od zdrojů jiné povahy, které se do okruhu soft law již neřadí - které jsou (a) příliš "soft", žádný efekt na práva a povinnosti účastníků nemají a ti tedy nemají praktický důvod se o jejich obsah zajímat, anebo (b) jsou naopak příliš "hard", jsou "nezávazná" *jen zdánlivě*, přičemž ale ve skutečnosti není možnost, jak se jejich aplikaci vyhnout (níže jsou uvedeny příklady mj. z oblasti soutěžního práva, nebo též v případě tzv. výlučného zákonného odkazu na - jinak nezávazné - technické normy).

Přirozené cesty, jak se určitá nezávazná pravidla mohou přetavit v pravidla právně závazná, jsou především smlouva a zákon, případně kombinace obou možností. Níže budou tyto body konkretizovány a doplněny o některé další, u nichž je již způsoblost právně korektního postupu problematičtější.

2.1 PRIMÁRNĚ SMLUVNÍ VAZBA (SMLUVNĚ-SUBJEKTIVNÍ)

Budeme-li v dalším postupovat od úrovně individuální k široce obecným nástrojům, první uvažovanou možností nutně musí být jednotlivá *smlouva*.

Existuje skutečně nepřeberné množství dokumentů typicky v oblasti závazkového práva, které bývají řazeny do okruhu *soft law*. Nejružnější soubory pravidel a zásad smluvního práva (na evropské i celostátní úrovni), smluvní doložky a vykládací pravidla, obchodní podmínky na nejvšeobecnější, i konkrétnější úrovni. Aby kterýkoliv z těchto zamýšlených regulativů měl vliv na práva a povinnosti v rámci daného vztahu a měl tedy "právní" relevanci, na počátku musí být stranami do smluvního režimu vtažen, v širokém smyslu se musí stát této smlouvy součástí. Jde potom o jakési "*individuálně smluvní soft law*".³ Kromě přímého určování obsahu práv a povinností má pak takový *soft law* materiál v rozsahu svého vtažení do předmětného právního vztahu vliv i z hlediska interpretačního (mj. s ohledem na § 266 odst. 3 ObchZ).

Zůstaneme-li stále v rovině konkrétního specifikovaného relativního právního vztahu, ovšem rozšířeného o předchozí časovou dimenzi, jistým dalším krokem je pak vliv skrze "*praxi zavedenou mezi stranami*", se kterou obchodní zákoník na více místech pracuje a příkládá jí tak zprostředkovaně, na základě jejich původního smluvního úkonu, význam, a to opět i včetně problematiky interpretace, oprávněných očekávání a případně i obecných korektivů typu zásad poctivého obchodního styku. I realita minulých závazkových vztahů mezi danými subjekty tedy může nepochybně ovlivnit právní podobu vztahu současného, a dále i kterýchkoliv budoucích.

2.2 CESTA SMLUVNĚ-OBJEKTIVNÍ-ZÁKONNÁ

Poněkud širší význam mají důsledky smluvně-individuální volby při *masovém využívání* v rámci daného odvětví, ve spojení s určitými zákonnými ustanoveními, které za splnění daných podmínek dopad podstatně prohlubují, resp. rozšiřují.

Jednou z takových možností je objektivizovaná *interpretace dle § 266 odst. 2 ObchZ*. Při značné četnosti určitého individuálně-smluvního *soft law* (dle charakteristiky výše), kdy velká část, zpravidla většina z okruhu relevantních osob ve svých závazkových vztazích přichází do styku s nějakým *soft law* dokumentem (např. dodací doložkou, vykládacím pravidlem, standardizovanými obchodními podmínkami apod.), nepochybně tím může být ovlivněno její chápání a porozumění výrazům užívaným v rámci obchodního styku i ve vztazích, kde daná smluvní volba přímo neproběhla.

Spojí-li se pak tato četnost (masovost) s dalšími podmínkami, zejména dlouhodobějším trváním, může dojít na cestě k jistému "zevšeobecnění" v

³ To samozřejmě - omezeno jen na daný relativní vztah - zcela postrádá definiční znak obecnosti, nicméně pro účastníky tohoto vztahu závazná pravidla vytváří a efekt reálného vlivu v posuzovaném smyslu naplňuje.

přetavení např. v usanci, zvyklost, a to včetně "*obchodní zvyklosti*" ve smyslu, ve kterém na ni obchodní zákoník odkazuje např. v § 264, v § 1, a na dalších místech.^{4,5}

Faktický vliv na vše výše uvedeného pak může být posílen prostřednictvím výskytu v rozhodovací praxi (která musí s následky posunu interpretačního chápání či obsahu obchodních zvyklostí pracovat, zároveň k němu sama dále přispívá - následek a příčina se tak v tomto dílčím ohledu poněkud smísí).^{6,7}

2.3 LEGISLATIVNÍ ODKAZ - CESTA ZÁKONNÁ

Velmi přímočarou možností, jak určitý soft law - jinak nezávazný - soubor pravidel může získat hmatatelné právní účinky, je případ, kdy na tento zdroj sám zákon odkáže a nějaké účinky s ním spojí. Představitelných je přitom více možností.

⁴ Tyto zvyklosti se přitom mohou samozřejmě konstituovat i jinými způsoby. V právním pojetí, vzhledem k odkazům v § 264, §1 aj. ObchZ, je však v tom případě souvislost s tématem soft law jen slabá; existuje-li v dané otázce nějaká zvyklost, pak má - skrze odkaz v zákoně - nepochybný právní význam a musí být brána v potaz - nic "soft" na ní tedy není. Neexistuje-li, pak není "soft" o nic více; není zkrátka vůbec.

⁵ Velmi zajímavou otázkou v této souvislosti může být, zda v konkrétní otázce - vezmeme-li si za příklad dejme tomu určité smluvní doložky tvořené a publikované určitou profesní organizací, se obsahem zvyklosti stane "*využívání těchto publikovaných doložek*", anebo "*obsah těchto doložek jako takových*". Rozdíl se potom projeví zejména při případné aktualizaci či rozsáhlejší "*novelizaci*" publikovaného materiálu, neboť vliv těchto změn na obsah "*zvyklosti*" jako takové může být chápán různě.

⁶ Neformální vliv, opět zprostředkovaně přes výše uvedené cesty individuálních smluv, objektivní interpretace, ale zejména obchodních zvyklostí, může nastat i ve směru k *normotvorbě*, kdy soft law mezi inspiračními zdroji v nejrůznějších oblastech rozhodně patří může. V případě novelizace je však pramenem přímo nové zákonné ustanovení, nikoliv nic, co bychom mohli označit za "soft law".

⁷ Poznámku lze učinit i ohledně fenoménu tzv. "*samoregulace*", která bývá v souvislosti se soft law také uváděna, např. ve vztahu k různým dobrovolným etickým kodexům, rozhodování etických komisí apod. V právním slova smyslu však i v těchto případech je třeba specifikovat hranici, kdy se jedná o právně závazné jednání, ať již ve formě smlouvy (společné podřízení se dohodnutým pravidlům, případně i podřízení se rozhodovací pravomoci sjednaného rozhodce, přičemž pak ale již jde o "hard law"), nebo i jednostranného právního úkonu, a na druhé straně kdy se o takové právní úkony nejedná, a kdy tedy podřízení se regulativu je jen zdánlivé a bude podléhat vůli účastníka, zda mu v daném případě budou případné důsledky vyhovovat - má totiž plnou možnost je ignorovat (pokud nemá - pokud by ho stihla jakákoliv sankce vynutitelná soudem - jde o případ z první skupiny).

Jako příklad je možno použít technické normy, které samy o sobě obecně závazné nejsou. V teorii se v této souvislosti rozlišuje zákonný tzv. odkaz výlučný, a odkaz indikativní.⁸

V případě *výlučného* odkazu existuje povinnost normu dodržet - pro adresáty neexistuje možnost se splnění požadavku vyhnout, jde o jediný způsob splnění příslušného ustanovení daného právního předpisu (v tom případě je ale otázkou, má-li smysl pro tyto případy vůbec takovéto jen "zdánlivě nezávazné" normy od závazných právních předpisů odlišovat).

V případě *indikativního* odkazu je shoda s normou pouze *jedním z možných* způsobů splnění požadavků právního předpisu; požadavek však může být splněn i jiným způsobem (pak půjde o jakýsi opt-out).⁹ Při splnění normy však nastávají konkrétní práva či povinnosti - například mnohem snadnější postup při posuzování shody a vydávání prohlášení o shodě.

Jde tedy o na první pohled pozoruhodnou situaci, kdy určitá pravidla sice nejsou závazná a "právem" nejsou, nicméně při jejich splnění zcela konkrétní právní účinky přesto vznikají, jako by o právní "normy" šlo.¹⁰ Z hlediska závaznosti je situace poměrně jasná, neboť zákonný odkaz a jeho účinky jsou v daném případě zřejmé; důležitým rysem však je, že tvorba pravidel (a dle typu odkazu i jejich novelizace a aktualizace) je přenesena na jiný subjekt.

Zákonné, případně podzákonné odkazy nacházíme hojně též např. v oblasti různých kodexů corporate governance (a i zmínka o přenesení normotvorné činnosti a obtíží při nesnadném pátrání po optimálních pravidlech na jiný subjekt zde platí v neztenčené míře). V určitých případech i zde může jít o odkaz, který splnění povinnosti přihlásit se k určitému kodexu, resp. jej dodržovat, vyloženě vyžaduje (např. v některých zemích u kótovaných

⁸ Blíže k problematice závaznosti technických norem viz např. Jareš, J., Novák, M. Uplatňování českých technických norem. Sborník technické harmonizace 2004. Úřad pro technickou normalizaci, metrologii a státní zkušebnictví. Dokument dostupný na http://www.unmz.cz/sborniky_th/sb3/uplatnovani_ctn.pdf.

⁹ Zajímavá je i problematika tzv. přímých a nepřímých odkazů (tamtéž str. 24): "V případech *přímého* odkazu se splněním požadavků normy plní odpovídající požadavky právního předpisu. *Nepřímým* odkazem se rozumí obecné ustanovení právního předpisu, v němž je například stanoveno, že výrobky musí odpovídat současnému stavu vývoje, současným poznatkům vědy a techniky apod. Splnění technických norem se pak považuje za splnění těchto obecných podmínek." K tomu viz dále.

¹⁰ V určitém smyslu vlastně nejde z praktického pohledu o moc jinou situaci, než u dispozitivních norem zákona. Zatímco však v případě zákona jde o "právní předpis" vytvořený oficiální zákonodárnou procedurou, u soft law a indikativního odkazu o "právní předpis" nejde.

společností), případně pouze spojuje následky s tím, že se tak stane, ovšem umožňuje i postup odlišný, spojený s dalšími povinnostmi.¹¹

V návaznosti na problematiku zákonných odkazů, ať už v jakékoliv podobě, se dále i zde musíme zmínit o dopadu ust. § 266 odst. 2 ObchZ, stejně jako o obchodních zvyklostech dle obchodního zákoníku. Podobnou cestou jako tomu bylo u "smluvně aktivovaných" regulativů, i u soft pravidel užívaných na základě zákonného znění je nutno očekávat, že s rozšiřujícím se užíváním (zejména pokud výše uvedených "opt-outů" nebude mnoho), soft pravidla se do "hard law" režimu dostanou skrze popsání mechanismy.

Mnohem více potenciálních problémů než konkrétní odkazy v určitých předem vymezených otázkách může však přinášet jiný způsob, jakým je soft law schopno nabývat reálných právních účinků. Jde o aplikaci skrze *obecné právní pojmy a generální klauzule*. Ty již z podstaty věci vyžadují ke svému právnímu upotřebení konkretizaci prostřednictvím různých výkladových postupů, jimiž se specifikuje jejich obsah. Při takové specifikaci pak z praktického pohledu může být určitý soft law dokument velmi příhodný a nutno říci i "aplikačně lákavý" (neboť na rozdíl od mlhavého obecného éterického pojmu obsahuje zpravidla podrobnější psanou úpravu).

Z hlediska právní jistoty by však měla být vazba právní normy, byť vyjádřené s pomocí nějakého obecného pojmu, a nezávazného soft law dokumentu, vždy nahlížena s obezřetností a bez jakýchkoliv náznaků automatizmu. Používá-li právní předpis obecný pojem, nemůže se aplikující orgán v žádném případě zbavit povinnosti hledat co nejdůkladněji jeho obsah jen tím, že mechanicky použije určitá soft law pravidla, která danou oblast upravují. Jistě je představitelná situace, že právě tato pravidla obsahu daného pojmu odpovídají (buď více méně náhodou, ale mnohem pravděpodobněji skrze cesty uvedené výše), pak ale aplikována mají být právě pro jejich obsah, bez ohledu na jejich zachycení v jakémkoliv soft law; v opačném případě aplikována být nemohou, byť by zachycena byla sebejednoznačněji.

V případě pozitivního pohledu půjde o použití tzv. nepřímých indikativních odkazů (viz výše pozn. č. 9). Skrze obecnou formulaci ustanovení zákona bude pomocí soft law pravidla vymezena cesta, jak může být ustanovení splněno. V souladu s příkladem technických norem uvedeným výše v textu, uvádí-li nějaká norma např. že "výrobky musí odpovídat současnému stavu vývoje, současným poznatkům vědy a techniky apod., splnění technických

¹¹ Jde o známé koncepce typu "comply or explain"; v případě přísnější varianty pak v podstatě pouze "comply". Odkazy na kodexy přitom nemusí být vždy jen v právním předpisu, ale mohou se vyskytnout v podmínkách pro vstup do různých obchodních systémů či např. na regulovaný trh.

norem se považuje za splnění těchto obecných podmínek." Nejsou ale teoreticky vyloučeny ani jiné možnosti vyhovění danému ustanovení.¹²

A právě při opačném, negativním pohledu na věc, vyvstávají problémy zřetelněji. Pokud se subjekt rozhodne nezávazný, ale často jistým způsobem "předpokládaný" postup nedodržet a vydat se jinou cestou, za jakých podmínek se pak stále pohybuje v mezích zákonné generální klauzule, a když se již ocitá za jejími hranicemi? Ilustrativním příkladem je typicky prevenční povinnost počínat si tak, aby nedocházelo ke škodám (dle § 415 ObčZ). Obrovská šíře a téměř absolutní nekonkrétnost takových formulací jen těžko umožňuje definovat podmínky, za kterých bude subjekt, který např. ony technické normy nedodrží a rozhodne se pro alternativní řešení, odpovědný.¹³ Do jisté míry lze v případech takovýchto generálních formulací při (oprávněné) aplikaci určitého soft law spatřovat obdobu konceptu *comply or explain*, tedy v případě odchýlení se od nezávazných pravidel musí být subjekt schopen toto odchýlení odůvodnit, ospravedlnit svůj postup a ozřejmit, že obecné požadavky mohly být a byly naplněny i zvoleným jiným způsobem.

Kromě nesnadného vymezování prostoru mezi hranicí obecných pojmů a aplikovatelného soft law však vyvstává ještě další, pravděpodobně ještě složitější otázka, a to, *kteřá konkrétní* soft pravidla je možno vůbec při aplikaci daného ustanovení použít.

V této souvislosti stojí za zmínku již citované rozhodnutí Nejvyššího soudu¹⁴, který v určitém případě aplikoval při posuzování práv a povinností subjektů na běžné lyžařské sjezdovce "Pravidla chování pro lyžaře, vydaná Mezinárodní lyžařskou federací FIS". O nich ve svém rozhodnutí prohlásil, že "obsahují normy, jejichž dodržováním má být zajištěna bezpečnost

¹² Z praktického pohledu, přestože technické normy nejsou obecně závazné, v technické praxi různých oborů jejich dodržování pravidlem je v drtivé většině případů, souvisí však spíše právě s technickými faktory, neplyne z jejich domnělé závaznosti, příp. "zdání" této závaznosti. V případě nevyhnutelné nutnosti je možnost odůvodněného odchýlení se od normy využívána.

¹³ Jistě je možné si představit např. obecně pojatý náhled, že "ten, kdo postupuje v rozporu s platnými technickými normami, nepočíná si tak, aby předcházel škodám". Obecnou platnost však takovému pojetí přisoudit nelze. Povinnost dodržovat jakákoliv pravidla může vyplývat právě jen ze zákona, případně ze smlouvy, ke které se sám subjekt dobrovolně zavázal. Má-li zákonodárce na mysli splnění povinností určitým způsobem, může využít výlučného odkazu. Užije-li obecné formulace, má subjekt možnost využít široké palety možností. Je ale zcela zřejmé, že čím nestandardnější taková možnost bude, tím vyšší nároky na sebe daný subjekt klade.

¹⁴ Usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 23. 2. 2005, sp. zn. 25 Cdo 1506/2004. Případ byl komentován např. v příspěvku Vučka, J. Jak závazná jsou pravidla lyžařské federace? Jiné právo, 2010. Dostupné na <http://jinepravo.blogspot.com/2010/05/jan-vucka-jak-zavazna-jsou-pravidla.html>.

uživatelů sjezdovky a slouží tak k předcházení vzniku škod, s nimiž zákon spojuje odpovědnost. I když nejsou obecně závazným právním předpisem, jsou tato pravidla pro lyžaře na sjezdové trati závazná, a to bez ohledu na to, zda jsou pramenem práva či nikoliv".

Z hlediska zde posuzovaného tématu jde o poměrně problematické pojetí aplikovatelnosti soft law dokumentu, jakým uvedená lyžařská pravidla jsou. Byť možná poněkud zastřeno formulační neobratností, není rozhodnutí po této stránce právě šťastné. Jednoduše řečeno, *nejsou-li ona pravidla "obecně závazným předpisem"*, pak pro lyžaře na sjezdové trati mohou být *závazná* jedině na základě smluvní cesty, nebo na základě zákonného odkazu. Jiná možnost není, a nesmí existovat.

Bylo-li by rozhodnutí založeno na tom, že v provozním řádu, který je součástí obchodních podmínek smlouvy, jsou daná aplikovaná pravidla jízdy uvedena, byla by situace jiná; stejně tak kdyby smluvní povaha pravidel byla dovozena skrze nějakou dohodu implicitní. Rozhodnutí mohlo být - spíše - založeno také na tom, že konkrétní aplikované *zásady jízdy* na lyžích - bez ohledu na to, kde jsou sepsána - jsou zkrátka projevem obecné prevenční povinnosti a *proto* jsou závazná. Pak by ale nehrálo roli, že jsou uvedena v dokumentu lyžařské federace, neboť svoji závaznost by čerpala *přímo* na základě ustanovení občanského zákoníku a jeho požadavku, nikoliv proto, že je kodifikováno jako soft law. Výrazný problém tedy je třeba spatřovat nikoliv v obsahové aplikaci *určitého pravidla* lyžování (skutkově případ neposuzujeme vůbec), nýbrž v *dovození aplikovatelnosti daného soft law dokumentu* bez jakéhokoliv právního podkladu.¹⁵ Soud je oprávněn (a povinen) své rozhodnutí opřít pouze o takové normy, které jsou skutečně závazné a o jejichž závaznosti subjekty ex ante neměly pochyb.¹⁶ Ad hoc vztahovat na konkrétní případy předem neohlášené (a tedy těžko

¹⁵ Ad absurdum je pak možno vyvozovat, že i v případě dalších rekreačních sportů, jako např. plavání, běh apod. by měly subjekty povinnost zkoumat pravidla vydaná různými organizacemi sdružujícími profesionální sportovce v dané disciplíně. (Tamtéž) Není ale vůbec třeba se zastavovat jen u sportu. Z hlediska obecné problematiky závaznosti různých pravidel by pak bylo nutné zkoumat veškeré soft law u naprosto jakéhokoliv činnosti, neboť, i když soft law *závazné* není, přesto by mohlo být z pohledu soudu v daném případě za *závazné prohlášeno*. Jasná hranice závazných a nezávazných pravidel však stojí mezi základními kameny právního státu. Nepřijatelnost takového náhledu je proto evidentní.

¹⁶ V zásadě by soud neměl soft law používat vlastně ani při dotváření právních norem, pokud návaznost daného soft law na právní řád není nepopíratelně dána. Samozřejmě argumenty, názory a doktrinální východiska mohou být čerpána z nejrůznějších zdrojů, nicméně svůj odraz v soudním rozhodnutí mohou oprávněně nalézt jen proto, že jsou v souladu a v mezích platného práva z právního pohledu dle soudu rozumná a konsistentně se všemi požadavky na soudní rozhodnutí příhodná; nemohou být ale "převzata" jen na základě toho prostého faktu, že danou oblast také upravují. Jde samozřejmě o poměrně teoretickou úvahu, ale při extrapolaci důsledků je rozdíl zásadní.

odhadnutelné a poznatelné) regulativy je stěží korektním způsobem rozhodování.

2.4 METODA SPRÁVNĚ-ÚŘEDNÍ, APLIKAČNÍ

Poněkud odlišná situace panuje v případech, kdy určitá - sama o sobě nezávazná - pravidla jsou *ex ante vyhlášena úřadem* nadaným správním uvážením. Hovoříme-li v tomto příspěvku o soft law v obchodním právu, není možno opomenout celou masu dokumentů této povahy zejména z oblasti *soutěžního (antitrustového) práva*.¹⁷ Tradičně jsou uváděny nejrůznější aplikační výkladové materiály, sdělení a oznámení soutěžních úřadů, pokyny a metodická východiska, pomůcky, guidelines atd. V kontextu zkoumaného tématu máme na mysli v podstatě všechny takové materiály, kterými aplikující orgán vyhláší, jakým způsobem on nahlíží na výklad a aplikační pravidla týkající se právní norem, které spadají do jeho působnosti (excesy, kdy by materiály tuto působnost překračovaly, nebudeme uvažovat).

Ilustrací z české aktuální právní úpravy mohou být např. tzv. *bagatelní kartelové dohody*, které v souladu se zásadou *de minimis* mají dle § 3 ZOHS dopad, který je jen "zanedbatelný" a do zákazu tedy nespádají. Zatímco podle dřívějšího stavu byla konkretizace pravidla *de minimis* provedena přímo v zákoně v § 6 ZOHS, nyní je (obsahově nijak zásadně odlišně) velmi všeobecný pojem ("nezanedbatelný dopad") nutno vykládat právě dle "oznámení ÚOHS o dohodách, jejichž dopad je zanedbatelný"; samotné toto *oznámení* však *stricto sensu* žádným pramenem práva není, bývá tedy označováno za *soft law*. V návaznosti na pragmatický pohled nastíněný v úvodu příspěvku, je třeba si ovšem položit otázku, do jaké míry je Úřad svým *prohlášením o jeho budoucí praxi* skutečně *vázán* a co z něj pro *adresáty i samotný Úřad* vyplývá.

Dle mého názoru, vezmeme-li v úvahu veškeré požadavky vyplývající v dotčených předpisech (jako např. správní řád), ale též požadavků vyplývajících z Ústavy a Listiny (zejména základní charakteristiky právního státu), jakož i obecně uznávaných právních zásad (např. požadavek právní jistoty, ochrana oprávněných očekávání, v určitém pojetí i zásady spravedlivého procesu a zásady spravedlnosti jako takové), je třeba dovodit, že konkrétní záměrně publikovaná *vyhlášení úřadů o jejich budoucí rozhodovací praxi* v mezích jejich působnosti(!) v rámci prostoru, který jim právní předpis dává pro jejich správní uvázení, nelze považovat za *pouhé "nezávazné"* výkladové materiály, ale je třeba připustit, že se *pro ně* tím stávají *plně závaznými*. Stejně tak účastníci se na ně mohou odvolávat a jejich aplikaci oprávněně očekávat. I jakýkoliv soud při případném

¹⁷ V této části příspěvek spadá do řešení grantového projektu P408/10/P168.

přezkumu by neměl být nad jejich působení "povznesen", nýbrž je při svém rozhodování vzhledem k výše uvedenému plně zohlednit.¹⁸

Není tedy vlastně důvod považovat veškeré takové materiály splňující vymezené charakteristiky za soft law. Položili-li jsme na počátku v souvislosti s hledáním hranic pojmu soft law dvě otázky, a to zda má na jedné straně subjekt jakýkoliv důvod se o obsah daného souboru pravidel vůbec zajímat (jakási spodní mez pojmu), anebo na druhé straně zda má naopak faktickou možnost se jeho aplikaci jakkoliv vyhnout (horní mez), pak u právě pojednávaných aplikačních materiálů vyhlášených úřady je nutno odpovědět, že *možnost se jejich aplikaci vyhnout neexistuje*, nemá-li být porušeno *právo*. Jde tedy spíše o součást hard law se vším všudy, více méně přímo na základě zákonného "kvasi-zmocnění" skrze obecné právní pojmy a působnost úřadu nadaného "pravomocí" vlastního správního uvážení v dané oblasti.¹⁹

3. ZÁVĚR

Poněkud provokativním závěrečným shrnutím by mohlo být, že nic jako "soft law" ve své podstatě neexistuje a v našem právním řádu ani existovat nemůže. V příspěvku bylo ilustrováno, že neřešitelná rozporuplnost vyvěrá již z pojmu samotného; a v českém obchodním právu se pak dle mého názoru plně projevuje.

Z praktického pohledu účastníků právních vztahů, relevanci mohou jakékoliv soubory soft-pravidel získat pouze některou z cest naznačených a konkretizovaných výše v textu, opírajících se buď o smluvní základ, nebo o zákon. V jiných případech není myslitelné povinnost subjektů zajímat se o obsah "nezávazných" pravidel jakkoliv dovozovat, a jak bylo na příkladech argumentováno, z hlediska obecných charakteristik právního systému by to ani nebylo žádoucí (přičemž o neformálním působení a vliv skrze teorii a doktrínu je třeba uvažovat zvlášť). Zvýšenou pozornost je pak v rámci tématu třeba věnovat možnostem aplikace soft law skrze obecné právní pojmy a generální klauzule; nebezpečí hrozící z hlediska právní jistoty a oprávněných očekávání přitom nemohou být bagatelizována.

¹⁸ Jen pro vyjasnění lze poznamenat, že případná hmotněprávní "nesprávnost" sdělení úřadů, jejich potenciální rozpor se zákonem či předpisy vyšší právní síly, zejména z důvodů překročení nebo vybočení z obrysů a deformaci smyslu ustanovení, která má úřad aplikovat, je otázka jiná.

¹⁹ Z čistě faktického pohledu je možno doplnit, že dokonce i *dispozitivní* ustanovení přímo v zákoně má pravděpodobně více "znaků" soft law, než publikované oznámení úřadu o jeho budoucí aplikační praxi ve výše uvedeném smyslu.

Co se týče výkladových a aplikačních materiálů vyhlášených nejrůznějšími úřady v jejich působnosti, u nich lze dospět k závěru, že do okruhu soft law naopak na rozdíl od příliš "soft" nezávazných dokumentů nespádají tentokrát proto, že víceméně naplňují znaky spíše hard law; o jejich "nezávaznosti" lze totiž s úspěchem pochybovat. Jak bylo v příspěvku argumentováno, korektním výkladem je třeba dospět k tomu, že možnost *odchýlit se od obsahu oznámení* samotného aplikujícího orgánu je jen velmi omezená. Bez změny samotného výkladového materiálu (v zásadě současně i včetně přiměřené kvasi-legisvakanční lhůty), by k tomu docházet dle "práva" nemělo.

Contact – email

josef.silhan@law.muni.cz