

ACTA UNIVERSITATIS BRUNENSIS

IURIDICA

No 409

SPISY PRÁVNICKÉ FAKULTY
MASARYKOVY UNIVERZITY V BRNĚ

řada teoretická
Svazek č. 409

Dny práva 2011 – Days of Law 2011

Civil Law on the Cross-roads

Masarykova univerzita
Brno, 2012

Obsah – Contents

| | |
|---|-----|
| Zoltán Csehi: Crossroads in Hungarian Private Law | 1 |
| Ana-Maria Diakonu: Considerations on the Legal Right of Passage in Regulation of the New Romanian Civil Code | 12 |
| Eva Dobrovolná: The Position of the Consumer Law in the System of Private Law | 19 |
| Miloslav Hrdlička: Service of Documents in Civil Procedure | 29 |
| Monika Jurčová: Report on Conference: "European Contract Law – Unlocking the Internal Market Potential for Growth" Warsaw, November 2011 | 40 |
| Ingrid Kovářová Kochová: Causation in Medical Negligence Cases | 50 |
| Barbora Králíčková: Cross-roads and Challenges of Relationship between Intellectual Property Law and Competition Law in Slovak and Czech Legal Order | 61 |
| Silvia Lattová: Present Status of the Intellectual Property Right in Slovakia and its further Perspective | 79 |
| Martin Lebeda: Extension of the Institute Discharge from Debts for Entrepreneurs | 89 |
| Marián Rozbora: Principle Ignorantia Legis Neminem Excusat and its Place in Present Day | 95 |
| Maciej Zachariasiewicz: The Perspectives for the European Optional Instrument Regarding the Common Law of Contracts | 116 |

**NEW RULES ON LEGAL PERSONS AND THE
DRAFT OF THE NEW CIVIL CODE OF
HUNGARY**
ZOLTAN CSEHI

ELTE Faculty of Law, Budapest; Chair of the Commercial Law
at Pázmány Péter Catholic University, Faculty of Law, Budapest

Abstract in original language

N/A

Key words in original language

N/A

Abstract

N/A

Key words

N/A

1. INTRODUCTION

The partial reform of the legislation related to legal persons preceded the change of the political and social regime in Hungary. First and foremost, the Civil Code regulated foundations (as legal persons) only in 1987 because the Code created in 1959 could not enclose this legal entity due to ideological reasons since the socialist state ‘cared’ for everybody and no private initiative need in the social state for charity purposes². According to the provisions in 1987³, foundation could only be established for the public good and to serve public interest, thus it constituted the legal basis of charity and endowment in the private sphere. In 1988⁴, the act of commercial companies was created, based on which private persons and others could establish commercial companies and conduct business freely.

Extensive transformation of private law followed the political change in 1989/1990, this short paper, however, addresses only the new draft

¹ Act no. IV of 1959 – Civil Code, as amended many times from 1960. Stefan Szászy: Das neue Zivilgesetzbuch der Ungarischen Volksrepublik, Rabels 26 (1961) 553-573.

² Kecskés László: Az alapítványi jog fejlődéséről [The development of foundation law] 35 Magyar jog (1988) 104-116.; Csehi Zoltán: A magánjogi alapítvány [The private law foundation], Budapest 2006, Hungarian development, 64ff.

³ Law-decree no. 11 of 1987.

⁴ Act no. VI. of 1988 on Business Companies

rules of associations and foundations of the Draft New Civil Code (2011).

The socialist state-owned companies had progressively lost their importance, these legal entities should have transformed into business associations, either to public limited companies or to limited liability companies. The aforementioned transformation was followed by the privatization of such companies. As a consequence, commercial companies, sole entrepreneurs in economy and cooperatives, commercial companies as well as farmers in agriculture became the dominant legal forms.

New forms of legal persons appeared primarily in the non-profit sphere and the number of non-profit organizations is growing from year to year. The number of foundations has grown during relatively few years over 10,000⁵ while their current number exceeds 21,000. The number of associations has also grown significantly⁶, in 2010 were 31,321.⁷ The 1989 act gave widespread freedom for the regulation of associations which reform has taken place recently.⁸ Charity limited liability company has been implemented as a new legal form which is allowed only to pursue public interest and profit cannot be allocated for the members.⁹

The regulation related to cooperatives has changed several times, the legal form itself applies to somewhat 3,000-4,000 cooperatives¹⁰; nowadays many cooperatives transformed to business associations and since then, they have been liquidated or gone bankrupt.

⁵ Between 1990 and 1995 19,585 – Nonprofit szervezetek Magyarországon, KSH 2005 [Nonprofit organization in Hungary, Central Statistics Office 2005] 33.

⁶ Csehi, Zoltán: A civil társadalom szervezeteinek joga Magyarországon [Nonprofit law in Hungary]. Budapest 2007.

⁷ Central Statistics Office 2011, STADAT data – http://poratl.ksh.hu/pls/ksh/docs/hun/xstadat/xsatad_eves/i_qpg005a.html

⁸ Act no. II of 1989 on Freedom of Association

⁹ By Act no. XCII of 1993, modified the Civil code, Section 57-60 of the Civil Code, the rules on charity ltd. was force from January 1, 1994 until July 1, 2009. The new rules are regulated in the Act no. IV of 2006 on business companies. All business company can be a non-profit company also, ony section 4 shall comply with.

¹⁰ Recently Act no. X of 2006 on Cooperatives, however the Draft New Civil Code shall provide a new regime of cooperatives.

Among legal persons, even the legal regulation of churches has to be mentioned, which were regulated by the 1990 act¹¹ by constitutional means unequivocally and churches were recognized as legal persons. This act has been recently replaced by a new act.¹²

2. CIVIL CODE OF HUNGARY OF 1959

In the history of Hungarian private law, the Civil Code was created at the end of the 1950s, more precisely in 1959, during the most difficult years of communism, and it has been in force up to these days. The Code can be characterized as short and concise, although I believe it does not contain several essential rules and it is incomplete. The Code consists of less than 700 sections and it is divided into six parts: the first seven sections comprise the first part of the Code containing general principles; the second part is composed of sections 8-87 about Persons (it encompasses sections 8-25 on natural persons and sections 27-87 on legal persons), the third part can be found under the title Ownership (sections 94-197), then the fourth part contains the Law of Contract (sections 198-596 about General Provisions, Compensation, Unjust enrichment, rules of certain specific types of contracts), the fifth part contains the rules of Succession/Inheritance (sections 598-684.) and the sixth part governs Closing Provisions.

The Civil Code contains rules related to legal persons but this regulation has effectively been voided of its substance by now. Essentially three sections regulate the general provisions of legal persons, which are followed by parts which do not apply anymore e.g. the rules of state-controlled companies. From this part, there are only six sections applicable about foundations and four sections related to associations.

Beyond the Civil Code, several legal persons were created by single acts or as part of other acts. Schools, universities, local governments, water-supply associations, mutual insurance associations¹³ became legal persons and even about 30 different legal persons could be listed with various names and forms. The question of public law entities in private law was in practice especially problematic. For example, when an entity e.g. a parliamentary faction is recognized by public law, it is a problematic question whether or not private law recognizes that as a legal person. Another related problem was the management of state property – how shall the state manage its property: directly or through

¹¹ Act no. IV of 1990 on Freedom of Conscience and Religion, and on Churches

¹² Act no. C of 2011 on Freedom of Conscience and Religion, and on Churches, Religious Bodies and Religious Communities

¹³ Act. no. XCVI of 1993 on Free Mutual Insurance Associations

special state-legal entities? The non-profit law has several different rules in Hungary.¹⁴

In 1998, the preparatory work of a new Civil Code was launched¹⁵, which prospectively ends in 2011 and Hungary will have a new Civil Code by 2012.¹⁶

One of the first questions at the beginning of codification was whether to create the Civil Code in an organic, monist form or commercial law, business associations and commercial contracts should be regulated in a separate commercial act or commercial code. After a long debate, the monist concept was accepted, thus both business associations and commercial contracts will be regulated in a common Civil Code. Another specialty of the new Civil Code is that EU directives about consumer protection by private law will be built into the Code. The third important element is that the new Civil Code will contain the rules of family law which has been regulated in single code since 1952.¹⁷

It also has to be mentioned that Hungarian company law satisfied every harmonized standard of the European Communities and that of the European Union. These were introduced partly in the single act of company law, partly in the capital market act, partly in other acts of the Hungarian law. The Hungarian law contains the legal forms of the legal forms of the European company law.¹⁸

3. DRAFT OF THE NEW CIVIL CODE OF HUNGARY - OUTLINE

The new Civil Code does not contain any general part, does not expand on precepts for legal transactions and does not acknowledge such a general concept of 'contract' as the German BGB (BGB for section 104.). These abstract legal concepts like contract, representation, etc. are still (partly fragmentarily) determined in contract law similar to the recent regulation. The new Civil Code has

¹⁴ Csehi, Zoltán: Nonprofit Organisations in Hungary, in Hopt - von Hippel (ed.): Comparative Corporate Governance of Non-Profit Organizations, Cambridge 2010, 325-378.

¹⁵ Decision of the Government no. 1050/1998 (IV.24.)

¹⁶ On the history of the codification process, see Csehi, zoltán: Überblick über das neue ungarische BGB von 2009, 51 Jahrbuch für Ostrecht 2010, 255-287.

¹⁷ Act. No. IV of 1952 on Marriage, Family and Guardianship

¹⁸ Karel Van Hulle / Harald Gesell (eds.), European Corporate Law, Baden-Baden 2006; Dornseifer (Hg.), Corporate Business Forms in Europe, München 2005; Act no. XLIX of 2003 European Economic Interest Grouping; Act no. XLV of 2004 Societas Europea; Act LXIX of 2006 SCE

the intent to introduce several novelties into Hungarian law. The reform of the ability to act, the regulation of the private administration of assets, the rules of the new concept about associations and societies, the voidance of contracts or collaterals should be mentioned in this respect.

The new Civil Code consists of eight parts, and its scope will exceed 2,000 sections. The parts are the following: I. Introductory rules; II. Human being as legal entity; III. Juridical persons; IV. Family law; V. Ius ad rem – property law rules; VI. Law of obligations; VII. Heritance law; VIII. Closing rules.

From the following, we will outline the structure of the part about legal persons according to the draft of November 2011, and summarize the rules on associations and foundations.

The third Book of the new Civil Code consists of 404 sections, it has a huge scope. Its structure is the following:

Part – general provisions of legal person – sections 1-41

Part – association – sections 42-66

Part – business associations – sections 67-308

Part – cooperatives – sections 309-351

Part – grouping – sections 352-361

Part – foundation – sections 362-388

Part – state – sections 389-390

Part – group of companies – sections 391-404.

From the eight parts, the general rules and the rules of associations and foundations will be presented here shortly.

4. DRAFT RULES ON LEGAL PERSONS – GENERAL RULES

The novelty in the draft of the new Civil Code is the large scope of general provisions related to legal persons. In the 2008 draft, this part consisted of even more than 100 sections¹⁹ which through shortening and long debating resulted in only 41 sections.

These provisions regulate the capacity, liability of the legal person, the freedom of establishment, the minimum requirements of the deed of foundation, the name, seat, activity and assets of legal persons and also the freedom of determining the content of deed of foundation.

¹⁹ Vékás: Über die Expertenvorlage eines neuen Zivilgesetzbuches für Ungarn, ZEuP 2009, 536ff.

Legal persons come into existence through court registration. The nullity of the deed of foundation is regulated separately. The organization of the legal person consists of the supreme body and the management, the draft regulates the manner of convene, quorum and decision-making of the supreme body. It also regulates incompatibility rules, the duty of confidentiality, nomination, withdrawal and liability of members of the management. In order to ensure the supervision of the shareholder, quotaholder, or founder the draft makes for every legal person possible to set up a supervisory board. There are single provisions for the representation of the legal person. Legal person is under state supervision, its legality is supervised by courts, and member of the legal person has the right to bring an action against the decisions of the legal person. Every legal person can nominate an external auditor. Legal persons have the possibility to transform, merge and demerge. This part closes up with the provisions related to the – winding up or – cease of judicial person. A separate act contains the rules of liquidation and bankruptcy which are not part of the new Civil Code.

General provisions of legal persons originate partly from the general part of the actual act of business associations²⁰; while its other part is determined by case law. It is important to know that these provisions are applicable to every legal person, so in case of a given legal person as the foundation, the general provisions shall apply the same way as in case of e.g. a limited liability company.

5. DRAFT RULES ON ASSOCIATIONS

The Civil Code of 1959 provides only four sections for associations (§§61-64), in addition to the rules on so called “social organisations”, a special form of associations. The law on associations recently is a case law, a judge made law.²¹

The New Civil Code will provide 25 sections in addition to the general rules on legal persons, all together over sixty sections relate and applicable for associations. This is an essential extension of written legal provisions on associations. In the structure of the New Code the rules on associations will follow the general rules for legal persons, and rules on business companies will follow the associations.

The possible goal of the association is not changed, association can be created for any purpose with two restrictions: the association cannot

²⁰ Act no. IV of 2006 on business organisations

²¹ Lomnici Zoltán: Az egyesületek. 2. bőv. kiad. [Associations, 2nd. enlarged ed.], Budapest 2006 – a collection of case law by topic.; Közigazgatási-Gazdasági Döntvénytár [Cases in Administrative and Business Practice of the Supreme Court], especially the issue 1999/8-9 on foundations and foundations of public law, and issue 2000/8-9 on registered NPOs and civil organizations – KGD.

do business as primary purpose and the goal and activity of the association shall not violate the constitution. Religious activity shall comply with special rules²², political activity is governed by separate act.²³

The right to be a member of the association is not a personal right, this right can be exercised by proxy. The membership is not transferable, it cannot be inherited and does not constitute any quota in relation to the asset of the association. The member is not a quota-holder of the association, the member has no right to the asset of the association. The New Code will introduce the possibility of termination of the membership, the member can terminate at any time his membership, where the association can terminate the membership only if the member does not comply with the requirements of the deed of association. The member can be excluded by the association if the member violates the deed or law.

The deed of the association can be freely drafted by the members; the rules on the general meeting, its competence, the detailed provisions to convene, place, quorum, voting, protocol of the general meeting shall be laid down in the deed of association. The general meeting has exclusive competence to modify the deed, to make a decision on winding up, merger and demerger of the association, to accept the annual report, appoint and withdraw the member of the board and the member of the supervisory board. The management of the association can be a single manager or a body, the management can be appointed by the members of the association. The deed of association may allow non-members management to be elected, in this case up to one third of the members of the management board can be elected by non-members. The New Code gives rules on the competence of the management.

A supervisory board is to be elected if the number of the associations exceeds one hundred, or more than a half of the members are not natural persons (legal persons). Legal disputes between the organs of the associations, or between members and association can be decided by arbitration.

The remaining asset of the association, after its termination, shall be transferred to a nonprofit organization defined in the deed of association. If the deed does not define any person, the registration court shall make a decision on the remaining asset. If the association ceases to exist without any legal successor, and the association has a claim against its management, the member has a right to bring legal action against the management within one year from the date of the deletion of the association from the court register.

²² Act no. C of 2011 on Freedom of Conscience and Religion, and on Churches, Religious Bodies and Religious Communities

²³ Act no. XXXIII of 1989 on Political Parties

Special rules for sport²⁴, assurance²⁵ and other special activity associations²⁶ will be amended accordingly.

6. DRAFT RULES ON FOUNDATION

The regulation related to the establishment of a foundation (as a legal person) will not essentially be changed by the draft; a deed of foundation and its registration into the court register is necessary in order to establish a foundation as a legal person. The foundation is capacitated by the act of registration.

A foundation can be established by deed of foundation, testament or contract of succession. A special form of establishment by testament is the establishment by the legacy of the testator, in which case the founder will be the person burdened by the legacy. According to the draft, this kind of trust can be enforced by the state prosecutor.

As far as the foundation is concerned, the most important novelty is that foundation can be established not only to pursue a 'long-term public interest' (section 74/A (1) of the 'old' Civil Code), but also for private purposes. The foundation can be established only for 'long-term', continuous attainment, for single, temporary goals, there is the foundation grounded by legal transaction as the right form (which will be presented briefly below). It will be possible to establish the so-called 'family foundation' and foundation for conducting non-commercial, but economic business. The foundation's goals cannot aim at the infringement of law or against morality; its primary activity cannot be commercial business activity. However, the draft does not specify the meaning of 'primary activity'. Except for 'family foundation', the beneficiary of the foundation cannot be the founder, the joiner, the trustee and the members of management and their relatives. The draft contains explicit rules about the disqualification and incompatibility of beneficiaries.

The limit for the operation of foundations is the inability to establish a foundation (which was already expressed by the earlier case law, and which became part of the draft). A further limitation was introduced due to which foundations cannot join another foundation. Latter means that the activity of the foundation has to be direct, this activity has to be performed by the foundation itself, e.g. its property has to be used directly for the realization of the goals signed in the deed of foundation thus its activity becomes more controllable. The property of the foundation is secured to some extent also by further rules: it cannot be a member of another legal entity with unlimited liability; it can only conduct commercial business activity as a secondary purpose

²⁴ Act. no. I of 2004 on Sport

²⁵ Act no LX of 2003 on Assurance and Assurance Activity

²⁶ Act. no. XCVI of 1993 on Free Mutual Insurance Associations

with the restriction that its output cannot be materialized for the founder, the joinder, the trustee or the members of management.

The draft intends to introduce several new legal definitions into the law of foundations, as the definitions of the joinder, the beneficiary and their legislation. The joinder is not a founder because the foundation is already established; the joinder provides assets or endowment for a registered foundation in return for the exercise of rights stated in the deed of foundation. These rights, as the right of information or presence at decision-making procedures, are determined by the founder freely. In case, the founder decides for that, the joinder can get founder's rights as well. In this case, the draft shall state that the joinder can exercise his founder's rights collectively with the founder or in case of more founders, with the founders.

The beneficiary is entitled economically, for the beneficiary provides the foundation its services to reach its goals. Concerning the beneficiaries, the draft outlines rules regarding the disqualification and incompatibility and it defines who cannot be a beneficiary while it also gives the right to the founder to determine the beneficiaries in the deed of foundation. If the deed of foundation does not contain such provision, the trustee – management – decides both about the personality of the beneficiary and about the nature of his/her support. In case of a family foundation, the draft determines who can be its beneficiary such as the founder, the joinder and their relatives, if the purpose of the foundation is the support of the scientific or art work of the founder or the joinder, the management of their work or the financial support of the devoted care, maintenance and health provision of these persons, or the financial support of their studies through scholarship or any other means.

As far as the operation of the foundation is regarded, the new regulation eases the hostile nature of the Hungarian case law towards the founders, in case of more founders, it does not always demand the consensual decision of the persons involved. The founder's rights will be transferable but not heritable. The founder can authorize the management body to exercise certain founder's rights, while another person can also be appointed for the exercise of founder's rights as a whole (latter was possible in our former law as well).

Regarding the organization of the foundation, the draft regulates the management body and it determines that as the executive and representative body of the foundation. The members of the management body can be appointed by the founder but other solutions can also be specified in the deed of foundation. The revocation of members of the management body is only possible in case the management endangers the purposes of foundation. A supervisory committee can be set up in order to control the management body which committee provides control for the founder. There is another change in the provisions compared to the former case law, since the new regulation outlines that further executive, consulting and supervisory bodies can be created through the deed of foundation. The draft contains more rules concerning the property and the assets of the

foundation compared to the current regulation: the founder must provide the assets for the foundation within a year from the registration, and the management body is entitled to demand these assets in the name of the foundation. In case the founder does not fulfill this obligation, his/her founder's rights could be suspended by the supervisory court. In case of the withdrawal or the cessation of the foundation, the persons indicated in the deed of foundation are entitled to receive the remaining assets after the satisfaction of creditors with the special limitation that the assets, which could be provided for the founder, the joinder or the grantor or their relatives, cannot exceed the assets which were provided by these persons.

Concerning the rules of withdrawal or cessation of foundations, the provision could be emphasized, which is contained by the general provisions of the draft and which enable the transformation of the foundation. The possibility of the merger or demerger of foundations could also be enumerated here.

The legal supervision of the operation of the foundation will be provided by the public prosecutor.

Similar to the old Civil Code, the new Civil Code recognizes the form of the so-called foundation grounded by simple legal act; however, it can only be established for public purposes. The historical roots of the regulation go back to the 1959 Civil Code, since the 1959 Civil Code did provide for the establishment of foundations due to ideological reasons, instead it regulated the undertaking of a public obligation as special obligation which is the same as the foundation grounded by legal act. The draft also contains in four sections the legal transaction for the undertaking of a public obligation. Any person could undertake an obligation for providing free financial assets for a determined public interest. These assets shall be delivered by the grantor for asset management. This person handles these assets for realizing the special public interest. In case the grantor does not appoint the person for asset management, the court appoints this person based on the action of the state prosecutor. The draft regulates the withdrawal of such trust and also the cessation of the undertaking of obligation.

7. NON-PROFIT COMPANIES

The Act no. IV of 2006 introduced into the Hungarian legal system the so called non-profit company. Before that, from 1993 the charity limited liability company was the charity form of business companies. Charity limited liability company could have been established only for public benefit purposes and the non-distribution constraint was applicable. Since 2006 non-profit company can be established in different forms, such as limited liability company, or partnership, or limited liability partnership, or limited liability company by share, but the “public purpose” requirement was eliminated. The non-profit company cannot do business for profit sharing but the “charity” purpose is not required and no other restriction given except the non-distribution constraint. It is doubtful whether non-profit companies will survive the New Civil Code or not.

The new charity law²⁷ is recently discussed in the Hungarian Parliament, the old act will be replaced soon.²⁸

Literature:

- Author, M. et al: Name, Town: publisher, year of publishing, number of pages, ISBN

Contact – email

author@domain.com

²⁷[Charity and donation law in Hungary], Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht in Ungarn, in R. Walz-L. von Auer – Th. von Hippen (Hrsg.): Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht in Europa, Tübingen 2007, 511-570.

²⁸ Act no. CLVI of 1997 on Nonprofit Organizations

CONSIDERATIONS ON THE LEGAL RIGHT OF PASSAGE IN REGULATION OF THE NEW ROMANIAN CIVIL CODE

DIACONU ANA - MARIA

Faculty of Public Administration and Comparative Political Studies

University Constantin Brancusi of Târgu-Jiu, Romania

Abstract

The New Romanian Civil Code is governing the legal right of passage in art. 617-620 qualifying it as a legal limit of ownership.

The new regulation of the legal right of passage come to solve a series of cases which have generated controversy and difficulties of application in the old legislation due to the lack of express provisions.

So, in according with art. 617, al. 1 of The New Romanian Civil Code - the owner of the fund which is deprived of access to a public way has the right to be allowed for him the passing on his neighbor fund in order to exploit his own fund.

In according with art. 618, al.2, the New Romanian Civil Code - if the lack of access is attributable to the owner of the dominant fund the court can not determine the right of passage in the absence of agreement of the subduded fund owner (which is required passage).

Also, in according with art. 619 the right of passage can be acquired by the owner of the dominant fund by continuous use for 10 years, by agreement or by court decision.

Key words

New Romanian Civil Code, the legal right of passage, legal limit, the dominant fund

Taking into account the opinions expressed into the doctrine, the Civil code in force¹ reiterates in art. 555 the property's definition from art. 480 of the Civil code from 1865², indicating that "Private property is the right of the titular to possess, use and dispose of a good in an exclusive, absolute and continuous manner, in the limits established by law". It results that the area of developing the private property right is not unlimited, and to this extent, Civil Code settles in Chapter III from Book III, the juridical limits of the private property right, classifying them in the legal, conventional and judiciary limits.

The Civil Code in force took over the doctrinaire³ opinion according to which natural and legal servitudes (settled in the Civil Code from 1865 in chapter I – Title IV, „On servitudes appearing from the situation of the places” and „On servitudes established by law” (art. 576-619), are not, in fact, servitudes, but legal restrictions brought to the property right appearing from the proximity rapports, so that in the conception of this new normative document, these are

¹ Law no. 287/2009 concerning Civil Code has been published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 511 from 24 July 2009, has been modified by Law no. 71/2011 and rectified in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 427 from 17 June 2011 and in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 489 from 8 July 2011. Law no. 287/2009 has been republished based on art. 218 from Law no. 71/2011 to apply the Law no. 287/2009 concerning Civil Code, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 409 from 10 June 2011.

² The former Romanian Civil Code has been adopted and issued in the year 1864, entering in force at 1st December 1865 being also called „Civil codes”, being inspired to its greatest extent from the French Civil Code from the year 1804 but also of other civil legislation like the project of Italian code, the French law on the transcription from 23rd March 1853, or the mortgager Belgian law from 10 October 1851, as well as some dispositions from the former Romanian law.

³ To this extent, to be seen O. Ungureanu, C. Munteanu, *Civil law treaty. Goods. Main real laws*, Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2008, p. 527; C. Bârsan, *Civil law. Main real laws*, Third edition revised and complemented, Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2008, p. 52; For a detailed treaty of this problem, to be seen V. Terzea, *Servitudes in Romanian Civil Law*, C. H. Beck Publishing House, Bucharest, 2006, p. 13- 206

considered as legal limits of the property right, being settled in section I of chapter III from Book III of the new Civil code.

As a consequence, in the category of the legal limits established by the new Civil code is situated: using waters, gutter's drop, view on the neighbor's property, right of way and other legal limitations (like: the right of way for utilities, the right of way for realizing some works and the right of way for re-entering into possession).

The New Romanian Civil Code is governing the right of way in art. 617-620 qualifying it as a legal limit of ownership.

So, in according with art. 617, al. 1 of The New Romanian Civil Code - the owner of the fund which is deprived of access to a public way has the right to be allowed for him the passing on his neighbor fund in order to exploit his own fund.

In the former Civil Code, the right of way had a juridical nature of a servitude of way established by law, real law, dismembered property.

The specialty doctrine⁴ stated in a judicious way that there is a distinction between the legal law of way and the legal servitude of way, difference concerning the different juridical; nature of the two institutions but also their juridical means of defense.

So, it shouldn't be confused with the legal passage servitude *stricto sensu*, settled in art. 616-619 Civil code from the former Civil Code (art. 617-620 from the New Civil Code), with servitude of way established though the action of the human being, this latter being, commonly, a veritable dismemberment of the private property right, and only sometimes a simple limitation of exercising this right in proximity rapports.⁵

Also, as mentioned previously, the Civil Code in force settles in a distinctive manner, under the denomination of "Other legal limits" in art. 621—623 the right of way for utilities,⁶ the right of way

⁴ To be seen, V. Stoica, *Civil law. Main real laws*, C. H. Beck Publishing House, Bucharest, 2009, p. 119

⁵ For a detailed analysis, to be seen V. Stoica, *Legal right of way servitudes*, in Law no. 11/2003, pp. 53-65.

⁶ So, according to art. 621 from the New Civil Code, paragraph 1" The owner compels to allow the passage by his grounds of the

to realize some activities⁷ and the right of way to re-enter into possession.⁸

Unlike the legal right of way, established in private interest, as part of proximity rapports, the right of way for utilities is established by law in public interest, in the benefit of the competent public authorities or of the ones to whom has been granted the right to realize also some urbanistic nets. Also, it should be mentioned that, to realize activities in the mining or petroleum field or in the one of electricity, there are special provisions,⁹ establishing, for instance, the servitude of way on surface or the legal servitude of way.

In the opinion of recent time specialty literature¹⁰ the right of way, as legal limit of the property right, constitutes the possibility of

urbanistic nets servicing adjacent grounds or from the same area of the type of water, gas or other similar pumps, of the channels and or the electrical cables, underground or aerial, depending on case, as well to any other installations or materials with the same purpose”.

⁷ According to art. 622, from the New Civil Code, paragraph 1. „also, the owner is obliged to allow the usage of his grounds to realize some works which are necessary to some activities, as well as the access of the neighbor on this grounds or for cutting branches and collecting fruits, in exchange of some indemnifications, it adequate”.

⁸ To this extent art. 623, paragraph from the New Civil Code indicates that the Owner of a ground cannot present the access of another to re-obtain the possessions of his property, arrived by change on those grounds, in case it has been announced previously, and paragraph 2 of the same article indicates that, in all cases, the owner of the grounds has the right to a correspondent indemnification for prejudices caused by re-entering in possession, as well as for the ones that the property caused the grounds.”

⁹ To this extent, to be seen the following normative documents: Law no. 85 from 18th March 2003 of mines, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 197 from 27th March 2003 , Law no. 238 from 7th June 2004 of the petroleum and Law no. 13 from 9th January 2007 of the electricity, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 51 from 15th January 2007, with the modifications and completions realized ulterior .

¹⁰ To be seen B. Florea, *Civil law. Main real rights*, Juridical Universe Publishing House, Bucharest, 2011, p. 59

the owner of the ground connected to the access at the public road dominant ground) to have access at the public road from the ground of the neighbor (locked ground) for the exploitation of own ground.

It results that, in the vision of the new settlement, the titular of the right of way can be only the owner of a ground which is a field attached on access to the public road (named dominant ground, so the field in favor of which is established the right of way). This formulation leads to the conclusion that the owners of these fields, having a road of access to the public road, would not take advantaged on the right of way, but this supposes grave inconvenient or is dangerous, situation permitted by the former Civil Code and accepted, in equal extent by the judicial doctrine and practice.¹¹

The right of way has an indefeasible character and ceases at the moment when the dominant grounds achieve another access to the public road.

Exercising the right of way should be realized by respecting the following conditions:

- not to be brought but a minimal encumbrance for exercising the right of property on the locked ground;
- in case several closed grounds with the dominant one have an access to the public road, the passage would be done on the grounds of that bringing less prejudices.¹²

Also, a special provision is the one that, in case the lack of the access to public road is due to some juridical partition or sale deeds, etc, should be maintained the previous road of access .¹³

Another provision with novelty character, contained in the new Civil Code is the one that, in case the lack of access is imputable to the owner of the dominant grounds, the trial instance is not able to establish the right of way, in the absence of the consent of the locked ground's owner (of which the right of way is requested). Even in case when this consent would exist, the owner of the locked grounds should be reimbursed with the double of the indemnification that

¹¹ V. Stoica, op.cit. p. 121; L.M. . Crăciunean, *Limits private property ownership*, Wolters Kluwer Publisher, 2009, p. 206

¹² B. Florea, op. cit. p. 59

¹³ To be seen M. Uliescu (coordinator), *New Civil Code. Commentaries*, second edition, revised and added, Juridical Universe Publishing House, Bucharest, 2011, p. 85

normally would be due to him.¹⁴ Concerning this latter case, in the specialty literature, it has been considered that the provision that indemnification be double can hardly be accomplished meanwhile it cannot be exactly known which is the total of the indemnification for that to be doubled.¹⁵

To this extent, the legislator offered the solution, establishing, as a general title the fact that losses suffered as a result of exercising the right of way by the owner if the dominant grounds, the owner of the locked grounds should be indemnified, and in case parties do not reach a common agreement concerning the values of the indemnifications, it is called to be pronounced the trial instance ¹⁶ (according to the art. 620 from the New Civil Code).

According to the dispositions of art. 619 from the Civil Code concerning the elongation and the modality of exercising the right of way, these are determined by the consent of the parties, by judicial decision or by continuous usage for a period of ten years.

As a conclusion, the new regulation of the right of way come to solve a series of cases which have generated controversy and difficulties of application in the old legislation due to the lack of express provisions.

¹⁴ . Dănescu, L. Popoviciu, *Law of private property in the new Civil Code*, in Civil Code, annotated by the experts of the Top Lawyer's house in Romania, Collection Lex Dex, Financial Week., p. 140

¹⁵ M. Uliescu, A. Gherghe, *Civil law. Main real rights*, Juridical Universe Publishing House, Bucharest, 2011, p. 119

¹⁶ Civil code 2011 to be understood by everybody, Adevarul Holding Publishing House, Bucharest, 2011, p. 243

Literature:

- Civil code 2011 to be understood by everybody, Adevarul Holding Publishing House, Bucharest, 2011, ISBN: 978-606 – 539 – 955 - 6;
- C. Bîrsan, *Civil law. Main real laws*, Third edition revised and complemented, Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2008, . ISBN: 978-606-522-052-2;
- L.M. . Crăciunean, *Limits private property ownership*, Wolters Kluwer Publisher, 2009, ISBN: 978-973-1911-52-6;
- L. Dănescu, L. Popoviciu, *Law of private property in the new Civil Code*, in Civil Code, annotated by the experts of the Top Lawyer's house in Romania, Collection Lex Dex, Financial Week.;
- B. Florea, *Civil law. Main real rights*, Juridical Universe Publishing House, Bucharest, 2011, ISBN 978-973 – 127 -619 -9;
- V. Terzea, *Servitudes in Romanian Civil Law*, C. H. Beck Publishing House, Bucharest, 2006, ISBN: (10) 973 – 115-018-8;
- M. Uliescu (coordinator), *New Civil Code. Commentaries*, second edition, revised and added, Juridical Universe Publishing House, Bucharest, 2011, ISBN: 978-973-127-518-5;
- M. Uliescu, A. Gherghe, *Civil law. Main real rights*, Juridical Universe Publishing House, Bucharest, 2011, ISBN: : 978-973-127-579-6
- O. Ungureanu, C. Munteanu, *Civil law treaty. Goods. Main real laws*, Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2008, ISBN: 978-973-1836-99-7;
- V. Stoica, *Legal right of way servitudes*, in Law no. 11/2003, pp. 53-65.
- V. Stoica, *Civil law. Main real laws*, C. H. Beck Publishing House, Bucharest, 2009, ISBN: 978-973-115-649-1

Contact – email

anemaridiaconu@yahoo.co

POZICE SPOTŘEBITELSKÉHO PRÁVA V SYSTÉMU SOUKROMÉHO PRÁVA

EVA DOBROVOLNÁ

Faculty of Law, Masaryk University Brno, Czech Republic

Abstract in original language

Příspěvek se zabývá problematikou umístění spotřebitelského práva v systému soukromého práva a hledá argumenty pro a proti, proč by mělo (resp. nemělo) být spotřebitelské právo zařazeno do občanského zákoníku, případně jeho obecné nebo zvláštní části. Příspěvek dále reflektuje na jedné straně aktuální vývojové trendy v evropském smluvním právu (zejména Návrh Společného referenčního rámce), které se spotřebitelským právem počítají jako s integrální součástí obecného kodexu a na druhé straně rovněž i jiná řešení v různých členských státech Evropské unie, která se proti tomuto trendu dlouhodobě vymezují. Rovněž je věnována pozornost vymezení pojmu spotřebitele, neboť otázka, kdo je spotřebitelem, s danou problematikou bezprostředně souvisí.

Key words in original language

spotřebitelské právo, soukromé právo, občanský zákoník, systém práva, Návrh společného referenčního rámce

Abstract

This paper deals with the location of the consumer law in the system of private law and looks for arguments for and against why the consumer law should (or should not) be included in the Civil Code, or his general or special part. The paper also reflects on one side current developments in European contract law (especially the Draft of Common Frame of Reference) which incorporate the consumer law as an integral part of the general Civil Code and on the other side other solutions in the various member states of the European Union which are against this trend. The paper is also focused on the definition of the consumer because the question „who is a consumer” is related to this issue directly.

Key words

consumer law, private law, Civil Code, system of law, Draft Common Frame of Reference

1. ÚVOD

Evropské spotřebitelské právo, zejména směrnice týkající se ochrany spotřebitele, má vliv nejen na ty oblasti národního práva, které reguluje. Harmonizace práva prostřednictvím směrnic bývá z důvodu zachování konzistentnosti národních kodexů a zákonů rozšířena i tam,

kde to samotnou směrnicí není předvídáno¹ (např. ustanovení odpovědnosti za vady v občanském zákoníku, která vznikla nebo se změnila implementací směrnice o prodeji spotřebního zboží², se vztahují nejen na smlouvy, ve kterých vystupuje na jedné straně spotřebitel a na druhé dodavatel, ale i na smlouvy mezi dvěma fyzickými osobami – nepodnikateli). I přes veškerou snahu zákonodárců integrovat relativně novou materii soukromého práva do stávajícího právního řádu tak, aby tvořila s jeho zbytkem jednotný konzistentní celek, je spotřebitelské právo v té podobě, v jaké platí v Evropě, pro právní řády národních států jakýmsi „cizím tělesem“³. Už samotná skutečnost, že pravomoc Evropského soudního dvora se vztahuje na výklad spotřebitelských směrnic, tj. vlastně k výkladu části národního práva, svědčí o odlišnosti tohoto souboru norem.

2. DYNAMIKA VÝVOJE POZICE SPOTŘEBITELSKÉHO PRÁVA V SYSTÉMU SOUKROMÉHO PRÁVA VE VYBRANÝCH EVROPSKÝCH ZEMÍCH

Z nastíněného východiska lze učinit několik úvah týkajících se problematiky pozice spotřebitelského práva v systému soukromého práva, potažmo v systematice občanského zákoníku.

Po přijetí prvních směrnic, jejichž předmětem bylo odstranit překážky vnitřního trhu prostřednictvím zvýšené ochrany spotřebitele jako slabší strany smluvního vztahu, nebyla v právní nauce zemí, které směrnice implementovaly (např. Německo) žádná pochybnost o tom, že vzniká nová oblast zvláštního soukromého práva a také byly tak implementovány (např. v Německu byla přijata řada speciálních zákonů k ochraně spotřebitele v návaznosti na implementace

¹ V německém a rakouském právním prostředí se hovoří o tzv. „überschießende Umsetzung“. Dle aktuálních právních názorů na rozšiřující implementace směrnice je tato vhodná tam, kde EU reguluje určitou právní oblast pouze v takové míře, v jaké k tomu má příslušné kompetence (např. u ochrany spotřebitele) a nikoli s ohledem na účel této regulace. K tomu více Perner, S.: *Erweiternde Umsetzung von Richtlinien des Europäischen Verbraucherrechts. Europarecht, Int. Privatrecht, Rechtsvergleichung (ZfRV)*, 2011, č. 5, s. 226. Perner v citovaném článku dokonce hovoří o povinnosti rozšířené implementace směrnice tam, kde by jinak docházelo k porušení ústavně zaručené zásady rovnosti. Tak například požadavek transparentnosti všeobecných obchodních podmínek dle směrnice o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách se vztahuje pouze na případy, kdy na jedné straně stojí dodavatel a na druhé spotřebitel. Proč by se ale tento požadavek nemohl vztahovat i na smlouvu mezi dvěma dodavateli?

² Směrnice Evropského parlamentu a Rady 1999/44/ES ze dne 25. května 1999 o některých aspektech prodeje spotřebního zboží a záruk na toto zboží

³ Koziol, H., Welser, R.: *Bürgerliches Recht II.: Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil*, Wien: Manz, 2006, s. 372 a násl.

příslušných směrnic Evropských společenství⁴). Postupem času však směrnice začaly nabývat na počtu a začaly měnit tvář soukromého práva v těchto zemích a jak výše uvedeno, mnohdy bylo zapotřebí jejich platnost vztáhnout i mimo jejich rozsah. Postupně došlo k přehodnocení tohoto přístupu a v některých zemích byla ochrana spotřebitele integrována do obecného kodexu soukromého práva⁵ a v těch zemích, kde zvláštní zákon (zákony) zůstaly, o tom probíhá diskuse.⁶

3. POZICE SPOTŘEBITELSKÉHO PRÁVA V ČESKÉM OBČANSKÉM ZÁKONÍKU

Platný český občanský zákoník sice integruje směrnice spotřebitelské právo, avšak pouze částečně a velmi nepřehledně. Pro některé specifické oblasti, jako např. právní úprava spotřebitelského úvěru nebo náhrada škody způsobená vadou výrobku, byla zvolena právní úprava ve zvláštním zákoně. O vhodnosti a koncepčnosti vložení jádra spotřebitelského práva do hlavy páté občanského zákoníku se vedou debaty, stejně tak jako o povaze (obecnosti či speciálnosti) těchto ustanovení. Zákonodárce se kvůli závazné lhůtě k implementaci daných směrnic asi pravděpodobně s otázkou „kam s ním?“ příliš nezabýval.

4. NĚKOLIK POZNÁMEK K LOKALIZACI SPOTŘEBITELSKÉHO PRÁVA V NÁVRHU NOVÉHO ČESKÉHO OBČANSKÉHO ZÁKONÍKU

Návrh nového občanského zákoníku původně počítal s tím, že bude spotřebitelské právo upraveno ve zvláštním zákoně. Toto z hlediska nových evropských trendů a recentní nauky v oblasti evropského soukromého práva méně pochopitelné rozhodnutí však bylo naštěstí

⁴ např. Haustürwiderrufsgesetz (zákon o odvolání podomního obchodu) nebo Fernabsatzgesetz (zákon o obchodu na dálku)

⁵ Speciální německé zákony na ochranu spotřebitele byly z velké části zrušeny zákonem o modernizaci závazkového práva (BGBl. 2001 I S. 3138, 3187) k 31.12.2001 a integrovány do německého občanského zákoníku.

⁶ Pravdou ovšem zůstává, že např. v Rakousku bohužel zůstává jen u diskuse, neboť vzhledem k silnému zakotvení ABGB v národním právním řádů dochází k jeho novelizacím velmi těžko a lze dát za pravdu názorům, že kodex již dávno neplní svou funkci moderního flexibilního základu soukromého práva. K této problematice např. Graf, G.: ABGB forever? In Fischer-Czermak, C., Hopf, G., Schauer, M.: Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend. Wien: Manz, 2003, s. 1-17; z českého právního prostředí např. Dobrovolná, E.: Evropská a národní dimeze rakouského ABGB In Urbanská, G., Dobrovolná, E., Rozbora, M. (redaktoři). Európske a národné rozmary civilného práva, etický rozmer a zodpovednosť právnických profesií. Pezinok : Justičná akadémia Slovenskej republiky, 2011, s. 23-26

autory kodexu vzato zpět.⁷ Dle mého názoru je úprava spotřebitelských práv v návrhu nového občanského zákoníku přehlednější než právní úprava stávající. Pojem spotřebitele a podnikatele je vymezen v části první kodexu, tedy v jeho obecné části. To považuji za vhodné řešení, neboť oba pojmy jsou ústředními pojmy moderního občanského práva a zaslouží si mít své místo v obecné části kodexu. Jádro práva na ochranu spotřebitele se pak nachází v části čtvrté, která se týká relativních majetkových práv, a to konkrétně v dílu čtvrtém, který stanoví zvláštnosti uzavírání smluv se spotřebitelem. Z hlediska umístění těchto ustanovení, na základě argumentu a rubrica lze dovodit, že v rámci návrhu jsou ustanovení o ochraně spotřebitele ustanoveními zvláštními. Další ustanovení na ochranu spotřebitele, např. o zájezdu (§ 2593) je třeba rovněž s ohledem na systematiku zákoníku považovat za zvláštní. Jak bude později uvedeno, lze pozitivně vnímat zařazení spotřebitelského práva do občanského zákoníku, nicméně s ohledem na jeho povahu s ohledem na zásadu dobré víry a solidarity v občanskoprávních vztazích by měla některá z těchto ustanovení stát na začátku čtvrtého dílu spolu s obecnými ustanoveními o uzavírání smluv (např. informační povinnost stran občanskoprávního vztahu), a měla by tak obecně zavazovat účastníky všech občanskoprávních vztahů, tedy nejen těch spotřebitelských.

5. NĚKOLIK ÚVAH A NÁVRHŮ

Zákonodárce, stojící před reformou soukromého práva by si měl tedy položit dvě otázky:

- zda zařadit spotřebitelské právo do občanského zákoníku,
- pokud ano, kam ho zařadit.

Nejdříve se budeme zabývat otázkou, zda je vhodné spotřebitelské právo do občanského zákoníku zařadit či nikoliv. Souvisí to velmi úzce s otázkou, zda je možné spotřebitelské právo považovat za zvláštní odvětví soukromého práva (pak by bylo účelné ho regulovat v samostatném zvláštním zákoně⁸) nebo zda se jedná o obecná ustanovení, resp. výjimky z nich, a zda jsou vhodná k zařazení do obecného kodexu. Odpůrci začlenění spotřebitelského práva do obecného kodexu argumentují tím, že vyčlenění spotřebitelského

⁷ Bohužel se tak nestalo např. v případě právní konstrukce převodu vlastnického práva, která již nespočívá na principu tradice, nýbrž na principu konsenzuálního. K tomu Faber, W.: K převodu vlastnictví podle návrhu občanského zákoníku In Švestka, J., Dvořák, T., Tichý, L.: Sborník statí z diskusních fór o rekonstrukci občanského práva, 2008, Praha: Karlova Univerzita v Praze, 2008, s. 15-39

⁸ Z umístění určité diferencované skupiny norem do zvláštního zákona sice nelze dovozovat bez dalšího, že jsou normami zvláštními a tvoří zvláštní právní odvětví, nicméně se jedná o jednu z indicií. Více In Tamm, M.: Verbraucherschutzrecht. München: Mohr Siebeck, 2011, s. 123

práva zabrání nekonzistentnosti obecného kodexu a obecný kodex tak nebude vystaven častým proměnám spotřebitelského práva.⁹ Tento přístup by možná sice zabránil nekonzistentnosti obecného kodexu, nicméně za cenu jeho znehodnocení.¹⁰ Pokud si totiž vezmeme smlouvy, které se na trhu uzavírají, naprostá většina je uzavírána v režimu podnikatel-podnikatel nebo spotřebitel-podnikatel. Zbytek smluv, asi cca 5% by pak spadalo do režimu občanského zákoníku, pokud by došlo k vyčlenění spotřebitelského práva.¹¹ Dalším argumentem odpůrců bývá, že spotřebitelské právo jako cizí těleso v občanském zákoníku tzv. „nezapadá“ do již nastoleného systému pojmů a institutů. Tento argument však nemá opodstatnění v situaci, kdy zákonodárce provádí reformu soukromého práva a může zavést nový, přízpůsobivější systém pojmů.

Ve prospěch existence spotřebitelského práva jako zvláštního právního odvětví však lze argumentovat osobním rozsahem působnosti spotřebitelského práva a tedy nutností jeho úpravy ve zvláštním kodexu tak jako např. v obchodního, ačkoliv tím pomineme úzkou provázanost spotřebitelských ustanovení s obecnými ustanoveními o uzavírání smluv. Na druhou stranu ale i obchodní právo je prostřednictvím subsidiarity občanského zákoníku na jeho obecná ustanovení o uzavírání smluv vázáno.

Pokud nelze najít indicii pro řešení daného problému uvnitř soukromého práva, je třeba obrátit se na právní teorii. Z hlediska právněteoretického lze odkázat na práci prof. Franze Bydlinkého zabývající se principy a systémem soukromého práva, který se přiklání k začlenění spotřebitelského práva do obecného soukromého práva. Zvláštní soukromé právo, bez ohledu na to, zda je upraveno zvláštním zákonem, totiž dle jeho práce Principy a systém má splňovat následující předpoklady¹²:

1. omezený osobní rozsah aplikace v porovnání s obecným soukromým právem; tento předpoklad naplněn není, protože jak

⁹ K degradaci občanského zákoníku jako „trvalého staveniště“ spotřebitelského práva Wendehorst, Ch.: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) und Europäisches Privatrecht. 23. Europäische Notarentage. 2011, s. 6, dostupné na: http://www.notar.at/notar/de/home/aktuelles/archiv/archiv/ent_2011/. Z tuzemských příspěvků z poslední doby Kofroň, M.: Patří spotřebitelské právo do občanského zákoníku? Právní rádce 2011, č. 9, s. 15-17

¹⁰ Lurger, B.: Integration des Verbraucherrechts in das ABGB? In Fischer-Czermak, C., Hopf, G., Schauer, M.: Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend. Wien: Manz, 2003, s. 128

¹¹ tamtéž

¹² Bydlinki, F. : System und Prinzipien des Privatrechts. Wien: Springer, 1996, s. 726 a násl.

uvedeno, osobní rozsah aplikace obecného soukromého práva a práva spotřebitelského se v převážné většině kryje,

2. nelze jej přiřadit do pandektního systému;
3. samostatnost odvětví vzhledem k obecnému soukromému právu; spotřebitelské právo vykazuje úzké propojení o obecným soukromým právem a nemůže bez něj existovat, proto nelze uvažovat o jeho vyčlenění z obecného soukromého práva.

Nejasnosti kolem pojmu, kdo je vlastně spotřebitel, lze považovat za další takový argument pro začlenění do obecného kodexu. Totiž skutečnost, že je někdo spotřebitelem ve smyslu zákonné definice, ho fakticky samo o sobě nečiní ochrany hodným.¹³ Půjde-li si např. zedník koupit cihly pro stavbu vlastního domu, bude posuzován jako spotřebitel, ačkoliv fakticky v dané oblasti má všechny potřebné znalosti a zkušenosti. Nabízí se proto otázka, zda spotřebitelské právo uzavřít v této definici, nebo jej orientovat do obecného soukromého práva uvolněním a přizpůsobením jeho definici, která by obecně zohledňovala pozici slabší kontraktační strany.

6. NÁSTIN MOŽNÝCH KONKRÉTNÍCH ŘEŠENÍ K NĚKTERÝM OTÁZKÁM SPOTŘEBITELSKÉHO PRÁVA

Nyní se pokusím nadnést několik přístupů a konkrétních řešení v rámci soukromého práva:

- Otázka pozice spotřebitelského práva v systému soukromého práva není pouhou právně-technickou otázkou, její řešení zahrnuje hodnotový postoj zákonodárce k této otázce a moderních přístupů k této materii soukromého práva.¹⁴
- Ustanovení na ochranu spotřebitele patří do obecného soukromého práva, nejsou zvláštním odvětvím soukromého práva a měla by tak být regulována v rámci občanského zákoníku. Pro tento přístup mluví moderní trendy (např. modelová pravidla v Návrhu společného referenčního rámce¹⁵), povaha těchto ustanovení a uvedené právně-teoretické přístupy.

¹³ Lurger, B., Augenhof, S.: Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht, Wien: Springer, 2008, s. 20

¹⁴ K otázce hodnot a vazeb spotřebitelského a obecného smluvního práva viz Hurdík, J.: Systém spotřebitelského práva na cestě k začlenění do systému soukromého práva In Tichý, L., Večl, T. Vývoj evropského spotřebitelského práva. Praha: Centrum právní komparatistiky Univerzity Karlovy v Praze, 2009, s. 104-111

¹⁵ Aktuální znění dostupné na http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf

- V rámci obecného kodexu by mělo být pečlivě vyřešeno, která ze spotřebitelských ustanovení by měla být jako obecná vztažena na všechny účastníky občanskoprávních vztahů a zařazena tak do obecné části občanského zákoníku (např. obecná informační povinnost nebo právo odstoupení od smlouvy či požadavek transparentnosti všeobecných obchodních podmínek), která by měla být jako zvláštní zařazena do obecné části občanského zákoníku (tj. dle způsobu uzavírání smlouvy – mimo obchodní prostory nebo na dálku) a která by měla být součástí zvláštní části občanského zákoníku (dle specifické materie, kterou upravují – např. zájezd, spotřebitelský úvěr, odpovědnost za vadu výrobku).¹⁶

K poslednímu bodu se sluší vznést několik poznámek k výstavbě institutů ochrany spotřebitele – uveďme na příkladě informační povinnosti:

- Ustanovení o obecné informační povinnosti, které by se mělo vztahovat na všechny účastníky občanskoprávních vztahů a mělo by být umístěno v obecné části občanského zákoníku, by mohlo znít např. tak, jak jej formulovala prof. Lurger z Univerzity v Grazu: „Každá smluvní strana má povinnost poskytnout druhé straně nutné informace o všech záležitostech, na jejichž znalosti má druhá strana zájem. Obzvláště musí být druhý smluvní partner informován v plném rozsahu o druhu a dosahu smlouvy a o podstatných povinnostech a právech, které pro něj z uzavření smlouvy plynou, pokud tyto informace již druhá strana ze zřejmých důvodů již nemá. Pokud jsou tyto informace poskytnuty formou dlouhého písemného seznamu, je splněna informační povinnost jen tehdy, jsou-li tyto dobře čitelné a pochopitelné a doplněny ústním vysvětlením.“¹⁷
- Další (speciální) informační povinnosti, týkající se (pouze) spotřebitelů, by měly být uvedeny u jednotlivých zvláštních smluvních typů (např. pojistné smlouvy, timesharingové smlouvy, úvěrové smlouvy). Rovněž zvláštní ustanovení o informačních povinnostech s ohledem na způsob uzavření smlouvy (tj. na dálku nebo podomní obchod) by měly být upraveny v rámci ustanovení, upravujících tento druh uzavírání smluv.¹⁸

¹⁶ k tomu Lurger, B.: Integration des Verbraucherrechts in das ABGB? In Fischer-Czermak, C., Hopf, G., Schauer, M.: Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend. Wien: Manz, 2003, s. 132 a násl.

¹⁷ tamtéž, rovněž i v Lurger, B.: Vertragliche Solidarität, Entwicklungschance für das allgemeine Vertragsrecht in Österreich und in der Europäischen Union, Baden-Baden: Nomos, 1998, s. 81

¹⁸ Tuto konstrukci zastává Brigitta Lurger. Lurger, B.: Integration des Verbraucherrechts in das ABGB? In Fischer-Czermak, C., Hopf, G., Schauer, M.: Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend. Wien: Manz, 2003, s. 133 a násl.

Je třeba však upozornit, že přijetí takové koncepce klade velmi velké nároky na zákonodárce, aby daná ustanovení zapracoval do občanského zákoníku tak, aby se vyhnul nepřehlednosti a přílišné konkrétnosti a rozpornosti informačních povinností.

Stejnou konstrukci by bylo možné využít např. i u práva odstoupení od smlouvy:

- V obecných ustanoveních obecné části občanského zákoníku by mohlo být zakotveno právo odstoupit od smlouvy v případě neposkytnutí zákonem stanovených informací, rovněž tak i obecné právo odstoupit od smlouvy. Toto posledně uvedené právo by nemělo být vázáno jenom na spotřebitele, ale na všechny účastníky občanskoprávních vztahů a nejen např. na podomní obchody, ale na všechny agresivní metody prodeje a ovlivňování zákazníků.
- Rovněž i právo odstoupení od smlouvy v případě uzavření smlouvy na dálku, podomní obchodu, uzavření smlouvy na dálku, uzavření smlouvy na dálku v případě finančních služeb a v případě e-commerce by mohlo být upraveno jednotně pro všechny zákazníky, tedy nejen pro spotřebitele a mohlo by být formulováno pro všechny typy obecně jako právo odstoupit od smlouvy v případě „zvláštních způsobů prodeje“.¹⁹
- Odlišná úprava práva odstoupit od smlouvy by mohla být vyjimečně uvedena pro konkrétní způsob uzavření smlouvy a ve zvláštní části občanského zákoníku pro konkrétní smluvní typ.

V souladu se zásadou rovnosti účastníků občanskoprávních vztahů by pak bylo rovněž vhodné zamyslet se nad koncepcí a dosahem ustanovení o nepřiměřených smluvních podmínkách ve smlouvách a následovat tak jiné právní řády, které i přes odolnost národních občanskoprávních kodexů do nich integrovaly ustanovení o kontrole nepřiměřených ujednání ve spotřebitelských smlouvách a rozšířily jejich působnost na všechny účastníky soukromoprávních vztahů, tedy nejen na spotřebitele.²⁰

7. ZÁVĚREM

Z hlediska plnění integrální funkce obecného kodexu, z hlediska zásad soukromého práva (dobrá víra, smluvní solidarita, zásada rovnosti) a z hlediska nových trendů soukromého práva bych doporučila zákonodárcům v Evropě upřednostňovat obecná řešení a neváhat vztáhnout tam, kde je to účelné, spotřebitelská ustanovení i na ty oblasti, kde dosud nepůsobila. Bude tak lépe zajištěna faktická

¹⁹ tamtéž

²⁰ např. Rakousko v ustanoveních § 879 a násl. rakouského ABGB

ochrana slabší smluvní strany a lepší konzistentnost a přizpůsobivost obecného kodexu na specifické smluvní situace.

Co se týká otázky pozice spotřebitelského práva v systému soukromého práva, nebyla dosud v teorii uspokojivě vyřešena. Její vyřešení ani nebylo předmětem tohoto příspěvku, nicméně lze vyslovit skromné přání, aby se tak do budoucna stalo, protože se nejedná o pouze o několik výjimek z obecného smluvního práva, ale o svébytnou právní materii, která se z výjimky stává zásadou a vyžaduje své pevné systémové ukotvení.

Literature:

- Bydlinski, F. : System und Prinzipien des Privatrechts. Wien: Springer, 1996, 777 s., ISBN: 9783211827529
- Faber, W.: K převodu vlastnictví podle návrhu občanského zákoníku In Švestka, J., Dvořák, T., Tichý, L.: Sborník statí z diskusních fór o rekonstrukci občanského práva, 2008, Praha: Univerzita Karlova v Praze, 2008, s. 15-39, ISBN 978-80-904209-0-8
- Fischer-Czermak, C., Hopf, G., Schauer, M.: Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend, Wien: MANZ, 2003, 231 s., ISBN: 3-214-12662-8
- Koziol, H., Welser, R.: Bürgerliches Recht II.: Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Wien: Manz, 2006, 580 s., ISBN: 978-3214147099
- Lurger, B. et al: Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht, Wien: Springer, 2008, 337 s., ISBN: 978-3-211-78142-5
- Lurger, B.: Vertragliche Solidarität, Entwicklungschance für das allgemeine Vertragsrecht in Österreich und in der Europäischen Union, Baden-Baden: Nomos, 1998, 221 s., ISBN 978-3-7890-5325-2
- Perner, S.: Erweiternde Umsetzung von Richtlinien des Europäischen Verbraucherrechts. Europarecht, Int. Privatrecht, Rechtsvergleichung (ZfRV), 2011, č. 5, s. 226, ISSN: 2078-1059
- Tamm, M.: Verbraucherschutzrecht, Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, 1078 s., ISBN 978-3-16-150880-6
- Tichý, L., Večl, T. Vývoj evropského spotřebitelského práva. Praha: Centrum právní komparistiky Univerzity Karlovy v Praze, 2009, 163 s., ISBN: 978-80-904209-4-6

Contact – email
dobrovolna.eva@mail.muni.cz

DORUČOVÁNÍ V CIVILNÍM SOUDNÍM ŘÍZENÍ

MILOSLAV HRDLIČKA

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno

Abstract in original language

Občanský soudní řád stále upravuje několik použitelných způsobů doručení. Společně se zaváděním elektronického doručování vyvstává řada nových otázek a civilní proces tak často stojí na pomyslné křižovatce, kdy je třeba rozhodnout, zda upřednostnit cestu elektronického doručování (zde je ještě nutné zabývat se výběrem některého z možných způsobů elektronického doručení) nebo bude stále kladen důraz na „klasické“ způsoby doručení listinných dokumentů.

Key words in original language

Doručování, datové schránky, elektronický podpis.

Abstract

Civil Procedure provides for several different methods of delivery. The introduction of electronic delivery raises number of new issues. Consequently, the civilian procedure is so often described as standing in the imaginary intersection of the way of prioritizing the electronic delivery (choosing from the possible methods of electronic delivery is a subsequent issue important for this tendency) focusing on the "classic" means of servicing paper documents.

Key words

Service of documents, Data boxes, Electronic signature.

1. ÚVODEM - ELEKTRONICKÁ KOMUNIKACE V CIVILNÍM PROCESU

Civilní právo procesní a civilní proces prochází mnoha změnami pramenícími z celé řady novelizací dotýkajících se procesních předpisů. Často se jedná o zásadní milníky ovlivňující všechny fáze civilního procesu. Zavedení mnoha z nich do praxe se neobejde bez závažných problémů. Pro všechny subjekty aplikující novelizovanou právní normu (v případě civilního procesu je možné toto pozorovat nejen na straně účastníků, ale i soudů všech stupňů.) vyvstávají zásadní právní i skutkové otázky.

Tyto milníky se často dají přirovnat k pomyslné křižovatce, kdy civilní proces stojí před rozhodnutím, kterou z "cest" se bude dále ubírat. V posledních několika letech je jednou z významných křižovatek civilního procesu problematika přístupu ke způsobům elektronického doručování. Je možné zmínit zejména dvě fundamentální změny.

První z nich je spjata s novelou č. 370/2000 Sb. zákona č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "občanský soudní řád"), která zakotvila možnost subjektů podávat jednotlivá podání a činit další úkony prostřednictvím elektronických způsobů komunikace. Nebyla zde stanovena žádná povinnost pro některý ze subjektů využívat elektronické komunikace, ani povinnost zřídit si např. e-mailovou schránku. S praktickou aplikací této právní úpravy vznikala řada problémů.¹ K řešení jednoho z hlavních nedostatků, k němuž dospěla praxe (právě problematika přijetí podání učiněného pouze elektronicky) přispěl Ústavní soud ČR, který v jednom ze svých rozhodnutí² vyjádřil názor, že elektronická podání doplněná uznávaným elektronickým podpisem³ není nutné do 3 dnů doplňovat písemně. Dosavadní praxe ze strany soudů přitom byla opačná - bylo vyžadováno písemné doplnění. Jednalo se ale o nesprávný přístup, který nerefletoval právní úpravu uznávaného elektronického podpisu. Rozhodnutí Ústavního soudu ČR bylo přijato velmi kladně.

Druhou křížovatkou je zavedení institutu datových schránek do českého právního řádu. Účinností zákona č. 300/2008 Sb., o datových schránkách a autorizované konverzi dokumentů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "zákon o datových schránkách") a souvisejících novelizací procesních předpisů (v případě občanského soudního řádu se jednalo zejména o novelizaci č. 7/2009 Sb. a č. 218/2009 Sb.)⁴ byla zásadním způsobem změněna dosavadní právní úprava doručování.

Přijetí zákona o datových schránkách je opravdu fundamentální změnou, neboť zákonodárce v tomto předpisu stanovil:

a) obligatorní zřízení datových schránek pro některé subjekty. Nebylo tedy na rozhodnutí subjektů, zda si datovou schránku zřídí, či nikoliv. Přímou se vznikem těchto osob spojuje zákon povinnost (danou ministerstvu spravedlnosti) zřídit datovou schránku.

b) pro subjekty mající zřízenou datovou schránku je v některých situacích dána povinnost využít ke komunikaci právě datové schránky (tuto povinnost stanovuje buď přímo zákon o datových schránkách, nebo vyplývá z novelizací jednotlivých právních předpisů).

c) obecně stanovuje okamžik doručení datové zprávy.

¹ Zejména se týkalo o požadavky kladené soudy na tato podání. Pokud nebylo podání doplněno do 3 dnů písemným, soudy k němu nepřihlížely.

² Nález Ústavního soudu ČR ze dne 24.4.2006 sp. zn. IV. ÚS 319/05

³ Upraven v §11 odst. 1 zákona č. 227/2000 Sb., o elektronickém podpisu a o změně některých dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

⁴ V případě novely č. 7/2009 Sb. se jedná o tzv. "souhrnnou novelu", která se dotýkala nejen doručování, ale i řady dalších institutů civilního procesu.

Právě výše uvedený charakter "nedobrovolného" zřizování (někdy i "proti vůli" subjektů) a nutnost využívat komunikace prostřednictvím datové schránky vedly k zápornému přístupu mnoha subjektů k datovým schránkám. Otázkou zůstává, zda se tento stav bude zlepšovat⁵, či nikoliv.

Předpoklady pro akceptování a respektování natolik zásadní změny, jakou je autoritativní zavedení datových schránek, jsou zejména:

- 1) Dostatečná a bezchybná právní úprava.
- 2) Následná aplikace daných norem ze strany jednotlivých subjektů (nejen soukromých, ale i státních orgánů - např. soudů) musí být v souladu s celým právním řádem (zejména s ústavně garantovanými principy).
- 3) Odstranění technických překážek k využívání nových způsobů doručování.
- 4) V souvislosti s bodem 3) je třeba uvést odpovídající zajištění vzdělání aplikujících subjektů týkající se jak nové právní úpravy, tak vzdělání zaměřené na technické znalosti a vědomosti vztahující se k této oblasti (informační technologie).
- 5) Dostatečné materiální zajištění.⁶

V případě datových schránek jsou některé z předpokladů stále naplňovány jen z části. Jedním z cílů tohoto příspěvku je poukázat na vybrané zásadní problémy civilního procesu, které v této souvislosti vyvstaly.

Každé rozhodování o takto zásadních změnách probíhá na základě různých podnětů⁷ a konečné rozhodnutí je učiněno po zohlednění mnoha aspektů. Důležité je ale zdůraznit, že v souladu s obecnými zásadami právní jistoty⁸, předvídatelnosti⁹ a zachování práva na

⁵ Viz. např. situace v Rakousku - blíže: Macková, A., Štědroň, B.: Zákon o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů s komentářem, Praha: Wolters Kluwer ČR, 2009, 528, ISBN 978-80-7357-472-7, s 4.

⁶ Na tento požadavek je třeba nahlížet jako na nutnost odpovídajícího materiálního zajištění (zejména nákup a dostupnost různých přístrojů, softwaru, atd.) možnosti využívat nové instituty.

⁷ U civilního doručování se jednalo především o reakci na aktuální technologický pokrok, snahu o úspory (časové, finanční) a zefektivnění komunikace mezi subjekty a k sjednocení způsobů doručení.

⁸ Hurdík, J., Lavický P.: Systém zásad soukromého práva, Brno: Masarykova univerzita, 2010, 197 s, ISBN 978-80-210-5063-1, s 161 - 165.

⁹ K tomuto pojmu srovnej v obecné rovině např. Nález Ústavního soudu ČR ze dne 3. 6. 2009 sp. zn. I. ÚS 420/09.

spravedlivý proces¹⁰ by po přijetí některého ze zásadních rozhodnutí mělo následovat dodržování zvolené "cesty" (nejen ze strany soukromých subjektů, ale především ze strany státních orgánů) a tedy i respektování a korektní využívání možností daných nově přijatou právní úpravou. Především k této problematice bude směřovat následující výklad.

2. PŘIJETÍ ZÁKONA O DATOVÝCH SCHRÁNKÁCH JAKO JEDNA Z KŘÍŽOVATEK DORUČOVÁNÍ V CIVILNÍM PROCESU

Přijetí zákona o datových schránkách je křížovatkou nejen pro civilní proces, neboť tento právní předpis nezasahuje jen do této oblasti, ale i do práva správního¹¹, finančního¹² a dalších oborů. Jedná se o jediný právní předpis¹³, který zakotvuje bližší podmínky využívání jedné z podob elektronické komunikace při zachování jejich výhod (zejména rychlosti) a naopak tento zákon přímo potlačuje některé zásadní nevýhody (problematika určení jednající osoby, zachycení okamžiku odeslání datové zprávy, atd.). Systém datových schránek je jediným obecným (po zřízení datové schránky ho může využívat prakticky jakýkoli subjekt - fyzické i právnické osoby) státem přímo právně upraveným (a aprobovaným) uzavřeným systémem (mezi sebou mohou komunikovat pouze subjekty mající zřízenou datovou schránku), který v sobě skrývá řadu výhod.

Z hlediska výhod datových schránek v rámci civilního procesu je třeba zejména upozornit na informační systém datových schránek.¹⁴ Jedná se o jeden z informačních systémů veřejné správy¹⁵ a v tomto systému je evidována řada zásadních údajů.¹⁶ Je to sice systém obecně

¹⁰ Svoboda, P.: Ústavní základy správního řízení v České republice, Praha: Linde, 2007, 359 s, ISBN 978-80-7201-676-1, s 100 a násl.

¹¹ Srovnej ustanovení § 19 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů a ustanovení § 42 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů.

¹² Srovnej např. ustanovení § 35 a § 42 zákona č. 280/2009 Sb., daňového řádu, ve znění pozdějších předpisů.

¹³ Z nejšířšího úhlu pohledu je možné uvést i další právní předpisy - zákon č. 227/2000 Sb., o elektronickém podpisu, ve znění pozdějších předpisů. Žádný ale neupravuje tak speciální způsob elektronické komunikace, jako je systém datových schránek.

¹⁴ Ustanovení § 14 zákona o datových schránkách.

¹⁵ Ustanovení § 14/1 zákona o datových schránkách. Podrobně viz. zákon č. 365/2000 Sb., o informačních systémech veřejné správy a změně některých dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁶ Viz. ustanovení § 14 zákona o datových schránkách.

neveřejný,¹⁷ (výjimku tvoří kontaktní adresy datových schránek,¹⁸ které je možné - se souhlasem subjektu, o jehož datovou schránku se jedná - zveřejnit), ale o využití informací z tohoto systému v rámci dokazování je možné uvažovat.¹⁹ Podstatným pozitivem systému datových schránek je to, že je veden nezávislou třetí osobou (v současné době konkrétně Českou poštou, s. p.), která spravuje systém datových schránek a je odlišná od konkrétních subjektů komunikujících v konkrétním případě.

Informační systém datových schránek zaznamenává z pohledu civilního procesu závažné okamžiky (zejména pro zachování lhůt, nabytí právní moci rozhodnutí nebo odeslání podání). Je to např. přesný (datum, hodina, minuta a sekunda) okamžik odeslání datové zprávy do datové schránky adresáta, přesný okamžik přihlášení adresáta do datové schránky a v neposlední řadě identifikaci osoby oprávněné k přístupu do datové schránky (viz. dále v následujícím odstavci). Rozdílem a nespornou výhodou datových schránek oproti běžné elektronické komunikaci je právě vedení celého tohoto informačního systému a možnost vyhledání rozhodujících údajů zpětně. Důležité také je to, že jsou zachyceny nezávislou stranou. Možnost pozměnění těchto údajů je velice nízká, protože celý systém datových schránek je založen na požadavku vysoké bezpečnosti (z pohledu požadavků kladených na vedení tohoto systému i na přístup jednotlivých subjektů k datovým schránkám). Celý systém funguje na podobných technických bezpečnostních pravidlech a řešeních jako jsou používána při utváření elektronických podpisů (zákon č. 227/2000 Sb., o elektronickém podpisu, ve znění pozdějších předpisů), při jejichž vytváření je využíváno nejbezpečnějších postupů.

Identifikace subjektu je do jisté míry omezena ustanoveními § 5, 6 a zejména § 8 zákona o datových schránkách. Z výše uvedených ustanovení je možné dovodit závěr o možnosti přístupu více konkrétních osob do datové schránky. Není proto vždy zřejmé, která konkrétní osoba se do datové schránky přihlásila a zprávu přijala, či odeslala. Jedná se o aktuální problém zejména u velkých subjektů (např. právnických osob). Na tento problém reagují různé subjekty odlišně.²⁰

¹⁷ Ustanovení § 14/4 Zákona o datových schránkách

¹⁸ Při zkoumání, zda je možné doručovat prostřednictvím datových schránek, je třeba zjistit, který subjekt má datovou schránku zřízenou a jaká je její "adresa".

¹⁹ Podle ustanovení § 125 občanského soudního řádu mohou jako důkaz sloužit veškeré prostředky z nichž lze zjistit stav věci.

²⁰ Polčák, R. Praxe elektronických dokumentů. Bulletin advokacie. 2011, č. 7 - 8, ISSN 1210-6348, s 61.

3. DORUČENÍ DO DATOVÉ SCHRÁNKY Z POHLEDU CIVILNÍHO PRÁVA PROCESNÍHO - VYBRANÉ OTÁZKY

Zásadní výchozí otázkou je, který subjekt a za jakých okolností má povinnost využít doručování prostřednictvím datových schránek a jaká jsou konkrétní pravidla pro takové doručení? Současná právní úprava (v rámci tohoto příspěvku bude dále zohledněn zákon o datových schránkách a občanský soudní řád) datových schránek totiž v některých případech zakotvuje povinnost datových schránek ke komunikaci (doručování) využít. Jedná se o zásadní změnu oproti předcházejícím úpravám elektronického doručování, kdy bylo prakticky zcela ponecháno na subjektech, zda využijí elektronických prostředků komunikace.

Zákon o datových schránkách ve svých ustanoveních zakotvuje okruh subjektů, jímž je zřízena datová schránka obligatorně přímo na základě příslušných ustanovení tohoto zákona ihned po jejich vzniku.²¹ Dalším subjektům je ponechána možnost zřízení datové schránky na jejich žádost.²² Zásadním poznatkem je, že se samotným zřízením datové schránky není spojena obecná generální povinnost využívat od tohoto okamžiku k jakékoli komunikaci pouze datové schránky (viz. dále).

3.1 POVINNOST VYUŽÍT KE KOMUNIKACI DATOVÝCH SCHRÁNEK

Dále je v tomto zákoně a v občanském soudním řádu stanoven výčet situací, kdy existuje povinnost využití systému datových schránek.²³ Účelem zavedení datových schránek bylo a je zefektivnění a urychlení elektronické komunikace zejména pro orgány veřejné moci mezi sebou.²⁴ Pozdější novelizace rozšířily okruh situací, kdy je možné

²¹ Podle ustanovení § 4 a § 5 zákona o datových schránkách se jedná o tyto subjekty: orgány veřejné moci, právnické osoby zapsané do obchodního rejstříku, právnické osoby zřízené zákonem a dále konkrétně advokáty, daňové poradce a insolvenční správce.

²² Požádat o zřízení datové schránky mohou zejména fyzické osoby, nebo právnické osoby odlišné od uvedených předcházející poznámce pod čarou č. 17. Zatímco fyzické osoby této možnosti využívají zatím jen zřídka, u právnických osob některé případy najdeme - např. Občanské sdružení Společná obrana (zabývající se ochranou osob před klamavým jednáním zejména podnikatelských subjektů - např. se angažuje v boji s tzv. katalogovými podvody - viz. <http://www.spolecna-obrana.estranky.cz/>) má jako jeden z možných kontaktů uvedenu právě datovou schránku.

²³ Zejména ustanovení § 17, §18 a z obecného hlediska i §18a.

²⁴ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ČR ze dne 16.12.2010 sp. zn. 1 As 90/2010, kde je odkazováno na důvodovou zprávu k zákonu o datových schránkách.

datové schránky využít ke komunikaci.²⁵ S jistou mírou zjednodušení je možné shrnout, že za současného stavu právní úpravy (podle zákona o datových schránkách) existuje obecně povinnost (pokud to umožňuje povaha dokument) doručování do datové schránky pro vzájemnou komunikaci mezi orgány veřejné moci a dále směrem od orgánu veřejné moci k právnické nebo fyzické osobě (pokud má zřízenou datovou schránku). V ostatních případech mohou subjekty jejím prostřednictvím komunikovat (pokud mají datovou schránku zřízenou) nebo využít i jiných možností komunikace (elektronické i "klasické" prostřednictvím např. běžné pošty).

V oblasti civilního procesu je nutné zohlednit (mimo obecné úpravy v zákoně o datových schránkách) především úpravu doručování provedenou občanským soudním řádem. Občanský soudní řád obsahuje v ustanoveních § 45 a následujících²⁶ vlastní úpravu doručování. Úprava doručování byla novelizována právě s ohledem na přijetí zákona o datových schránkách. V současné době je možné konstatovat, že tato právní úprava plně reflektuje (dokonce do značné míry upřednostňuje - nejedná se však o přednost absolutní) institut datových schránek a možnosti jeho využití. Je nutné ale poukázat na jednotlivé problémy vznikající při konkrétním a praktickém přístupu ze strany jednotlivých subjektů.

Prvním okruhem otázek je problematika určení postupu při doručování - konkrétně pořadí způsobů, kterých může soud využít. Občanský soudní řád stanovuje v ustanovení § 45 nejen výčet možných způsobů doručování, ale též pořadí jednotlivých způsobů. Z textu tohoto ustanovení je možné dovést závěr o absolutní přednosti doručení při jednání, nebo při jiném úkonu soudu. Pokud toto není z nějakého důvodu možné, dalším způsobem je právě doručení do datové schránky. Za předpokladu, že subjekt má zřízenou datovou schránku a soud se o tomto dozví, je povinností soudu doručit do datové schránky (umožňuje-li to povaha dokumentu).

Subjekt, jenž má datovou schránku zřízenou, očekává dodání dokumentu do datové schránky, protože mu to současná účinná právní úprava přímo říká. Tato situace je typickým příkladem uplatnění zásady legitimního očekávání, která je obecně přijímanou zásadou nejen v českém právním řádu (např. v judikatuře Ústavního soudu ČR) i na úrovni evropské.²⁷ Tato zásada je nejčastěji uplatňována v

²⁵ Např. novelizace zákona o datových schránkách č. 227/2009 Sb., která vlastně umožnila dodávání dokumentů prostřednictvím datových schránek i mezi soukromými subjekty.

²⁶ V širším pohledu i ustanovení § 42 zabývající se podáním směřujícím konkrétnímu soudu.

²⁷ K tomuto srovnej např. judikaturu Evropského soudního dvora (rozsudek C-449/08 - dostupný z: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=76388&pageIndex=0&doclang=CS&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=197136> [citováno 14.12.2011]), či Evropského soudu pro lidská práva.

právu veřejném a její směřování vychází od jednotlivce k orgánu veřejné moci.²⁸ Všechny výše uvedené podmínky jsou v případě doručení do datové schránky splněny a nic nebrání uplatnění této zásady i zde.

3.2 DORUČENÍ DO DATOVÉ SCHRÁNKY

Zásadní je dále zejména otázka dodržení konkrétní lhůty pro učinění podání prostřednictvím datové schránky. V praxi vznikala řada situací, kdy některý ze soukromých subjektů (často zastoupený advokátem) učinil nějaké podání prostřednictvím datové schránky a příslušný soud odmítl toto podání pro opožděnost. Obvykle se jednalo o případy, kdy bylo podání odesláno datovou schránkou poslední den lhůty v odpoledních (popřípadě večerních) hodinách. Příslušný státní orgán respektive osoba oprávněná k přístupu do datové schránky tohoto subjektu se přihlásila do schránky následující pracovní den a jako den doručení do spisu označí den, kdy byla zpráva přijata.

Pro toto stanovisko neexistovalo ale z pohledu platné a účinné právní úpravy opodstatnění. V podobném duchu se vyslovily již i vrcholné články soudní soustavy ČR. Jednalo se sice především o Nejvyšší správní soud ČR, ale závěry prezentované v těchto rozhodnutích mohou být použity jako "vodítka" ke stanovení možného přístupu obecných soudů.

Na výše uvedenou modelovou situaci reagoval Nejvyšší správní soud ČR zejména ve svém rozhodnutí sp.zn. 9 Afs 28/2010.²⁹ Vyjádřil zde názor, že pro podání do datové schránky orgánu veřejné moci je rozhodující okamžik dodání zprávy do datové schránky tohoto orgánu. Není tedy rozhodné zda a kdy se do schránky přihlásí oprávněná osoba. Tento názor je možné hodnotit kladně. Jistě by nebylo spravedlivé (příčemž jedním ze základních požadavků obecně na jakékoli řízení je právě spravedlivé vedení řízení a vydání spravedlivého rozhodnutí) přičítat k tíži soukromého subjektu (činicího podání) to, že se do datové schránky oprávněná osoba přihlásí až ve "své pracovní době".

Dále je v tomto rozhodnutí prezentován názor, že pro zachování lhůty dané soudním řádem správním, výzvou popřípadě rozhodnutím soudu, je nutné, aby poslední den lhůty byla dodána zpráva do datové

²⁸ Hurdík, J., Lavický P.: Systém zásad soukromého práva, Brno: Masarykova univerzita, 2010, 197 s, ISBN 978-80-210-5063-1, s 165.

²⁹ Nejvyšší soud ČR se k této problematice přímo nevyjadřoval. Proto je nutné ještě jednou zdůraznit, že uvedená rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ČR jsou v tomto příspěvku uváděna jako "vodítka" pro nastínění, jakým způsobem je k problematice doručování do datových schránek ze strany správních soudů přistupováno. V žádném případě není cílem příspěvku tvrdit, že naprosto shodná tvrzení budou přijata i civilními soudy v oblasti civilního procesu. Jedná se pouze analýzu již prezentovaných názorů soudních orgánů.

schránky soudu.³⁰ Argumenty pro toto tvrzení soud specifikuje a rozvádí v odůvodnění.

Tento názor je ale (zejména z pohledu civilního procesu - pokud by byl obecně přijat obdobný přístup) poměrně problematický. Nevychází totiž ani ze specifík datových schránek, ani z obecně přijímaného členění lhůt hmotněprávních a procesních.

V první řadě soud v odůvodnění rozhodnutí konstatuje, že pouhým odesláním datové zprávy se nejedná o předání držiteli poštovní licence, popřípadě zvláštní poštovní licence anebo předání orgánu, který má povinnost je doručit.³¹ Nejvyšší správní soud ČR dále přirovnává komunikaci prostřednictvím datových schránek k elektronické komunikaci prostřednictvím např. e-mailu (doručení podání do elektronické podatelny soudu).

Takováto argumentace se nejvíce jako přiléhavá. Srovnání datových schránek a elektronické komunikace (pro potřeby dalšího výkladu např. obyčejného e-mailu) je možné pouze z pohledu základního fungování (tedy jako elektronického přenosu datové zprávy od odesílatele k příjemci). Systém datových schránek se ale zásadně od obyčejné elektronické komunikace odlišuje zejména v těchto aspektech:

- 1) Datová schránka je mnoha subjektům zřízena autoritativně a v řadě situací je dána povinnost subjektům komunikovat prostřednictvím datovém schránky.
- 2) Systém datových schránek není zřizován ani veden jakýmkoli soukromým subjektem (jak je tomu u e-mailové komunikace).
- 3) Jedná se o uzavřený systém z něhož je možné dohledat důležité informace a prokazatelnost komunikace prostřednictvím datové schránky je mnohem vyšší.

Pokud by byl přijat názor, že s odesláním datové zprávy prostřednictvím datové schránky není spjata obecná povinnost (ať už ministerstva vnitra, popřípadě České pošty, s.p.) doručit takovou zprávu (obdobně jako u předání poštovní zásilky poslední den lhůty k přepravě), jednalo by se o přístup odporující vůbec účelu, proč byly datové schránky zřízeny (respektive proč bylo subjektům umožněno činit podání prostřednictvím datové schránky).

V takovém případě by bylo možné přijmout názor, že elektronická komunikace prostřednictvím e-mailu a prostřednictvím datových schránek je v podstatě na stejné úrovni. Tento názor by ale byl chybný

³⁰ Usnesení Nejvyššího správního soudu ČR ze dne 15.7.2010 sp.zn. 9 Afs 28/2010.

³¹ Viz ustanovení § 40 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů.

na což je možné usuzovat mj. z přístupu jakým je k doručení do datové schránky přistupováno v jednotlivých procesních předpisech (upřednostnění této formy komunikace před "ostatní elektronickou").³² Nemělo by tedy být posuzováno shodně ani podání směřující k soudu, které bylo učiněno elektronicky a elektronicky do datové schránky.

Vzhledem k výše uvedenému by bylo podle mého názoru vhodnější považovat za rozhodný okamžik (pro posuzování včasnosti) odeslání zprávy z datové schránky odesílatele.³³

4. ZÁVĚR

Závěrem je možné shrnout, že v případě datových schránek a elektronického doručování vůbec se civilní proces vydal správným směrem. Není možné ignorovat fakt, že elektronická komunikace je běžnou součástí každodenního života a poskytuje řadu výhod. Neexistuje důvod (právní ani faktický) aby se tohoto způsobu komunikace nevyužívalo v civilněprocesních vztazích - zejména k doručování. Je třeba ale zdůraznit, že doručování do datových schránek má svá specifika i oproti běžné elektronické komunikaci. Tato specifika je nutné respektovat ze strany všech zúčastněných subjektů (zejména ze strany státních orgánů, které by měly "jít příkladem"). Jedině smysluplným výkladem jednotlivých ustanovení týkajících se datových schránek a plným využíváním potenciálu tohoto institutu je možné překonat jistou neoblíbenost datových schránek. Datové schránky jsou poměrně vhodným způsobem využívání elektronické komunikace a bylo by velkým (a zbytečným) nedostatkem, kdyby tento institut byl nevyužíván z důvodu chybného a často nelogického přístupu jednotlivých subjektů (zejména orgánů veřejné moci).

Literature:

- Baxa, J. a kol.: Daňový řád : Komentář 1. díl, Praha: Wolters Kluwer ČR, 2011, 800 s, ISBN 978-80-7357-564-9
- David, L. a kol.: Občanský soudní řád: I. díl (§1až 200zy), Praha:Wolters Kluwer ČR, 2009, 1072 s, ISBN 978-80-7357-460-4
- Drápal, L., Bureš, J., a kol.: Občanský soudní řád : komentář I. §1 až 200za, Praha: C.H. Beck, 2009, 1579 s, ISBN
- Hurdík, J., Lavický P.: Systém zásad soukromého práva, Brno: Masarykova univerzita, 2010, 197 s, ISBN 978-80-210-5063-1
- Macková, A., Štědroň, B.: Zákon o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů s komentáře, Praha: Wolters Kluwer ČR, 2009, 528 s, ISBN 978-80-7357-472-7

³² Ustanovení § 45 občanského soudního řádu.

³³ Srovnej např. Svoboda, K., Suk, M., Zeman, P.: Doručování v soudním řízení, Praha: Linde, 2009, 267 s, ISBN 978-80-777-5, s. 170.

- Smejkal, V.: Datové schránky v právním řádu ČR:zákon č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů s komentářem, Praha: ABF, 2009, 176 s, ISBN 978-80-86284-78-1
- Svoboda, K., Suk, M., Zeman, P.: Doručování v soudním řízení, Praha: Linde, 2009, 267 s, ISBN 978-80-777-5
- Svoboda, P.: Ústavní základy správního řízení v České republice, Praha: Linde, 2007, 359 s, ISBN 978-80-7201-676-1
- Polčák, R. Praxe elektronických dokumentů. Bulletin advokacie. 2011, č. 7 - 8, ISSN 1210-6348
- Polčák, R. Okamžik doručení do datové schránky. Revue pro právo a technologie. 2010, č. 2, ISSN 1804-5383
- Nález Ústavního soudu ČR ze dne 3. 6. 2009 sp. zn. I. ÚS 420/09
- Nález Ústavního soudu ČR ze dne 24.4.2006 sp. zn. IV. ÚS 319/05
- Usnesení Nejvyššího správního soudu ČR ze dne 15.7.2010 sp.zn. 9 Afs 28/2010
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu ČR ze dne 16.12.2010 sp. zn. 1 As 90/2010
- Rozsudek Evropského soudního dvora C-449/08 - dostupný z: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=76388&pageIndex=0&doclang=CS&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=197136>, [citováno 14.12.2011].
- Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 365/2000 Sb., o informačních systémech veřejné správy a změně některých dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 227/2000 Sb., o elektronickém podpisu, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 280/2009 Sb., daňový řád, ve znění pozdějších předpisů

Contact – email

Miloslav. Hr@seznam.cz

**REPORT ON CONFERENCE: "EUROPEAN
CONTRACT LAW- UNLOCKING THE
INTERNAL MARKET POTENTIAL FOR
GROWTH", WARSAW, NOVEMBER 2011**
MONIKA JURČOVÁ

Právnická fakulta TU v Trnave

Abstract in original language

The Polish Presidency of the Council of the EU in cooperation with the European Commission organised a major conference on European contract law. This conference should serve as a platform for a discussion on the forthcoming Commission's proposal for an instrument in European contract law. It comprised of a number of panels devoted to the economic, legal and political aspects of the forthcoming proposal. Author aims to inform about the results achieved by this conference.

Key words in original language

European contract law, the optional instrument

1. INTRODUCTION

The Polish Presidency of the EU Council and the European Commission organised a high-level conference on European contract law. Proceedings of the conference concentrated on *the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*.¹ This proposal could be regarded as the contemporary climax of the efforts of the European Commission in the field of European contract law. The EU has been working on European contract law for a decade. This process has been initiated mainly by the Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European contract law.² In the frames of these activities, academics organised in the joint network on European Private Law — EU Sixth Framework Programme "Network of Excellence"³, founded in May 2005, delivered in 2008 proposal for the "Common Frame of Reference" (CFR) for European contract law containing the "Common Principles of European Contract Law" (CoPECL) as described both in the Commission's Action Plan⁴ and in the Commission's Communication on 'European Contract Law and the

¹ COM(2011), 635 final, 2011/0284 (COD), Brussels, 11.10.2011

² Com(2001) 398, 11.7.2001

³ <http://www.copecl.org/>

⁴ (COM [2003] 68 final)

Revision of the Acquis: The Way Forward⁵. The key role in the Network of Excellence was played by The Study Group on a European Civil Code⁶ and The Research Group on the Existing EC Private Law, or "Acquis Group". This material, published as Draft Common Frame of Reference⁷, has been roughly and precisely commented and forced everybody to raise a question of its future application and usefulness. In July 2010, the European Commission put forward several possible policy options for public consultation in the *Green Paper on progress towards a European contract law for consumers and businesses (Green paper 2010)*.⁸ In April 2010, the Commission also established an Expert Group⁹. The group's task had been to assist the Commission in the preparation of a proposal for a Common Frame of Reference in the area of European contract law, including consumer and business contract law, and in particular in: (a) selecting those parts of the Draft Common Frame of Reference which are of direct or indirect relevance to contract law; and (b) restructuring, revising and supplementing the selected contents of the Draft Common Frame of Reference, taking also into consideration other research work conducted in this area as well as the Union acquis. In July 2010, the Commission established a Group of Key Stakeholder Experts ('Sounding Board') which represented different categories of persons affected by a possible European contract law instrument (businesses, consumers and legal practitioners). The stakeholder group met monthly, reviewed drafts of parts of the feasibility study prepared by the Expert Group and provided practical input on a regular basis, particularly on the level of consumer protection, legal certainty and clarity.¹⁰ An expert group established by the European Commission delivered a *Feasibility study on a future initiative on European contract law* in May 2011.¹¹ This study has been the direct basis for the proposal for the regulation on the Common European Sales Law.

The conference in Warsaw discussed the proposal in the four panels. Report on this conference could enable to take in regard various views

⁵ COM (2004) 651 Final) of 11 October 2004

⁶ www.sgecc.net

<http://www.acquis-group.org/>

⁷ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition
http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf

⁸ COM (2010) 348 final

⁹ 2010/233/EÚ

¹⁰ http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf, p.3

¹¹ http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf

expressed by the different groups of persons, not only academics, but also politicians and stakeholders, that represented mainly consumers and small and medium enterprises.

Firstly, we would like to concentrate on the reasons *why among the various options presented in the Green Paper 2010 the Commission has preferred the regulation as the best solution for the future progress in the field of European contract law.* The optional instrument technique seems to be a better technique in comparison to directive. It is less invasive, more respectful of national laws. The recent harmonisation effort via the Consumer Rights Directive had been prolonged and difficult. Scottish academics commented this development as following *'Another interesting point that emerged from the Warsaw conference on European Contract Law was whether the familiar, if not always satisfactory, EU technique of harmonising the domestic laws of Member States by way of Directive was at an end, at least in the field of private law. The experience of the Consumer Rights Directive has obviously been a deeply scarring one for both the European Commission and the European Parliament. This is not just a matter of no more full or maximum harmonisation (as in the original CRD proposal), but of harmonisation of any kind as a technique of law reform for the EU as a whole.'*¹²

Moreover Consumer Rights Directive¹³ has not been based on a full harmonisation, so it did not solve the problem lying in the fact that the differences between Member States' laws remain substantial.

Another important point lies in the high level of consumer protection established in the cross- border transactions by the *Article 6 of Rome I Regulation*.¹⁴ Whenever a business directs its activities to consumers in another member state, it has to comply with the contract law of that member state. In cases where another applicable law has been chosen by the parties and where the mandatory consumer protection provisions of the Member State of the consumer provide a higher level of protection, these mandatory rules of the consumer's law need to be respected. Outcome of this rule has proved to be counter-productive on its impact to consumer cross-border contracts. Seeking and getting legal advice of foreign legal orders is very costly for businesses, so in many cases they simply decide not to sell abroad or they sell only to two or three selected countries.

¹² MacQueen,H., Clive,E., Macgregor,L.: Will CESL be the end of harmonisation as we know it, maximum or otherwise? <http://www.law.ed.ac.uk/epln/blogentry.aspx?blogentryref=8783>

¹³ <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/11/pe00/pe00026.en11.pdf>

¹⁴ REGULATION (EC) No 593/2008 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I)

2. BENEFITS OF THE PROPOSAL FOR CONSUMERS AND BUSINESSES - WHAT AN OPTIONAL REGIME COULD OFFER TO CONSUMERS AND BUSINESSES

First part of the conference dealt with possible benefits of proposal for consumers and businesses. Speakers represented Polish Consumer Federation, European Consumer Centre, Belgium, Federation of Small Businesses, UK, legal advisors from UNIZO-Studiedienst, Belgium. Professor Fernando Gomez and Mrs. Paraskevi Michou, Director, Directorate Civil Justice, European Commission were among the speakers of this panel, too.

Stakeholders raised the question, that the *differences between national law are not an obstacle No. 1*, other barriers are important and need to be addressed in the internal market of the EU. The response from the representative of the Commission to this reasonable point was, that parallel approaches were needed and were being pursued (e.g. alternative dispute resolution, taxes, enforcement), but that was not a reason for doing nothing on the contract law front.

'Content of Common European Sales Law has many gaps and vague terms', this fear was common for many speakers in the contemplation about the proposal's future application. Interpretation by national judges, the interaction between national law and the CESL on the items that are not covered and reference to national law will remain necessary. Professor Anna Veneziano, member of Expert Group, answered in discussion that *'Gaps and open term are sometimes inevitable and would not greatly diminish the utility of the instrument, given that most matters of practical importance in normal cases would be covered.'* In this regard, a very important role will belong to the Court of Justice of the EU and to the planned communication of final judgments of national courts.

SMEs argued that CESL is not balanced because the level of consumer protection on many topics is too high. Contrary to this opinion, consumers expressed hesitation whether the level of consumer protection is sufficient.

Professor Gomez in his contribution mentioned the evidence that transaction costs due to legal diversity affect both sides of the transaction and bring about the uncertainty for firms and consumers. The costs are probably higher in e-commerce.

Mrs. Paraskevi Michou and other speakers advocated proposal of the CESL and pointed to its *pros*:

- regulation is not so expensive as directive ;
- CISG also established double regime and it is not controversial;

- CESL provides the highest level of consumer protection, same as Consumer Rights Directive;
- it could encourage SMEs to trade abroad;
- it improves competition and therefore it will have positive impact to prices of goods and related services;
- it should be time and cost saving;
- CESL will be available in all languages;
- proposal preserves freedom of contract, possibility of choice; and
- it does not effect national law directly.

3. LEGAL ELEMENTS OF THE PROPOSAL - CONTENT OF THE INSTRUMENT

The second panel dealing with legal elements of the proposal began by the presentations of Christiane Wendehorst, Hugh Beale, Anna Veneziano, professors of law. Subsequently, their contributions were followed by Graham Wynn, British Retail Consortium, UK, Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen, President of the Commission on European contract law, CCBE, Alain Bazot, President, UFC-Que Choisir, France. The Commission was represented by Prof. Dr. Dirk Staudenmayer from the Directorate Civil Justice. High level of discussion was supported by Professor Marco Loos, University of Amsterdam as moderator.

Speakers analyzed mainly the scope of CESL, but also its terminology was assessed (Wendehorst).

Its *territorial scope* is given by Article 4 of the proposal. CESL may be used on cross-border contracts. In B2B (business to business relationships) it is a cross-border contract if the parties have their habitual residence in different countries, in B2C relations (business to consumer contract) it is a cross-border contract if either the address indicated by the consumer, the delivery address for goods or the billing address are located in a country other than the country of the trader's habitual residence; and at least one of these countries is a Member State. Pursuant to Article 13 of the proposal, Member States may decide to broaden its application also to domestic contracts.

The Common European Sales Law can be used for:

- (a) sales contracts;
- (b) contracts for the supply of digital content whether or not supplied on a tangible medium which can be stored, processed or accessed, and

re-used by the user, irrespective of whether the digital content is supplied in exchange for the payment of a price.

(c) related service contracts, irrespective of whether a separate price was agreed for the related service (art. 5, *material scope*)

Personal scope of the proposal is according to Article 7 (Parties to contract) restricted not only to B2C contracts, but where all the parties to a contract are traders, CESL may also be used if at least one of those parties is a small or medium-sized enterprise ('SME')- (B2B). There is a possibility for Member States to allow its application also to large businesses without participation of SME as a contract party.

In connection to the proposed application to B2B contracts in cases where small and medium enterprises are involved, professor Hugh Beale speculated '*What do SMEs want?*' He argued that in dealing with large business they would like to have consumer-like protection. In order to obtain it, they will probably be willing to pay higher prices when buying or to sell for lower prices. This would be comparable to buying some sort of insurance and the CESL will be able to give them these warranties. On the other hand, using the CESL in B2C contracts may be regarded by consumers as 'the mark of honesty'.

Graham Wynn stressed that the legal certainty will be the first one to be tested in the case of a new instrument and *that the proposal should be subjected to rigorous scrutiny to ensure it works; it works for businesses, it works for consumers; and it works in a legal structural sense.* This speaker raised another important requirement for the proposal it had to meet: '*It must be clear and accepted that it makes Rome I redundant for those who use it. It must be totally optional for the businesses with no attempt to suggest that a business that directs its offer to a Member State under this proposal may somehow be forced to accept any other the laws of the Member State within the scope. There must be "no right to buy".*'

4. HOW AN OPTIONAL REGIME SHOULD FUNCTION

Speakers at this panel were Kaisa Olkkonen, Nokia Corporation, Finland, Jutta Gurkmann, Federation of German Consumer Organisations, Martijn Hesselink, Jerzy Pisuliński, professors of law, Sir Nicholas Hamblen, Commercial Judge, High Court, the UK and Prof. Dr. Dirk Staudenmayer, EC.Moderator was professor Hans Schulte Nolke.

Before we start to speak about how to opt into the CESL, the structure of the proposal should be outlined. It consists of Introductory provisions, Articles (16) and two annexes; Annex 1 contains Common European Sales Law, Annex 2- Standard Information Notice on the CESL, that must be provided by the trader to the consumer before an agreement on use of the CESL is made.

There was significant change in the legal mechanism on how to opt into the CESL. Previously, in the political debate on the optional

instrument, the optional instrument was referred to as the 28th regime in EU. Present proposal introduces the CESL as the second national regime.

If the CESL had been the 28th regime, opting into the CESL would have amounted to a choice of law under Art. 3 of the Rome I Regulation. In contrast, according to the present proposal, the CESL as the second contract law regime within national law of MS will become applicable once the national law has already been indicated as the law governing the contract.

'The agreement to use the Common European Sales Law should be a choice exercised within the scope of the respective national law which is applicable pursuant to Regulation (EC) No 593/2008 or, in relation to pre-contractual information duties, pursuant to Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Regulation (EC) No 864/2007)²⁰, or any other relevant conflict of law rule. The agreement to use the Common European Sales Law should therefore not amount to, and not be confused with, a choice of the applicable law within the meaning of the conflict-of-law rules and should be without prejudice to them. This Regulation will therefore not affect any of the existing conflict of law rules'¹⁵.

Hesselink pointed out to the fact that *the categorisation of the CESL as the second national law neutralises the operation of Article 6 of the Rome I Regulation in B2C transactions.*

Where the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods would otherwise apply to the contract in question, the choice of the Common European Sales Law should imply an agreement of the contractual parties to exclude that Convention.¹⁶

In connection to this part of proposal which relates to B2B contracts *Hesselink stressed that whether and to what extent the parties have opted - out (certain or all rules) of is determined by the CISG itself, as the law applicable to the contract. Therefore it seems advisable for prudent parties in B2B relationship who are opting into the CESL to indicate explicitly that they are opting out of the CISG, and to be very precise about their intentions in the case of partial choice.¹⁷*

¹⁵ Recital 10, of COM(2011), 635 final, 2011/0284 (COD), Brussels, 11.10.2011

¹⁶ Recital 25, of COM(2011), 635 final, 2011/0284 (COD), Brussels, 11.10.2011

¹⁷ Hesselink, M. How to opt into the CESL. Brief comments on the Commission's proposal for a regulation. Paper was presented at the conference in Warsaw.

At last we would like to draw attention to the fact that *in practical life, the trader will be the contract party to choose the CESL*, and this will be *an opportunity for the consumer to decide whether he is willing to make an agreement on the use of the CESL as the law governing the contract. If the consumer agrees, the second step will be the conclusion of the sales contract itself.*

If the regulation is adopted, it will be very important for the Commission to promote this new optional instrument. The key role will also belong to the consumer organizations and their attitude to this regulation, They will be subjects often addressed by the inquiries of consumers whether using the CESL may be recommendable for them.

5. THE INTERPLAY BETWEEN AN OPTIONAL REGIME AND NATIONAL LAWS - IMPACT OF THE OPTIONAL INSTRUMENT ON NATIONAL LAWS AND EUROPEAN LEGAL AREA

The last panel had a prevailingly political character and its content was concentrated on various topics.

First speaker, professor Ewa Łętowska from Poland pointed out that the idea of inserting, by Regulation, a second set of sales law rules into the national laws was an innovative and useful idea but there was *a plea for clarity and certainty on the question of the Treaty basis – currently article 114. Secondly, she stressed the need for proper preparation of the implementation campaign, otherwise the Optional instrument would not be successful in the area of its practical use . Thirdly, same as her predecessors, she expressed fear of not clearly defined and blank terms in the CESL.*

Diana Wallis, Vice-President of the European Parliament and Paraskevi Michou, Director, Directorate Civil Justice, advocated proposal.

Mrs Wallis said *' I am firmly committed to maintain this high level of protection during the forthcoming negotiations, as it is a core part of the overall equation. Consumers need to have the confidence that their core rights are guaranteed and that they do not take risks when shopping abroad under the Common European Sales Law. And the more consumers use the Common European Sales Law, the better knowledge they will have of their rights. This is also the best way to make sure that the Common European Sales Law will develop into a mark of quality in our internal market and the use of it will become a competitive advantage for traders ' ¹⁸*

18

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/742&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

6. CONCLUSION

The Common European Sales law seems to be a very promising instrument in the European Contract Law. The rather sceptical approach of some stakeholders and national experts may be needed in comparison to very supportive attitude of academics. The creating of a common European legal culture could be, by its adoption again one step forward. A very important role in this process will belong to legal education. The European Commission supports this idea¹⁹ and the participation in this process may create a real challenge for the European lawyers, at the first stage for the academics.

Literature:

- HESSELINK, M. How to opt into the CESL. Brief comments on the Commission's proposal for a regulation. Paper was presented at the conference in Warsaw , not published
- LOOS, M. Scope and application of the optional instrument. Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2011-14 Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2011-09, papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm?abstractid
- SELUCKÁ, M. K některým trendům vývoje evropského smluvního (závazkového) práva. Právní rozhledy, Praha, C. H. Beck. ISSN 1210-6410, 2011, vol. 2011, no. 3, s. 103-106.
- JURČOVÁ, M., NOVOTNÁ, M. Zelená kniha Komisie a európske zmluvné právo, perspektívy voliteľného nástroja zmluvného práva ako 28. právneho poriadku v EÚ. 1. časť 2011. In: Justičná revue. - ISSN 1335-6461. - Roč. 63, č. 4 (2011), s. 595-610.
- JURČOVÁ, M., NOVOTNÁ, M. Zelená kniha Komisie a európske zmluvné právo, perspektívy voliteľného nástroja zmluvného práva ako 28. právneho poriadku v EÚ. 2. časť 2011. In: Justičná revue. - ISSN 1335-6461. - Roč. 63, č. 5 (2011), s. 778-792.
- JURČOVÁ, M., NOVOTNÁ, M. Informácia z konferencie SECOLA: A European optional contract law; Policy choices (Európske voliteľné zmluvné právo, politické rozhodnutia). 14. - 15. január 2011, Leuven, Belgicko 2011. In: Justičná revue. - ISSN 1335-6461. - Roč. 63, č. 3 (2011), s. 494-498.
- <http://www.law.ed.ac.uk/epln/>

Contact – email

monika_jurcova@yahoo.co.uk

¹⁹ Commission Communication on Building Trust in EU-wide Justice: a New Dimension to European Judicial Training, COM (2011) 551 final, 13.9.2011.

PŘÍČINNÁ SOUVISLOST VE SPORECH O NÁHRADU ŠKODY NA ZDRAVÍ VE ZDRAVOTNICTVÍ

INGRID KOVÁŘOVÁ KOCHOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity

Abstract in original language

Příčinná souvislost je jedním z předpokladů občanskoprávní odpovědnosti. V českém civilním právu užíváme termín „příčinná souvislost“ v obvyklém, přírodním smyslu tohoto slova. Ovšem pohled na přírodní kauzalitu se změnil. Je otázkou, jestli nemusíme nyní změnit význam právní „příčinné souvislosti“. Není-li v důsledku toho nezbytné definovat příčinnou souvislost v její právní podobě v občanském zákoníku, zvláště s ohledem na spory o náhradu škody na zdraví ve zdravotnictví. Budeme-li definovat příčinnou souvislost v občanském právu, můžeme tím také vyřešit některé problémy, které se objevují v civilním procesu, zejména v dokazování.

Key words in original language

Příčinná souvislost, občanskoprávní odpovědnost, proporční odpovědnost.

Abstract

Causation is one of three premises of civil liability. We use the term „causation“ in usual, natural sense of this word in the Czech civil law. But the point of view on the natural causation had changed. Is the question, whether we have to change the sense of the „causation“ by law now. Whether in dependence on it, is necessary to define causation in civil law in her law appearance in the Civil Code, especially with regard to medical negligence cases. If we will define causation by civil law, we can also solve some problems, which are occurring in civil procedure, especially in evidence.

Key words

Causation, civil liability, proportional liability.

1. SOUČASNÝ STAV

Spory o náhradu škody na zdraví jsou jedněmi z nejobtížnějších sporů. Je na žalujícímu poškozeném, aby tvrdil a prokázal jednotlivé předpoklady odpovědnosti škůdce. Jedním z těchto předpokladů je právě i příčinná souvislost. Česká právní věda aktuálně přistupuje ke kauzalitě pouze jako ke kauzalitě přírodní, redukcionistické, Humovské, mající svůj původ v pozitivismu ovládajícím 18. a 19.

století.¹ Příčinná souvislost je chápána jako vztah příčiny a následku, kdy příčina je příčinou následku a následek je následkem příčiny při obvyklém pravidelném běhu věcí, tzv. adekvátní (přiměřená) příčinná souvislost, tedy následek je obvyklým, pravidelným, nikoli pouze nahodilým následkem příčiny.² V rámci tohoto pojetí kauzality je kladen důraz na vztah příčiny a následku. Na to, aby existence vztahu příčiny a následku byla v řízení prokázána. Prokázáno má být způsobení škody k tomu srov. § 420 odst. 1 z.č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku v platném a účinném znění (dále jen „o.z.“), resp. § 421a odst. 1 o.z. Co je oním „způsobením“? V obecné češtině lze slovo „způsobit“ nahradit jeho synonymy: „navodit“, „být příčinou“, „vyvolat“, „přivodit“. Je zjevné, že závěr o kauzalitě je výsledkem lidského úsudku, myšlenkové konstrukce člověka, o kauzalitě, nikoli kauzalitou jako takovou přirozeně existující. Nejvyšší soud České republiky interpretuje obsah uvedených ustanovení občanského zákoníku v souladu s tímto obsahovým významem.³

Zdraví poškozeného je přitom ovlivňováno celou řadou faktorů. Tyto faktory lze rozlišit na:

a) faktory přirozené: plynutí času a stárnutí organismu, vývoj jednotlivých vlastností organismu, chorob, kterými případně poškozený trpí (aniž by dosud, resp. do okamžiku vzniku škody byly zjištěny). Jsou jak charakteru tělesného (tj. vlastnosti samotných tělesných orgánů), tak i netělesného (duševního).

b) faktory umělé, které nemají původ v organismu jedince, které byly způsobeny různými zásahy, či naopak nekonáním. Mezi ně pak lze zahrnout i ty, které jsou označeny jako jednání, či okolnosti, které způsobily škodu. Jejich izolace v rámci dokazování jako příčin vzniklé škody je problematická.

¹ MACHALA, T.: *Causa efficiens/Příčina účinná a princip kauzality mezi realismem a redukcionismem*. České Budějovice, Jihočeská univerzita v Českých Budějovicích, 2009, str. 19

² FIALA, J., KINDL, M. a kol.: *Občanské právo hmotné*, 2. upravené vydání, Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, kapitola 13 pojednávající o náhradě škody z pera P. Bezoušky a J. Psutky, str. 526

³ Nejvyšší soud v rozhodnutí sp.zn. 23 Cdo 749/2009 ze dne 28.2.2011: „Příčinná souvislost je dána tehdy, jestliže je škoda podle obecné povahy, obvyklého chodu věcí a zkušeností adekvátním důsledkem protiprávního úkonu. Současně se musí prokázat, že škoda by nebyla nastala bez této příčiny. Musí jít o přímou (nikoli zprostředkovanou) příčinu.“ Vyhodnocení otázky, zda mezi konkrétním porušením právní povinnosti a vznikem škody existovala příčinná souvislost, je věcí právního posouzení.“ Obdobně i v rozhodnutí sp.zn. 26 Cdo 5035/2008 ze dne 16.12.2010 „O vztah příčinné souvislosti se jedná, vznikla-li škoda následkem protiprávního úkonu škůdce, popř. následkem škodné události, tedy, je-li doloženo, že nebyl protiprávního úkonu či škodné události, ke škodě by nedošlo.“

Právě ve sporech o náhradu škody na zdraví je velmi problematické izolovat příčinu i následek. Zpravidla nejde o situace, kdy právě jedna příčina vyvolala právě konkrétní újmu na zdraví (snížení kvality zdraví, může jít o nemoc, ztrátu funkce orgánu, ztrátu orgánu jako takového, jiný škodlivý následek, nebo „pouze“ bolest, či vyšší míru bolesti, než by tomu bez tvrzené příčiny při běžném běhu věcí bylo). Na zdraví člověka působí celá řada okolností, které ovlivňují jeho zdraví.

Zjišťování, resp. prokazování příčinné souvislosti v rámci civilního soudního řízení patří k velmi náročným částem těchto sporů. Z důkazů prováděných v rámci řízení strany sporu při plnění povinnosti tvrzení a důkazní a soud při hodnocení důkazů následně, někdy s poměrně dlouhým časovým odstupem⁴ rekonstruuji v rámci dokazování průběh skutkového děje a následně s časovým odstupem zjišťují to, zda je, či není dána, příčinná souvislost mezi příčinou vzniku škody a škodou. Musí být brány v úvahu všechny působící okolnosti a z nich musí být vybrána ta, která je označena jako příčina vzniklé škody. Jde-li o příčinu dle § 420 odst. 1 o.z., resp. § 421a odst. 1 o.z., dospívá soud k závěru, že je dána příčinná souvislost a nejsou-li dále tvrzeny a prokázány jiné okolnosti (např. dle § 420 odst. 3 o.z. , či dle § 441 o.z.) dospívá k závěru o odpovědnosti škůdce.

Při zkoumání působení jednotlivých příčin na zdraví a život poškozeného soud využívá důkaz znaleckým posudkem, častěji však znaleckými posudky. Jde totiž o otázky odborné, které nemůže analyzovat a hodnotit sám.⁵ Předmětem hodnocení soudu je znalecký posudek jako důkaz v rámci volného hodnocení důkazů dle § 132 z.č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu v platném a účinném znění (

⁴ Uveďme následující případ: U soudu je projednáván spor o náhradu škody na zdraví způsobené stanovením chybné diagnózy chronického onemocnění. V návaznosti na tuto diagnostiku byla určena léčba určitým lékem, který byl podáván dlouhodobě. Tento lék způsobuje jednak vedlejší účinky (jejichž vznik není považován za non lege artis, právě kvůli léčebnému efektu), avšak má negativní účinky na organismus, u něž se taková choroba nevyskytuje a navíc při dlouhodobém podávání léku může dojít k dalšímu ovlivnění kvality života. Po poměrně dlouhé době – 10 let bylo zjištěno, že došlo k chybnému stanovení diatézy, lék byl vysazen. Byla stanovena správná diagnóza, byla nasazena adekvátní léčba. Objektivně došlo ke zhoršení zdraví pacienta. Bylo toto zhoršení způsobeno právě 1) chybným stanovením diagnózy a podáváním nesprávného léku, což je skutkové tvrzení žalobce, nebo 2) chorobou, která byla diagnostikována se zpožděním a byla dlouhodobě neléčena, nebo 3) dalšími chorobami, kterými pacient trpěl a byl řádně léčen, nebo 4) stárnutím organismu, nebo 5) kombinací některých ze čtyř uvedených faktorů, nebo všech těchto faktorů? Následek (ztráta kvality zdraví) jak je tvrzen a prokazován je obvyklým následkem ve všech pěti uvedených případech.

⁵ Rozhodnutí Ústavního soudu sp.zn. I. ÚS 2121/07 ze dne 2.11.2010: „Zodpovězení otázky, zda určitý nález je či není patologický, vyžaduje odborných lékařských znalostí; soud proto nemůže tuto otázku posoudit sám, ale musí ustanovit znalce z oboru zdravotnictví dle § 127 odst. 1 o.s.ř.“

dále jen „o.s.ř.“)⁶ a závěr o tom, zda je prokázána příčinná souvislost je závěrem právním.⁷ Soud musí na základě provedených důkazů nabýt přesvědčení, že tvrzený průběh skutkového děje příčiny vedl a byl zdrojem vzniku škody.⁸

Soud zásadně může dospět k závěru, že došlo k přerušení (přetržení) příčinné souvislosti.⁹ Obecné soudy jsou povinny zabývat se všemi v úvahu připadajícími příčinami vzniku škody.¹⁰

⁶ Rozhodnutí Nejvyššího soudu sp.zn. 22 Cdo 4019/2010 ze dne 14.12.2010: „Znalecký posudek soud sice hodnotí jako každý jiný důkaz podle § 132 o. s. ř., odborné závěry v něm obsažené však hodnocení soudem podle § 132 o. s. ř. nepodléhají.“ Podle závěrů rozhodnutí sp.zn. 22 Cdo 4532/2010 ze dne 3.2.2011 může soud přistoupit k revizi závěrů znaleckého posudku: „Pokud by posudek znalce postrádal formální náležitosti nebo pokud by jeho závěry tohoto hodnocení byly zjevně nepřiměřené (v rozporu s pravidly logického myšlení či obecnou zkušeností).“, podrobněji pak v rozhodnutí sp.zn. 30 Cdo 3614/2009 ze dne 21.12.2010. Podle závěrů rozhodnutí sp.zn. 28 Cdo 329/2010 ze dne 9.12.2010: „Znalecký posudek je jedním z důkazních prostředků, který soud sice hodnotí jako každý jiný důkaz podle § 132 o.s.ř., od jiných se však liší tím, že odborné závěry v něm obsažené nepodléhají hodnocení soudem podle zásad § 132 o.s.ř. Soud hodnotí přesvědčivost posudku co do jeho úplnosti ve vztahu k zadání, logické odůvodnění jeho závěrů a soulad s ostatními provedenými důkazy. Hodnocení důkazu znaleckým posudkem tedy spočívá v posouzení, zda závěry posudku jsou náležitě odůvodněny, zda jsou podloženy obsahem nálezu, zda bylo přihlédnuto ke všem skutečnostem, s nimiž se bylo třeba vypořádat, dále zda závěry posudku nejsou v rozporu s výsledky ostatních důkazů a zda odůvodnění znaleckého posudku odpovídá pravidlům logického myšlení.“

⁷ Rozhodnutí Nejvyššího soudu sp.zn. 23 Cdo 749/2009 ze dne 28.2.2011: „Vyhodnocení otázky, zda mezi konkrétním porušením právní povinnosti a vznikem škody existovala příčinná souvislost, je věcí právního posouzení.“

⁸ tedy zjišťuje skutečný průběh skutkového děje. K tomu srov. rozhodnutí Nejvyššího soudu sp.zn. 33 Cdo 5251/2009 ze dne 28.4.2011: „Hodnocením důkazů se rozumí myšlenková činnost soudu, kterou je provedeným důkazům přisuzována hodnota závažnosti (důležitosti) pro rozhodnutí, hodnota zákonnosti, hodnota pravdivosti, popřípadě hodnota věrohodnosti. ... Hodnocením důkazů z hlediska jejich pravdivosti soud dochází k závěru, které skutečnosti, o nichž důkazy (pro rozhodnutí významné a zákonné) podávají zprávu, lze považovat za pravdivé (dokázané), a které nikoliv. Vyhodnocení důkazů z hlediska pravdivosti předpokládá též posouzení věrohodnosti důkazem poskytované zprávy podle druhu důkazního prostředku a způsobu, jakým se podle zákona provádí.“

⁹ Rozhodnutí Nejvyššího soudu sp.zn. 25 Cdo 4841/2009 ze dne 18.8.2011: „K přerušení příčinné souvislosti dojde tehdy, jestliže nová okolnost působila jako výlučná a samostatná příčina, která vyvolala vznik škody bez ohledu na původní škodnou událost. Zůstala-li původní škodná událost tou skutečností, bez níž by k následku nedošlo, příčinná souvislost se nepřerušuje; v případě další spolupůsobící skutečnosti pak přichází v úvahu společná odpovědnost za tutéž škodu.“

¹⁰ Rozhodnutí Ústavního soudu sp.zn. IV. ÚS 3695/10 ze dne 1.8.2011

České civilní právo a s ním i česká právní věda stojí na prahu nového období. Je přijímán nový občanský zákoník. S tím by měla souviset snaha české právní vědy postoupit dále ve svém vývoji. Současně je však hmotné právo limitováno i obsahem právních norem procesních, když o.s.ř. poměrně striktně upravuje procesní rámec pro uplatnění nároků v soudním řízení sporném díky koncentraci řízení dle § 118b o.s.ř., která je obecné povahy a výrazně tak limituje subjekt práva při uplatnění nároku. Poškozený musí nejpozději do skončení prvního jednání (nepředcházelo-li jednání přípravné dle § 114c o.s.ř.) tvrdit všechny pro věc rozhodné skutečnosti a označit k jejich prokázání všechny důkazy, k později označeným soud nepřihlíží mimo případy tzv. výjimek z koncentrace. Působení obou faktorů, hmotněprávní i procesněprávní povahy, vede k tomu, že postavení poškozeného v civilním soudním řízení je velmi složité. De lege ferenda by měly být řešeny některé problematické aspekty.

2. NĚKTERÉ PROBLEMATICKÉ ASPEKTY

Jak se podává z předchozí pasáže, občanský zákoník neobsahuje normu, která by upravovala kauzalitu. Omezuje se na užití slova „způsobení“. Jde o jednoznačné ovlivnění právní úpravy období před r. 1989.¹¹ Z důvodů ideologické totality do r. 1989 byla kauzalita vnímána výlučně jako kauzalita přírodní tak jak byla chápána na počátku 20. století Leninem a dříve ještě Marxem jako výsledek empirie. Vývoj v přírodních vědách však výrazně pokročil došlo k zásadním změnám. Jak pro speciální teorii relativity tak pro kvantovou mechaniku čas není nezávislou veličinou, je vztažen k prostoru. Musíme si položit otázku: „Vidíme v tento okamžik skutečně to, co vidíme jako viděné?“ Při zkoumání určitého děje zpětně pak otázku: „Bylo skutečně to, co nyní vnímáme jako příčinu touto příčinou?“¹²

Navíc lidská zkušenost naráží na situace, kdy i přes empirickou zkušenost následek nenastává tak jak bychom při výše naznačeném přírodním chápání kauzality řetězce příčin a následků očekávali. Přesto však jsou přítomny jisté zákonitosti v dané zkoumané soustavě.

¹¹ Štefan Luby chápal kauzalitu výlučně jako přírodní zákonitost, kterou není nutno vymezit pro potřeby práva jinak, tj. jako právní příčinnou souvislost. Odmítl přijmout jakékoliv právní vymezení kauzálního nexu a použití jakéhokoliv právního kritéria pro určení právně významné příčiny, s tím, že soudní praxi zjištění příčinné souvislosti větších problémů ani nečiní. Srov. LUBY, Š.: *Prevenčia a zodpovednosť v občianskom práve I.*, Bratislava: Vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 1958, str. 222, str. 240. Toto přesvědčení, zdá se, přetrvává.

¹² Jde o vyjádření vztahu pozorovatele v pohybující se soustavě ve vztahu k pozorovanému jevu, který se pohybuje v soustavě jiné (jistě, velmi redukované pro potřeby tohoto textu). Základní informace jsou obecně dostupné na http://cs.wikipedia.org/wiki/Speci%C3%A1ln%C3%AD_teorie_relativity ke dni 2.12.2012

Při pozorování děje není možné určit vztah příčiny a následku do budoucna, všechny varianty jsou stejně možné, lze tak učinit pouze dodatečně, tj. následně, a to pouze s určitou mírou pravděpodobnosti. Sice vznikají jevy (následky), které nelze předvídat způsobem výše popsaným, ale při dostatečném množství dat je lze tyto následky predikovat s určitou vyšší, či nižší mírou pravděpodobnosti. Jde o aplikaci závěrů teorie deterministického chaosu.¹³

Lidské tělo můžeme přirovnat k černé skřínce¹⁴, kdy známe vstupy, známe výstupy, ale nejsme schopni zcela odhalit vnitřní systémové pochody. Živý organismus pracuje na principu ekonomického nadbytku, pro biotické řídicí systémy je příznačná schopnost modifikovat programy aktivity v závislosti na externích i interních změnách.¹⁵

Můžeme nyní ještě hovořit o kauzalitě v nám známém tradičním, původním (a jediném doposud českým právem akceptovaném) chápání, spolehnout se tak zcela na zkušenostní chápání redukcionalistické kauzality? Zřejmě nikoli. Má-li být zachována právní jistota, je nezbytné upravit kauzalitu pomocí právní normy. Návrh občanského zákoníku tak nečiní. Omezuje se opět na užití slova „způsobení“.¹⁶ Inspirativní z tohoto pohledu přitom nepochybně jsou pro vymezení příčinnosti Principy evropského deliktního práva. Základní je vymezení příčinnosti v čl. 3:101 Principů evropského deliktního práva jako podmínky *condicio sine qua non*. Principy pak dále stanoví způsoby řešení při konkurenční kauzalitě, alternativní kauzalitě, potenciální kauzalitě a neurčité dílčí kauzalitě.¹⁷ Rakouský

¹³ Chaos, tj. deterministický chaos je synonymem pro irregulární pohyby, které vyplývají z deterministických nelineárních systémů. Teorie deterministického chaosu byla aplikována pro biochemické systémy, buněčný metabolismus, tep srdce, aktivitu neuronů, EEG analýzu, pohyby oka, příušnice. K tomu srov. DVORÁK, J., DVORÁK, I., SÝKORA, J.: Důsledky teorie deterministického chaosu pro analýzu sociálních jevů, in NOSEK, J. (ed.): *Chaos, věda a filosofie*, Praha: Filosofie, 1999, str. 115

¹⁴ Termín „black box“ se užívá v kybernetice i medicíně pro označení systémů, kde jsou známy vstupy a výstupy, slouží k modelaci systému pro poznání fungování systémových vazeb

¹⁵ SEDOVÁ, T.: Idea sociálního poriadku versus chaos v sociálním poznání; in NOSEK, J. (ed.): *Chaos, věda a filosofie*, Praha: Filosofie 1999, str. 126

¹⁶ Srov. Návrh občanského zákoníku cituje se dle sněmovního tisku 362 dostupného na <www.psp.cz/sqw/text/orig2.sqw?idd=71122> ke dni 9.8. 2011

¹⁷ Článek 3:101: Jednání nebo opomenutí (dále jen jednání) je příčinou škody poškozeného, jestliže by při neexistenci takového jednání škoda nevznikla. Článek 3:102: V případě více jednání, z nichž každé by samo způsobilo škodu v ten samý okamžik, je považováno každé jednání za příčinu škody poškozeného. Článek 3:103: (1) V případě více jednání, nichž každé by bylo samo dostatečnou příčinou škody, přičemž však zůstává nejistým, které jednání ji ve skutečnosti způsobilo, musí být každé jednání považováno za

návrh novely občanského zákoníku předpokládá změnu v tomto duchu.¹⁸

Objevují se i úvahy o právní odpovědnosti založené na pravděpodobnosti zejména v souvislosti s újmami způsobenými chemickými látkami na lidském zdraví. Jde o tzv. úměrnou, či proporcionální odpovědnost. Náhrada za újmu se určuje nezávisle na kauzálním průběhu, pouze podle míry pravděpodobnosti výskytu škodlivých následků, či vedlejších účinků, tj. v případě 40% výskytu vedlejších účinků, 40% z náhrady újmy, která vznikla.¹⁹

Je dále otázkou, zda není na místě využít kritéria proporcionální odpovědnosti pro další případy, kdy je velmi obtížné zjistit, tj. zpětně rekonstruovat průběh děje, v jehož závěru je vznik škody. V rámci řízení o náhradu škody je velmi obtížné, někdy také nemožné, a mnohdy nákladné průběh skutkového děje rekonstruovat v rámci dokazování. Při neprokázání předpokladů odpovědnosti je podle teorie důkazního břemene jediným možným výsledkem zamítnutí žaloby o náhradu škody pro neunesení důkazního břemene poškozeným žalobcem. Přičemž závěr, že určité tvrzení nebylo prokázáno, resp. by nebylo prokázáno s dostatečně vysokou mírou jistoty, znamená, že soudce nenabyl přesvědčení o průběhu skutkového děje postupem dle § 132 o.s.ř. V takových situacích by rozhodnutí soudu mohlo být v rozporu s požadavkem spravedlnosti.

příčinu v rozsahu pravděpodobnosti, že mohlo způsobit škodu poškozenému. (2) Pokud v případě více poškozených zůstane nejistým, zda konkrétní škoda poškozeného byla způsobena jednáním, přičemž je zřejmé, že jednání nezpůsobilo škodu všem poškozeným, musí být jednání považováno za příčinu škod utrpěných všemi poškozenými v rozsahu pravděpodobnosti, do jaké mohlo způsobit škodu konkrétnímu poškozenému. Článek 3:104: (1) Jestliže jednání vedlo definitivně a neodvratně ke způsobení škody poškozenému, následné jednání, které by samo způsobilo tu samou škodu, nebude bráno v potaz. (2) Následné jednání musí být i přesto vzato v úvahu, jestliže vedlo k dodatečné nebo těžší škodě. (3) Jestliže první jednání vedlo k pokračování škody a následné pozdější jednání by ji také způsobilo, pak je třeba obě jednání od takového okamžiku považovat za příčinu této pokračující škody. Článek 3:105 V případě více jednání, kdy je jisté, že žádné z jednání nezpůsobilo celou škodu ani její určitelnou část, se předpokládá, že ta jednání, která zjevně /minimálně/přispěl ke škodě, i způsobila rovným dílem. Text převzat z webových stránek Evropské skupiny deliktního práva - <<http://www.egtl.org/principles/index.htm>> ke dni 21.8.2011

¹⁸ KARNER, E.: Reforma rakouského práva odpovědnosti za škodu, str. 35-51, in TICHÝ, L.(ed.) *Vývoj práva deliktní odpovědnosti za škodu v České republice, Rakousku a Evropě*, Praha: Univerzita Karlova, 2005, str. 48

¹⁹ FAURE, M. G., BRUGGEMAN, V.: Causa Uncertainty and Proportional Liability s. 105-121 in: TICHÝ, L. (ed.): *Causation in Law*, Praha: UK, Právnická fakulta, 2007, s.109

Typickým případem, kdy pacient není schopen prokázat příčinnou souvislost je onemocnění v důsledku nemocniční (nozokomiální) infekce²⁰, tedy kdy poškozený je nakažen infekční chorobu při poskytování léčebné péče, v době započetí péče tato infekce u něj nebyla přítomna, ani neprobíhala inkubační doba této choroby. Hepatitida je častou nozokomiální infekcí.²¹

3. KAUZALITA V POJETÍ ANGLICKÉHO PRÁVA

I v Anglii je prokazování příčinné souvislosti vnímáno jako komplikované právě proto, že jde o její zkoumání zpětně. Od existující škody je pomocí příčinné souvislosti hledána příčina, která následek mohla vyvolat, přičemž většinou jde o skupinu příčin určujících vznik škody (pacient zásadně přichází k lékaři již nemocen, a proto musí být prokázáno, že konkrétní újma vznikla v důsledku pochybení při poskytování povinné péče). Základním pravidlem pro určování příčinné souvislosti je pravidlo „but for test“.²² Problematické je však užití tohoto pravidla v případech, kdy škoda spočívá ve ztrátě šancí budoucího uplatnění, kdy otázkou je, zda právě tato konkrétní škoda zapříčiněná lékařem je způsobitelná onu budoucí ztrátu šancí vyvolat. Tato otázka byla řešena tak, že se váží (poměřuje) pravděpodobnost toho, zda ona příčina, či následek (podle toho, o jakou z naznačených variant výše jde) je nejpravděpodobnější z řady možných, které se v konkrétní situaci nabízí. Jde o the „balance of probabilities“ test.²³ Na tuto interpretaci příčinné souvislosti bylo

²⁰ S existencí nozokomiálních nákaz počítá např. § 16 odst. 1 z.č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví: „Osoba poskytující péči je při výskytu nemocniční nákazy nebo při podezření na její výskyt povinna neprodleně provést protiepidemická opatření k odhalení zdroje nákazy, způsobu jejího šíření, zamezení jejího dalšího šíření a léčbě nakažených a z nákazy podezřelých fyzických osob.“

²¹ Nejvyšší soud v rozhodnutí sp.zn. 25 Cdo 508/2005 ze dne 27.9.2006 však pacientu, který tvrdil, že byl nakažen hepatitidou při poskytnutí léčebné péče nebyla náhrada přiznána, právě pro nedostatečné prokázání příčinné souvislosti.

²² The but for Test“, kdy žalobce prokazuje, že poškození je důsledkem porušení povinné péče. Poprvé byl formulován právě v případě Barnett v Chelsea and Kensington Hospital Management Comitee [1968] 1 All ER 1068 na http://en.wikipedia.org/wiki/Barnett_v_Chelsea_%26_Kensington_Hospital >ke dni 22.8.2011, případ uveden dle JACKSON, E.: *Medical Law (Texts, Cases and Materials)*, Oxford: University Press, 2010, s. 130

²³ the "balance of probabilities" test: Wilsher v Essex Area Health Authority [1988] AC 1074, základní informace na http://en.wikipedia.org/wiki/Wilsher_v_Essex_Area_Health_Authority > ke dni 22.8.2011, v tomto případě bylo sporné, čím byla způsobena slepota předčasně narozeného dítěte, úvahu přicházelo více možností, mezi nimi i skutečnost tvrzená žalobcem, že k oslepnutí došlo v důsledku poskytnuté terapie, soud rozhodl, že tato příčina není mezi ostatními více pravděpodobnou než ostatní, a proto žalobce ve sporu neuspěl; případ uveden

dále navázáno v podstatě odchylkou od dosavadního přístupu tak, že příčinná souvislost je shledávána tam, kde je zvýšené riziko pro vznik újmy, jde o the test of „materially increasing risk“.²⁴

Pravidlo poměrování pravděpodobností se uplatní i pokud jde o ztrátu šancí. Příčinná souvislost je shledána a tedy je dána odpovědnost, pokud došlo ke ztrátě šancí podstatným způsobem. Původní šance na uzdravení přesahovala 50%, uzdravení bylo více pravděpodobné, než opačná varianta. V důsledku škodlivého zásahu, se tato pravděpodobnost snížila a naděje na uzdravení poklesla, je méně pravděpodobná, než před škodným jednáním.²⁵ Odpovědnost obecně vylučuje souhlas poškozeného, či působení třetí osoby.²⁶ Pomocí proporcionální odpovědnosti jsou řešeny právě tyto zvláštní případy.

4. ZÁVĚR

Vzhledem k různým možným přístupům ke kauzalitě v jejím obecném významu, je nutno kauzalitu pro účely práva (právní kauzalitu) upravit. Vhodným vzorem je čl. 3 Principů evropského deliktního práva. Návrh občanského zákoníku tak nečiní.

dle JACKSON, E.: *Medical Law (Texts, Cases and Materials)*, Oxford: University Press, 2010, s. 131

²⁴ the test of “materially increasing risk”: Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd [2002] [UKHL 22](#) základní informace na http://en.wikipedia.org/wiki/Fairchild_v_Glenhaven_Funeral_Services_Ltd > ke dni 22.8.2011, v předmětném případě byla osoba vystavena působení azbestu u více zaměstnavatelů, v důsledku působení azbestu (vdechování azbestových vláken) u něj vzniklo onemocnění, bylo na soudu, aby rozhodl, zda a který ze zaměstnavatelů – žalovaných je odpovědný za onemocnění a je povinným k náhradě škody; soud rozhodl, že je dána odpovědnost všech žalovaných, a to společná a je na nich, aby se sami mezi sebou vypořádali, toto rozhodnutí je považováno za zásadní, posléze byl přijat zákon, který normuje způsob odškodňování při předmětném typu onemocnění, neboť bylo velké množství obdobných případů poškození; uvedeno dle JACKSON, E.: *Medical Law (Texts, Cases and Materials)*, Oxford: University Press, 2010, s. 132

²⁵ K tomu závěry rozhodnutí Gregg v Scott [2005] [UKHL 2](#) dostupno na http://en.wikipedia.org/wiki/Gregg_v_Scott> ke dni 22.8.2011, pacient se domáhal náhrady za ztrátu šancí, kdy v důsledku pochybení (pozdního stanovení diagnózy) se jeho šance na uzdravení snížily z 42% na 25%, tj. o 17%, odpovědnost lékaře shledána nebyla; zřejmě by podle pravidla balance of probabilities byla shledána odpovědnost, pokud by původní šance byla např. 51% a snížila se o 17% tj. na 34%; případ uveden dle JACKSON, E.: *Medical Law (Texts, Cases and Materials)*, Oxford:University Press, 2010, s. 137-138

²⁶ Tyto okolnosti jsou označovány za přerušení kauzálního řetězce: JACKSON, E.: *Medical Law (Texts, Cases and Materials)*, Oxford:University Press, 2010, s. 133

Je obtížné, na formátu tohoto příspěvku, dospět k jednoznačnému závěru o tom, zda a kdy má právo na právní kauzalitu rezignovat, a založit odpovědnost bez tohoto předpokladu jako odpovědnost proporcionální. Kombinace obou přístupů se uplatňuje v anglickém právním prostředí. Úvaha o zavedení proporcionální odpovědnosti pro některé specifické případy by byla vhodná, zejména při případy ztráty šancí.

V české právní vědě doposud nebyla širší diskuse o proporcionální odpovědnosti vedena. Bylo by nesporně přínosem, pokud by tento text pomohl diskusi o ní v českém právním prostředí zahájit.

Literature:

- 1/ FIALA, J., KINDL, M. a kol.: Občanské právo hmotné, 2. upravené vydání, Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, 649 s., ISBN: 978-807380-228-8
- 2/ JACKSON, E.: Medical Law, Text, Cases and Materials, 2. nd edition, Oxford, University Press, 2008, 972s. ISBN: 978-0-19-955192-7
- 3/ LUBY, Š.: Prevencia a zodpovednosť v občianskom práve I., Bratislava: Vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 1956, 507 s.
- 4/ MACHALA, T.: Causa efficiens/Příčina účinná a princip kauzality mezi realismem a redukcionismem. České Budějovice, Jihočeská univerzita v Českých Budějovicích, 2009, , 93 s., ISBN: 978-80-7394-208-3
- 5/ NOSEK, J. (ed.): Chaos, věda a filosofie. Praha: Filosofía, AV ČR, 1999, 391 s., ISBN: 80-7007-127-3
- 6/ TICHÝ, L. (ed.): Causation in Law. Praha: Univerzita Karlova, 2007, 224 s., ISBN: 80-85889-93-2
- 7/ TICHÝ, L. (ed.): Vývoj práva deliktární odpovědnosti za škodu v České republice, Rakousku a Evropě. Praha: Univerzita Karlova, 2005, 235 s., ISBN: 80-85889-63-3
- 8/ Návrh občanského zákoníku cituje se dle sněmovního tisku 362 dostupného na <www.psp.cz/sqw/text/orig2.sqw?idd=71122> ke dni 9.8. 2011
- 9/ Text Principů evropského deliktárního práva dostupný na <<http://www.egtl.org/principles/index.htm>> ke dni 21.8.2011
- 10/ Rozhodnutí soudu:
- Rozhodnutí Nejvyššího soudu: sp.zn. 25 Cdo 508/2005 ze dne 27.9.2006, sp.zn. 28 Cdo 329/2010 ze dne 9.12.2010, sp.zn. 22 Cdo 4019/2010 ze dne 14.12.2010, sp.zn. 26 Cdo 5035/2008 ze dne 16.12.2010, sp.zn. 30 Cdo 3614/2009 ze dne 21.12.2010, sp.zn. 22 Cdo 4532/2010 ze dne 3.2.2011, sp.zn. 23 Cdo 749/2009 ze dne 28.2.2011, sp.zn. 33 Cdo 5251/2009 ze dne 28.4.2011, sp.zn. 25 Cdo 4841/2009 ze dne 18.8.2011

- Rozhodnutí Ústavního soudu: sp.zn. I. ÚS 2121/07 ze dne 2.11.2010, sp.zn. IV. ÚS 3695/10 ze dne 1.8.2011

Contact – email

ingrid.kovarovakochova@osoud.olc.jusitce.cz

CROSS-ROADS AND CHALLENGES OF RELATIONSHIP BETWEEN INTELLECTUAL PROPERTY LAW AND COMPETITION LAW IN THE SLOVAK AND CZECH LEGAL ORDER

BARBORA KRÁLIČKOVÁ

Slovak Academy of Science, Institute for State and Law, Slovak
Republic

Abstract in original language

Cieľom príspevku je analýza vzájomného vzťahu práva duševného vlastníctva súťažného práva v rámci slovenského a českého právneho poriadku, s osobitným dôrazom na oblasť zneužívania dominantného postavenia, ako aj doktrínu unikátneho zariadenia. Príspevok ponúka kritickú analýzu súčasného stavu právnej úpravy uvedenej oblasti a zároveň sa snaží poskytnúť návrhy, ako by mal právny poriadok upravovať interakciu oboch uvedených odvetví práva.

Key words in original language

vzájomný vzťah práva duševného vlastníctva a súťažného práva; zneužívanie dominantného postavenia; doktrína unikátneho zariadenia; komparácia českého a slovenského právneho poriadku; ochrana efektívnej súťaže

Abstract

The Contribution aims to analyze the mutual relationship between Intellectual property rights and Competition Law in Slovak and Czech legal order with main focus on abuse of dominant position as well as essential facility doctrine. The Contribution provides critical analyses of current stage of rules related to this field as well as tries to give possible advices into the future, how the legal orders should deal with the interaction and relationship between both legal disciplines.

Key words

relationship between competition law and intellectual property law; abuse of dominant position; essential facility doctrine; comparison of Czech and Slovak legal order; protection of effective competition

1. ÚVOD¹

Na prvý pohľad sa vzťah práva duševného vlastníctva a hospodárskej súťaže aj v právnom poriadku SR vyznačuje permanentným konfliktom. Cieľom súťažného práva je ochrana súťaže viacerých podnikateľov na trhu, ktorý sa dosahuje minimalizáciou určitých

¹ Práca na pôvodnom texte tejto práce bola podporovaná Agentúrou na podporu výskumu a vývoja na základe zmluvy č. APVV-0340-10.

výlučných práv. Práva duševného vlastníctva (ďalej ako „PDV“) sú zásadne práva výlučné a nositelia tohto zákonného monopolu väčšinou slobodne rozhodujú o tom, či ich využitie povolia tretím osobám. Obe právne úpravy však sledujú spoločný cieľ, ich účelom je podpora inovácií, ekonomického rastu a v dôsledku toho zlepšenie blahobytu konečného spotrebiteľa.

Uvedený konflikt medzi obomi úpravami je ešte výraznejší v oblasti európskeho práva. V tejto oblasti je potrebné prekonávať nielen problém medzi výlučnosťou práva duševného vlastníctva a odstraňovaním výlučnosti v záujme voľnej hospodárskej súťaže, ale aj konflikt medzi cieľom prekonávania hraníc medzi členskými štátmi EÚ pri predaji tovarov či poskytovaní služieb na jednej strane a teritoriálnym obmedzením národných úprav práva duševného vlastníctva. Čl. 26 Zmluvy o fungovaní Európskej únie (ďalej ako „ZFEÚ“)² prikazuje zriadiť medzi členskými štátmi Európskej únie (ďalej ako „EÚ“) vnútorný trh, čiže priestor bez vnútorných hraníc, v ktorom je zabezpečený voľný pohyb tovarov, osôb, služieb a kapitálu. Práva na predmety duševného vlastníctva však v sebe obsahujú exkluzivitu, ktorá môže predstavovať pre oblasť voľného pohybu tovarov, služieb a kapitálu určité nebezpečenstvo, totiž monopol ich majiteľa udeliť územne obmedzený súhlas na využívanie predmetov týchto práv. V dôsledku toho sa právo duševného vlastníctva môže stať prostriedkom obmedzovania súťaže a prostriedkom k parcelácii trhu, ktorý v rámci EÚ obnovuje hranice medzi členskými štátmi. Aj napriek tejto teritorialite a nebezpečenstvu, ktoré z nej môže vyplývať, neexistuje ucelená úprava práva duševného vlastníctva v práve EÚ.³

Vzťah súťažného práva a práva duševného vlastníctva sa riadi nasledujúcimi zásadami, ktoré sú platné tak z hľadiska európskeho práva ako aj z pohľadu slovenskej právnej úpravy:

1. Výkon práva duševného vlastníctva môže porušiť zákaz dohôd obmedzujúcich súťaž medzi podnikateľmi (čl. 101 ods. 1 ZFEÚ, § 4 zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov v znení

² Zmluva o fungovaní Európskej únie z 30.3.2010 podľa znenia konsolidovaného v zmysle Lisabonskej zmluvy.

³ Jedným zo spôsobov prekonávania teritoriálneho obmedzenia práv duševného vlastníctva a tak aj odstraňovanie jednej z prekážok na vnútornom trhu EÚ je postupná komunitárna harmonizácia, ktorá postupuje po čiastkových aspektoch, ako aj prijímanie celistvých komunitárnych nástrojov ochrany duševného vlastníctva, napr. nariadenie o komunitárnej ochrane známke č. 40/94 ES.

neskorších predpisov, ďalej ako ZOHS),⁴ ako aj zákaz zneužívania dominantného postavenia (čl. 102 ZFEÚ, § 8 ZOHS).⁵

2. Skutkové podstaty dohody obmedzujúcej súťaž a zneužívania dominantného postavenia sú od seba relatívne nezávislé, to že nedošlo ku vzniku protisúťažného kartelu, neznamena, že takého konanie nemožno odsúdiť ako zneužívanie dominantného postavenia.⁶

Platnú právnu úpravu proti nedovolenému obmedzovaniu hospodárskej súťaže v súčasnosti predstavuje zákon č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže v znení zákona č. 465/2002 Z. z., zákona č. 204/2004 Z. z., zákona č. 68/2005 Z. z. a zákona 165/2009 Z. z., teda celkovo bol zákon štyrikrát novelizovaný, pričom doteraz posledná novela nadobudla účinnosť 1. júna 2009.

Na úvod je potrebné uviesť, že pri porovnaní slovenskej a českej úpravy, konkrétne tých ustanovení, z ktorých je možné identifikovať základné prvky a reguláciu vzťahu PDV a súťažného práva, je možné prísť k záveru, že právne úpravy oboch štátov sa uberali rovnakou cestou v snahe o harmonizáciu národného práva s európskym právom. Obe právne úpravy obsahujú relevantné ustanovenia týkajúce sa práv na predmety duševného vlastníctva, a predpokladajú tak možnosť zneužitia dominantného postavenia ako aj uzavretia dohôd obmedzujúcich súťaž prostredníctvom výkonu práv na predmety duševného vlastníctva. Ako bude bližšie analyzované v nasledujúcich častiach práce, možno však badať odlišnosti v právnych úpravách a v spôsobe, akým slovenský a český zákonodarca pristupoval k úprave uvedeného vzťahu.

2. VZÁJOMNÝ VZŤAH PRÁVA DUŠEVNÉHO VLASTNÍCTVA A SÚŤAŽNÉHO PRÁVA V SLOVENSKOM PRÁVNOM PORIADKU

ZOHS vymedzuje pojem dominantné postavenia v § 8 ods. 1 ako postavenie, ktoré má podnikateľ alebo niekoľko podnikateľov, ktorí

⁴ Rozhodnutie Európskeho súdneho dvora (ďalej ako „ESD“, po prijatí Lisabonskej zmluvy premenovaný na Súdny dvor EÚ) vo veci 40/60 *Sirena*: „Výlučné právo vyplývajúce z ochrannej známky nepredstavuje samo osebe dohodu alebo konanie vo vzájomnej zhode, aby spadalo pod ustanovenie článku 81 ods. 1. Avšak výkon tohto práva v podobe zmluvy môže spadať pod článok 81 ods. 1, pokiaľ jeho predmetom, prostriedkom alebo dôsledkom je kartelová dohoda.“

⁵ Rozhodnutie ESD vo veci 102/77 *Hoffman-La Roche v. Centrafarm*: „Výkon známkového práva nie je v rozpore s článkom 82 Zmluvy len na základe toho, že ide o úkony podniku, ktorý zaujíma dominantné postavenie na trhu, pokiaľ nebolo známkové právo použité ako nástroj na zneužitie takéhoto postavenia.“

⁶ Rozsudok Súdu prvého stupňa (ďalej ako „SPS“) vo veci T-51/89 *Tetra Pak v. Komisia*.

nie sú vystavení podstatnej súťaži alebo ktorí sa vzhľadom na svoju ekonomickú silu môžu správať nezávisle. Uvedená formulácia vychádza z judikatúry Súdneho dvora EÚ (ďalej ako „SD EÚ“), kritérium ekonomickej sily, ako aj možného nezávislého správania sa objavili už v rozhodnutí *United Brands* z roku 1978.⁷

Slovenská právna úprava v ustanovení § 8 ods. 2 písmená a) až d) ZOHS uvádza príkladný výpočet možných podôb zneužívania dominantného postavenia, ktorý je priamo prebratý z čl. 102 ZFEÚ. V oblasti európskeho práva upravuje postih zneužívania dominantného postavenia čl. 102 ZFEÚ. Do výpočtu možných podôb zneužívania dominantného postavenia patrí aj ďalšia praktika, kvalifikovaná rozhodovacou praxou Komisie a judikatúrou SD EÚ ako aj rozhodovacou praxou Protimonopolného úradu SR ako zneužívanie dominantného postavenia, a to znemožnenie prístupu k unikátnemu zariadeniu⁸.

Právo duševného vlastníctva je charakterizované monopolom oprávnených osôb na využívanie nehmotných statkov. Výlučné právo na predmet duševného vlastníctva však automaticky nezakladá pre jeho vlastníka dominantné postavenie. Uvedené práva sú síce výlučné práva, ale vďaka tomu ešte nepredstavujú hospodársky monopol, pretože výrobky nesúce tieto práva môžu byť v rámci súťaže prípadne nahradené inými výrobkami, takže dominantné postavenie nevznikne. Je potrebné na základe ekonomickej analýzy konkrétneho trhu vziať do úvahy postavenie výrobcov a distribútorov podobných tovarov, aby bolo možné zistiť, či podnik podozrivý zo zaujatia dominantného postavenia má dostatočnú moc, aby mohol brániť skutočnej súťaži na dôležitej časti trhu. Treba predovšetkým skúmať existenciu výrobcov podobných tovarov a ich pozíciu na trhu. Ak však určitý výrobok nahraditeľný nie je, vytvárajú práva duševného vlastníctva pre tento výrobok dominantné postavenie.

Dominantné postavenie v dôsledku práva na predmet duševného vlastníctva nezakladá samo osebe zneužitie dominantného postavenia. Ani samotný výkon práva duševného vlastníctva zásadne neznamená zneužitie dominantného postavenia, a to ani v situácii, keď ide o výkon už dominantným podnikom na trhu. Podstata práva duševného vlastníctva spočíva vo výlučnom práve, udelenom

⁷ Rozhodnutie ESD vo veci 27/76 *United Brands*.

⁸ K doktríne „essential facilities“ porovnaj aj RIDYARD, D.: *Essential Facilities and the Obligation to Supply Competitors under UK and EC Competition Law*. ECLR, 1996, 8, s. 446. DOHERTY, B.: *Just What Are Essential Facilities*. CMLRev., 2001, vol. 38, no. 2, s. 403-404. OPI, S. B.: *The Application of the Essential Facilities Doctrine to Intellectual Property Licensing in the European Union and the United States: Are Intellectual Property Rights Still Sacrosanct?* Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal, 2001, no. 1, Autumn, s. 463. CAPOBIANCO, A.: *The Essential Facility Doctrine: Similarities and Differences between the American and European Approaches*. 26 EL REV 548, 2001.

zákonom, zakázať výrobu a predaj tovarov neautorizovanými tretími osobami, preto možno hovoriť o zneužití dominantného postavenia až vtedy, ak to odôvodňujú ďalšie okolnosti. O zneužitie dominantného postavenia pôjde až vtedy, ak výkon práva duševného vlastníctva slúži ako prostriedok k tomu, aby bolo dominantné postavenie zachované alebo posilňované.

V európskom súťažnom práve, ani v slovenskom právnom poriadku nie je zneužitie práv na nehmotné statky definované ako osobitná skutková podstata zneužívania dominantného postavenia. Jednotlivými druhmi zneužívania dominantného postavenia vo vzťahu k právam duševného vlastníctva sú napr. odmietnutie licencie tretej osobe, získanie výlučnej licencie posilňujúcej dominanciu či zneužívanie prístupu k unikátnemu zariadeniu. V ďalšom texte bude predmetom podrobnejšej analýzy práve posledne uvedená skutková podstata, a to zneužívanie prístupu k unikátnemu zariadeniu.

Pokiaľ ide o vymedzenie úpravy zneužívania dominantného postavenia v slovenskom ZOHS je základom právnej úpravy ustanovenie § 8 a § 8a ZOHS. § 8 vymedzuje základné pojmy, generálnu klauzulu a demonštratívny výpočet jednotlivých foriem zneužívania dominantného postavenia, § 8a následne možnosť ukončiť konanie vydaním rozhodnutia o uložení záväzkov. Pre vymedzenie vzájomného vzťahu súťažného práva a PDV v oblasti zneužívania dominantného postavenia sú konkrétne podstatné ustanovenia § 8 ods. 3 až ods. 5 ZOHS. V zmysle uvedených ustanovení:

„(3) Unikátne zariadenie je zariadenie, infraštruktúra alebo jej časť, miesto alebo právo, ktorých vybudovanie alebo nadobudnutie iným podnikateľom nie je objektívne možné a bez prístupu ku ktorému alebo bez uplatnenia ktorého by došlo alebo mohlo dôjsť k obmedzeniu súťaže na príslušnom relevantnom trhu.

(4) Vlastníkom alebo správcom unikátneho zariadenia podľa tohto zákona je aj nositeľ práva, ak unikátnym zariadením podľa odseku 3 je právo.

(5) Podnikateľ, ktorý je vlastníkom alebo správcom unikátneho zariadenia, zneužije svoje dominantné postavenie na relevantnom trhu, ak odmietne k nemu zabezpečiť prístup a ak súčasne

a) unikátne zariadenie umožňuje uspokojiť požiadavky podnikateľa na využívanie unikátneho zariadenia pri súčasnom uspokojení požiadaviek vlastníka alebo správcu unikátneho zariadenia v čase najvyššieho dopytu po jeho službách a s prihliadnutím aj na plnenie jeho dlhodobých záväzkov,

b) podnikateľ žiadajúci o prístup k unikátnemu zariadeniu s cieľom využívať ho je schopný zabezpečiť dodržanie zodpovedajúcich kvalitatívnych a kvantitatívnych parametrov unikátneho zariadenia vyplývajúcich z požiadaviek na jeho prevádzku alebo ak podnikateľ žiadajúci o využívanie unikátneho zariadenia, ktorým je právo, je schopný zabezpečiť dodržanie všetkých

požiadaviek na predmetné právo vyplývajúcich z osobitných predpisov,

c) podnikateľ žiadajúci o prístup k unikátnemu zariadeniu je schopný uhradiť vlastníkovi alebo správcovi unikátneho zariadenia primeranú odplatu.“.

Osobitným predpisom v zmysle odseku 5 písm. b) sa podľa poznámky pod čiarou myslí napríklad zákon č. 55/1997 Z. z. o ochranných známkach v znení neskorších predpisov alebo zákon č. 618/2003 Z. z. o autorskom práve a právach súvisiacich s autorským právom (autorský zákon).

Uvedené ustanovenia tak inkorporujú na základe komunitárneho práva do slovenského ZOHS doktrínu „essential facilities“.

Zavedenie uvedených ustanovení a doktríny unikátneho zariadenia do zákona č. 136/2001 Z. z. bolo novátorským príspevkom zákonodarcu, ktorý jednoznačne možno hodnotiť pozitívne. V zmysle dôvodovej správy zákonodarca pristúpil k zavedeniu takejto samostatnej úpravy z dôvodu, že takého protisúťažné správanie podnikateľov nebolo možné celkom jednoznačne postihovať podľa predchádzajúcej právnej úpravy. V praxi sa zaužíval pojem unikátneho zariadenia, ktorým sa rozumie miesto, právo, zariadenie, infraštruktúra lebo jej časť kombinovaná so službami vzťahujúcimi sa na takúto infraštruktúru, ktoré majú pomocnú povahu pre ekonomické aktivity na samostatnom, ale nadväzujúcom trhu na ten trh, na ktorom pôsobí vlastník, resp. správca unikátneho zariadenia, a ak je prakticky nemožné alebo neopodstatnené pre akéhokoľvek nového konkurenta duplicitne vybudovať takého zariadenie. Prekážka vybudovania unikátneho zariadenia môže byť napr. geografická alebo ekologická. Prístup k unikátnemu zariadeniu môže byť odmietnutý, vyžaduje sa však naplnenie kvalifikovaných kritérií uvedených v odseku 4, ktoré odôvodňujú takého odmietnutie. Snahou zákonodarcu tak bolo predovšetkým umožniť prístup k unikátnemu zariadeniu na tzv. nediskriminačnom základe. Je zároveň dôležité všimnúť si, že slovenský zákonodarca v porovnaní s českým zákonodarcom sa snažil taktiež definovať samotné unikátne zariadenie priamo v zákonnej úprave, čo je z hľadiska jednoznačnosti vnímania tohto pojmu medzi súťažiteľmi iste pozitívne.

Na naplnenie skutkovej podstaty zneužívania prístupu k unikátnemu zariadeniu sa v zmysle odseku 5 vyžaduje také konanie dominantného, resp. monopolného podniku na trhu, ktoré spočíva v odmietnutí žiadosti potenciálneho podnikateľa - konkurenta umožniť prístup k ním vlastnenému alebo spravovanému zariadeniu, ktoré je svojou povahou pre poskytovanie určitých služieb alebo výrobkov unikátne. Alternatívne je táto skutková podstata naplnená vtedy, ak je prístup umožnený len za takých podmienok, ktoré spôsobujú, že konkurent môže ponúkať svoje tovary a služby za menej výhodných podmienok ako dominantný podnik, a v dôsledku tejto súťažnej nevýhody mu nie je schopný účinne konkurovať. Dominantné postavenie je tak založené už samotným vlastníctvom alebo jemu rovnocenným právnym

titulom, ktorým môže byť napríklad aj postúpenie užívacieho práva vlastníkom na základe nájomnej zmluvy. V takomto prípade je však nutné, aby nájomná zmluva bola koncipovaná tak, aby umožňovala užívateľovi dispozičné oprávnenie s týmto zariadením. Ak podnikateľ vlastníci alebo spravujúci unikátne zariadenie preukáže, že nedošlo k naplneniu aspoň jednej z troch podmienok uvedených v odseku 5, nebude možné odmietnutie prístupu k unikátnemu zariadeniu kvalifikovať ako protisúťažnú praktiku.

V zmysle podmienky podľa písm. a) je potrebné zamerať sa na existujúcu resp. zostávajúcu časť kapacity unikátneho zariadenia a to tak, že správca, resp. vlastník takéhoto zariadenia, ktorý pôsobí tak na trhu zásobovania ako aj odbytu, je schopný konkurovať podnikateľom pôsobiacim na trhu odbytu za porovnateľných podmienok, bez možnosti značného oslabenia jeho postavenia na príslušnom relevantnom trhu.

Podmienka zadaná v písm. b) predmetného ustanovenia predpokladá isté nároky na podnikateľa žiadajúceho o prístup k unikátnemu zariadeniu, ktoré vyplývajú zo samotnej prevádzkovej potreby unikátneho zariadenia vzhľadom na poskytnutie služieb vyplývajúcich z jeho využívania.

V písm. c) je stanovená podmienka, v zmysle ktorej je nutné, aby podnikateľ žiadajúci o prístup k unikátnemu zariadeniu bol schopný uhradiť náklady vzniknuté v dôsledku využívania takéhoto zariadenia, a to primeraným spôsobom.

V bližšom pohľade a porovnaní českého a slovenského ZOHS v časti týkajúcej sa doktríny základného resp. unikátneho zariadenia je možné badať podstatné rozdiely. Slovenský zákonodarca v porovnaní s českým zákonodarcom predovšetkým jednoznačne od samotného počiatku zakotvenia doktríny unikátnych zariadení pamätal aj na oblasť PDV a právna úprava sa od počiatku vzťahovala aj na práva na predmety duševného vlastníctva ako možným unikátnym zariadeniam. Uvedené potvrdzuje samotné zákonné znenie v ustanovení § 8 ods. 4, v zmysle ktorého sa za vlastníka lebo správcu unikátneho zariadenia považuje aj nositeľ práva, ak unikátnym zariadením je právo, ako aj ustanovenie § 8 ods. 5 písm. b), ktoré v poznámke pod čiarou príkladom uvádza zákon č. 55/1997 Z. z. o ochranných známkach alebo zákon č. 618/2003 Z. z. o autorskom práve. V uvedenom zmysle možno oceniť dobrý úmysel slovenského zákonodarcu zahrnúť aj oblasť PDV ako možné unikátne zariadenia a nasledovať tak trend v európskom práve. Doktrína unikátnych zariadení v znení v akom bola táto oblasť upravená už zákonom č. 136/2001 Z. z. pretrvala až do súčasnosti a napriek mnohým novelám slovenského ZOHS, ktoré boli prijaté, sa zmeny netýkali predmetných ustanovení. Je taktiež nutné uviesť, že slovenská právna úprava reguluje oblasť doktríny unikátneho zariadenia detailnejšie ako česká právna úprava, čo je zrejme napr. zo snahy o zakotvenie definície unikátneho zariadenia alebo vymedzenia troch podmienok, na základe ktorých je možné konanie posudzovať ako protisúťažné.

Slovenský zákonodarca sa taktiež snažil zakotviť v ZOHS doktrínu unikátnych zariadení plne v súlade s európskym právom. V porovnaní s českou právnou úpravou sa slovenskému zákonodarcovi podarilo vyhnúť sa v právnej úprave možným sporným bodom aké sa objavili v českom ZOHS ktoré budú bližšie popísané v ďalšej časti analýzy. V súvislosti so snahou slovenského zákonodarcu o harmonizovanie slovenského ZOHS s európskym právom je však možné všimnúť si aj tendenciu o čo najdetailnejšie (v porovnaní s českou právnou úpravou, predovšetkým s ostatnou novelou českého ZOHS ktorou sa istým spôsobom najmä v oblasti sankčnej politiky česká právna úprava odklonila od európskeho práva) preberanie európskeho práva. Nakoľko je uvedené najvhodnejším riešením pre špecifiká slovenského právneho prostredia ukáže až budúca aplikačná prax.

Odmietnutie prístupu k určitému zariadeniu, ktoré vlastní alebo spravuje podnikom so silnou trhovou pozíciou, by nemalo byť vždy posudzované ako zneužívanie dominantného postavenia v zmysle čl. 102 ZFEÚ resp. § 8 ZOHS, ale v každom jednotlivom prípade by mal príslušný rozhodovací orgán posudzovať, či je zariadenie svojou povahou objektívne unikátne a umožnenie prístupu je nevyhnutné pre účinnú súťaž na trhu. Nakoľko je vlastníctvo alebo spravovanie takéhoto zariadenia nepochybne prostriedkom možného obmedzenia hospodárskej súťaže v neprospech iných súťažiteľov až po zabránenie prístupu na trh. S ohľadom na tento aspekt bude pravdepodobne najskôr nutné posúdiť, akým spôsobom alebo do akej miery bude poškodená súťaž na danom trhu ak spoluúžívanie zariadenia nebude poskytnuté, resp. či skutočne ide o zariadenie, ktorého spoluúžívanie nie je možné nahradiť iným, aj keď pre súťažiteľa menej výhodným spôsobom.

Protimonopolný úrad SR (ďalej ako „Úrad“) sa tiež zaoberal v rámci svojej rozhodovacej praxe prípadmi, ktoré sa týkali odmietnutia prístupu k unikátnemu zariadeniu⁹, uviedol aj podmienky kvalifikácie určitého zariadenia ako unikátneho.¹⁰ Úrad v roku 2005 posudzoval a rozhodoval aj v konaní spoločnosti Letisko M. R. Štefánika - Airport Bratislava, a.s.(ďalej LMRŠ, a.s.) spočívajúcom v odmietnutí prístupu spoločnosti Two Wings, s.r.o. na odbavovaciu plochu letiska Bratislava za účelom prepravy, nakladania a vykladania palubného občerstvenia na palubu lietadiel leteckých dopravcov.¹¹ Úrad dospel k záveru, že odbavovacia plocha letiska Bratislava, na ktorej sa služby prepravy, nakladania a vykladania palubného občerstvenia na palubu

⁹ Rozhodovacia prax Úradu v tejto oblasti nie je rozsiahla, ako príklad možno uviesť rozhodnutie č. 2003/DZ/2/1/225 zo dňa 30.9.2003, zmenené rozhodnutím Rady PMÚ č. 2004/DZ/R/2/111 zo dňa 10.5.2004 v prípade podnikateľa FALTOUR, či rozhodnutie vo veci Slovak Telekom, a.s. č. 2005/DZ/2/1/064 zo dňa 25.5.2005, zmenené rozhodnutím Rady PMÚ č. 2005/DZ/R/2/143 zo dňa 21.12.2005.

¹⁰ Rozhodnutie PMÚ SR z 31. 3. 1999 č. 99/DZ/4/1/141, Orchidea/Služby.

¹¹ Rozhodnuti PMÚ SR z 21.4. 2006 č. 2006/DZ/R/2/048.

lietadiel poskytujú, je unikátnym zariadením. Jej jediným vlastníkom je prevádzkovateľ letiska Bratislava, čo mu zabezpečuje na trhu poskytovania prístupu na odbavovaciu plochu letiska Bratislava dominantné postavenie. Pre spoločnosť Two Wings, s.r.o., podnikateľ LMRŠ, a.s. predstavuje výlučného obchodného partnera, ktorý jediný môže poskytnúť prístup na odbavovaciu plochu letiska. Spoločnosť Two Wings, s.r.o. splnila všetky podmienky na to, aby jej bol prístup na odbavovaciu plochu letiska Bratislava umožnený. Spoločnosť LMRŠ, a.s. svojím konaním zneužila vlastníctvo unikátneho zariadenia, čoho výsledkom je udržanie si, prípadne posilnenie postavenia na trhu prepravy, nakladania a vykladania jedál a nápojov do/z lietadla na letisku Bratislava, na ktorý nemohol iný súťažiteľ vstúpiť a zotrvať na ňom bez prístupu k odbavovacej ploche letiska. Spoločnosť LMRŠ, a.s. týmto konaním obmedzila hospodársku súťaž na trhu, čo malo za následok eliminovanie konkurencie zo strany spoločnosti Two Wings, s.r.o. a znemožnenie efektívnej súťaže na trhu. Za porušenie ZOHS formou zneužitia dominantného postavenia bola podnikateľovi LMRŠ, a.s. uložená pokuta vo výške 3 milióny Sk.

LMRŠ, a.s. sa proti uvedenému rozhodnutiu odvolalo na Krajský súd v Bratislave, po jeho zamietavom rozsudku následne aj na Najvyšší súd SR. V rámci uvedeného konania Najvyšší súd SR posudzoval všetky okolnosti uvedeného prípadu a konštatoval, že „súd...dáva za pravdu žalobcovi (t.j. LMRŠ, a.s.), že je predovšetkým na ňom zodpovednosť za bezpečnosť prevádzky letiska, avšak táto skutočnosť na druhej strane nemôže znamenať, že prevádzkovateľ letiska potenciálnych súťažiteľov pri ich snahe využívať unikátne zariadenie k jeho využitiu vôbec nepripustí. Taktiež pokiaľ sa žalobca napr. bránil v priebehu správneho konania i tým, že v zmysle leteckého zákona mu nevyplýva povinnosť ako prevádzkovateľovi letiska uzatvárať napr. koordinačné dohody s osobami činnými na letisku, teda aj so spoločnosťou Two Wings, s.r.o., tak Najvyšší súd SR sa stotožňuje v tomto smere so žalovaným (t.j. Úradom), že takáto povinnosť žalobcovi vyplýva, avšak v zmysle zákona o ochrane hospodárskej súťaže, a to podľa § 8 ods. 6 a § 8 ods. 5, ktoré zakazuje podnikateľovi zneužívať dominantné postavenie, a to neumožnením prístupu k unikátnemu zariadeniu“.¹² Vzhľadom na uvedené skutočnosti tak Najvyšší súd rozsudok Krajského súdu v Bratislave a tým aj rozhodnutie Úradu vo veci potvrdil.

Pri bližšom pohľade na všetky možnosti, ako môžu práva na predmety duševného vlastníctva naplniť niektorú zo skutkových podstát pre kvalifikovanie konania ako zneužité dominantného postavenia alebo protisúťažnej dohody je zrejmé, že slovenská rozhodovacia prax nie je v tomto smere rozsiahla. Konkrétne podmienky a kritériá pre úpravu vzájomného vzťahu je možné dedukovať skôr z rozhodovacej praxe európskych súdov, ako z rozhodovacej praxe príslušných slovenských orgánov a súdov, čo je v každom prípade možné hodnotiť negatívne. Na druhej strane je však dobrým signálom, ktorý je v tejto súvislosti

¹² Rozhodnutie Najvyššieho súdu SR 2 Sžh 1/2009 zo 16.2.2011.

nutné spomenúť, že vyššie uvedený prípad LMRŠ, a.s. (resp. rozhodnutie Protimonopolného úradu SR o uložení pokuty) bol potvrdený aj Najvyšším súdom SR a bol tak úspešne zavŕšený. Svedčí to tak o pripravenosti slovenských súdov, opierajúc sa aj o rozhodovacie prax európskych súdov, čeliť výzvam, ktoré prináša vyvažovanie záujmov oblastí PDV a súťažného práva.

3. VZÁJOMNÝ VZŤAH PRÁVA DUŠEVNÉHO VLASTNÍCTVA A SÚŤAŽNÉHO PRÁVA V ČESKOM PRÁVNOM PORIADKU

Súčasnú právnu úpravu predstavuje zákon č. 143/2001 Sb. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene niektorých zákonov (zákon o ochrane hospodárskej súťaže) v znení zákona č. 340/2004 Sb., č. 484/2004 Sb., č. 127/2005 Sb., č. 361/2005 Sb., č. 71/2007 Sb., č. 296/2007 Sb. a č. 155/2009 Sb. (ďalej len „český ZOHS“).

Český ZOHS bol teda doteraz novelizovaný celkom sedemkrát. Prvá novela, uskutočnená zákonom č. 340/2004 Sb. zakotvila najdôležitejšie zmeny, ktoré spočívali hlavne v zrušení povoloacieho konania ohľadom kartelových dohôd a inkorporácii systému prijímania záväzkov do rozhodovacej praxe Úradu pro ochranu hospodárskej súťaže (ďalej ako „Úrad“). Ponechala však v platnosti vyhlášky Úradu, ktoré inkorporovali do českého právneho poriadku komunitárne nariadenie o blokových výnimkách a upravila oprávnenie Úradu vydávať vlastné blokované výnimky. Z hmotnoprávných ustanovení sa zmena dotkla len § 11 českého ZOHS rozšírením doktríny podstatných (resp. unikátnych) zariadení aj na právo duševného vlastníctva. Zakotvila však explicitne skutočnosť vyplývajúcu z Nariadenia č. 1/2003 o vykonávaní pravidiel hospodárskej súťaže stanovených v článkoch 81 a 82 Zmluvy o založení Európskeho spoločenstva (ďalej ako „Nariadenie č. 1/2003“), a to oprávnenie Úradu priamo aplikovať články 101 a 102 ZFEÚ a v rámci Hlavy V. týkajúcej sa postavenia Úradu, ako aj správneho konania, zmenila niektoré formy spolupráce s Komisiou. Nasledujúcou významnou novelou bola zmena prijatá v súvislosti so zákonom č. 127/2005 Sb. o elektronických komunikáciách, pričom zámerom bolo upraviť vzťah tohto postupne liberalizovaného sektora k súťažnoprávnym predpisom aj pokiaľ ide o vymedzenie vzájomných kompetencií oboch regulátorov, a to telekomunikačného a súťažného úradu. Rozsiahlou novelou bola aj novela č. 361/2005 Sb., ktorá zásadným spôsobom zasiahla aj do predchádzajúcich noviel. Z novely č. 484/2004 Sb. zrušila ustanovenia o postihu ekonomickej závislosti; podstatnejším spôsobom sa dotkla prvej novely, keď zrušila vykonávacie vyhlášky k zákonu a nahradila ich priamou recepciou komunitárnych blokovaných výnimiek s účinnosťou aj pre vnútroštátne vzťahy. Znamenalo to na jednej strane odstránenie čiastkových problémov vyplývajúcich z neúplnej transpozície komunitárnych nariadení do českého právneho poriadku, na druhej strane však táto zmena priniesla možné výkladové problémy vyplývajúce z niektorých rozdielov pojmového aparátu českého súťažného práva a európskej právnej úpravy, ovplyvnenej aj judikatúrou európskych súdov. Do budúca tak ostáva priestor pre Úrad v rámci jeho rozhodovacej

činnosti, aby prostredníctvom svojej aplikačnej a interpretačnej praxe uplatňoval nové trendy v posudzovaní súťažných prípadov, ktoré sa objavujú v rámci európskeho práva.

Zatiaľ poslednú novelu českého ZOHS predstavuje zákon č. 155/2009 Sb., ktorý do textu zákona zasiahol významným, avšak zároveň aj nejednoznačným spôsobom. Na jednej strane prispieva k ďalšej harmonizácii českého súťažného práva prostredníctvom spresnenia úpravy správneho konania pred Úradom, na druhej strane však zmeny v oblasti sankcií predstavujú odklon nielen od doterajšej praxe úradu, ale aj od európskej úpravy.

Ustanovenie o pokutách bolo zmenené zásadným spôsobom. Podľa dôvodovej správy zákonodarca pristúpil k zmene z toho dôvodu, že vládne uznesenie č. 162 z roku 2002 zavádza zjednotenie konceptu správno-právnych sankcií na postih priestupkov a iných správnych deliktov, pričom základom trestnej zodpovednosti sa má stať priestupok. Uvedené zásady vychádzajú z tradičnej koncepcie správneho trestania v Českej republike.¹³ Je však nutné si uvedomiť, že tento koncept sa odlišuje od sankčného postihu v zmysle európskeho práva. Doterajšia právna úprava českého ZOHS kvalifikovala porušenie ustanovení českého ZOHS ako deliktuálne správanie bez toho, aby rozlišovala jednotlivé kategórie správnych deliktov. Novela v súčasnosti dôsledne rozlišuje priestupky a iné správne delikty, pričom rozhodujúcim kritériom nie je druh protisúťažného konania, ale skutočnosť, ktorý subjekt sa ho dopustil, t.j. či fyzická alebo právnická osoba. Pokiaľ ide o fyzické osoby, rozhoduje skutočnosť, či sa považujú alebo nepovažujú za podnikateľov v zmysle českého Obchodného zákonníka¹⁴.

Cieľom nie je na tomto mieste kritický postoj k uvedeným zmenám, snaha o jednotnú koncepciu správneho trestania naprieč celým právnym poriadkom je odôvodnená, je však potrebné zvážiť, či je dodržanie tejto koncepcie únosné, keďže najzávažnejším dôsledkom je rozpor s princípmi ukladania pokút v európskom súťažnom práve. Úrad tak pri ukladaní pokút bude disponovať rozsiahlou diskrečnou právomocou a už zrejme nebude prihliadať na kritériá závažnosti, opakovania konania a dĺžky protiprávneho konania tak ako to predpokladala doterajšia právna úprava v súlade s európskym právom. Touto novou koncepciou správneho trestania sa zákonodarca zrejme snažil obnoviť koncepciu objektívneho charakteru pokút, čím sa však vzdialil harmonizácii s európskym právom, predovšetkým od Nariadenia č. 1/2003, v zmysle ktorého sa predpokladá ukládanie pokút len vtedy, ak podnik koná protiprávne úmyselne alebo z neobstaranosti. Otázkou zostáva, ako sa s týmito dôsledkami Úrad v rámci svojej aplikačnej praxe v budúcnosti vyrovná.

¹³ Porovnaj HENDRYCH, D.: Správní právo. Obecná část. Praha: C. H. Beck, 1994, s. 88 *et seq.*

¹⁴ Zákon č. 513/1991 Sb. Obchodní zákoník v znení neskorších predpisov.

Pri bližšom pohľade na čl. 101 a 102 ZFEÚ, ako základných ustanovení súťažného práva a na ustanovenia § 3 a § 11 českého ZOHS možno prísť k záveru, že v zásade sú znenia oboch predpisov rovnaké, s výnimkou určenia adresáta normy.

Adresátom noriem súťažného práva v rámci európskeho práva je „podnik“, vnímaný v najširšom slova zmysle ako trvalá ekonomická jednotka zaoberajúca sa obchodnou alebo hospodárskou činnosťou, bez ohľadu na svoju veľkosť alebo právnu formu. V tomto zmysle môže byť podnikom aj štát, pokiaľ vykonáva ekonomickú činnosť, alebo aj fyzická osoba, napr. osoba vykonávajúca slobodné povolanie. Naproti tomu české súťažné právo rozoznáva ako adresáta noriem „súťažiteľa“, slovenské súťažné právo „podnikateľa“. Vhodnejšiu terminológiu v tomto smere zdá sa zvolil český zákonodarca, nakoľko slovenská právna úprava je z tohto hľadiska značne úzko koncipovaná, čo môže vyvolávať praktické problémy a nejasnosti, ktoré je následne potrebné jednotlivo upravovať v rámci jednotlivých prípadov.

3.1 ZNEUŽÍVANIE DOMINANTNÉHO POSTAVENIA A PRÁVO DUŠEVNÉHO VLASTNÍCTVA

Pokiaľ ide o vymedzenie úpravy zneužívania dominantného postavenia v českom ZOHS, základom právnej úpravy je ustanovenie § 10 a § 11 českého ZOHS. § 10 vymedzuje základné pojmy a § 11 následne generálnu klauzulu a demonštratívny výpočet jednotlivých foriem zneužitia dominantného postavenia. Konkrétne pre vymedzenie vzájomného vzťahu súťažného práva a PDV v oblasti zneužívania dominantného postavenia je podstatné ustanovenie § 11 ods. 1 písm. f) českého ZOHS. V zmysle tohto ustanovenia „.....zneužitím dominantního postavení je zejména.....f) odmítnutí poskytnout jiným soutěžitelům za přiměřenou úhradu přístup k vlastním přenosovým sítím nebo obdobným rozvodným a jiným infrastrukturním zařízením, které soutěžitel v dominantním postavení vlastní nebo využívá na základě jiného právního důvodu, pokud jiní soutěžitelé z právních nebo jiných důvodů nemohou bez spoluužívání takového zařízení působit na stejném trhu jako dominantní soutěžitelé, kteří přitom neprokáží, že takové spoluužívání není z provozních nebo jiných důvodů možné anebo je od nich nelze spravedlivě požadovat; totéž přiměřeně platí pro odmítnutí přístupu jiným soutěžitelům za přiměřenou úhradu k využití duševního vlastnictví nebo přístupu k sítím, které soutěžitel v dominantním postavení vlastní nebo využívá na základě jiného právního důvodu, pokud je takové využití nezbytné pro účast v hospodářské soutěži na stejném trhu jako dominantní soutěžitelé nebo na jiném trhu“.

Uvedené ustanovenie inkorporuje na základe komunitárneho práva do českého ZOHS doktrínu „essential facilities“. Je nutné poznamenať že česká terminológia sa tu odlišuje od slovenskej a používa pojem „základní zařízení“, pričom slovenská úprava pracuje s termínom „unikátne zariadenie“. Je zjavné, že český zákonodarca sa tu vybral cestou skôr doslovného prevzatia termínu z anglického jazyka, pričom slovenský sa skôr vybral cestou náhľadu na takéto zariadenie

z hľadiska jeho funkcií a dôležitosti; oba pojmy sú však adekvátne. Z hľadiska jednoznačnosti bude ďalej uvádzaný pokiaľ ide o českú právnu úpravu pojem „základné zariadenie“.

Ďalším rozdielom oboch právnych úprav je skutočnosť, že česká právna teória síce pracuje s pojmom „základné zariadenie“ avšak znenie ustanovenia § 11 ods. 1 písm. f) českého ZOHS tento pojem nepoužíva priamo, obsahuje len opisnú konštrukciu takéhoto zariadenia, naproti tomu slovenské znenie príslušného ustanovenia ZOHS aj slovenská právna teória používa jednotne pojem „unikátne zariadenie“.

Český ZOHS výslovne neustanovuje podmienku, aby takéto základné zariadenie bolo nenahraditeľné iným spôsobom. Ustanovuje len ako jeden z ďalších predpokladov pre možnú aplikáciu tohto ustanovenia, že iný súťažiteľ nemôže z právnych alebo z iných dôvodov pôsobiť na rovnakom trhu ako dominantný súťažiteľ/vlastník, bez toho aby zároveň spoluužíval toto zariadenie. Pokiaľ ide o pôsobenie na inom trhu, než na akom pôsobí dominantný súťažiteľ je možné tento dôvod pre aplikáciu uvedeného ustanovenia uplatniť voči sieťam, nie k iným zariadeniam, ktoré nie sú sieťami.

Zo znenia zákona nie je možné priamo odvodiť, čo sa myslí pod vymedzením „právne alebo iné dôvody“, ktoré bez spoluužívania predmetného zariadenia znemožňujú súťažiteľovi prístup na trh. Je však možné sa z ohľadom na špecifiká týchto zariadení domnievať, že právnym dôvodom by mohlo byť napr. neudelenie stavebného povolenia na vybudovanie paralelných zariadení, iným dôvodom by mohla byť napr. technická nemožnosť vybudovať ich takým spôsobom, aby určité služby mohli byť adekvátne ponúkané.

Výslovné začlenenie skutkovej podstaty odmietnutia prístupu k základnému zariadeniu do zákonom stanoveného exemplifikatívneho výpočtu praktík zneužitia dominantného postavenia však nie je bezproblémové, predovšetkým v komentároch je možné badať istú neistotu o možnosti jej využiteľnosti aj na práva na predmety duševného vlastníctva.¹⁵ Možno však uviesť, že táto neistota bola odstránená novelou českého ZOHS č. 340/2004 Sb. V nasledujúcej časti sa práca zaoberá analýzou pôvodnej právnej úpravy pred uvedenou novelizáciou, ako aj súčasnou právnou úpravou.

3.2 PRÁVNA ÚPRAVA PRED NOVELIZÁCIOU

Český ZOHS v pôvodnom znení zákona č. 143/2001 Sb. rozšíril oproti predchádzajúcej právnej úprave okrem iného aj demonštratívny

¹⁵ Porovnaj MUNKOVÁ, J.: Zákon o ochrane hospodárskej súťaže. Praha: C. H. Beck, 2003, s. 102, MUNKOVÁ, J., KINDL, J.: Zákon o ochrane hospodárskej súťaže. Komentář. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 125 *et seq.*

výpočet skutkových podstát zneužitia dominantného postavenia. Okrem všetkých štandardných skutkových podstát známych aj z európskeho práva zákonodarca zakotvil do právnej úpravy aj doktrínu základných zariadení, a to konkrétne v ustanovení § 11 ods. 1 písm. f) českého ZOHS. Podľa tohto ustanovenia sa za zneužitie dominantného postavenia považovalo aj „odmítnutí poskytnout jiným soutěžitelům za přiměřenou úhradu přístup k vlastním přenosovým sítím nebo obdobným rozvodným a jiným infrastrukturním zařízením a tito jiní soutěžitelé z právních nebo jiných důvodů nemohou bez spoluužívání takového zařízení působit na stejném trhu jako dominantní soutěžitelé, kteří přitom neprokáží, že takové spoluužívání není z provozních nebo jiných důvodů možné anebo je od nich nelze spravedlivě požadovat“.

Dôvodom pre zaradenie tohto ustanovenia do českého ZOHS bola v zmysle dôvodovej správy k zákonu č. 143/2001 Sb. už ustálená aplikačná prax tejto skutkovej podstaty na úrovni európskeho práva, pričom dôvodová správa výslovne odkazuje na rozhodnutie Európskej komisie vo veci *Sea Containers v. Stena Sealink*.¹⁶ Je však nutné v tejto súvislosti poznamenať, že inšpiráciou pre takúto zmenu českej právnej úpravy mohol byť aj rovnaký postup v nemeckej právnej úprave; napriek tomu že dôvodová správa túto možnosť konkrétne neuvádza, nie je to však vylúčené.¹⁷ V nemeckom právnom prostredí bola spomínaná doktrína v rámci 6. novely zákona proti obmedzovaniu hospodárskej súťaže¹⁸ výslovne zaradená do ustanovenia § 19, ktorý podrobnejšie upravuje zneužitie dominantného postavenia (*Missbrauch einer marktbeherrschender Stellung*) vo svojom ods. 4. V tejto súvislosti je potrebné uviesť, že znenie § 19 ods. 4 je až na drobné rozdiely zhodné s § 11 ods. 1 písm. f) českého ZOHS v znení účinnom pred novelizáciou zákonom č. 340/2004 Sb.¹⁹ Podobne ako v českom ZOHS ani v nemeckej právnej

¹⁶ Rozhodnutie Európskej komisie č. 94/19/ES *Sea Containers v. Stena Sealink* z 21.12.1993.

¹⁷ Porovnaj aj UTĚŠENÝ, P.: *Tržní moc a duševní vlastnictví v evropském soutěžním právu*. Praha: C. H. Beck, 2005, s. 5 *et seq.* Bližšie k vplyvu nemeckého súťažného práva na českú právny úpravu porovnaj aj OLIVA, L.: *Právní režim kartelových a vertikálních dohod*. Právní rádce, 1999, č. 8, s. 17- 19.

¹⁸ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2114, ber. BGBl. I 2009 S. 3850), novela nadobudla účinnosť 1.1.1999.

¹⁹ Podľa § 19 ods. 4 GWB ide o zneužitie dominantného postavenia vtedy, ak sa dominantný podnik ponúkajúci alebo požadujúci určitý druh tovarov alebo služieb, „*zdráha poskytnutí inému podniku za primeranú úhradu přístup k vlastním sítím alebo iným zariadeniam infraštruktúry, ak z právnych alebo skutkových dôvodov bez ich spoluužívania nie je možné, aby iný podnik pôsobil na hlavnom alebo vedľajšom trhu ako súťažiteľ dominantného podniku; to neplatí, ak dominantný podnik preukáže, že spoluužívanie nie je v prevádzkových alebo iných dôvodov možné alebo splniteľné.*“

úprave zákonodarca nepoužil pri formulovaní uvedenej skutkovej podstaty pojem základného resp. unikátneho zariadenia (wesentliche Einrichtung), ale použil slovné spojenie „vlastní prenosové síte nebo obdobné rozvodné a iné zařízení infrastruktury“. V každom prípade však tým mal zákonodarca na mysli základné resp. unikátne zariadenie v zmysle doktríny „essential facilities“.

Ako už bolo uvedené, doktrína základných resp. unikátnych zariadení je v oblasti európskeho práva v poslednom období predovšetkým zo strany Európskej komisie aplikovaná aj na prípady výkonu práv na predmety duševného vlastníctva. Pri bližšom pohľade na predchádzajúce znenie ustanovenia § 11 ods. 1 písm. f) českého ZOHS je zrejmé, že slovná formulácia zvolená zákonodarcom pri normatívnom vymedzení tejto skutkovej podstaty a na prípady zneužívania dominantného postavenia prostredníctvom výkonu práv na predmety duševného vlastníctva explicitne nevzťahovala resp. ich nepokrývala. Základné zariadenia boli v tejto právnej úprave vnímané v pôvodnom slova zmysle a to ako zariadenia technické.²⁰ Z uvedenej právnej úpravy by bolo možné prísť k záveru, že táto skutková podstata sa vzťahuje aj na prípady zneužitia dominantného postavenia nositeľom práva na predmety duševného vlastníctva, pričom ako základné zariadenie by bolo v tomto prípade vnímané právo k tomuto vlastníctvu, len prostredníctvom analógie s európskou judikatúrou, na ktorú odkazovala dôvodová správa. K záveru o možnosti aplikácie ustanovenia § 11 ods. 1 písm. f) českého ZOHS na prípady zneužívajúceho výkonu práv na predmety duševného vlastníctva neprispieva ani striktné jazykový výklad tohto ustanovenia. PDV určite nie je možné z hľadiska obsahového priradiť k „vlastným prenosným sítim alebo obdobným rozvodným a k jiným infrastrukturním zařízením“. Pokiaľ by bolo úmyslom zákonodarcu postihnúť prostredníctvom skutkovej podstaty odmietnutia prístupu k základným zariadeniam aj prípady zneužívania dominantného postavenia nositeľmi práv na predmety duševného vlastníctva, nič nebránilo tomu, aby tento svoj úmysel výslovne upravil a zakotvil v ustanovení § 11 ods. 1 písm. f) českého ZOHS. Rovnako, ako zákonodarca upravil v § 4 českého ZOHS dohody ktorých predmetom je prevod alebo licenčné poskytnutie práv na priemyselné alebo iné duševného vlastníctva, mohol aj v prípade ustanovenia § 11 ods. 1 písm. f) českého ZOHS výslovnou úpravou priradiť práva na predmety duševného vlastníctva k základným zariadeniam a tým ich tak podrobiť právnomu režimu tohto ustanovenia. V zmysle týchto argumentov tak možno jednoznačne prísť k záveru, že uvedené však nebolo zámerom zákonodarcu. Zvolené jazykové a formulačné prostriedky pri formulácii skutkovej podstaty odmietnutia prístupu

²⁰ Argumentáciu, že ako základné zariadenia sa väčšinou považujú technické zariadenia odôvodňuje okrem iného aj rozhodnutie českého Úradu pro ochranu hospodářské soutěže, ktorý vo svojom rozhodnutí R 4/2000 z 15.9.2000 s odvolaním sa aj na európsku judikatúru posúdila ako základné zariadenie telekomunikačné siete, prevádzkované spoločnosťou SPT TELECOM, a.s.

k unikátnemu zariadeniu v znení účinnom do prijatia novely českého ZOHS č. 340/2004 Sb. nevytvárali priveľmi veľký priestor pre jej aplikáciu na prípady výkonu práv na predmety duševného vlastníctva. Situácia bola skôr opačná, znenie zákona celkom odôvodnene viedlo k záveru, že práva na predmety duševného vlastníctva nie je možné pre naplnenie predmetnej skutkovej podstaty vnímať ako základné zariadenia a ich výkon zo strany ich nositeľov nie je možné subsumovať pod ustanovenie § 11 ods. 1 písm. f) českého ZOHS a zároveň ich tak prostredníctvom tohto ustanovenia postihnúť.

Akým smerom by sa výklad daného zákonného ustanovenia uberal a vyvíjal mohla ukázať až rozhodovacia prax súdov, do vývoja však ešte skôr ako sa tak mohlo stať zasiahla novela českého ZOHS č. 340/2004 Sb. S ohľadom na daný právny stav v tom období by bolo možné považovať za právne akceptovateľné riešenie ako postihnúť prípadný zneužívajúci výkon práv na predmety duševného vlastníctva využitie generálnej klauzule obsiahnutej v ustanovení § 10 českého ZOHS. V porovnaní s judikatúrou európskych súdov by však v prípade využitia tejto možnosti právam na predmety duševného vlastníctva bol na účely konkrétnej právnej analýzy odňatý charakter možného základného zariadenia a priradený charakter „bežného“ potenciálneho nástroja pre zneužívanie dominantného postavenia na príslušnom trhu.

3.3 PRÁVNA ÚPRAVA PO NOVELIZÁCI

Prostredníctvom novely českého ZOHS a to zákonom č. 340/2004 Sb. s účinnosťou od 2.6.2004 český zákonodarca uskutočnil významný krok pre odstránenie rozporov a prípadnej neistoty strán ohľadom možnosti aplikovania doktríny základných zariadení na prípady výkonu práv na predmety duševného vlastníctva zneužívajúcim spôsobom. Týmto krokom bolo doplnenie ustanovenia § 11 ods. 1 písm. f) českého ZOHS o nasledujúcu formuláciu: „totéž primerene platí pro odmítnutí přístupu jiným soutěžitelům za přiměřenou úhradu k využití duševního vlastnictví nebo přístupu k sítím, které soutěžitel v dominantním postavení vlastní nebo využívá na základě jiného právního důvodu, pokud je takové využití nezbytné pro účast v hospodářské soutěži na stejném trhu jako dominantní soutěžitelé nebo na jiném trhu“.

Začlenenie tejto formulácie do zákonného znenia je odôvodnené v dôvodovej správe potrebou rozšírenia úpravu vzhľadom na širšiu výkladovú prax európskych a amerických súťažných úradov.²¹ V súvislosti s prijatím uvedenej novely tak zmeny v právnej úprave

²¹ Ako príklad je citované rozhodnutie amerických súdov vo veci Serv.& Training, Inc. V. Data General Corp., F Supp. 334, 343-44, ktoré sa zaoberalo neochotou výrobcu počítačových systémov poskytnúť licenciu na autorskoprávne chránený diagnostický software poskytovateľovi servisných počítačových opravárenských služieb, s ktorým mohol uvedený výrobca súťažiť na sekundárnom trhu týchto služieb.

ktoré priniesla poskytli nositeľom práv na predmety duševného vlastníctva istotu pokiaľ ide o zodpovedanie otázky, či je možné práva na predmety duševného vlastníctva považovať za potenciálne základné zariadenia a či je možné ich výkon v súvislosti s ustanovením § 11 ods. 1 písm. f) českého ZOHS prípadne postihnúť. Prijatím zákona č. 340/2004 Sb. český zákonodarca súčasne nepriamo potvrdil, že predchádzajúca právna úprava sa na práva na predmety duševného vlastníctva ako na možné základné zariadenia nevzťahovala. Popri všetkých prínosoch ktoré novela priniesla je však dôležité upriamiť pozornosť na nové znenie § 11 ods. 1 písm. f), v tejto súvislosti je potrebné vyjadriť určité obavy, pokiaľ ide o ochranu výlučného postavenia nositeľov práv na predmety duševného vlastníctva na primárnom resp. hlavnom trhu (v zmysle znenia zákonného ustanovenia „na stejném trhu jako dominantní soutěžitelé“), ktorým sa myslí trh tvorený výrobkom alebo službou chráneným PDV ako základným zariadením, ktoré na trhu umožňuje disponovať dominantným postavením. Práve táto ochrana, ktorá predstavuje pre uvedených nositeľov práv jeden zo základných impulzov k inovačnej činnosti a ktorá je už európskymi rozhodovacími orgánmi v plnej miere akceptovaná, je v podstate novou právnou úpravou ohrozená. Uvedené ohrozenie je možné vnímať v tom svetle, že konkurentom nositeľov práv na predmety duševného vlastníctva v postavení dominantna právna úprava umožňuje s odvolaním sa na doktrínu základných zariadení, resp. na základe primeranej náhrady prístup nielen na odvodený (sekundárny) trh (podľa znenia novely „na jiném trhu“), ale aj na tento hlavný trh. Uvedená skutočnosť vyvoláva otázku, či aj v takomto prípade a na základe takejto právnej úpravy je hlavným cieľom podpora hospodárskej súťaže alebo či je cieľom spochybniť samotnú podstatu práv na predmetom duševného vlastníctva. Zodpovedať túto otázku bude úlohou praktického výkladu tohto zákonného ustanovenia v rámci aplikačnej praxe rozhodovacích a súdnych orgánov. Už v súčasnosti je však možné povedať, že budúca aplikačná prax by mala veľmi pozorne zvážiť, čo je konečným cieľom a či aplikáciou tohto zákonného ustanovenia v konkrétnych prípadoch nedôjde k neadekvátnemu uprednostňovaniu potreby verejnej kontroly potenciálneho obmedzenia hospodárskej súťaže na úkor ochrany súkromnoprávných záujmov spätých s právami na predmety duševného vlastníctva. Rovnako otázkou ostáva, či sa pôvodný a určite aj dobrý úmysel zákonodarcu neminie účinkom a či dôsledkom nebude práve opačný efekt, než aký bol pôvodne zamýšľaný t.j. obmedzenie rozvoja súťažných vzťahov prostredníctvom obmedzenia inovačnej činnosti.

4. ZÁVER

Právna úprava by v každom prípade mala rešpektovať komplementaritu PDV a súťažného práva a spoločný cieľ uvedených právnych odvetví. Ako však ukázali výsledky analýzy slovenskej a českej právnej úpravy, právna úprava nie vždy pamätala na odlišnosti oboch odvetví práva a predovšetkým osobitosti PDV, čo je zjavné hlavne v českej právnej úprave. Prvoradým cieľom právnej úpravy a zákonodarcov by malo byť zabezpečenie, aby uvedený cieľ

oboch právnych odvetví mohol byť dosiahnutý a aby mohli byť uvedené odvetvia práva skutočne komplementárne. V zmysle tohto cieľa by bolo jednoznačne vhodné zvážiť, či existujúca právna úprava tento cieľ napĺňa a v prípadoch, kde je to nevyhnutné, by bolo vhodné právnu úpravu doplniť.

Literature:

- Capobianco, A.: The Essentials Facility Doctrine: Similarities and Differences between the American and European Approaches, *European Law Review*, 2001, vol. 26, p. 548, ISSN 0307-5400
- Doherty, B.: Just What Are Essential Facilities, *Common Market Law Review*, 2001, vol. 38, no. 2, p. 403-404, ISSN 0165-0750
- Hendrych, D.: *Správní právo, Obecná část*, Praha: C. H. Beck, 1994, p. 88, ISBN 80-7049-069-1
- Munková, J.: *Zákon o ochraně hospodářské soutěže*, Praha: C. H. Beck, 2003, p. 102, ISBN 978-80-7179-777-7
- Munková, J., Kindl, J.: *Zákon o ochraně hospodářské soutěže, Komentář, 2. vydání*, Praha: C. H. Beck, 2009, p. 125, ISBN 978-80-7400-173-4
- Ridyard, D.: *Essential Facilities and the Obligation to Supply Competitors under UK and EC Competition Law*, *ECLR*, 1996, no. 8, p. 446, ISSN 0144-3054
- Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol.: *Obchodní zákoník, Komentář, 13. vydání*, Praha: C. H. Beck, 2010, p. 120, ISBN 978-80-7400-354-7
- Utěšený, P.: *Tržní moc a duševní vlastnictví v evropském soutěžním právu*, Praha: C. H. Beck, 2005, p. 5, ISBN 80-7179-915-7

Contact – email

barbora.kralickova@gmail.com

AKTUÁLNY STAV PRÁVA DUŠEVNÉHO VLASTNÍCTVA NA SLOVENSKU A JEHO ĎALŠIA PERSPEKTÍVA

SILVIA LATTOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita

Abstract in original language

Autorka sa v príspevku venuje aktuálnemu stavu autorského práva v Slovenskej republike, ako aj pripravovanému návrhu zmeny zákona č. 618/2003 Z. z. autorského zákona, pričom podstatnou navrhovanou zmenou je, aby licenčná zmluva, pokiaľ bude uzatváraná ako nevýhradná, mohla byť uzatvorená aj inak ako v písomnej forme.

Key words in original language

Pripravovaná novela Autorského zákona, licenčná zmluva, písomnosť licenčnej zmluvy, shrink-wrap licencia, click-wrap licencia.

Abstract

In my contribution I would like to pay attention to the actual status of the copyright law in Slovak republic, as well as the proposition of the amendment to the code No. 618/2003 coll. Copyright act, while the most important change is the change of the provision stated, that the license contract could be concluded also not in written, if the license contract would be concluded as non exclusive.

Key words

Proposed amendment of the Copyright Act, license contract, written license contract, shrink-wrap license, click-wrap license.

1. ÚVOD

V mojom príspevku sa chcem venovať právu duševného vlastníctva na Slovensku, najmä vývoju a ďalšej perspektíve autorského práva na Slovensku a pripravovanej novele Autorského zákona. Návrh skupiny poslancov na zmenu Autorského zákona je podľa môjho názoru významným krokom smerujúcim k zmene platného stavu v dôležitej otázke a k prispôbeniu ustanovení Autorského zákona technologickému vývoju posledných rokov.

Najskôr mi prosím dovoľte stručné zhnutie vývoja autorského práva na území Slovenskej republiky po roku 1989.

V roku 1990 bol prijatý zákon č. 89/1990 Zb., ktorým sa mení a dopĺňa dovtedy platný zákon č. 35/1965 Zb. o literárnych, vedeckých a umeleckých dielach (autorský zákon), ktorý reagoval

najmä na požiadavky nastolené novou orientáciou českej a slovenskej spoločnosti po nežnej revolúcii.¹

Najzásadnejšie zmeny, dotýkajúce sa práva duševného vlastníctva, sa uskutočnili hneď v roku 1990, keď bola prijatá novela autorského zákona, novela zákona o periodickej tlači a ostatných hromadných informačných prostriedkoch a nový zákon o vynálezoch, priemyselných vzoroch a zlepšovacích návrhoch; v roku 1997 bol prijatý nový autorský zákon, mnohými odborníkmi hodnotený ako veľmi problematický; a napokon v roku 2003 bol prijatý nový autorský zákon, ktorému odborná verejnosť vyčítala mnohé nedokonalosti.²

V roku 1997 bol prijatý zákon č. 383/1997 Z. z. Autorský zákon a zákon, ktorým sa mení a dopĺňa Colný zákon. Aj keď bol tento zákon nahradený zákonom prijatým v roku 2003, môžeme ho stále chápať, alebo považovať, za prameň platného práva, a to napríklad z dôvodu dĺžky trvania majetkových autorských práv. V súčasnosti je autorské právo, právne vzťahy autorov diel chránených právnymi predpismi upravujúcimi právo duševného vlastníctva, ako aj ochrana autorských diel, upravená v zákone č. 618/2003 Z. z. o autorskom práve a právach súvisiacich s autorským právom („ďalej aj ako „Autorský zákon“).

2. AKTUÁLNY PRÁVNÝ STAV AUTORSKÉHO PRÁVA

Autorský zákon platný na území Slovenskej republiky upravuje práva a povinnosti autorov autorských diel, pojem autorské dielo, osobnostné a majetkové práva, obmedzenia majetkových práv autora, licenčnú zmluvu, zákonné licencie, kolektívnu správu autorských práv a iné. Od roku 2003 prešiel niekoľkými zmenami a novelizáciami. Významnou novelou bola novela Autorského zákona z roku 2007, ktorá priniesla transpozíciu európskej smernice o vymožitelnosti práv duševného vlastníctva.

Za hlavný cieľ smernice možno považovať snahu o odstránenie rozdielov pri vymáhaní práv duševného vlastníctva v právnych úpravách jednotlivých členských štátov Európskej únie a zosúladienie právnych úprav platných v členských štátoch Európskej únie, upravujúcich práva duševného vlastníctva. Lepšia vymožitelnosť práv

¹ ŠVIDROŇ, J.: Právnohistorické a právoteoretické základy práva duševného vlastníctva a jeho miesto v systéme slovenského práva. In ŠVIDROŇ, J., ADAMOVIČ, Z., NÁVRAT, M., ŠKREKO, A. (Ed. Švidroň, J.) Právo duševného vlastníctva v informačnej spoločnosti a v systéme práva. Bratislava: VEDA, 2009, str. 81

² ŠVIDROŇ, J.: Právo duševného vlastníctva. In LAZAR, J. a kol., Občianske právo hmotné, tretie doplnené a prepracované vydanie. Bratislava: IURA EDITION, 2006, str. 402-403

duševného vlastníctva má pomôcť aj pri obmedzovaní falšovania autorských diel a iného porušovania práv duševného vlastníctva. Táto novela sa dotkla aj občianskeho súdneho konania.

Vo svojom príspevku by som sa rada zamerala na niektoré z ustanovení Autorského zákona, ktoré sú odbornou verejnosťou hodnotené ako problematické, resp. prinášajú v reálnom živote a pri praktickom používaní rôzne nezrovnalosti. Právo duševného vlastníctva, resp. konkrétne Autorský zákon, miestami nestačí s dychom rýchleho a dynamického technického rozvoju, a nestačí do svojich ustanovení „pretaviť“ všetky zmeny potrebné na to, aby bol technický rozvoj odzrkadlený v ustanoveniach Autorského zákona.

3. LICENČNÁ ZMLUVA A JEJ NÁLEŽITOSTI

V oblasti zmluvného autorského práva, teda pri uzatváraní zmlúv v oblasti autorského práva, sa stretávame s licenčnou zmluvou a so zmluvou o vytvorení diela. Na základe licenčnej zmluvy udeľuje autor autorského diela súhlas na jeho použitie. V tejto súvislosti chcem pripomenúť, že v zákone č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník (ďalej len ako „Obchodný zákonník“) je ako osobitný zmluvný typ upravená „licenčná zmluva na predmety priemyselného vlastníctva“. V tejto súvislosti by sa „licenčná zmluva“ mohla chápať aj ako všeobecnejší zmluvný typ, čo opätovne oživuje úvahy o potrebe racionalizácie zmluvného systému v našom súkromnom práve.³

Licenčná zmluva je v Autorskom zákone upravená v ustanoveniach § 40 a nasledujúcich. Licenčnou zmluvou udeľuje autor nadobúdateľovi súhlas na použitie diela. Tento súhlas nazývame aj „licenciou“. Podstatnými náležitosťami licenčnej zmluvy sú spôsob použitia diela, rozsah licencie, čas, na ktorý autor licenciu udeľuje, alebo spôsob jeho určenia a odmenu alebo spôsob jej určenia, ak sa autor s nadobúdateľom nedohodol na bezodplatnom poskytnutí licencie. V prípade, ak by licenčná zmluva neobsahovala tieto náležitosti, bola by absolútne neplatná.

V súlade s ustanoveniami Autorského zákona rovnako platí, že licenčná zmluva musí mať písomnú formu, inak je neplatná. A pri požiadavke písomnej formy licenčnej zmluvy by som sa rada pozastavila.

V súlade s ustanoveniami Občianskeho zákonníka, písomný úkon je platný, ak je podpísaný konajúcou osobou; ak právny úkon robia viaceré osoby, nemusia byť ich podpisy na tej istej listine, ibaže právny predpis ustanovuje inak. Podpis sa môže nahradiť mechanickými prostriedkami v prípadoch, keď je to obvyklé. Rovnako sa za písomnú formu považuje taký spôsob, ak je právny

³ ŠVIDROŇ, J.: Právo duševného vlastníctva. In LAZAR, J. a kol., Občianske právo hmotné, tretie doplnené a prepracované vydanie. Bratislava: IURA EDITION, 2006, str. 490

úkon urobený telegraficky, ďalekopisom alebo elektronickými prostriedkami, ktoré umožňujú zachytenie obsahu právneho úkonu a určenie osoby, ktorá právny úkon urobila. Písomná forma je zachovaná vždy, ak právny úkon urobený elektronickými prostriedkami je podpísaný zaručeným elektronickým podpisom.

Pri šírení počítačových programov, resp. pri uzatváraní licenčných zmlúv, ktorými autor udeľuje súhlas na používanie počítačových programov sa v praxi, okrem iného, stretávame s metódou udeľovania súhlasu autora s používaním počítačového programu formou „shrink-wrap licencie“ alebo „click-wrap licencie“.

Autorské práva tvorcov programov sú základom ochrany pred neoprávneným používaním a šírením ich diel, pričom pri šírení počítačových programov sa často používa tzv. „shrink-wrap licencia“ alebo „click-wrap licencia“. V podstate ide o jednostranný dokument, ktorý určuje podmienky používania počítačového programu, počet staníc, na ktorých možno program užívať a podmienky získavania nových verzií programu a nároky z väd. Krabicový – balený počítačový program, alebo počítačový program, ktorý možno stiahnuť cez internet priamo z príslušného servera je obdobným tovarom, ktorý šíria predajcovia v obchodnej sieti.⁴

Krubicový, alebo škatuľový počítačový program je druh počítačového programu, ktorý sa distribuuje zabalený v škatuli spôsobom veľmi podobným distribúcii hmotných výrobkov. Škatuľa je obalená priesvitným obalom a na jej povrchu sa nachádza vytláčený obsah licenčnej zmluvy medzi výrobcom počítačového programu a nadobúdateľom škatuľového počítačového programu. Vnútri škatule sa nachádza pamäťový nosič, na ktorý zaznamenali predmetný počítačový program. Na nakopírovanie, t. j. inštaláciu takého počítačového programu do počítača používateľa, však treba mať zmluvnú licenciu, pretože inštalácia je vo svojej podstate použitie počítačového programu rozmnožením.⁵

Pri šírení počítačového programu je prakticky nezrealizovateľné podpisovať s každým užívateľom počítačového programu písomnú licenčnú zmluvu v súlade s ustanoveniami Autorského zákona. Dohoda o používaní programu je uvedená na obale počítačového programu a používateľ k nej pristupuje pretrhnutím obalu – v prípade, ak by mu podmienky používania počítačového programu uvedené v dohode nevyhovovali, môže nepoužitý počítačový program vrátiť (v tomto prípade hovoríme o tzv. „shrink-wrap licenci“). Pri „click-wrap

⁴ MORAVČÍKOVÁ, A.: Účinnosť jednostranného udelenia licencie podľa platného autorského zákona. Bratislava 2008. Bulletin slovenskej advokácie, 5/2008, str. 19

⁵ NÁVRAT, M.: Počítačový program, databáza a doménové meno v práve duševného vlastníctva. In ŠVIDROŇ, J., ADAMOVIČ, Z., NÁVRAT, M., ŠKREKO, A. (Ed. Švidroň, J.) Právo duševného vlastníctva v informačnej spoločnosti a v systéme práva. Bratislava: VEDA, 2009, str. 374

licencii“ má používateľ možnosť odsúhlasiť, resp. neodsúhlasiť podmienky licencie a to potvrdením príslušnej ikony – príkazu, na základe čoho mu bude následne umožnené počítačový program stiahnuť do jeho počítača.⁶

Úprava ustanovení týkajúcich sa licenčnej zmluvy v § 40 Autorského zákona je kogentná, to znamená, že nie je možné sa od nej odchýliť; v prípadoch, kedy nadobúdateľ licencie na používanie počítačového programu nemá licenčnú zmluvu uzatvorenú v písomnej podobe, ale spôsobom ako som uviedla vyššie (t.j. formou shrink-wrap licencie alebo click-wrap licencie), je otázne, či je táto licencia platná a účinná. Podmienka, aby bola licenčná zmluva uzatvorená písomne, teda v praxi prináša mnohé problémy.

Na porovnanie, v Českej republike bola v zhodnej úprave prijatá pružnejšia úprava v ustanovení § 46 a nasledujúcich zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorskom, o právach súvisejících s právom autorským a o změně některých zákonů (ďalej len ako "Český autorský zákon"); konkrétne, v ustanovení § 46 ods. 4 Českého autorského zákona, je uvedené, že „Smlouva vyžaduje písemnou formu, poskytuje-li se licence jako výhradní.“ Profesor Telec v komentári k tomuto ustanoveniu uvádza že autorský zákon vychádza zo všeobecnej súkromnoprávnej zásady neformálnosti právnych úkonov, ktorá ovláda a profiluje celé súkromné právo. To zodpovedá celkovej koncepcii smerujúcej k uvoľneniu zmluvného autorského práva a k zdôrazneniu zmluvnej slobody strán. Všeobecná povinnosť písomnej formy pre zmluvy o šírení diela podľa predchádzajúcej právnej úpravy bola v praxi pocitovaná ako nemierná regulácia záväzkových vzťahov v autorskom práve, ktorá obmedzovala autora proti jeho vlastnej vôli a ktorá so sebou niesla nebezpečenstvo absolútnej neplatnosti prejavu vôle a s tým aj značnú právnu neistotu oblasti regulovanej autorským zákonom.⁷

Súčasná platná slovenská právna úprava Autorského zákona požaduje, aby bola licenčná zmluva uzatvorená v písomnej forme, inak je neplatná. Tak ako som uviedla, v praxi, a to nielen pri licenciách na počítačové programy, môže požiadavka písomnosti licenčnej zmluvy, prinášať rôzne problémy. Preto možno v súvislosti s Autorským zákonom považovať návrh skupiny poslancov, ktorý prináša zmenu v ustanoveniach týkajúcich sa náležitostí licenčnej zmluvy, za prelomový. Možno ho tiež pokladať, za predpokladu, že pripravovaná novela Autorského zákona vstúpi do platnosti, za akúsi križovatku v autorskom práve. V historickoprávnom kontexte však na porovnanie možno pripomenúť, že za účinnosti čs. autorského zákona

⁶ MORAVČÍKOVÁ, A.: Účinnosť jednostranného udelenia licencie podľa platného autorského zákona. Bratislava 2008. Bulletin slovenskej advokácie, 5/2008, str. 19-20

⁷ TELEC, I., TŮMA, P.: Autorský zákon. Komentář. 1. vydanie. Praha: C. H. Beck 2007, str. 490

č. 35/1965 Zb. (ktorý v znení neskorších zmien platil v SR platil až do roku 1997) licenčná zmluva nepatrila medzi v zákone pomenované zmluvné typy, avšak vtedajšia zmluva o rozširovaní diela bola v podstate takej povahy a písomná forma sa pre ňu nevyžadovala bezvýhradne (boli prípustné výnimky pre oblasť periodickej tlače).

4. PRIPRAVOVANÁ ZMENA AUTORSKÉHO ZÁKONA

Nielen v tejto súvislosti, ale aj v súvislosti s tzv. verejnými licenciami chcem návrh skupiny poslancov na zmenu Autorského zákona aj bližšie uviesť. Do ustanovenia § 40 ods. 2 Autorského zákona, ktorý sa zaoberá formou licenčnej zmluvy a náležitosťami, ktoré má licenčná zmluva obsahovať, navrhujú doplniť, resp. zmeniť, nasledujúce odseky:

„ (2) Licenčná zmluva musí mať písomnú formu, inak je neplatná; to neplatí v prípade nevýhradnej licenčnej zmluvy.

(3) Návrh na uzatvorenie licenčnej zmluvy môže smerovať aj voči neurčitému okruhu osôb.

(4) Vzhľadom na obsah návrhu, zavedenú prax alebo zvyklosti môže osoba, ktorá má v úmysle návrh prijať, vyjadriť súhlas s návrhom na uzatvorenie licenčnej zmluvy uskutočnením určitého úkonu bez vyznenia navrhovateľa tým, že sa podľa nej zachová, najmä že poskytne alebo prijme plnenie. V tomto prípade je prijatie návrhu účinné v okamihu uskutočnenia tohto úkonu.“

Ako je uvedené v dôvodovej správe k predloženému návrhu zmeny Autorského zákona, jeho predkladatelia sa inšpirujú súčasnou právnou úpravou ustanovenia § 46 Českého autorského zákona, ktorá sa v praxi ukázala ako vhodná na používanie verejných licencií.⁸

Rovnako navrhovatelia zmeny Autorského zákona v dôvodovej správe uvádzajú, že navrhujú vytvoriť výnimku týkajúcu sa písomnej formy licenčnej zmluvy, pre nevýhradné licenčné zmluvy, kam podľa názoru navrhovateľov zmeny Autorského zákona patria aj verejné licencie. To znamená, že nevýhradné licenčné zmluvy by v prípade, ak by boli uzatvorené inak ako písomnej forme, neboli neplatné, resp. boli by platné.

Ako uvádzajú navrhovatelia zmeny Autorského zákona v dôvodovej správe, tento návrh novely zákona obsahuje legislatívne zmeny Autorského zákona. Navrhované úpravy sledujú jediný cieľ - umožnenie používania tzv. verejných licencií (public licenses). Verejné licencie sa týkajú všetkých druhov autorských diel a sú v prostredí informačných technológií (IT), najmä pri sprostredkovaní informácií v sieti internet, vo svete široko rozšírené. Na Slovensku sa

⁸ <http://www.nrsr.sk/web/Default.aspx?sid=zakony/zakon&MasterID=3853>, stav ku dňu 5. 11. 2011

v praxi bežne využívajú, a to napriek nekompatibilitate viacerých ich prvkoch s existujúcou právnou úpravou. Medzi štandardné verejné licencie patria najmä licencie odvodené zo schémy Creative Commons, GNU licencia GPL, BSD licencia a licencie EUPL.⁹

V ods. (3) a (4) navrhujú predkladatelia návrhu zmeny Autorského zákona úpravu zodpovedajúcu zneniu ustanovení v Českom autorskom zákone pri ponechaní obojstrannej flexibility zmluvných strán, kedy by nadobúdateľ licencie mohol byť tiež prijímateľom alebo naopak navrhovateľom zmluvy; pričom obe tieto situácie sú v súčasnosti bežné, napr. pri využívaní služieb siete cez internet.¹⁰

Prejav vôle urobený podľa navrhovaného odseku (3) má byť podkladaný za neodvolateľný, t.j. taký, ktorého dôsledky trvajú maximálnu prípustnú dobu (spravidla do doby uplynutia majetkových práv autora) alebo po dobu v ňom uvedenú. Ak nie je v návrhu výslovne uvedené inak, v prípade jeho zmeny je tento považovaný za iný (nový) prejav vôle, ktorý nezasahuje do trvania a platnosti pôvodného návrhu.¹¹

Ďalším návrhom, ktorý je súčasťou návrhu zmeny Autorského zákona je zmena ustanovenia § 41 ods. 2 Autorského zákona.

„(2) Autor nemôže udeliť nadobúdateľovi licenciu na spôsob použitia diela, ktorý nie je v čase uzavretia licenčnej zmluvy známy; to neplatí v prípade bezodplatnej licenčnej zmluvy.“

V tomto prípade by prišlo k prielomu zásady, ktoré platí v súlade s doterajšou právnou úpravou; na základe návrhu zmeny Autorského zákona by bolo možné dohodnúť spôsob použitia diela oveľa širším spôsobom, ako tomu bolo doteraz. Otázkou, podľa môjho názoru ostáva, ako si zmluvné strany v licenčnej zmluve nadefinujú spôsob použitia diela tak, aby v budúcnosti nevznikli prípadné súdne spory týkajúce sa skutočnosti, či je alebo nie je autorské dielo používané v súlade s licenčnou zmluvou.

Predkladatelia návrhu zmeny Autorského zákona v dôvodovej správe k návrhu zmeny v Autorskom zákone uvádzajú, že neplatnosť vzdania sa práv, ktoré môžu ešte iba vzniknúť, je všeobecne akceptovaná právna zásada, ktorej cieľom je ochrana záujmov autora, a to predovšetkým záujmov ekonomických. V niektorých situáciách je však prioritnejším autorovým záujmom umožniť používanie jeho diela v čo najširšej miere, a to aj vtedy, ak udelenie novej licencie v prípade

⁹ <http://www.nrsr.sk/web/Default.aspx?sid=zakony/zakon&MasterID=3853>, stav ku dňu 5. 11. 2011

¹⁰ <http://www.nrsr.sk/web/Default.aspx?sid=zakony/zakon&MasterID=3853>, stav ku dňu 5. 11. 2011

¹¹ <http://www.nrsr.sk/web/Default.aspx?sid=zakony/zakon&MasterID=3853>, stav ku dňu 5. 11. 2011

vzniku nového spôsobu použitia diela je nemožné, alebo neúnosne náročné. Tak je tomu spravidla aj pri použití verejných licencií vzhľadom na často používaný konkludentný spôsobom uzatvárania licenčnej zmluvy, dlhé časové trvanie platnosti návrhu na uzavretie zmluvy a vzhľadom na možnosť nadobúdateľ poskytovať licenciu ďalej tretím stranám. V takýchto situáciách považujú predkladatelia návrhu zmeny Autorského zákona za vhodné vytvoriť autorovi možnosť udeliť súhlas aj na neznáme spôsoby použitia diela.¹²

Neznámym spôsobom použitia diela je taká forma použitia diela, ktorá nie je v dobe zavretia licenčnej zmluvy objektívne, najmä z technologického hľadiska známa a nemôže byť teda obsahom prejavu vôle strán. Podľa nemeckej súdnej praxe je potrebné "známy spôsob použitia diela" posudzovať zásadne nie len podľa technologickej uskutočniteľnosti takého použitia, ale tiež s ohľadom na jeho hospodársky význam a využiteľnosť. Čas, v ktorom sa spôsob stane známym, však nemusí nutne byť až okamžik skutočného dosiahnutia hospodárskej významnosti tohto spôsobu použitia. Môže ním byť aj okamžik, kedy sa prvé konkrétne prognózy o možnosti diela takýmto spôsobom využívať stali známymi. Nie je dokonca vylúčená ani platnosť dojednania, ktorá obsahuje prvky špekulácie v kontextu novo sa objavujúceho hospodársky nezávislého spôsobu použitia diela. Podmienkou platnosti takéhoto špekulatívneho dojednania je však presné označenie tohto spôsobu použitia a výslovné dojednanie o tomto spôsobe použitia tak, aby jasne spadal do rozsahu poskytnutej licencie.¹³

Otázkou ostáva, akým spôsobom si budú zmluvné strany upravovať spôsob použitia diela v praxi, v prípade, ak bude táto navrhovaná zmena ustanovenia týkajúce sa použitia diela prijatá.

Rovnako je v návrhu zmeny Autorského zákona navrhovaná úprava ustanovenia § 44 ods. 2 Autorského zákona, týkajúceho sa možnosti postúpenia licencie, pričom nový návrh tohto ustanovenia znie:

„(2) Nadobúdateľ môže licenciu zmluvou postúpiť len s predchádzajúcim písomným súhlasom autora; to neplatí ak licenčná zmluva nie je uzavretá v písomnej forme. Ak nie je dohodnuté inak, o postúpení licencie a o osobe postupníka je postupujúci povinný informovať autora bez zbytočného odkladu a súhlas autora sa nevyžaduje na predaj podniku, ktorého súčasťou je licencia; to isté platí pre samostatnú organizačnú zložku podniku, ktorého súčasťou je licencia.“

¹² <http://www.nrsr.sk/web/Default.aspx?sid=zakony/zakon&MasterID=3853>, stav ku dňu 5. 11. 2011

¹³ TELEČ, I., TŮMA, P.: Autorský zákon. Komentár. 1. vydanie. Praha: C. H. Beck 2007, str. 489

Na základe tejto navrhovanej úpravy nebude potrebné, aby nadobúdateľ licencie, v prípade ak licenčná zmluva nebola uzatvorená v písomnej forme, žiadal autora diela o súhlas s postúpením licencie, ktorý by bol inak potrebný na postúpenie licencie.

Aj táto navrhovaná úprava je značným odklonom od aktuálnej úpravy uvedenej v Autorskom zákone. V Českom autorskom zákone je uvedené, že bez ohľadu na písomnosť licencie, je nadobúdateľ oprávnený postúpiť licenciu len s písomným súhlasom autora. Súhlas autora môže byť uvedený v licenčnej zmluve alebo v samostatnej listine. V súlade s Českým autorským zákonom a zatiaľ aj v súlade s Autorským zákonom platí, že poskytnutie "sublicencie" bez súhlasu autora je absolútne neplatným právnym úkonom, pretože svojim obsahom odporuje zákonu (ustanovenie § 39 Českého Občianskeho zákonníka a ustanovenie § 39 Občianskeho zákonníka).¹⁴

5. ZÁVER

Na záver by som rada skonštatovala, že podľa môjho názoru môžeme návrh na zmenu Autorského zákona hodnotiť pozitívne, a môže byť akýmsi dobrým znamením možných prichádzajúcich zmien, ktoré by Autorský zákon prispôbili podmienkam a potrebám vývoja spoločnosti. Otázkou ostáva, či niektoré z týchto pripravovaných zmien nie je potrebné dôslednejšie, na odbornej úrovni, prediskutovať a zvážiť klady a zápory, ktoré môže do praxe priniesť.

Literature:

- Telec, I., Tůma, P.: Autorský zákon. Komentář., Praha: C. H. Beck, 2007, 971 str., ISBN 978-80-7179-608-4
- MORAVČÍKOVÁ, A.: Účinnosť jednostranného udelenia licencie podľa platného autorského zákona. Bratislava 2008. In Bulletin slovenskej advokácie, 5/2008, str. 44, ISBN 1335-1079
- ŠVIDROŇ, J.: Právohistorické a právoteoretické základy práva duševného vlastníctva a jeho miesto v systéme slovenského práva. In ŠVIDROŇ, J., ADAMOVÁ, Z., NÁVRAT, M., ŠKREKO, A. (Ed. Švidroň, J.) Právo duševného vlastníctva v informačnej spoločnosti a v systéme práva. Bratislava: VEDA, 2009, str. 675, ISBN 978-80-224-1033-5
- ŠVIDROŇ, J.: Právo duševného vlastníctva. In LAZAR, J. a kol., Občianske právo hmotné, tretie doplnené a prepracované vydanie. Bratislava: IURA EDITION, 2006, str. 598, ISBN 80-8078-084-6
- NÁVRAT, M.: Počítačový program, databáza a doménové meno v práve duševného vlastníctva. In ŠVIDROŇ, J., ADAMOVÁ, Z., NÁVRAT, M., ŠKREKO, A. (Ed. Švidroň, J.) Právo duševného

¹⁴ TELEC, I., TŮMA, P.: Autorský zákon. Komentář. 1. vydanie. Praha: C. H. Beck 2007, str. 503

vlastníctva v informačnej spoločnosti a v systéme práva. Bratislava:
VEDA, 2009, str. 675, ISBN 978-80-224-1033-5

- Návrh zákona, ktorým sa mení a dopĺňa Autorský zákon, dostupné z:
<http://www.nrsr.sk/web/Default.aspx?sid=zakony/zakon&MasterID=3853>, stav ku dňu 5. 11. 2011
- Dôvodová správa k návrhu zákona, ktorým sa mení a dopĺňa Autorský zákon, dostupné z:
<http://www.nrsr.sk/web/Default.aspx?sid=zakony/zakon&MasterID=3853>, stav ku dňu 5. 11. 2011

Contact – email
sisalattova@gmail.com

ROZŠÍŘENÍ INSTITUTU ODDLUŽENÍ NA PODNIKATELE *MARTIN LEBEDA*

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno,
Česká republika

Abstract in original language

Oddlužení se v českém prostředí velice dobře ujalo, což dokládá například stále rostoucí zájem o tento institut ze strany dlužníků. Soudy již mají taktéž tento institut zažitý, o čemž svědčí množství kvalitní judikatury i překonání některých výkladových nejasností vzhledem ke stále ještě poměrně nové právní úpravě. Bohužel tato právní úprava omezuje možnost oddlužení pouze na nepodnikatele. Nabízí se tedy otázka, zdali se institut oddlužení právě nyní nenachází na oné pomyslné křižovatce, kdy by měl být rozšířen také na drobné podnikatele.

Key words in original language

oddlužení, insolvenční zákon, podnikatel

Abstract

The Discharge from Debts has become a regular thing in the Czech society. This supports the fact of increasing interest of debtors. Courts apply this institute regularly yet, so far we have enough quality judgements in this sphere. Furthermore many interpretation problems have been solved in this quite new legislation too. Unfortunately, The Discharge of Debts is meant only for no-entrepreneurs. So far the question arises: Are we on the crossroad now when the institute of Discharge from Debts should be extended and opened out for individual entrepreneurs?

Key words

Extension of the institute Discharge from Debts for entrepreneurs

1. ÚVOD

Oddlužení bylo do českého právního řádu zavedeno zák. č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon). Jeho zavedení je možné považovat za krok správným směrem. S rostoucím trendem stále se zvyšující ochrany spotřebitele bylo třeba najít způsob řešení úpadku fyzických osob, u kterých by konkurs měl příliš tvrdé následky.

Oddlužení je tedy mladý, avšak rychle se rozvíjející institut českého práva. Bohužel, tato právní úprava omezuje možnost oddlužení pouze na nepodnikatele. Nabízí se proto otázka, zdali se institut oddlužení právě nyní nenachází na oné pomyslné křižovatce, kdy by mohl a snad i měl být rozšířen také na drobné podnikatele.

2. VÝVOJ ODDLUŽENÍ

Při pohledu na statistiky je patrná vzrůstající tendence týkající se počtu podaných návrhů na povolení oddlužení. S tím samozřejmě koresponduje i počet povolených, respektive schválených oddlužení. V roce 2008¹ bylo podáno celkem 1713 návrhů na povolení oddlužení a povoleno 648 oddlužení. V roce 2009² bylo již těchto návrhů 3771 a povolených oddlužení 1962. V roce 2010³ bylo podáno 9996 návrhů na povolení oddlužení a 4603 oddlužení bylo povoleno. Konečně za ¾ roku 2011⁴ bylo podáno celkem 12574 návrhů na povolení oddlužení a za stejné období bylo povoleno 10083 oddlužení.

Rychle rostoucí počet návrhů na povolení oddlužení značí, že právní povědomí o tomto institutu mezi dlužníky existuje a taktéž je tento institut dlužníky i stále častěji využíván. Podobně počty povolených oddlužení ukazují, že soudy je tento institut již běžně aplikován.

3. MOŽNOSTI ROZŠÍŘENÍ⁵

Dle mého názoru lze s ohledem na výše uvedené statistické údaje říci, že institut oddlužení v České republice natolik zdomácněl, že již byla překonána jistá prvotní fáze od zavedení tohoto institutu. Oddlužení se

¹Statistické údaje za rok 2008 [online]. Praha: Ministerstvo spravedlnosti ČR [cit. 2011-11-29]. Dostupné z: <http://www.insolvencni-zakon.cz/downloads/Statisticke_udaje_za_rok_2008.pdf>

²Statistické údaje za rok 2009 [online]. Praha: Ministerstvo spravedlnosti ČR [cit. 2011-11-29]. Dostupné z:

<http://www.insolvencni-zakon.cz/downloads/statisticke_udaje_za_rok_2009.pdf>

³Statistické údaje za rok 2010 [online]. Praha: Ministerstvo spravedlnosti ČR [cit. 2011-11-29]. Dostupné z:

<http://www.insolvencni-zakon.cz/downloads/Statisticke_udaje_za_rok_2010.pdf>

⁴Statistické údaje za 1. čtvrtletí roku 2011 [online]. Praha: Ministerstvo spravedlnosti ČR [cit. 2011-11-29]. Dostupné z: <http://www.insolvencni-zakon.cz/downloads/Statisticke_udaje_za_1_ctvrtleti_roku_2011.pdf>, Statistické údaje za 2. čtvrtletí roku 2011 [online]. Praha: Ministerstvo spravedlnosti ČR [cit. 2011-11-29]. Dostupné z: <http://www.insolvencni-zakon.cz/downloads/Statisticke_udaje_za_2_ctvrtleti_roku_2011.pdf>, Statistické údaje za 3. čtvrtletí roku 2011 [online]. Praha: Ministerstvo spravedlnosti ČR [cit. 2011-11-29]. Dostupné z: <http://www.insolvencni-zakon.cz/downloads/Statisticke_udaje_za%203_ctvrtleti_roku_2011.pdf>

⁵Následující text zčásti využívá a rozvíjí některé myšlenky autora již vyslovené v práci Lebeda, M. Oddlužení.

tedy nyní nachází na pomyslné křižovatce, kdy by mělo být rozhodnuto o tom, jak dále zodpovědně k tomuto institutu přistoupit. Možnosti jsou dvě. První možností je ponechat oddlužení přístupné pouze pro nepodnikatele s tím, že je třeba novelou zákona upravit některá sporná ustanovení, zejména se to týká oddlužení manželů. Judikatura soudů v této konkrétní věci není jednotná a v praxi s oddlužením manželů vzniká celá řada problémů. Druhou možností, kudy se na křižovatce vydat, je pak důslednější revize tohoto institutu a jeho rozšíření i na fyzické osoby – podnikatele. Ostatně s tímto již bylo počítáno v samotném návrhu insolvenčního zákona, bohužel při projednávání zákona bylo toto ustanovení vypuštěno.

Obecně lze nalézt dva hlavní důvody pro rozšíření oddlužení, a to důvod vycházející spíše ze sociálního hlediska a dále důvod spíše právní. Sociální hledisko ukazuje, že u běžných lidí se jedná často o nadspotřebu a zbytečné zadlužování, zatímco u fyzických osob - podnikatelů se mnohdy jedná o snahu získat obživu svým vlastním přičiněním a zadlužit se mohou bez vlastního přičinění⁶. Druhý důvod je důvodem spíše právním. Jde o lepší propojení institutů insolvenčního práva a jejich důsledků, zejména pak propojení institutů reorganizace, oddlužení, konkursu, respektive nepatrného konkursu.

Při srovnání reorganizace a oddlužení podle platné právní úpravy lze dospět k závěru, že zde existuje určitá mezera právě při řešení úpadku drobných podnikatelů, protože tyto osoby nedosáhnou na reorganizaci a k podání návrhu na oddlužení nejsou oprávněni. Zbývá tedy základní způsob řešení úpadku, a to konkurs, který má pro drobné podnikatele - fyzické osoby stejné neblahé účinky, kvůli kterým bylo v případě nepodnikatelů zavedeno oddlužení.

Fakt, že zde chybí elementární rozlišování jak mezi podnikateli drobnými, tak těmi velkými, je v literatuře často kritizován⁷. Dokonce například ve srovnání s německou úpravou, ze které tento náš institut částečně vychází, lze říci, že jde spíše o krok zpět.

Současný režim oddlužení v ustanovení § 389 ins. zákona výslovně stanovuje, že oddlužení je možné použít u dlužníků, kteří nejsou podnikateli. Z čistě formálního hlediska by však návrh na povolení oddlužení mohl podat i dlužník, který byl v minulosti podnikatelem a s podnikáním skončil jen proto, aby mohl tento institut využít. Takovýto postup lze označit za obcházení zákona, a kdyby se soud striktně držel pouze formálního pojetí, nebyl by v takovýchto případech naplněn účel zákona.

⁶ například v případě živnostníka, který nedostane zapláceno a vznikne mu problém s dalšími platbami

⁷ např. Richter T.: Insolvenční zákon: Od vládního návrhu k vyhlášenému znění, Právní rozhledy, 2006, č. 21, s. 773

Judikatura dovodila, že je při individuálním zkoumání možno režim oddlužení použít i na dluhy nepodnikatelů, pokud tyto dluhy vznikly v podnikání a nejedná se o dluhy zásadního charakteru. Je zde tedy druhá podmínka, a to taková, že dlužník nesmí mít relevantní dluhy z podnikání. Insolvenční soud má však určitou možnost posoudit tyto dluhy a rozhodnout, zda oddlužení povolí, či nikoliv.

V judikatuře již je daná problematika řešena a lze odkázat např. na usnesení Nejvyššího soudu 29 NSČR 3/2009. V tomto usnesení jsou detailně popsány situace, kdy se jedná o dluhy z podnikání a rovněž to, jak se mají pro účely oddlužení posuzovat.

Rozborem tohoto usnesení lze dospět k závěru, že soud by měl zkoumat dlužnickovy závazky v každém případě individuálně a podle výše uvedených kritérií tak, aby zamezil situacím, kdy by bylo oddlužení poctivému dlužníkovi kvůli nepodstatnému dluhu z dřívější podnikatelské činnosti odepřeno, avšak zároveň, aby zamezil zneužívání tohoto institutu.

Toto rozhodnutí se zabývá i odůvodněním toho, proč se oddlužení netýká živnostníků. V odůvodnění se uvádí, že se tak děje proto, aby tyto osoby nepřenášely riziko na své obchodní partnery a zákazníky. Z pohledu obchodního práva lze s tímto závěrem souhlasit, avšak z pohledu společenského se nabízí otázka, zdali takovýto argument může obstát jako důvod, pro který nemohou tito podnikatelé řešit svou situaci oddlužením.

4. PROPOJENÍ ODDLUŽENÍ S NEPATRNÝM KONKURSEM

Insolvenční zákon vyčleňuje ke zjednodušenému řízení tzv. nepatrné konkursy a to v ustanovení § 314 a 315 ins. zákona. Jedná se o konkursy, kde dlužníkem je fyzická osoba, která není podnikatelem nebo celkový obrát dlužníka, podle zákona o účetnictví, za poslední účetní období předcházející prohlášení konkursu nepřesahuje 2.000.000,- Kč a dlužník nemá více než 50 věřitelů. Dle mého názoru by, jak z pohledu věřitelů, tak z pohledu dlužníka, stálo za úvahu vztáhnout možnost oddlužení i na tyto nepatrné konkursy.

V nepatrných konkursech je většinou majetková podstata tvořena velice těžce prodejným majetkem a výše výtěžku stěží pokryje náklady s insolvenčním řízením spojené a věřitelům se v důsledku nedostane žádného plnění. Věřitelé se do konkursního řízení přihlašují spíše z důvodu odpisu pohledávky, nikoliv z důvodu, že by se domohli jakéhokoliv plnění. Po skončení konkursu pak zjištění pohledávky soudem umožňuje vést exekuční řízení nebo řízení o výkon rozhodnutí, ale zde dochází i v případě, že dlužník má postižitelný příjem, k poškození dalších věřitelů, protože zde 1. z věřitelů, který zajistí pro výkon rozhodnutí nebo pro exekuci příjem, získá více než věřitelé ostatní.

V případě, že by podnikateli bylo uloženo, bez ohledu, zda příjem získává ze své podnikatelské činnosti nebo z jiných zdrojů, platit věřitelům stejně jako v oddlužení tj. 30 %, měli by věřitelé jistotu

částečného splnění pohledávek a dlužník by měl jistotu, že po zaplacení získá výhodu další činnosti, ať již v podnikání, či jako zaměstnanec.

V naprosté většině případů po skončení nepatrných konkursů jsou zjištěné pohledávky zcela nevymahatelné. Určitý problém je samozřejmě s tím, že se v oddlužení dle stávající úpravy platí minimálně 30 % a je možno v rámci tohoto režimu uhradit i 100 % pohledávek. U podnikatelů by však nebylo možno takto postupovat, protože nemají pravidelný prokazatelný příjem a je tedy otázkou, zda by pro řadu podnikatelů i věřitelů nebylo výhodnější, zaplatit ze strany dlužníka i vyšší než 30 % podíl, pokud by byl drobný podnikatel do budoucna osvobozen.

5. ZÁVĚR

V dnešní ne příliš povzbudivé ekonomické situaci celé Evropy a potažmo i České republiky, by umožnění oddlužení fyzickým osobám – podnikatelům mohlo napomoci například konkurenceschopnosti takovýchto osob. Část jejich dluhů by byla splacena a následně by se tyto osoby mohly opět podílet na vývoji ekonomiky. Absencí této úpravy nyní však dochází k tomu, že tyto osoby již nadále většinou nejsou ekonomicky aktivní anebo ekonomicky aktivní sice jsou, ale část svých příjmů zapírají a nedaní. Tyto osoby jsou také často například zaměstnávání „na černo“ nebo mají jen minimální oficiální příjem.

Závěrem si dovoluji vyslovit názor, že oddlužení dospělo svým rychlým vývojem do fáze, kdy je třeba kvalifikovaně a zodpovědně zhodnotit vývoj a další možnosti tohoto institutu s důrazem na to, že stojíme na oné pomyslné křižovatce a bylo škoda ji bez povšimnutí projet.

Literature:

- Richter T.: Insolvenční zákon: Od vládního návrhu k vyhlášenému znění, Právní rozhledy, 2006, č. 21, s. 773
- Statistické údaje za rok 2008 [online]. Praha: Ministerstvo spravedlnosti ČR [cit. 2011-11-29]. Dostupné z: <http://www.insolvencni-zakon.cz/downloads/Statisticke_udaje_za_rok_2008.pdf>.
- Statistické údaje za rok 2009 [online]. Praha: Ministerstvo spravedlnosti ČR [cit. 2011-11-29]. Dostupné z: <http://www.insolvencni-zakon.cz/downloads/statisticke_udaje_za_rok_2009.pdf>
- Statistické údaje za rok 2010 [online]. Praha: Ministerstvo spravedlnosti ČR [cit. 2011-11-29]. Dostupné z: <http://www.insolvencni-zakon.cz/downloads/Statisticke_udaje_za_rok_2010.pdf>
- Statistické údaje za 1. čtvrtletí roku 2011 [online]. Praha: Ministerstvo spravedlnosti ČR [cit. 2011-11-29]. Dostupné z:

- <http://www.insolvencni-zakon.cz/downloads/Statisticke_udaje_za_1_ctvrtleti_roku_2011.pdf>
- Statistické údaje za 2. čtvrtletí roku 2011 [online]. Praha: Ministerstvo spravedlnosti ČR [cit. 2011-11-29].
Dostupné z:
<http://www.insolvencni-zakon.cz/downloads/Statisticke_udaje_za_2_ctvrtleti_roku_2011.pdf>
 - Statistické údaje za 3. čtvrtletí roku 2011 [online]. Praha: Ministerstvo spravedlnosti ČR [cit. 2011-11-29]. Dostupné z:
<http://www.insolvencni-zakon.cz/downloads/Statisticke_udaje_za_%203_ctvrtleti_roku_2011.pdf>
 - Lebeda, M.: Oddlužení [online]. 2011 [cit. 2011-11-29]. 78 s. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. Dostupné z:
<https://is.muni.cz/auth/th/206967/pravf_m/MartinLebedaDP.pdf>.
 - Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 21.4.2009, sp. zn. 29 NSČR 3/2009, KS0S 34 INS 625/2008

Contact – email

martinlebeda@mail.muni.cz

PRINCIP IGNORANTIA LEGIS NEMINEM EXCUSAT A JEHO MÍSTO V DNEŠNÍ DOBĚ

MARIÁN ROZBORA

Právnická fakulta Masarykovy univerzity

Abstract in original language

Princip Ignorantia legis neminem excusat je nástrojem vymahatelnosti práva. Nikdy však nebyl bezvýjimečný. Vývoj společnosti nás nutí poohlédnout se, zda má být princip skutečně platný i nadále, resp. jak odstranit nežádoucí důsledky, popřípadě též, jak nastavit tomuto principu vhodné podmínky. Striktní uplatňování principu za účelem vymáhání práva působí kontraproduktivně, když dochází ke ztrátě legitimacy zákonodárce.

Key words in original language

Ignorantia legis neminem excusat, vymahatelnost práva

Abstract

The principle „Ignorantia legis neminem excusat“ is a tool for law enforcement. Never, however, was not unconditional. Development of society we must look to whether the principle still really valid, respectively how to remove undesirable consequences, and where appropriate, how to set appropriate conditions this principle. Strict application of the principle for law enforcement purposes is counterproductive when there is a loss of legitimacy of the legislature.

Key words

Ignorantia legis neminem excusat, law Enforcement

1. ÚVOD

Je obecně známo (a nejen v rámci právnické – odborné veřejnosti), že neznalost práva neomlouvá. Ve společnosti tento princip vystupuje v roli velmi významného předpokladu pro uplatňování samotného práva a jeho významu coby normativního systému. Jedním ze základních znaků práva je totiž jeho vynucení příslušnou autoritou a účel právních norem (např. účel, proč je vůbec jednotlivý právní předpis vytvořen) je naplněn tehdy, pokud jsou právní normy skutečně dodržovány (ať už vědomě, či nikoli). Teorie míru takového respektování právních norem charakterizuje jako efektivitu.¹ Jde tedy ve své podstatě o sociologické zdůvodnění podstaty tohoto právního principu.

¹ Harvánek, J.: Teorie práva. Brno: Masarykova univerzita, 2002, s. 170

Lze tak shrnout, že tento princip má nesmírný význam pro stanovení právních následků a především právní odpovědnosti.² Princip „Ignorantia legis neminem excusat“ je spojen s velmi podobným principem „Ignorantia iuris nocet“, což je v podstatě jeho mutace. K těmto principům doktrína poznamenává: „Ignorantia iuris nocet "neznalost práva škodí", také "omyl v právu neomlouvá". Nejen úplná, ale i částečná neznalost právní normy na straně subjektu je pro posuzování platnosti právního jednání, nebo odpovědnosti za jednání protiprávní, irrelevantní. Toto pravidlo je také stručně označováno jako "error iuris" omyl v právu. Uvedená zásada je odvozena z výroku římského právníka z počátku 3. stol. n. l. Iulia Paula "Regula est iuris quidem ignorantia cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocet" - "Existuje pravidlo, že neznalost práva každému škodí, neznalost skutku neškodí" (Digesta 22, 6, 9, pr.)...“³

Dle mého názoru ovšem existují důvody, které znemožňují naplnění tohoto principu. Nadto při zkoumání právního řádu můžeme nalézt jevy, jež nás povedou k závěru, že právní řád tento princip obsahu (ať už výslovně, či alespoň mlčky), přičemž ale na druhé straně lze nalézt případy, které spíše vedou k závěru, že právní řád tento princip popírá. Ostatně právě z tohoto důvodu hovořím o předmětných sentencích jako o „principech“, a nikoli „maximách“, neboť „přínejmenším“ nelze ověřit jejich naprostou platnost.

Na následujících řádcích se proto pokusím uchopit tuto problematiku z hlediska historického vývoje. Těžištěm ovšem bude samotné uchopení otázky v podmínkách českého právního řádu, přičemž se domnívám, že lze alespoň vystopovat typizované případy, které relativizují přítomnost předmětného principu.

2. HISTORICKÝ VÝVOJ

2.1 ŘÍMSKÉ PRÁVO

Historický vývoj principu popsal již Richard Zimmermann ve své práci „The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition“, a proto budu vycházet z jeho závěrů. Zimmermann s odkazem na názor Labea píše: „Jeví se, že původně bylo považováno za samozřejmé, že římský občan by měl znát zákon, vždyť až do dnů Cicera se školáci museli učit znění dvanácti tabulí zpaměti. Nicméně do té doby ius civile, jak je uvedeno v této úctyhodné kodifikaci, bylo pokryto řadou jednotlivých předpisů, jakož i řadou prétorského práva. Labeo tudíž omezuje předpoklad pro ty, kteří měli snadno dostupné právní poradenství, nebo kteří byli sami činní v právu. Od laika lze jen stěží očekávat, že se sám zorientuje (nalezne svou vlastní cestu), ať už

² Srov. Gerloch, A. In Hendrych, D. a kol.: Právní slovník. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 277

³ Skřejpek, M. In Hendrych, D. a kol.: Právní slovník. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 277

v *ius honorarium*, nebo ve výkladu *ius civile* podávaném právníky. Argument *Neratia* v *Digestech* (22, 6, 2) se proto zdá být poněkud nerealistický: *error in iure* (na rozdíl od *ignorantia facti*) je irelevantní, protože zákon může a měl by být definitivní ...⁴ Toto Zimmermann uzavírá myšlenkou: „V případě, že právo není (pro laika) chybou zákona (snadno) určitelné, je možné považovat omyl za omluvitelný.“⁵ Přitom však výslovně upozorňuje na striktní ohraničení institut omylu ve vztahu k právu v případech specifických recentních právních předpisů, což lze též vystihnout sentencí, která jakoukoliv omluvitelnost neznalosti práva vylučovala: „*Leges sacratissimae, quae constringunt omnium vitas, intellegi ab omnibus debent*“ – „Nejposvátnější zákony, které jsou vázány na životy všech, je třeba umět všechny.“ (Paulus Dig. 22, 6, 9 pr.)

Prakticky veškeré učebnice jsou za jedno v tom, že jistá skupina osob byla vyňata z aplikace tohoto principu. Šlo především o ženy, vojáky, děti do 25 let a tzv. *rustiky* (lidé sklíčený venkovskou jednoduchostí).⁶ Jeví se vhodné poukázat na jistou propojenost výjimek z principu neznalosti práva s omezením, či okleštěním právní subjektivity jmenovaných skupin.⁷ Na druhé straně se však sluší upozornit, že v římském právu se uplatňoval taktéž princip „*Nec stultis solere succurri, sed errantibus*. - Nikoli hloupým je třeba pomáhat, nýbrž mýlícím se. (Paulus Dig. 22,6,9,5)“, neboť vzájemné propojení dokazuje, že římské právo nechránilo hloupost osob, ale chránilo toliko mýlící se osoby. Ačkoliv tedy princip „*Ignorantia legis neminem excusat*“ nebyl ani v dobách římského práva striktním (nekompromisním) pravidlem, je si nezbytné uvědomit, že se nechrání neznalost ve smyslu hlouposti, ale neznalost spočívající v omylu, což Zimmermann uzavírá tím, že aplikace principu „závisí do značné míry na tom, co se dá důvodně od osob v souladu s právem předpokládat (očekávat).“⁸

2.2 MODERNÍ PRÁVO

Problematika „*Ignorantia legis neminem excusat*“ trápila mnoho právníků taktéž po období římského práva. „Glosátoři nepovažovali za

⁴ Zimmermann, R.: *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Cape Town, Wetton, Johannesburg: Juta and Co, Ltd, 1992, s. 605

⁵ Zimmermann, R., op. cit., s. 605

⁶ Srov. Skřejpek, M. In Hendrych, D. a kol.: *Právní slovník*. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 277, nebo Zimmermann, R., op. cit., s. 606

⁷ Kincl, J. In Kincl, J., Urfus, V., Skřejpek, M.: *Římské právo*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 55 a násl.

⁸ Zimmermann, R., op. cit., s. 606

hodnou právní ochrany takovou osobu, která právo neznala. Naopak morální teologové byli poněkud mírnější, když argumentovali, že právní norma může vázat pouze ty, kterým je známa.“⁹ Šlo tedy o značný názorový rozptyl, který našel odraz ve „slavném“ ustanovení § 2 ABGB z roku 1811.

V ust. § 2 ABGB se dočteme, že: „Jakmile byl zákon řádně vyhlášen, nemůže se nikdo omlouvat, že mu nebyl znám.“ Není pochyb o tom, že předmětné ustanovení zákona je právě reakcí na nejružnější pohledy na předmětný princip, a to i navzdory tomu, že takovéto ustanovení nenalezneme ve filozoficky přepracovaném francouzském Code Civil z roku 1804. V každém případě lze na ust. § 2 ABGB nahlížet – alespoň na první pohled – jako na nekompromisní pravidlo. Ačkoliv (v § 2 ani nikde jinde) ABGB „výslovně“ nestanovuje výjimky, lze se v komentářové literatuře z roku 1935 dočíst, že „v několika málo případech připouští občanský zákoník tzv. právní omyl... Jako případy právního omylu uvádějí se zpravidla §§ 326, 572, 876 a 1431.“¹⁰ Lze poukázat též na skutečnost, že i francouzský CC upravoval otázku „omylu“, kdy bylo též možno hovořit o omylu právním (např. §§ 1109, 1110). Norma vyjádřená v ust. § 2 ABGB byla rovněž relativizována v kontextu náhrady škody, neboť tato byla v režimu ABGB determinována zaviněním, což znamenalo, že se škoda „zásadně má nahradit jen tehdy, je-li zaviněna“.¹¹ Přitom autoři komentáře pro účely stanovení zaviněné neznalosti zákona odkazují na část ust. § 1297: „každý, kdo má užívání rozumu, je schopen takového stupně péle a pozornosti, jakého může být použito při obvyčejných schopnostech“.

Vývoj doktríny se pochopitelně nezastavil u ABGB, přičemž výrazným pozdějším počinem je německý BGB z roku 1896, který obdobné ustanovení jako § 2 ABGB neobsahoval. Zimmermann poznamenává, že „Mnoho autorů 19. století opětovně přijalo poněkud skeptičtější přístup, že by široká veřejnost mohla znát právo, a BGB nerozlišoval mezi error facti a error iuris (stavěl je na roveň).“¹² Pochopitelně se nemůže domnívat, že tímto byla otázka s konečnou platností vyřešena.

3. SOUČASNÉ ČESKÉ SOUKROMÉ PRÁVO

Předně je nutno upozornit, že ani v českém soukromém ani veřejném právu není princip „Ignorantia...“ výslovně zakotven, nicméně s tímto

⁹ Zimmermann, R., op. cit., s. 608

¹⁰ Sedláček, J. In Rouček, F., Sedláček, J. a kol. Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému. Praha: Nakladatelství V. Linhart, 1935, s. 89, reprint původního vydání nakladatelství CODEX Bohemia, s.r.o. v roce 1998

¹¹ Sedláček, J., op. Cit., s. 89

¹² Zimmermann, R., op. cit., s. 609

jak doktrína, tak i aplikační praxe pracuje. Možná by jej bylo možno dovodit z ústavního práva, neboť omezení svobody jednotlivce váže na zákon (obecně čl. 2 LZPS), přičemž jako podmínku aplikovatelnost zákona jmenuje toliko jeho řádné vyhlášení (čl. 79 Ústavy ČR). O podmínce „znalosti“ zákona (či spíše o bezvýznamnosti neznalosti zákona) ovšem výslovně pojednáno není, a tudíž nelze z hlediska juristického podat jednoznačný kategorický závěr. Z hlediska práva pod-ústavního bychom tento princip mohli dovodit z oblasti práva trestního, protože trestní kodexy vycházejí ze zásady trestnosti jednání rozporných se zákonem, a pouze jako jednu ze specifických výjimek stanovují případy, kdy osobě nebylo právo známo (tzv. právní omyl). Jinými slovy jde o legislativně-technickou konstrukci, kdy neznalost je pouze výjimkou z jinak obecné konstrukce znalosti. Lze tak obecně uzavřít, že se v českém právu princip „Ignorantia ...“ uplatňuje.

Účelem tohoto příspěvku má ovšem být spíše poukázat na případy, kdy se předmětný princip neuplatňuje. Na prvním místě je nepochybně otázka omylu, resp. užití institutu „omylu“ v právním textu. Pojem „omyl“ v civilních předpisech (např. § 49a ObčZ, či § 331 ZPr) totiž není dále diferencován na omyl právní, či omyl faktický, a proto se lze ztotožnit s již prezentovaným názorem, že v sobě zahrnuje oba případy.

Dalším případem, kdy se lze setkat se zpochybněním platnosti sentence „Ignorantia...“, je oblast podmínění právních účinků tím, zda je osobě něco známo (zda o něčem ví). Ve své podstatě jde o zrcadlovou konstrukci právního omylu. Lze poukázat na ust. § 558 věta druhá ObčZ: „U promlčeného dluhu má takové uznání tento právní následek jen věděl-li ten, kdo dluh uznal, o jeho promlčení.“ K tomu komentářová literatura poznamenává, že: „Pokud dlužník o promlčení nevěděl, jeho uznání dluhu tento právní následek nemá. Nezáleží na tom, zda dlužník o promlčení nevěděl z důvodu neznalosti právní úpravy promlčení nebo z důvodů jiných (i skutkových).“¹³

Předmětná problematika je taktéž spojena s otázkou subjektivní odpovědnosti, neboť tato je založena na zavinění. Jde prakticky o to samé, jako v případě trestního práva, neboť nepříznivý právní následek (sekundární právní povinnost) může nastat pouze tehdy, pokud zákon byl osobě znám. V českých zeměpisných šířkách jde ostatně i o jistou právní tradici (viz. ABGB).

Otázka právního omylu (či snad obecněji neznalosti zákona/práva) má výrazný význam v rámci zásady ochrany dobré víry, protože pojem „dobré víry“ ve svém psychologickém smyslu představuje nezaviněnou neznalost. Nemusí to totiž vždy být vina osoby, že tato nezná právo (zákon). Institut dobré víry je přitom v českém právu řešen zejména v oblasti věcných práv, zejména v rámci institutů vydržení a držby. Je nutno především upřít pozornost na ust. § 130

¹³ Škárová, M. In Švestka, J., Spáčil, J., Škárová, M., Hulmák, M. a kol.: Občanský zákoník II. komentář. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 1637

odst. 1 věta první ObčZ, jenž stanovuje, že: „Je-li držitel se zřetelem ke všem okolnostem v dobré víře o tom, že mu věc nebo právo patří, je držitelem oprávněný.“ K těmto otázkám Jiří Spáčil (předseda vlastnického senátu Nejvyššího soudu v ČR) ve své práci z počátku roku 2000 poznamenal, že je potřeba kumulativního naplnění dvou znaků: „držitel je v dobré víře“, a to „se zřetelem ke všem okolnostem“. Z tohoto důvodu, i když Spáčil právní omyl v kontextu institutu držby připouští, tak na druhé straně zdůrazňuje: „Je zřejmé, že z textu zákona vyplývá, že oprávněná držba se nemůže zakládat na omylu držitele, kterému se mohl při normální opatrnosti vyhnout. Je třeba zdůraznit, že jde o opatrnost normální, obvyklou, posuzovanou z objektivního hlediska. Platné právo neumožňuje učinit závěr, že míru opatrnosti lze posuzovat ze subjektivního hlediska, tedy podle individuálních poměrů držitele. Při posuzování dobré víry je tedy třeba klást na každého držitele stejné nároky bez ohledu na jeho duševní vyspělost, vzdělání, životní zkušenosti apod. Je skutečností, že nezletilí a osoby, jejichž způsobilost k právním úkonům je omezena, případně jsou jí zbaveni zcela, jsou pod zvláštní ochranou zákona. To však na shora uvedených závěrech nic nemění. Je třeba vyjít ze skutečnosti, že uchopení se držby není jen faktickým činem, ale je i projevem vůle, neboť předpokládá držební vůli (animus possidendi). Pokud tedy jsou tyto osoby v konkrétním případě způsobilé k nakládání s majetkem, mohou se též uchopit jeho držby a je třeba je posuzovat jako kohokoliv jiného. Nejsou-li způsobilé nakládat s majetkem, je jejich vůle právně bezvýznamná a nemohou držby nabýt jinak, než prostřednictvím zástupce...“¹⁴ Omluvení se neznalostí zákona (práva) proto autor omezuje na případy nejasného znění zákona (což například demonstruje na otázce nesprávném výkladu starých právních předpisů, který reálně hrozí v restitučních sporech), přičemž výslovně píše, že: „Pouhá neznalost jinak jasného a nepochybného ustanovení zákona omluvitelná není, neboť při zachování obvyklé opatrnosti se předpokládá, že každý se seznámí se zákonnou úpravou právního úkonu, který hodlá učinit... Je tedy zřejmé, že postup některých soudů, které při zkoumání předpokladů vydržení zjišťují životní zkušenosti účastníků (např. zkušenosti s převodem nemovitostí), je nesprávný. Takové zkoumání sice může vést ke zjištění, že účastník byl vzhledem ke své zkušenosti dobré víře, nemůže však jít o „dobrou víru vzhledem ke všem okolnostem“, jako předpokládá vydržení.“¹⁵ Vzhledem k funkci autora, když tento je předsedou senátu Nejvyššího soudu ČR, není překvapením, že přesně tyto myšlenky našly svůj odraz v dobové judikatuře (srov. rozhodnutí sp. zn. 22 Cdo 536/2000, 22 Cdo 490/2001, 22 Cdo 929/2001, 22 Cdo 428/2007, 22 Cdo 3000/2008, 22 Cdo 4881/2008, 22 Cdo 1665/2009, 28 Cdo 2603/2010), kdy jednotlivé právní věty doslovně odpovídají závěrům časopiseckého příspěvku.

¹⁴ Spáčil, J. Neznalost zákona, právní omyl a oprávněná držba. Právní rozhledy, 2000, č. 5., s. 190

¹⁵ Spáčil, J., op. Cit., s. 191

4. DŮVODY POPÍRAJÍCÍ PRINCIP „IGNORANTIA LEGIS NEMINEM EXCUSAT“

4.1 O DŮVODECH OBECNĚ

Z uvedeného se tak podává, že s principem „Ignorantia legis neminem excusat“ se v českém právním prostředí (s důrazem na soukromé právo) zachází tak, že tento princip je implicitně zakotven, a proto je jeho vyžadování odůvodněné. Princip představuje obecné pravidlo, které je sice někdy potlačeno, nicméně jednotlivé případy jsou tak ojedinělé a jsou natolik restriktivně vykládány, že popření principu je záležitostí naprosto zcela ojedinělých případů, které se v praxi v podstatě ani nevyskytují.

Zde se proto pokusím soustředit několik typizovaných situací, které přece jenom uplatnění principu „Ignorantia legis neminem excusat“ poněkud relativizují. Jednak jde o otázky, které v osobě vyvolávají otázky, zda je samotný princip v dnešním českém právu spravedlivý. Z důvodu snahy o ucelenost pojednání nejsou stranou ponechány ani velmi výrazné případy související se samotným naplněním znaků závaznosti právní normy (např. řádná promulgace zákona). V neposlední řadě však jde o pokusy odhalení přístupu zákonodárce k právnímu povědomí a znalosti zákona jako takovému. Tyto oblasti lze pracovně členit do čtyř základních skupin: a) technické problémy; b) kvantitativní aspekt právního řádu; c) kvalitativní problém právního řádu; d) přístup zákonodárce k právnímu povědomí.

4.2 TECHNICKÉ PROBLÉMY

Jde o otázky související spíše s otázkou (bez)vadnosti promulgace právních předpisů. I když nejde o samotné těžiště mého příspěvku, neboť absence řádné promulgace znemožňuje již samotnou závaznost právní normy a nejde o otázku samotné neznalosti zákona, tak si dovoluji upozornit na nejzávažnější případy, kdy promulgace formálně řádná je, ale problém spočívá spíše ve faktickém naplnění účelu promulgace.

Jednak jde o případ faktické retroaktivity, kdy zákonodárce bez legitimního důvodu neponechá dostatečnou legisvakanční lhůtu osobám (adresátům právních norem), aby se s novou právní úpravou seznámil. Bohužel se stávají běžnými případy, kdy jsou ve Sbírce zákonů na samotném konci roku (zpravidla 30. prosince) zveřejněny rozsláním jednotlivé zákony. Adresát se tak s nimi má možnost „fakticky“ seznámit až s odstupem několika dnů po nabytí účinnosti. Dle mého názoru předmětné mezidobí by eventuelně nutně nemuselo být kryto principem „Ignorantia...“.

Dalšími takovými technickými případy jsou otázky úplných znění zákonů, kdy bohužel zákonodárce ke zveřejnění takovýchto

nepřístupuje často. Lze od osoby spravedlivě vyžadovat, aby se orientovala ve spleti zákonů a často desítek novelizací příslušného zákona? Každý přitom nedisponuje licenci k automatizovaným systémům právních informací. Přitom ani samotný zákonodárce toho zjevně schopen není, což dokládá další „technický problém“ spočívající v rezignaci na opravu písařských pochybení. Na poli soukromého práva je známým případem novelizace zákonem č. 443/2006 Sb., který hovoří o změně ust. § „151 písm. p)“ občanského zákoníku. Problém je ovšem tom, že občanský zákoník žádné takové ustanovení nemá, nanejvýš má ust. § „151p“ ObčZ. Pokud neměl zákonodárce za cca. pět let „čas“ pochybení napravit, lze spravedlivě po osobě vyžadovat, aby toto ustanovení znala?

4.3 KVANTITATIVNÍ PROBLÉM PRÁVNÍHO ŘÁDU

Dalším významným aspektem, který znemožňuje orientaci v právu, resp. jeho znalost, je otázka kvantitativní. I když bychom se možná optikou českého právního prostředí po roce 1989 mohli domnívat, že stát postupně ponechává osobě čím dál více prostoru, obecný trend je ve skutečnosti opačný.¹⁶ Společnost se v důsledku pokroku neustále stává složitější. Rovněž z pohledu na právo jako určení vzájemných vztahů mezi osobami je nutno dovodit, že je situace neustále složitější, neboť se populace neustále zvětšuje (aktuálně sedm miliard), což zprostředkovaně taktéž vede k otevírání nových témat (přírodní a potravinové zdroje, životní prostředí, snižování energetické náročnosti osob apod.). Nepochybně tak jsou legitimní důvody, proč se rozrůstá i samotný právní řád.

Měli bychom být však realisti a poukázat na skutečnost, že zákonodárce vytváří i právní normy zcela zbytečné a neodůvodněné stavem společnosti. Samozřejmě jde o otázku, na kterou vždy v jednotlivém případě můžeme mít odlišné názory. Nicméně dle mého názoru jde např. o právní normu stanovící povinnost vyrábět samozhasínací tabákové výrobky – cigarety. Snaha zamezit eventuální požárům asi není dostatečným důvodem vytvářením nové právní normy, což lze glosovat poznámkou některých senátorů: „V Česku se také každý rok několik lidí utopí ve vaně. Co vymyslí EU v tomto případě?“¹⁷ Takovýto přístup zákonodárce má jediný důsledek: vzniká neuvěřitelné množství právních norem, které neumožňují dostatečnou orientaci ani samotným právníkům, ne to laikům.

Vedle takovýchto populistických výtvorů zákonodárce je značná rozsáhlost právního řádu rovněž zapříčiněna absencí vymezení

¹⁶ Obdobně Filip, J.: Ústavní právo České republiky. 4. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2003, s. 30

¹⁷ Citováno dle článku Michaely Kabátové: A teď budeme kouřit nesmysly EU... Lidové noviny ze dne 25. října 2011, s. 4.

univerzálních právních norem a koncepčního řešení otázek. Lze poukázat na kazuistickou úpravu nejrůznějších lhůt k podání opravných prostředků v právním řádu, kterou si nemůže zapamatovat snad ani žádný právník. Rovněž lze poukázat na naprosto zbytečnou vícekolejnost justice, kdy otázky věcné příslušnosti dle občanského soudního řádu, či rozlišování správního soudnictví dle občanského soudního řádu od toho podle soudního řádu správního má v podstatě jediný důsledek: potřebu, aby se těmito otázkami musely zabývat další soudní orgány (vrchní soudy dle ust. § 104a OSŘ, kompetenční senáty dle zákona č. 131/2002 Sb., eventuálně Ústavní soud dle čl. 36 a 38 odst. 2 LZPS). Nepochybně tyto konstrukce mohou mít v jednotlivostech své výsostné juristické opodstatnění. Dostáváme se tím ovšem na takový vrchol práva, že je v podstatě bezprávním (viz. známý výrok Cicera v práci *De officiis*, I, § 33: „Summum ius, summa iniuria“).

Je přitom spravedlivé, aby byla osoba stíhána za to, že nezná takto zbytečně rozsáhlý právní řád? Lpění na uplatnění zásady *Ignorantia legis neminem excusat* v těchto případech totiž vyvolává opovrhování právním řádem jako celkem. Tyto případy tak vyvolávají ztrátu legitimacy principu i tam, kde by jeho uplatnění bylo zcela společensky akceptovatelné a spravedlivé.

Samozřejmě, je možné argumentovat přístupem prezentovaným Jiřím Spáčilem, že se každá rozumná osoba seznámí s právní normou z té oblasti, do které vstupuje. Reálným naplněním této myšlenky si ovšem nejsem jist. Toto je spíše možné v oblastech licencovaných, kdy výkon činnosti je podmíněn přezkoumáním znalosti zákonů dané oblasti (např. řízení motorových vozidel). Domnívat se, že si přečteme občanský zákoník před tím, než si ráno koupíme pečivo, je asi absurdní.

4.4 KVALITATIVNÍ PROBLÉM PRÁVNÍHO ŘÁDU

Dalším problémem relativizujícím předmětný princip je otázka rozlišení mezi právní normou a právním předpisem. Právní předpis je totiž pouze hmotným nosičem právních norem; právní norma je samotná myšlenková konstrukce, která je právním přepisem bohužel nedokonale zachycena. Adresát právní normy se tak dle převažujícího názoru nemůže spolehnout na pouhý gramatický výklad. Odhalení skutečného smyslu právních norem je proto z výrazné části podmíněno jinými metodami výkladu (teleologický, historický výklad apod.) a bez znalosti bohaté judikatury, odborné literatury apod. nelze právní normu skutečně pochopit.

Jde o otázku, zda předmětný princip spíše vztáhnout na znalost právních předpisů („leges“), či znalost právních norem („iuris“). Na základě shora uváděné aktuální judikatury ve vztahu k institutu dobré víry, které hovoří o neomluvitelném omylu tehdy, pokud je obsah právní normy dán „jednoznačným a nepochybným“ zněním zákona, bychom mohli dospět k závěru, že princip „*Ignorantia legis neminem*

excusat“ se vztahuje právě na znalost právních předpisů. Tomu ovšem neodpovídá jiná část soudní praxe, která se odvíjí od myšlenky: „Scire leges non est verba eorum tenere sed vim ac potestatem - Znat zákony neznamena pamatovat si slova, nýbrž jejich smysl a působení“, což vrcholí až příkazem odklonit se od slovního znění zákona, pokud to vyžaduje účel zákona atp. (sp. zn. I. ÚS 50/03), tedy příkazem priority jiných výkladových metod před gramatickým výkladem. Lze například poukázat na teleologický výklad ust. § 712a odst. 5 věta druhá ObčZ ve znění účinném do 31. října 2011 (tj. před novelou provedenou zákonem č. 132/2011 Sb.) v rozsudku Nejvyššího soudu sp. zn. 26 Cdo 4131/2008, kdy zákonodárce novelizací zákonem č. 107/2006 Sb. opomenul v tomto ustanovení přizpůsobit odkazy na ust. § 711 ObčZ, ačkoliv znění tohoto ustanovení radikálně změnil. Nejvyšší soud však volil teleologický výklad v rozporu s jazykovým zněním, aniž by zkoumal otázku omluvitelnosti právního omylu, který se zde zjevně nabízel. Rovněž otázka rozlišení právních předpisů a právních norem nabývá na významu v případě změny judikatury. Ta se zpravidla zásadním způsobem mění z důvodu kusosti právní úpravy. To je například případ zajišťovacího převodu práva dle ust. § 553 ObčZ, kdy se po sedmnácti letech nejasností obsahu právních předpisů kategoricky postavil ve prospěch jedné z vícečetných výkladových alternativ (sp. zn. 31 Odo 495/2006).

Na jedné straně tak (s poukazem na judikaturu k institutu dobré víry) nezalost jednoznačného zákonného ustanovení není omluvitelná. Na druhou stranu znalost jednoznačného ustanovení v případech „odklonu judikatury od slov zákona“ je nerozhodná a omluvitelný právní omyl sama o sobě nevyvolává. Pakliže tyto závěry budeme chtít současně udržet, tak musíme nutně dospět ke stanovisku, že rozhodná je toliko judikatura (výklad plynoucí z interpretace provedené vrcholnými orgány veřejné moci). Jednoznačného a nepochybného znění zákona se v podstatě můžeme dovolávat toliko v intencích judikturních závěrů. Rozhodné jsou tedy judikturní závěry a právní předpis má spíše relativní platnost (pokud není shledán jako „správný“ soudní praxí, tak je rizikem se na něj odvolávat). Právní jistota a ochrana důvěry ve vyhlášený právní předpis tak přichází zkrátka. Důvodem je dle mého názoru jakási tendence tolerovat zákonodárci jeho nedostatky a nezatěžovat jej. I když obzvláště bezprostředně po změně společenské situace v roce 1989 bylo možno přistoupit z důvodu diskontinuity práva „ze dne na den“ na prioritu výkladu před nápravou vadného předpisu jeho zrušením (sp. zn. Pl. ÚS 48/95), s odstupem více jak dvaceti let je takováto tolerance nekvalitních právních předpisů kontraproduktivní, a bylo by „vhodné“ se s takovouto tolerancí důsledně rozejít.¹⁸ Jenom se stále hlouběji a hlouběji ztrácíme ve spirále mlhavosti právních norem a tyto se stávají

¹⁸ Srov. obdobné úvahy k dosavadní toleranci v práci Baňouch, H.: Ústavní soudkyně Eliška Wágnerová a některé inovace v českém právu. In Kokeš, M. – Pospíšil, I. (ed.) In dubio pro libertate. Úvahy nad ústavními hodnotami a právem. Pocta Elišky Wágnerové u příležitosti životního jubilea. Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 41 – 43

postupně více a více neuchopitelnými. Bohužel shora uvedené známé civilistické případy nejsou zdaleka jedinými, což nám však mnohdy při zdrženlivosti vrcholných soudních orgánů s rušením právních předpisů nezbyvá než s povzdychem překonat. Alespoň, že někdy na problematiku pohlížíme s humorem, když například Petr Hajn upozorňuje, že pojem negativní zákonodárce z pohledu funkce je spojován s Ústavním soudem, ale z pohledu kvality činnosti by mohl být spojován i se samotným parlamentem.¹⁹

V praxi zákonodárce se tak vytratily požadavky kladené na kvalitu právního předpisu. Zákonodárce rezignuje na povinnost vytvoření řádných právních předpisů a spoléhá na invenčnost soudní praxe tzv. *ex post*. V důsledku toho právní předpis věrně nevyjadřuje právní normu. Zcela se vytratil základní moment práva, tj. člověk. Asi již nikdy nebude naplněn ideál „buta ember“, kdy Marie Terezie přikázala tvůrcům právních předpisů, aby se sklonili k obyčejnému člověku - právnímu laikovi a nechali jej přečíst své dílo s tím, že pouze pokud mu tento laik porozumí (vlastními slovy zreferuje obsah textu), tak právní předpis bude přijat.²⁰ Argumenty, že přece každý dokáže odhadnout smysl právní normy, když bude spoléhat na svůj právní cit, jsou mlhavé. Je lhostejno, zda to byl Jhering s argumentační figurou, že každý člověk rozumí, že není zdrav, když jej něco bolí, a to i když není lékař a nemá cit pro medicínu.²¹ Neboť i dlužníka bolí příchod soudního exekutora, ale to ještě neznamená, že je v právu, jelikož jde o otázku „subjektivního“ vnímání a nikoli rozlišení „objektivního“ práva. Pociťování újmy totiž samo o sobě nevypovídá o tom, jestli újma vznikla po právu, či z bezprávi (bez právního důvodu). Rovněž tento „subjektivní pocit“ o „mém vlastním správném výkladu“ právního předpisu je ve skutečnosti to, co současní autoři označují za jediný možný „rozumný“ výklad.²² Stále totiž platí, že každý z nás vnímá svět jinak²³, a již z tohoto důvodu by žádný interpret (ani když reprezentuje autoritu orgánu veřejné moci) neměl být opojen vlastní pravdou.²⁴

¹⁹ Hajn, P.: Advokátovo Listovani „Lidovkami“. Bulletin advokacie, rok 2006, č. 11 – 12, s. 132

²⁰ Rott-Pietrzyk, E. Klauzula generalna rozsudku w prawie prywatnym, 1. vyd. Warszawa: C. H. Beck, 2007, s. 94

²¹ Jhering, R.: Boj o právo – Právní věda všedního dne. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, 154 s.

²² Pelikánová, I.: Rozum, právo a interpretace. Bulletin advokacie, 2010, č. 12, s. 23 a násl.

²³ Viz. například aspekt předporozumění interpreta a čtenáře ve vztahu k právním předpisům v práci Holländer, P.: Interpretace ústavního práva: metodologický hlavolam? In Pocta Vladimíru Mikule, ASPI Publishing, 2002, s. 47 a násl.

²⁴ Koschin, Z.: Malá reminiscence. Bulletin advokacie, rok 2010, č. 12, s. 56

I z kvalitativního hlediska tedy právní řád tvoří objektivní meze, které brání reálnému naplnění principu „Ignorantia legis neminem excusat“. Když nelze na první pohled rozpoznat skutečný obsah právní normy, tak patrně není spravedlivé její naplnění od jednotlivce vymáhat státním donucením. Nástroje jako je náhrada újmy (ať už materiální, či imateriální) vzniklé v důsledku nekvalitní legislativy nejsou skutečným řešením problému, neboť pouze reagují na následky, ale neřeší příčiny. V kontrapozici s touto tolerancí nekvalitní legislativy lze poukázat na podněty komunitárního práva, když např. v rozsudku Evropského soudního dvora ve věci Komise vs. Nizozemí soud uzavřel, že není dostatečnou transpozicí směrnice práva, když členský stát nepřijme výslovnou úpravu a pouze spoléhá na dosažení účelu výkladem generálních klauzulí obsažených v národním právu.²⁵

4.5 PŘÍSTUP ZÁKONODÁRCE K PRÁVNÍMU POVĚDOMÍ (KE ZNALOSTI PRÁVA)

Shora uvedené úvahy se ubírali cestou spíše vlastností zákona, které jako samotný předpoklad určují, zda je objektivně možné právní normy znát. Nyní se pokusím poukázat i na obsahový aspekt zákonů, tj. zda zákonodárce po obsahové stránce skutečně vychází z principu Ignorantia legis neminem excusat.

Základní rovinu podal výstižně ve shora zmíněné práci z počátku roku 2000 Jiří Spáčil, když prostřednictvím institutu způsobilosti k právním úkonům vzájemně propojil pojem právního úkonu a rozumové vyspělosti osoby. Tímto (v kontextu díkce ust. § 130 odst. 1 ObčZ, kdy je dobrá víra podmíněna „zřetelem ke všem okolnostem“) odmítl zohledňování individuálních – subjektivních prvků osoby, když pouze taková osoba, která má dostatek rozumové vyspělosti (§ 9 ObčZ), může být způsobilá k právním úkonům. Nicméně je zdůraznit i jiné skutečnosti.

Nejdříve připomenu, že otázka způsobilosti k právním úkonům není „v celé šíři“ podmíněna rozumovou vyspělostí osoby, kdy základní hranice zletilosti (a tudíž plné způsobilosti k právním úkonům) je stanovena pomocí biologických parametrů a nikoli parametrů psychických (§ 8 odst. 2 ObčZ). Rozumová vyspělost je svou podstatou právní domněnka zletilých osob, což například výstižně podává návrh občanského zákoníku v ust. § 4 odst. 1 NOZ: „Má se za to, že každá svéprávná osoba má rozum průměrného člověka i schopnost užívat jej s běžnou péčí a opatrností a že to každý od ní může v právním styku důvodně očekávat.“ Na to, že se vlastně jedná o domněnku, ostatně logicky navazuje zákonodárce po obsahové stránce, když ve zvláštních předpisech uvažuje o situaci, kdy osoba

²⁵ Adinolfi, A. The Principle of Reasonableness in European Union Law. In Bongiovanni, G., Sartor, G., Valentini, Ch. (eds.) Reasonableness and law. Dordrecht: Springer, 2009, s. 383.

jinak způsobilá k právním úkonům z nejrůznějších důvodů podlehne rozumové slabosti (byť jen chvilkové, např. trestný čin lichvy dle ust. § 218 TZ).

Dále autorova výtka o nemožnosti zohlednění subjektivních prvků osoby při posuzování právního z toho důvodu, že dikce ust. § 130 odst. 1 ObčZ je vázána na „zřetel ke všem okolnostem“, nikterak neodůvodňuje závěr, proč by tato dikce měla být naplněna v případě nejasného znění zákona, ale naopak v případě jiného právního omylu nikoli. Autor tedy ve shora citované pasáži vede dělící linii, aniž by bylo hmatatelné, proč právě tímto místem je hranice vedena. Nejsm sto porozumět, proč právě jedny případy právního omylu omluvitelné jsou, a ty ostatní nikoli.

Nicméně i pokud bychom se s argumentací Jiřího Spáčila ztotožnili v tomto směru, tak s ním nelze souhlasit již v závěru, že právní řád sice poskytuje ochranu „nevyspělým“ osobám, nicméně tyto individuální aspekty jejich osobnosti nelze zohlednit. Právní řád totiž tyto aspekty umožňuje zohledňovat, a to nejenom na poli trestního práva. I ze samotného soukromého práva totiž lze vystopovat prvky, že i když zákonodárce osobám přiznává plnou způsobilost k právním úkonům, tak zohledňuje jejich individuální poměry. Například zákonem č. 367/2000 Sb. s účinností od 1. ledna 2001 bylo do ObčZ vloženo ust. § 53, které stanovuje povinnost dodavatele poskytnout spotřebiteli poučení o právu na odstoupení. Tedy zákonodárce výslovně předpokládá, že osoba (i když je plně způsobilá k právním úkonům) vzhledem k její pozici v daném právním vztahu nebude znát zákon a ta silnější strana je povinna jí takovéto poučení poskytnout. Tento zdánlivě nepatrný trend byl rovněž zachován v novelizaci provedené § 711 odst. 3 ObčZ zákonem č. 107/2006 Sb. s účinností k 31. březnu 2006, kdy byla uložena pronajímateli povinnost v případné výpovědi z nájmu bytu dát nájemci poučení o možnosti podání žaloby. Tedy opětovně zákonodárce předpokládal, že daná osoba znát zákon nebude, a tuto je potřeba příslušným způsobem poučit. Zákonodárce tedy rozlišuje situace osob a dovozuje z toho jakousi „omluvitelnou neznalost zákona“. Abych však autorovi nekřivdil, výslovně připomínám, že článek časově předcházal těmto novelizacím občanského zákoníku.

Tím se ovšem otázka přístupu zákonodárce k (ne)znalosti zákona zdaleka nevyčerpává. Navzdory poměrně striktnímu ust. § 2 ABGB o neomluvitelnosti neznalosti zákona například říšský zákon č. 113/1895 v ust. § 432 výslovně přikazoval poskytnout „stranám práva neznalým a advokátem nezastoupeným potřebný návod ku provedení jejich procesních úkonů a poučiti je o právních následcích spojených s jejich jednáními neb opomenutími.“ I když lze ve vývoji vystopovat nejrůznější momenty (od vztáhnutí poučovací povinnosti též na hmotné právo, tak naopak výjimku z obecné poučovací povinnosti z důvodu procesní ekonomie v případě vadného návrhu na odklad exekuce), tak bez ohledu na jejich věcnou správnost, či nikoli, lze z hlediska této práce uzavřít, že si je zákonodárce vědom existence osob neznalých práva. Přesto jim to však k tíži nedává, spíš naopak se je

naopak snaží chránit, aby z důvodů své psychické, či ekonomické slabosti neutrpěly újmu.

Konečně se zde zmíním o jistém paradoxu k přístupu k vědomosti práva. Na jedné straně totiž neochvějně praxe uplatňuje princip „Ignorantia legis neminem excusat“ vůči právním laikům. Na druhé straně zákonodárce výslovně předpokládá, že i zkušený právník s několikaletou praxí zákon znát nebude, resp. nedokáže správně uchopit obsah právní normy, a to ani ex post. Jde především o otázku opravných prostředků, kdy procesní předpisy operují s tím, že orgán I. stupně reprezentovaný právníkem s praxí, se může mýlit, když odvolacím důvodem je též mj. nesprávné právní posouzení věci. K tomu musíme připomenout též mimořádné opravné prostředky směrem k dovolacím soudům, které svým smyslem spočívají právě na řešení otázek právních, tedy odstranění nesprávného právního posouzení věci. Zde dokonce zákonodárce mnohdy předpokládá, že u těchto vrcholných orgánů rovněž může přijít k jisté formě neznalosti zákona, neboť se lze (samozřejmě za naplnění příslušných předpokladů) odklonit od předchozího právního názoru. Nadto nelze pominout řízení o případných ústavních stížnostech, či řízení o podáních k orgánům dle mezinárodních lidsko-právních dokumentů. Tedy, i když lze orgánům veřejné moci přičíst povinnost znát zákon („Iura novit curia“), tak zákonodárce sám předpokládá, že přece jenom „někdy“ tomu tak nebude. Vedle předpokládané neznalosti zákona samotnými právníky reprezentujícími orgány veřejné moci lze poukázat též na neznalost zákona samotným zákonodárcem. Jednak jde o teze rozvíjející oblast výkladu zákona, když dle Radbrucha interpret musí být moudřejší než zákon (zákonodárce).²⁶ Dokonce zákonodárce nemusí nutně znát ani samotný ústavní pořádek, když se předpokládá řízení o nesouladu právních předpisů s ústavním pořádkem.

V právním řádu tedy lze vystopovat značné množství situací, v nichž se předpokládá neznalost práva. Z pohledu laiků lze zdůraznit jakousi ochranou funkci ve vztahu osobám, u nichž je předpoklad znalosti práva spíše iluzorním jevem. Z pohledu srovnání nelze pak pominout paradox, kdy i odborník (právník z povolání) byť veden nejlepším vědomím a svědomím nutně nemusí znát právo. Princip „Ignorantia legis neminem excusat“ tak je skutečně principem, u něhož musíme posuzovat míru jeho uplatnění, a nelze jej chápat dogmaticky.

²⁶ Radbruch, G. Rechtsphilosophie. Studienausgabe. 2. Aufl., Heidelberg: Hrsg., Dreier, R., Paulson, S., C. F. Müller Verlag, 2003, s. 107. Citováno dle Holländer, P. Filosofie práva. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2006, s. 85

5. NABÍZEJÍCÍ SE ALTERNATIVY

Ze shora uvedeného je tedy zřejmé, že situace není vůbec lichotivá. Cestou ke zlepšení v zásadě může docházet, buď odstraněním příčin, které znemožňují naplnění principu, anebo naopak samotná limitace principu „Ignorantia...“ (tedy v podstatě jakési odstranění následků).

5.1 LIMITACE PRINCIPU „IGNORANTIA LEGIS NEMINEM EXCUSAT“

Samozřejmě otázka limitace principu je značně diskutabilní, neboť tento princip je nástrojem vymahatelnosti práva a v případě jeho výraznější limitace otevřeme jakousi Pandořinu skříňku, kdy jen stěží odhadneme konečné důsledky. Nicméně se dle mého názoru jedná o poměrně aktuální otázku, kterou bohužel neobratně zaměňujeme s jinými tématy a vytváříme tak zástupné problémy. Dle mého názoru je takovýmto zástupným problémem i otázka umělého kritéria o „nezávislosti soukromého práva na právu veřejném“ dle ust. § 1 odst. 1 věta druhá návrhu občanského zákoníku, kdy toto ustanovení dle mého názoru nereaguje na skutečnou podstatu věci²⁷ Skutečné těžiště této otázky leží dle mého názoru spíše někde jinde, přičemž jedním z aspektů (nikoli jediným) je právě otázka objektivní nemožnosti poznání celého právního řádu. Domnívám se, že relativně výmluvným příkladem je praxe německých soudů, kdy je sice obecně neplatnost právního úkonu objektivní kategorií (tj. nezávislou na vědomosti příslušného zákonného zákazu, tedy neznalosti zákona), nicméně případné porušení devizových předpisů vede k neplatnosti právního úkonu pouze tehdy, pokud se jednalo o „vědomé“ porušení zákona všech stran právního úkonu²⁸ a touto cestou je formulováno jakési subjektivní pojetí sankce neplatnosti právního úkonu (ačkoliv pouze jako výjimky z obecného pravidla).

Dalším přístupem k limitaci předmětného přístupu by bylo poněkud drastické řešení prostřednictvím omezení způsobilosti jednotlivce k právním úkonům. Z jistého úhlu pohledu totiž nelze přehlédnout fakt, že jednotlivce objektivně vzato není schopen právní normy (či zákony) znát, a v důsledku toho vlastně trpí újmu na svých právech. Omezení způsobilosti k právním úkonům tedy v podstatě chrání jednotlivce před sebou samým. Bohužel se s čím dál složitějším světem (myšleno jak do oblasti skutkových otázek, tak i právních) pojí opačný trend snižování požadavků na způsobilost k právním úkonům

²⁷ Tvůrci v důvodové zprávě vedou argumentační linii v tom směru, že nikoli každé porušení „veřejnoprávního“ předpisu má vést k neplatnosti právního úkonu. Jde však dle mého názoru o dělicí linii nesprávnou, což dokládá již skutečnost, že ani porušení „soukromoprávního“ předpisu nemusí nutně způsobovat neplatnost právního úkonu. Srov. např. § 66 odst. 7 ObchZ

²⁸ srov. pozn. pod čarou č. 66 In Salač, J.: Rozpor se zákonem. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 35

(od tendencí snižování věkové hranice pro trestně-právní odpovědnost až po snahu emancipování nezletilých osob v návrhu občanského zákoníku), kdy navíc jde o přístupy nahodilé bez koncepčního uchopení (viz. způsobilost k hmotně-právním pracovním vztahům již od 15 let věku, kdy je však paradoxně v případě procesně-právního vztahu např. o dlužnou mzdu takováto nezletilá osoba bez procesní způsobilosti).

5.2 ODSTRANĚNÍ PŘÍČIN

Faktem nicméně zůstává, že bychom se měli spíše orientovat na odstranění příčin, které celkovou situaci vyvolávají, neboť především tato otázka vyvolává nedůvěru jednotlivce ve stát a popírá legitimitu moci. Jak již se ze shora uvedeného nástinu nejfrekventovanějších příčin podává, tak základem je stav legislativy, který zdaleka nelze označit za ideální. Reálnou protiváhou zákonodárci v tomto procesu hrají vrcholné orgány soudní moci, které však přistupují k zákonům zdrženlivě a k rušení právních předpisů přistupují ojediněle. Tímto se ovšem dostáváme dále do spirály nekvalitního zákonodárství, neboť v důsledku tohoto právní předpisy věrně nevyjadřují samotné právní normy. V tomto směru pak vlastně právní předpisy postrádají svou funkci, neboť jejich primární funkcí je být věrným nosičem právní normy. Jedním z řešení tak je vyvíjení většího tlaku na zákonodárce ze strany soudní moci.²⁹ Je spíše iluzorním se domnívat, že by takovýto efektivní tlak na zákonodárce mohli vyvíjet jednotlivci cestou formálních institucí parlamentní demokracie, což asi nelze očekávat ve zvýšené míře ani od prostředků občanské společnosti.

Dalším přístupem by mohlo být uchopení práva jako jednoho z vícerých normativních systémů. To může mít jednak cestu spíše formální, anebo naopak materiální. Cestou formální mám na mysli vstřebáním jiných normativních systémů do právního řádu. Je tedy možno formulovat nově otázku pramenů práva, kdy formulace těchto postulátů leží na bedrech právní vědy a vrcholných článků soudní moci a připustit tak morálku, náboženství, či zvyky (obyčeje) jako pramen práva ve formálním smyslu. Zmíněné absorbování jiných

²⁹ Nekvalitní zákonodárství obecně snižuje vymahatelnost práva. Nadto však nastupuje nebezpečná spirála nevymahatelnosti práva, neboť nejde jenom o to, že jednotlivec v pozici laika nemá objektivně možnost se obsahem právní normy seznámit. Zpětně totiž i samotný soudce jako profesionál je vystaven zvýšenému riziku nesprávnosti právního názoru, čehož následkem je zrušení rozhodnutí a vrácení věci k novému projednání. Totéž mutatis mutandis platí i ve vztahu k advokátovi, který má velmi omezenou možnost odhadnout míru úspěchu případné žaloby. Důsledkem nepředvídatelnosti pak není nic jiného, než cyklické soudní spory – ať po vrácení věci vyšším soudem, či podáváním nedůvodných žalob – což nevede k ničemu jinému, než zbytečnému zatěžování soudů, a tedy průtahům ve věcech, které by naopak pozornost zasluhovali. Tedy spirála nízké vymahatelnosti práva se v případě tolerance nekvalitní legislativy pouze více roztáčí.

normativních systémů právem je též možné učinit výslovnými odkazy právních předpisů na tyto normativní systémy (tj. užití odkazů na zvyklost, obvyklost, dobré mravy apod.).

Tímto formálním přístupem bychom si ovšem v současné době příliš nepomohli, neboť zbytečně budeme odkazovat na normativní systémy, které dost dobře nefungují. Mám tím na mysli především jakousi nefunkčnost etických pravidel ve společnosti. Ztotožňuji se ve výrazné míře s Jellinkovou tezí, že právo je minimem morálky ve společnosti.³⁰ Domnívám se tedy, že stát formuje (resp. by měl formulovat) jako právo takovou část morálky (resp. morálního povědomí), které je z pohledu společnosti nezbytným minimem. Jednoduše řečeno: zákonodárce musí do právních předpisů vtáhnout jiné společenské normativní systémy (tedy shora zmíněný materiální přístup). Zde ovšem nastává zmíněný problém jakési nefunkčnosti. Současný stav společnosti mi totiž připomíná situaci, kterou s posteskem popisoval Rudolf Jhering³¹, když na jedné straně o své právo nebojujeme a na druhé straně své práva zneužíváme. Chybí jakýsi otevřený čestný přístup k ochraně svých zájmů. Bohužel jde o smutný fakt. V západních krajinách Evropy se běžně setkáváme s volným nikým nestřeženým prodejem novin, kdy po vhození mincí si je možno odebrat noviny z přístroje. Praxe je taková, že zpravidla si obyvatelé těchto západních krajin vezmou jeden výtisk, který si zaplatili. Obávám se, že v našich zeměpisných podmínkách bychom se jen stěží ubránili snaze vzít si více výtisků, a to i tehdy, pokud by nám k ničemu nebyly. Ostatně jde o skutečnost možnosti vzetí si igelitových tašek v nákupních domech, kde tyto tašky byly volně k dispozici. Nebylo bohužel žádným překvapením, že jsme si takovéto tašky brali, i když nám byly k ničemu. Tyto zdánlivě mimoprávní

³⁰ Názory Viktora Knappa o obsahové morální indiferentnosti části právních norem v plné míře nesdílím, neboť i Knappem prezentované pravidlo jízdy vpravo má svůj morální/etický rozměr, i když nemusí být patrný na první pohled (a dokonce i když to nemusí být právě primárním smyslem právní normy). Stačí se na předmětnou normu podívat z hlediska, že zakazuje jednotlivci sobeckou jízdu „po celé cestě“, či libovolně kde se nám zachce. Nesmíme tedy přehlížet ani samotnou modalitu právní normy, kdy příkaz jízdy vpravo nezahrnuje pouze zákaz jízdy vlevo, ale zákaz jízdy kdekoliv jinde než vpravo. Morálně indiferentní je pravidlo spíše v tom smyslu, že je lhostejným, zda budou osoby jezdit vpravo, či vlevo. O úplnou absenci morálního rozměru ovšem nejde. Totéž lze vztáhnout i na pravidlo o nevcítání dnů poštovní přepravy do procesních lhůt. Zde si lze mj. klást z hlediska morálního otázku, zda soud může – jakožto orgán veřejné moci reprezentující stát – spravedlivě na účastníka přenášet odpovědnost za to, že státem pověřený orgán písemnost doručí až s odstupem času. Obdobně lze dle mého názoru interpretovat rovněž Knappem uváděný případ jateční velikosti dobytka v souvislosti s problémy nacistické právní filozofie. Srov. Knapp, V.: *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 85, anebo Knapp, V.: *Problém nacistické právní filozofie*. Dobrá Voda: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2002, reprint původního vydání z roku 1947.

³¹ Jhering, R.: *Boj o právo – Právní věda všedního dne*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, 154 s.

skutečnosti všedního dne ve skutečnosti jak praktiky, tak i teoretiky denně trápí. Jak se bránit výkonu práv spotřebitelem, kdy tito si prostřednictvím prostředků dálkové komunikace „koupí“ zboží, a následně ve 14 denní lhůtě pro odstoupení zboží vrátí. Své právo vrátit zboží z „nevědomosti“ tak spotřebitelé bohužel zneužívají k bezplatné výpůjčce zboží na krátkou dobu, což je patrné u zboží sezónního (stany apod.). Naopak dodavatelé neznalého a nadšeného spotřebitele nejednou překvapí neúplností informací (např. uváděním „základních“ cen, ke kterým je nutné připočíst ne jeden poplatek).

Právní řád je prostředkem k formování chování společnosti, nikoli však jediným, a nikoli soběstačným. Pokud je společnost ve velké míře „nemorální“, tak jí nepomůže ani sebedokonalejší právní předpis. Nutně tedy k fungování právního řádu potřebujeme i jakési etické portfólium. Je proto ideální, pokud právní řád reaguje na jiné společenské systémy. Je ideální, pokud se navzájem tyto systémy doplňují. Je sice zajímavým názor Hayeka³², abychom opustili zákonodárství a abychom se spolehli na společnost samu, která si spontánní řády vytvoří sama. Ovšem Hayek jako kdyby opomíjel skutečnost, že úspěch této myšlenky závisí i na tom, do jaké míry ony spontánní řády budou morální apod. Převáděno do oblasti práva, i takový spontánní řád peněžních ústavů, které jednostranně v průběhu právního vztahu mění jeho obsah (viz. nejruznější jednostranné oznámení o změně úrokových sazeb mimo smluvní úpravy v podobě inflačních doložek apod.) jsou skutečně spontánními řády. O morálnosti a správnosti tohoto „právního obyčeje – zvyku“ lze však zjevně pochybovat, neboť je patrný rozpor se soukromoprávní metodou regulace. Na jedné straně tak neobstojí ani samotné spontánní řády a je potřeba cíleného zákonodárství, které působí jako vymahatelný korektiv společenského spontánního jednání. Na druhé straně se ani tento korektiv neuspokojí sám se sebou a potřebuje nutně jakési spontánní řády.

Nemá tedy smysl vytvářet obsáhlé množství právních předpisů a tyto předpisy vymáhat s odkazem na princip „Ignorantia legis neminem excusat“. Významný prvek totiž spočívá ve společnosti samé a v tomto směru musíme i k samotnému právnímu řádu přistupovat. Musí jít o výraz společenského citění. Možná toto společenské citění mají na mysli autoři, kteří protestují proti bezduché aplikaci gramatického výkladu právních předpisů, a naopak zdůrazňují potřebu výkladu teleologického apod. Jak se ale bohužel se shora uvedeného nástinu podává, naše společnost v tuhle chvíli nedisponuje „morálně správnými“ společenskými normativními systémy. Patrně by bylo možné poukázat na Masarykův názor, že k vyspění společnosti v rozvinutou demokratickou společnost (s občanskou odvahou, iniciativou a odpovědností) je potřeba padesát let, a tedy zázraky očekávat již v tuto chvíli patrně nelze.

³² Hayek, F. A.: Právo, zákonodárství a svoboda. Přeložil Tomáš Ježek, Československá akademie věd. Praha: Academia, 1991, 131 s.

Jedním z nabízejících se řešení je tedy zvyšování právního povědomí, ale to však ne cestou memorování právních předpisů. Cesta by se spíše měla ubírat zvyšováním morálního kreditu společnosti a sbližováním práva a morálky, tedy absorbováním morálky v uvedeném materiálním smyslu. Jak ovšem zvýšit morální kredit společnosti tam, kde chybí dostatečně morálně akreditované vzory. Jistě nepochybně platí výrok Joseph de Maistre (odpůrce francouzské revoluce z přelomu 18. a 19. století): „Národ má takovou vládu, jakou si zaslouží.“; proces je však obousměrný. Proto platí i naopak, že pokud jsou postrádány morálně akreditované vzory, a společnost pouze vidí, jak vládnoucí elita bez odpovědnosti vystupuje nemorálně, tak se logicky i jednotlivec uchyluje k nemorálnímu jednání, a to jak ve vztahu k veřejné moci (oblast veřejného práva), tak i ostatním jednotlivcům (soukromé právo). Jedním z projevů je pak i skutečnost, že jednotlivec vůbec nemá zájem zjišťovat obsah právního řádu, či jej snad přímo dodržovat, a naopak se vždy zajímá pouze o osobní okamžitý prospěch. Proto pokud chceme hovořit o povinné znalosti zákona (resp. ji nekompromisně vyžadovat), tak nutně musíme nejdříve dosáhnout společné morální a hodnotové základny, neboť právo si samo nevystačí.

Konečně z důvodu jakési komplexnosti pojednání stručně poukážu i na možnost zvyšování právního povědomí. Zvyšování kapacity výuky v rámci obecného vzdělání je absurdností. Jakési samostudium je rovněž iluzorní. Příliš mnoho nemůže očekávat ani od toho, abychom se naučili chodit pro právní pomoc tak, jak chodíme pro pomoc lékařskou, neboť přichází v úvahu spíše ve finančně náročnějších otázkách a spíše ex post.

6. ZÁVĚR

Princip Ignorantia legis neminem excusat je nástrojem vymahatelnosti práva. Nikdy však nebyl bezvýjimečný. Vývoj společnosti nás nutí poohlédnout se, zda má být princip skutečně platný i nadále, resp. jak odstranit nežádoucí důsledky, popřípadě též, jak nastavit tomuto principu vhodné podmínky. Striktní uplatňování principu za účelem vymáhání práva působí kontraproduktivně, když dochází ke ztrátě legitimacy zákonodárce.

Jedním z přijatelných řešení je uplatnění subjektivních právních konstrukcí zdůrazňujících vědomost (tedy včetně vědomosti právní normy) jako předpoklad právního následku, neboť dosavadní přístup zákonodárce není zcela koncepční. Méně přijatelným řešením je taktéž přístup k samotné způsobilosti k právním úkonům tak, aby korespondovala se znalostí zákona (právních norem).

Dalším způsobem je vytvoření samotných předpokladů k tomu, aby bylo možno spravedlivě předmětný princip aplikovat. V tomto směru je ovšem nutné vyvíjet větší tlak na zákonodárce, jelikož jeho činnost nelze hodnotit právě nejlépe, přičemž efektivním protihráčem zákonodárci jsou toliko soudy. Dále si je nutné uvědomit, že těžištěm

práva je ovšem sama společnost a právo samo o sobě si nevystačí. Proto se jako další možnost nabízí sblížení práva a morálky (resp. jiných společenských normativních systémů), což ovšem nelze učinit ze dne na den, neboť středoevropské státy v nedávné době prošly výraznou společenskou změnou a morálně nejsou plně identifikovány.

Literature:

- Adinolfi, A. The Principle of Reasonableness in European Union Law. In Bongiovanni, G., Sartor, G., Valentini, Ch. (eds.) Reasonableness and law. Dordrecht: Springer, 2009, s. 383.
- Baňouch, H.: Ústavní soudkyně Eliška Wágnerová a některé inovace v českém právu. In Kokeš, M. – Pospíšil, I. (ed.) In dubio pro libertate. Úvahy nad ústavními hodnotami a právem. Pocta Elišky Wágnerové u příležitosti životního jubilea. Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 41 – 43.
- Filip, J.: Ústavní právo České republiky. 4. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2003, s. 30.
- Hajn, P.: Advokátovo Listování „Lidovkami“. Bulletin advokacie, rok 2006, č. 11 – 12, s. 132.
- Harvánek, J.: Teorie práva. Brno: Masarykova univerzita, 2002, s. 170.
- Hayek, F. A.: Právo, zákonodárství a svoboda. Přeložil Tomáš Ježek, Československá akademie věd. Praha: Academia, 1991, 131 s.
- Hendrych, D. a kol.: Právní slovník. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 277.
- Holländer, P.: Interpretace ústavního práva: metodologický hlavolam? In Pocta Vladimíru Mikule, ASPI Publishing, 2002, s. 47 a násl.
- Holländer, P. Filosofie práva. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2006, s. 85.
- Jhering, R.: Boj o právo – Právní věda všedního dne. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, 154 s.
- Kabátová, M.: A teď budeme kouřit nesmysly EU... Lidové noviny ze dne 25. října 2011, s. 4.
- Kincl, J., Urfus, V., Skřejpek, M.: Římské právo. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 55 a násl.
- Knapp, V.: Teorie práva. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 85.
- Knapp, V.: Problém nacistické právní filosofie. Dobrá Voda: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2002, reprint původního vydání z roku 1947.
- Koschin, Z.: Malá reminiscence. Bulletin advokacie, rok 2010, č. 12, s. 56.
- Pelikánová, I.: Rozum, právo a interpretace. Bulletin advokacie, 2010, č. 12, s. 23 a násl.

- Rott-Pietrzyk, E. Klauzula generalna rozsudku w prawie prywatnym, 1. vyd. Warszawa: C. H. Beck, 2007, s. 94.
- Rouček, F., Sedláček, J. a kol. Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému. Praha: Nakladatelství V. Linhart, 1935, s. 89, reprint původního vydání nakladatelství CODEX Bohemia, s.r.o. v roce 1998.
- Salač, J.: Rozpor se zákonem. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 35.
- Spáčil, J. Neznalost zákona, právní omyl a oprávněná držba. Právní rozhledy, 2000, č. 5., s. 190.
- Švestka, J., Spáčil, J., Škárová, M., Hulmák, M. a kol.: Občanský zákoník II. komentář. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 1637.
- Zimmermann, R.: The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition. Cape Town, Wetton, Johannesburg: Juta and Co, Ltd, 1992, s. 605.

Contact – email

rozboramarian@seznam.cz

PERSPECTIVES FOR THE EUROPEAN OPTIONAL INSTRUMENT REGARDING COMMON LAW OF CONTRACTS

MACIEJ ZACHARIASIEWICZ

Koźmiński University Law School, Poland

Abstract in Polish

Jedenastego października 2011 r. Komisja przedstawiła projekt rozporządzenia ws. wspólnych, europejskich przepisów sprzedaży. W niniejszym artykule zamieszczono kilka krytycznych uwag w odniesieniu do wariantu wybranego przez Komisję. W szczególności jest wątpliwe, czy instrument opcjonalny, który tak dalece zdominowany jest przez "optykę konsumencką" ma jakiegokolwiek szanse na akceptację w praktyce obrotu gospodarczego. Skuteczniejszym rozwiązaniem byłoby rozdzielenie przepisów z zakresu ochrony konsumenta od ogólnych norm prawa umów. Te pierwsze powinny się znaleźć w dyrektywach. Zaś ten drugi typ - w instrumencie opcjonalnym. Słusznym jest natomiast skupienie się na ochronie słabszej strony umowy poprzez zachowanie ogólnej równowagi kontraktowej pomiędzy stronami.

Key words in Polish

Europejskie prawo umów; rozporządzenie w sprawie wspólnego prawa sprzedaży; harmonizacja prawa prywatnego.

Abstract

On 11th October 2011 Commission presented a draft of the Regulation concerning Common European Sales Law. The present paper makes certain critical remarks as to the approach taken by the Commission. In particular, it is questionable whether the optional instrument that is to such a large extent dominated by "consumer optics" has any potential of being successful in business relationships. A more effective solution would be achieved by distinguishing between the consumer protection rules and the general rules of contract law. The first type of rules should be contained in the directives. The second type - in the optional instrument. It is however justified to focus on the interests of the weaker parties by securing general contractual balance between the parties.

Key words

European contract law; Common European Sales Law; harmonization of private law.

1. A BIT OF THE HISTORY - WHAT HAS BEEN ACHIEVED SO FAR

The vision of a common, European private law has been discussed in various corners of our continent for several years. It seems that the very idea of a European Civil Code dates back as far as the mid-twenty century.¹ The first modern, comprehensive endeavour to prepare common principles and rules of European contract law was attempted in the 1980s when the ‘Lando Commission’ commenced its work. More than a decade later, it resulted in publishing the Principles of European Contract Law (“PECL”).²

Meanwhile, political impetus came from the European Parliament, which in 1989 declared its support for the idea of a European Civil Code,³ and later – already after PECL was published – from the European Commission. The Commission has proposed a roadmap for the harmonization of European contract law, indicating the various choices that could be taken to that effect (Commission’s Communications: European Contract Law of 2001,⁴ the Action Plan of 2003⁵ and The Way Forward of 2004⁶). However, it abandoned the idea of a European Civil Code. The Commission has announced that its priority will be to create a Common Frame of Reference – a set of rules and principles of private law. This was to at least enhance the quality of the already existing and future EU legislation in the area of private law or – in a more ambitious version – to provide a basis for the ‘Optional Instrument’, which the parties could choose to govern their relationship. The project was carried out by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on Existing EC Private Law (the ‘Acquis Group’), which in 2009 presented the final Draft of a Common Frame of Reference (DCFR), being an academic set of

¹ LEGRAND P., *Against a European Civil*, p. 59. It is also worth mentioning that a proposal to prepare a pan-Slavic Civil Code was formulated by the Polish scholar R. Longchamps de Berier in 1933 on the Congress of Slavic Lawyers. See MAŃKO R., *Unifikacja europejskiego prawa prywatnego z perspektywy społeczeństwa polskiego*, fn. 5.

² LANDO O. & BEALE H. (eds), *Principles of European Contract Law*.

³ Resolution of the European Parliament of 26 May 1989, *Endeavours to Harmonize Private Law in the Member States*, OJ 1989 C 158/400.

⁴ Communication from the Commission on European Contract Law of 11 Jul. 2001, COM(2001) 398 final.

⁵ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council of 15 Mar. 2003 – *A More Coherent European Contract Law, An Action Plan*, O.J. 2003 C 63/1.

⁶ Communication from the Commission on European Contract Law and the Revision of the Acquis of 11 Oct. 2004: *The Way Forward*, COM(2004) 651 final.

principles, definitions, and model rules of European private law.⁷ DCFR constitutes a comprehensive body of model rules that might serve as basis for a common European contract law or – in future – even a European Civil Code, since it contains not only rules of contract law but also other types of obligations (torts in particular), property law, including proprietary security, and trusts.

The vision of harmonization of European private law, and the European contract law in particular, has given rise to much debate and – as one author has put it⁸ – to ‘an avalanche of scholarly publications’.⁹ Most of the authors favour the harmonization of the

⁷ VON BAR CH., CLIVE E., SCHULTE NÖLKE H. et al. (eds), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)* (the principles are contained in the Outline Edition and they are supplemented by extensive commentary in the Full Edition).

⁸ SMITS J., *A European Private Law as a Mixed Legal System: Towards a Ius Commune through the Free Movement of Legal Rules*, p. 328.

⁹ See e.g. BROWNSWORD R., MICKLITZ H-W., NIGLIA L., WEATHERILL S. (eds), *The Foundations of European Private Law*; SCHULZE R., SCHULTE-NÖLKE H. (eds), *European Private Law – Current Status and Perspectives*; HARTKAMP A.S., VON BAR CH. et al (eds), *Towards a European Civil Code*; GRUNDMANN S., *The Future of Contract Law*, p. 490; VAN DEN HEIJDEN M-J., KEIRSE A.: *Selecting the Best Instrument for European Contract Law*; WHITTAKER S., *The Optional Instrument of European Contract Law and Freedom of Contract*, p. 371; RIESENHUBER K., *A Competitive Approach to EU Contract Law*, p. 115; HOWELLS G., *European Contract Law Reform and European Consumer Law – Two Related But Distinct Regimes*, p. 173; AUGENHOFER S., *A European Civil Law – for Whom and What Should it Include? Reflections on the Scope of Application of a Future European Legal Instrument*, p. 195; MUAGERI M., *Is the DCFR ready to be adopted as an Optional Instrument?*, p. 219; TWIGG-FLESSNER CH., *Good-Bye Harmonisation by Directives, Hello Cross-Border only Regulation? – A way forward for EU Consumer Contract Law*, p. 235; MAK V., *Policy Choices in European Consumer law: Regulation through Targeted Differentiation*, p. 257; HESSELINK M., *Five political ideas of European contract law*, p. 295; CRISTAS A., *Green Paper on Policy Options for Progress Towards a European Contract Law for Consumers and Businesses What do we want?*, p. 314; CARTWRIGHT J., *Choice is Good. Really?*, p. 335; PICAT M., SOCCIO S., *L’Harmonisation d’un droit Européen des contrats: fiction ou réalité?*, p. 371; VOGENAUER S., *Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law?*, p. 143; HESSELINK M., *The Consumer Rights Directive and CFR: Two Worlds Apart?*, p. 290; LANDO O., *Culture and Contract Laws*, p. 1; HESSELINK M., *European Contract Law: a Matter of Consumer Protection, Citizenship, or Justice?*, p. 323; LURGER B., *The Future of European Contract Law between Freedom of Contract, Social Justice, and Market Rationality*, p. 442; SCHULZE R.,

national private laws of the EU Member States in one form or another, or at least agree that more coherence should be introduced to EU legislation in the area of private law. There are some who have shown a favourable attitude towards the most ambitious option, that is, the European Civil Code,¹⁰ although such an alternative is strongly opposed by others (who sometimes refer to it as a ‘diabolic idea’)¹¹ and generally considered to be unrealistic or at least premature at the present stage. Some favour the ‘American way’, namely the ‘soft’ harmonization through restatements and model laws that would gradually be adopted by Member States and naturally allow the national laws to grow more and more similar.¹² To a similar effect, there are some authors who advocate adopting the optional contract law instrument as a temporary measure, but insist that the final outcome of the harmonization process should be a unified, binding set

European Private Law and Existing EC Law, p. 3; HEISS H., DOWNES N., Non Optional Elements in an Optional European Contract Law, p. 693; GRUNDMANN S., The Optional European Code on the Basis of the *Acquis Communautaire*—Starting Point and Trends, p. 709; ZENO-ZENCOVICH V., VARDI N., EU Law As a Legal System in a Comparative Perspective, p. 205; HARTKAMP A., JOUSTR C. (eds), *Towards a European Civil Code*; TRUILHÉ-MARENGO E., *Towards a European Law of Contracts*, p. 463; VON BAR CH., *A Plea for Drafting Principles of European Private Law*, p. 100; CÁMARA LAPUENTE S., *The Hypothetical European Civil Code: Why, How, When?*, p. 89; LANDO O., *The Future Development of European Contract Law*, p. 99; GRUNDMANN S., STUYCK J. (eds), *An Academic Green Paper on European Contract Law*. The topic of Europeanization of private law has also been often discussed in the Polish doctrine. See e.g. OSAJDA K., *Perspektywy europejskiego prawa umów: Zielona Księga Komisji Europejskiej o Europejskim Prawie Kontraktów*, p. 19; CAŁUS A., *Umocowanie do zbliżenia prawa prywatnego państw członkowskich w prawie Unii Europejskiej*, p. 133; ZOLL F., *Europejski kodeks cywilny - wokół wizji nowego prawa prywatnego dla Europy*, p. 16; ZACHARIASIEWICZ M.A., *Konwencja wiedeńska o międzynarodowej sprzedaży towarów a Reguły UNIDROIT i Zasady Europejskiego Prawa Umów (ze szczególnym uwzględnieniem problematyki odpowiedzialności kontraktowej dłużnika)*, p. 29; PISULIŃSKI J., *O możliwości stworzenia zasad europejskiego prawa zobowiązań umownych*, p. 121; KUROWSKA A., *Analiza instrumentów prawnych umożliwiających wprowadzenie jednolitych zasad w zakresie prawa umów*, p. 63.

¹⁰ VON BAR CH., *Paving the Way Forward with Principles of European Private Law*, p. 137; LANDO O., *Why Does Europe Need a Civil Code*, p. 207.

¹¹ LEGRAND P., *A Diabolic Idea*, p. 245.

¹² E.g. ZOLL F., *Europejski kodeks cywilny*, 29. From his later statements made publicly at various conferences and seminars, it seems however that the author has shifted more towards a position favouring a binding European instrument in the area of contract law.

of rules that applies irrespective of the parties' choice.¹³ Others have underlined the benefits of the competition between the various sets of rules on private law¹⁴ or advocated for the free movement of legal rules.¹⁵ Along these lines the idea of an optional contract law was developed, although there are some who have argued that yet another set of rules cannot adequately deal with the problem of the legal diversity that constitutes an obstacle to the functioning of the internal market.¹⁶

European Union on the other hand pursues its own goals. Above all, it aims at removing obstacles in the internal market and in that way attempts to stimulate trade between Member States. The recent initiative that helped to move things forward¹⁷ was the Green Paper on Policy Options for Progress Towards a European Contract Law published by Commission in June 2010, where it laid down policy options for the development and harmonization of the European contract law.¹⁸ The document as such could hardly be seen as a revolution. As explained by the Commission, it was 'to set out the options on how to strengthen the internal market by making progress in the area of European Contract Law'. Again, as in 2003–2004, the policy options for the development and harmonization of the European contract law were set, but no definite answers were advocated. The options defined by the Commission were many and stretched from very modest solutions to the most ambitious concept of the European Civil Code. More specifically, Commission has proposed the following options: (1) publishing the results of the work carried out by the Expert Group on European Contract Law (yet another group of experts established in order to assist the Commission in drafting the new legal instrument),¹⁹ (2) adopting the legislator's 'toolbox', (3) Commission Recommendation on European Contract Law (encouraging the Member States to incorporate the instrument into their national laws), (4) regulation setting up an optional instrument of European Contract Law, which the parties could choose

¹³ PICAT M., SOCCIO S., *L'Harmonisation*, p. 409.

¹⁴ For example, GRUNDMANN S., *The Optional*, p. 709.

¹⁵ SMITS J., *A European Private*, p. 328.

¹⁶ SEFTON-GREEN R., *Choice, Certainty and Diversity: Why More is Less*, p. 134.

¹⁷ HONDIUS E., *Towards a European Civil Code*, p. 5; AUGENHOFER S., *A European Civil Law*, p. 196.

¹⁸ Communication from the Commission of 1 Jul. 2010 (Green Paper from the Commission on Policy Options for Progress Towards a European Contract Law for Consumers and Businesses), COM(2010) 348 final.

¹⁹ Expert Group was founded by a Decision of 26th April 2010, O.J. L 105, 27.4.2011, p. 109.

to govern their relationship, (5) directive or (6) regulation on European Contract Law replacing national laws, and (7) the European Civil Code covering not only contracts, but also other types of obligations.

What has changed since 2003–2004 was the amount of comparative work that has been done by various expert groups, including in particular DCFR (but also other important efforts). In that way or another, the Commission felt it is crucial to take advantage of the results of work prepared by experts and propose a concrete measure in the field of contract law. Launching the public consultation process and inviting various stakeholders to comment on the available choices, the Commission has undertaken to propose further action by 2011–2012. While the Commission declared that it has not taken any decisions as to the policy option that was to be proposed, it was quite clear that the favoured choice was the ‘optional instrument’.

Proceeding under a tight time schedule imposed by the Commission,²⁰ Expert Group has presented a draft of an instrument in the area of contract law (that was to constitute the basis for the further Commission’s proposal) on 3rd of May 2011. The working name of the document is the “Feasibility Study for a Future Instrument in European Contract Law” (“Feasibility Study”).²¹

Finally, on 11th October 2011, in accordance with earlier announcements, Commission has presented its own proposal of the optional instrument relating to the sales contract – the “Common European Sales Law” (“CESL”).²² This draft will now be discussed in the EU legislative procedure.

2. THE BASIC FEATURES OF THE COMMON EUROPEAN SALES LAW

It is not the purpose of the present paper to provide a thorough analysis of the provisions of CESL that relate to its scope of application, manner in which it will be applied or its substantive rules. The very fundamental features on which the proposal is based should

²⁰ Cf. RIESENHUBER K., *A Competitive Approach*, p. 115.

²¹ Commission Expert Group on European Contract Law, *Feasibility Study for a Future Instrument in European Contract Law*, 3.05.2011 (available at: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf).

²² Proposal For a Regulation of the European Parliament And of the Council On a Common European Sales Law, COM(2011) 635/4 (available at: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:EN:PDF>).

however be presented in order to allow for the discussion that will follow later on.

First of all, it should be explained that the Commission's proposal have taken a form of a regulation, which means that it will be directly applicable and binding in all Member States as soon as it enters into force after its publication in the EU Official Journal. However, the Regulation itself contains only the provisions relating to objectives and subject matter of the proposal, as well as to the scope of its application and an agreement of the parties to use CESL. This is referred to as the Chapeau of the Proposal. All of the substantive rules relating to the sale of goods, supply of digital content and related services are contained in Annex 1, which constitutes the actual Common European Sales Law.

Importantly, CESL constitutes an optional instrument, i.e. it will only apply if chosen by the parties in their contract.²³ It is based on the opt-in system, which means that the parties have to actively opt into the instrument (as opposed to the opt-out system under which a given set of rules applies, if the parties fail to exclude it²⁴). Moreover, as underlined by the Commission, CESL will constitute a 2nd contract law regime within the national law of each Member State²⁵ and not an independent 28th legal system within EU. Therefore, a choice of CESL is not to be a genuine choice of applicable law as understood by private international law, but rather a choice between two different sets of sales law within the same national legal system.²⁶ It does not dispense with a necessity to choose the applicable law of a given state, if the parties wish to locate their contract within a particular national legal system. Furthermore, it does not affect manner in which Regulation Rome I operates.²⁷

If looked at in light of harmonization efforts of private law in Europe and particularly taking into account the ambitious plans to create a common European contract law, the Commission's Proposal seems rather modest in its scope. This is because CESL only covers²⁸

²³ See article 3 of the Proposal's Chapeau.

²⁴ For example CISG is based on the opt-out system. See the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Vienna, 11 April 1980, UN Document Number A/CONF 97/19, 1489 UNTS 3 (http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html).

²⁵ Explanatory Memorandum to Proposal For a Regulation of the European Parliament And of the Council On a Common European Sales Law, COM(2011) 635/4, p. 6.

²⁶ Explanatory Memorandum, p. 6, supra n. 25.

²⁷ Explanatory Memorandum, p. 6, supra n. 25.

²⁸ Article 5 of the Proposal's Chapeau.

contract for the sale of goods,²⁹ contracts for the supply of digital content³⁰ and related service contracts, if they are directly and closely related to specific goods or digital content.³¹ Basically therefore, CESL is a sales law instrument. It is also made clear that CESL cannot be applied for mixed-purpose contracts including any elements other than the sale of goods, the supply of digital content and the provision of related services.³²

CESL – at least as the proposal stands at the present - can only be used in cross border contracts and not in purely domestic transactions.³³ A cross border nature of the contract is determined by the parties' habitual residence,³⁴ understood as the place of central administration in case of the companies and other corporate or unincorporated bodies, and as principal place of business in case of a trader who is a natural person.³⁵ However, with respect to the consumer, it is not the actual habitual residence that matters but rather the address indicated by the consumer, either as his or her general address or the delivery address for goods or the billing address.³⁶

CESL may be applied both in B2C and B2B contracts. Thus, after considering various arguments, the Commission has decided that the optional instrument should not be limited to the consumer contracts but should also be available in the transactions between businesses. There are two limitations in that respect however. First, the seller must always be a trader, while the other party (buyer) might be either a trader or a consumer.³⁷ Second, in B2B contracts, CESL may only be

²⁹ Since as pointed out by the Commission: “this is the economically single most important contract type which could present a particular potential for growth” (para. 16 of the motives contained in the Preamble to the Proposal) and this was the type of a contract preferred by most of the interested parties that responded to the Green Paper (see Explanatory Memorandum, at p. 7, supra n. 25).

³⁰ Contract for the supply of digital content is covered by CESL irrespective of whether the content is provided in a tangible medium. Proposal thus covers contracts related to the transfer of digital content for storage, processing or access, and repeated use, such as a music download. See para. 17 of the motives contained in the Preamble to the Proposal.

³¹ Para. 19 of the motives contained in the Preamble to the Proposal.

³² Article 6 of the Proposal's Chapeau.

³³ Article 4 of the Proposal's Chapeau.

³⁴ Article 4(2) of the Proposal's Chapeau.

³⁵ Article 4(4) of the Proposal's Chapeau.

³⁶ Article 4(3)(a) of the Proposal's Chapeau.

³⁷ Article 7 of the Proposal's Chapeau.

used if at least one of the parties is a small or medium-sized enterprise (SME).³⁸

Within its scope (sale of goods, supply of digital content and related services) the proposed Regulation covers a wide range of legal issues. It contains both general rules of contract law (general part), specific rules related to the sale of goods, supply of digital content and related services, as well as extensive coverage of the consumer protection. More specifically, CESL covers issues such as: conclusion of contract and pre-contractual information duties, defects in consent, unfair contract terms and other matters related to the content of the contract, obligations and remedies available to the parties, in particular rules relating to the conformity of the goods or digital content, passing of risk, damages and interest, restitution and finally, prescription. Above all, CESL devotes particular attention to the protection of consumers and contains a wide-ranging regulation to that effect. It covers issues such as pre-contractual information to be given by a trader dealing with a consumer, right to withdraw in distance and off-premises contracts, unfair contract terms and many other matters.

3. IS THERE "CLARITY OF PURPOSE" BEHIND CESL?

One of the things that is bothering about the Commission's Proposal is something that was accurately called by S. Vogenauer as the "clarity of purpose",³⁹ or, might that be said right away - rather the lack of such clarity behind CESL. There are, so it seems, two aspects to that. First, there was no clarity of purpose at the time when the substantive rules (that are now incorporated in CESL) were prepared. The work was being carried out, the rules drafted, but it was unclear what they were to become. An optional instrument was preferred (although unofficially) since some years already,⁴⁰ but it was in no way certain, whether it will be chosen as the basis for the political initiative. Even the Expert Group, when commencing its work in April 2010 was asked to prepare the set of rules that could serve as a model for various types of measures. As pointed out by S. Vogenauer: "The elaboration of the CFR has not been helped by the fact that the Commission has been endlessly dithering with regards to the purposes and the scope of the instrument".⁴¹ Clearly, an uncertainty as to the scope and nature of an instrument make it difficult for those who work on it to create comprehensive, precise and consistent set of rules.

³⁸ See article 7 of the Proposal's Chapeau, which also defines the notion of an SME by referring to a number of employees and an annual turnover of a given trader.

³⁹ VOGENAUER S., Common Frame, p. 182.

⁴⁰ See e.g. HOWELLS G., European Contract, p. 175.

⁴¹ VOGENAUER S., Common Frame, p. 182.

Second, and more important for the analysis at hand, there seem to be no clarity of purpose behind CESL itself. Obviously, Commission defines the goals of CESL on numerous occasions. They are expressed in the actual rules of the Proposal, in its motives, and in the Explanatory Memorandum. Article 1(1) states that “The purpose of this Regulation is to improve the conditions for the establishment and the functioning of the internal market by making available a uniform set of contract law rules”. Moreover, it is further explained in the motives 1-4 of the Preamble and the Explanatory Memorandum⁴² that the differences in contract laws between Members States constitute an obstacle hindering cross-border trade in EU.⁴³ Commission makes clear that its goal is to reduce costs incurred by the traders in cross-border commerce⁴⁴ and in that way unlock the potential for growth of the internal market. At the same time however, CESL clearly concentrates on the consumers. As expressed in article 1(3): “Regulation comprises a comprehensive set of consumer protection rules to ensure a high level of consumer protection, to enhance consumer confidence in the internal market and encourage consumers to shop across borders.”⁴⁵

Article 1, the motives contained in the Preamble of the Proposal and the Explanatory Memorandum are not out of the blue. Commission officials have kept on repeating over and over again the same.⁴⁶ It seems quite obvious that the mentioned goals are in fact public economic policies pursued by the Commission. Even more, by

⁴² Explanatory Memorandum, p. 2, supra n. 25.

⁴³ Although an argument that differences in contract laws have a negative impact on the trade within internal market is a simplification. Various studies have shown that it is rather hard to assess the exact impact that these differences have on the trade in EU. See HOWELLS G., *European Contract*, p. 176, 184.

⁴⁴ Article 1(2) of the Proposal’s Chapeau.

⁴⁵ This purpose is clearly defined also in motives 5-7 contained in the Preamble to the Proposal and in the Explanatory Memorandum, p. 3-4, supra n. 25.

⁴⁶ See e.g. V. Reding, *The Next Steps Towards a European Contract Law for Businesses and Consumers* - presentation delivered at the Conference organized by the Study Centre for Consumer Law of the Catholic University of Leuven and the Centre for European Private Law of the University of Münster in Leuven on 3 June 2011 (available at: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/411&type=HTML>), as well as the views expressed at the conference „Recent Developments in European Private Law - the Influence of European Consumer Law on National Legal Systems”, held in Katowice on 23-24 September 2010 (see my report from that Conference published in *European Review of Private Law*, vol. 19, 2011, No 3-4, p. 497) and at the conference “European Contract Law – Unlocking the Internal Market Potential for Growth” held in Warsaw on 9-10 November 2011.

establishing Common European Sales Law, Commission is not only attempting to stimulate the cross-border trade at the internal market but has in mind an even more ambitious goal, i.e. it wants to challenge the financial crisis.⁴⁷

The legitimacy of the reasons that guide the Commission is beyond doubt. However, what is striking is how these policies diverge from the traditional goals underlying rules of private law. Those traditional private law rules are not laid down to effectuate economic policies. Their purpose is to lay out a playground for the individuals⁴⁸ so they can trade in a well-defined and predictable environment.

As mentioned, it is quite clear that Commission's primary target is the consumer transactions (B2C). This is evident both from the statements made by Commission's officials and from the content of the Proposal itself. Nevertheless, CESL was designed to apply also to professional transactions between businesses (B2B), if so chosen by the parties. Therefore, the same set of rules that was designed primarily for consumers is to be applied (so it is hoped) in transactions between sophisticated professional parties. If seen in the light of the ambitious on-going process of harmonization of contract law in Europe and the plans of creating common law of contracts, which the European legislator favours at least since the European Parliament supported the idea in 1989, the decision to extent the scope of application of CESL to B2B contracts creates an impression that Commission does see CESL also as a measure that fulfils these ambitions.

An important question thus arises - what is that the European legislator wishes to achieve? Is it a political aim of busting the European economy and overcoming the financial crisis? Is the new instrument to increase the cross-border sales in consumer contracts and in that way benefit mainly the consumers? Or, does the legislator truly wishes to create classic, private law rules that will shape the contract law for the future generations of Europeans? It appears to me that it may prove impossible to accomplish all of the above ambitious goals at the same time. There is a danger that a failure to adequately satisfy those high expectations (as to the harmonization of European contract law or overcoming the financial crisis in particular), might be considered a failure of the harmonization process in general and cause rejection of the very idea of bringing the private laws in Europe closer together.

⁴⁷ In briefing on 11th October 2011 when CESL was presented V. Reding inter alia said: "*We give an answer to the crisis in order to stimulate trade, boost growth, and increase jobs*". See e.g. information provided by EurActiv (available at: <http://www.euractiv.com/consumers/sales-law-answer-crisis-reding-news-508282>).

⁴⁸ BASEDOW J., *The Court of Justice and Private Law: Vacillations, General Principles and the Architecture of the European Judiciary*, p. 451.

4. DOES CESL HAVE POTENTIAL OF BEING SUCCESSFUL IN PRACTICE?

The success of the optional instrument will depend on many different conditions.⁴⁹ The quality of the legal rules that are laid down in CESL will obviously be important, but it may not suffice to guarantee success in practice. Even the best rules will not help the optional instrument in accomplishing its goals, if there will be other, strong disincentives discouraging parties from using it. The success of CESL, or more specifically - whether it will help to increase the cross-border trade in Europe as envisaged, is contingent upon non-legal factors as much as the legal ones.

Let us first look at the consumer's perspective. It is rather clear that the consumers will not evaluate the quality of the rules contained in CESL, nor the degree of the level of their protection. Nevertheless, those factors might be relevant to CESL's success in consumer transactions, if the consumer protection organizations will be convinced that CESL is generally beneficial for consumers and will promote its use in B2C transactions.⁵⁰ Still, this does not guarantee that traders will be eager to offer a choice of CESL to the consumers.

What seems to be often underlined by various groups of future users of CESL, is that from the point of view of the consumer there are other factors that discourage consumers from shopping abroad, which might be more important than the rules on the sale of goods or digital content themselves.⁵¹ These include things such as a general lack of trust when contracting with traders from other Member States,

⁴⁹ See e.g. HOWELLS G., *European Contract*, p. 184.

⁵⁰ And that they will be so convinced is not certain at all. Notwithstanding Commission's assurances of the very high level of protection of the consumers in CESL (in almost all respects higher than the most pro-consumer solutions under Member States' legislations), consumer protection organizations seem to be reluctant in concluding that CESL indeed will be beneficial to consumers. They do rather express fears that the level of protection will be lowered and that CESL will not be truly optional for consumers (such opinions were expressed at the Conference „European Contract Law – Unlocking the Internal Market Potential for Growth”, which was held in Warsaw on 9-10 November 2011). Cf. HOWELLS G., *European Contract*, p. 187. Irrespective of whether these anxieties are justified (they clearly seem warranted when it comes to genuineness of the consumer's choice) such an attitude of the consumer organizations may negatively influence the future of CESL.

⁵¹ Such a view was expressed by many of the participants at the Conference „European Contract Law – Unlocking the Internal Market Potential for Growth”, which was held in Warsaw on 9-10 November 2011 (in particular by E. Appelmas, director of the European Consumer Centre, L. Cloots from UNIZO-Studiendienst, K. Pluskwa-Dąbrowski from Polish Consumer Federation and B. Wyżykowski from Polish Confederation of Private Employers Lewiatan).

language difficulties, after sales service, unavailability of inexpensive and secure methods of payment, as well as the very problem of the physical distance between the seller and the consumer. These problems will not be removed by CESL.

Furthermore, similar obstacles exist from the point of view of the traders, particularly when it comes to SMEs. They too might be reluctant from offering their goods and services abroad because of the distance to the consumer and the insecurity that results therefrom (relating to fraud or non-payment),⁵² as well as the fear of getting involved in a lawsuit in a different Member State that will be too costly to defend.⁵³

Clearly, the success of CESL will to a large extent depend also on its promotion and legal education, since people (including lawyers) trust rules, which they are acquainted with⁵⁴ and which - preferably - have some case law history that shows how they are used.⁵⁵ This concerns both consumers (they will be willing to trust CESL, if they will expect that it is safe and beneficial for them, even though they are not able to assess the content), as well as professionals, who will take advantage of the optional instrument, if they will know its content and evaluate that it has at least some aspects that serves their needs.

Although the various factors mentioned above might have a crucial impact on the success of CESL, the supporters of the idea of an optional instrument are right to say that even if the differences in legal framework are but only one obstacle, to remove that obstacle is nevertheless a step forward. After all, one has to start somewhere.

Irrespective of the above, there is one aspect that relates to the very structure and content of CESL that I find particularly troublesome and that might preclude its broader acceptance in practice. Namely, the draft presented by the Commission is clearly characterized (not to say that it suffers) by what I call "consumer optics". This was underlined even more distinctly and defined as a "consumerism creep" by S. Vogenauer - although with respect to DCFR.⁵⁶ M. Storme on the other hand, when referring to the Feasibility Study, speaks of an "attempt to please the consumer champion".⁵⁷ Even more, "the consumer optics"

⁵² Cf. HOWELLS G., *European Contract*, p. 184.

⁵³ This is sometimes underlined as the single most important reason why traders are unwilling to offer their products to other Member States. See HOWELLS G., *European Contract*, p. 173 et seq. Cf. AUGENHOFER S., *A European Civil Law*, p. 215.

⁵⁴ Cf. HOWELLS G., *European Contract*, p. 183.

⁵⁵ *Id.* at p. 177.

⁵⁶ VOGENAUER S., *Common Frame*, p. 172.

⁵⁷ STORME M., *Fatal Attraction*, p. 344.

seems to grow stronger in every new draft of European rules of contract. While DCFR contained important rules on consumer protection, these rules were not clearly dominant (although some argue that they are). No doubt however that they are prevailing in the Feasibility Study and even more obviously in CESL.

The "consumer optics" has two facets. One is the extremely high level of protection of the consumers. This was intended and is reflected in many provisions of CESL. Some (particularly those who speak for the businesses) point out that the level of protection is too high.⁵⁸ Whether this is right in principle might be another thing. However, it is rather evident that since the CESL will be an opt-in instrument, and since it will be the trader who will have a decisive influence on whether CESL is chosen for a particular contract, the businesses will not be encouraged to use it after all.⁵⁹ What might however persuade traders to offer CESL to consumers is a belief that this in itself would reassure consumers to shop across the borders, since they would feel more secure under the European regime that they would under national law. We shall see which of these two proves to be a more convincing incentive.

The second facet is a clear domination of B2C relationships, if one compares the amount of words concerned with consumer protection and the rest of the text of CESL. The whole text of CESL (only the substantive rules laid down in annex) consists of 24.688 words, while 8.596 out of them are devoted solely to consumer protection. This means that the consumer rules constitute 35% of the whole content of the draft of optional instrument (i.e. more than 1/3!).⁶⁰ Moreover, in the structure of the Proposal, the rules on consumer protection relating to a given issue are laid down first and only then there are general rules of contract law applicable to B2B relationships.⁶¹ Finally, there is a general impression from the draft of CESL that it exactly corresponds to what G. Howells felt constitutes a significant danger, namely that the "regime fit for consumers might be imposed on traders".⁶²

⁵⁸ There were voices to that effect during the Conference „European Contract Law – Unlocking the Internal Market Potential for Growth”, which was held in Warsaw on 9-10 November 2011 (e.g. L. Cloots from UNIZO-Studiendienst and B. Wyżykowski from Polish Confederation of Private Employers Lewiatan).

⁵⁹ Cf. STORME M., *Fatal Attraction*, p. 344.

⁶⁰ A similar domination of the consumer rules existed already in the Feasibility Study.

⁶¹ See e.g. part II, chapter 2 of CESL.

⁶² HOWELLS G., *European Contract*, p. 178 who argues that this danger results from the fact that the common European rules of contracts were to a large extent shaped on the basis of the consumer protection acquis

It seems to me that it is questionable whether the optional contract law that is to such a large extent dominated by "consumer optics" has any potential of being successful in business relationships. Obviously, in theory the 1/3 of the rules of the instrument that relate to consumer protection does not apply in B2B transactions, so the traders should not be concerned with them. But in practice opinions are often created on what is the first impression of the given matter. Here, the first impression that the businesses might get from CESL is that it is flooded with the consumer protection rules and that the business reader will discover "his" rules only after digging more deeply into the document. Even if that might not be a problem as such for the professional legal advisors, there might arise a general belief based on a first impression that CESL is simply something not tailored to the needs of business (paradoxically, business lawyers sometimes embrace such convictions too, even, if they are false). This is strengthened by the fact that EU initiatives are already considered as addressed primarily to consumers (clearly not without a reason, since *acquis communautaire* in the field of private law is mainly concerned with consumer protection) and the same will happen to CESL. Therefore, in my view, a likelihood that CESL (as in a version presented by Commission on 11th October 2011) will be used in B2B transactions is rather low. After all, why would businesses choose such a consumer oriented instrument in the age of an extensive party autonomy, in which the parties are allowed to choose from various set of either national laws (e.g. pro-business English law or a traditionally highly regarded Swiss law) or non-national legal regimes (such as CISG⁶³ or UNIDROIT Principles⁶⁴ or PECL⁶⁵ - although the choice of the two latter instruments will not be fully effective⁶⁶).

Besides consumers, the proposal's goal is to aid the small and medium enterprises (SMEs) in their cross-border business activity. This is because it is SMEs that normally refrain from trading with customers from other Member States, since it is too costly for them to expand to

communautaire, which necessarily meant that the "consumer optics" emanated on what came to be accepted as the general rules and principles of contract law.

⁶³ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, done at Vienna on 11 April 1980.

⁶⁴ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. A new 2010 version has recently been presented and available at <http://www.unidroit.org>.

⁶⁵ Principles of European Contract Law ("Lando Principles"). See LANDO O. & BEALE H. (eds), *Principles of European Contract Law*.

⁶⁶ The choice of UNIDROIT Principles or PECL will not remove the parties contract from the application of the mandatory rules (*ius cogens*) of the law of state which is otherwise applicable to the contract at hand in accordance with the private international law of forum. However, more effect might be given to the choice of UNIDROIT Principles or PECL in arbitration.

other markets.⁶⁷ Large corporations might need a uniform European contract law much less, as they can adopt the contract to their needs, even if that takes drafting 27 different standard terms and conditions to be used in 27 different Member States.

The Commission is probably aware that its proposal is inapt for the purposes of large businesses and taking that into account went so far as to allow a choice of CESL in B2B transactions only if at least one of the parties is SME.⁶⁸ This might be an accurate expectation of that large businesses will not invoke CESL in their transactions. Nevertheless, such a solution is hardly justifiable. After all, why restrict larger businesses from choosing CESL if they so wish (even if that would be extremely rare in practice). One might wonder whether in this way Commission is not creating a self-fulfilling prophecy.

The above important concerns might significantly influence practical success of the optional instrument. The high expectations of CESL (i.e. that it will unlock the potential of internal market and help to overcome the financial crisis) might be difficult to accomplish, what is likely to create an impression that CESL has not stood up to what it was hoped to be. Moreover, if the Proposal will be addressed to businesses but flatly rejected for the reasons that I stated above, it might be seen as a failure leaving an impression that it is hardly ever possible to harmonize the contract law in B2B transactions. Lastly, a narrow scope of application creates a risk that a once ambitious endeavour (i.e. harmonization of the European contract law) will end up as a limited, consumer oriented sales law instrument, that is rarely applied in practice and poorly valued by everybody except the consumers.

5. ALTERNATIVE APPROACH

G. Howells makes an important point when he asks how is that "the project for a European Contract Law became intertwined with moves to harmonise consumer contract law"⁶⁹. Whatever is the answer to that question,⁷⁰ this is an unfortunate course of events. Again I wish to

⁶⁷ Explanatory Memorandum, at p. 3, supra n. 25.

⁶⁸ Article 7 of the Proposal's Chapeau.

⁶⁹ HOWELLS G., *European Contract*, p. 178.

⁷⁰ Some of the reasons which G. Howells mentions include, first, the allocation of the work in Commission's DG SANCO, which has taken interest in supporting academic efforts to create European contract law and, second, the work of Acquis Group entrusted with building basic principles of European contract law upon the *acquis communautaire* existing in the field of consumer protection. See HOWELLS G., *European Contract*, p. 178. That the latter might be a wrong starting point is also suggested by AUGENHOFER S., *A European Civil Law*, p. 201.

draw upon conclusions reached by S. Vogenauer, who argued for distinction between consumer and commercial contract law.⁷¹ A more coherent and effective solution would be achieved by distinguishing between the consumer protection rules and - here I differ with the mentioned author - the general rules of contract law. The first type of rules should be contained in the directives, which could provide for a maximum harmonization to the extent it is necessary to introduce a unified consumer protection all around Europe. The harmonized rules on consumer protection, to the extent they are not contained in the existing *acquis communautaire* or in the recently adopted Consumer Rights Directive⁷² (which is based on maximum harmonization, but the scope of which was importantly narrowed down in its final version), and as far as it will be felt necessary to guarantee uniform rights for consumers, should be contained in further directives devoted to the consumer protection.

The second type of rules – the general contract law should be contained in the optional instrument. Such an optional contract law should apply to all types of parties, including individuals (whether acting as consumers or not) and legal entities (whether SMEs, large business or other entities), i.e. it should be available for all kinds of transaction whether B2C, B2B or C2C. The optional instrument should be a set of traditional contract law rules only, much like what is contained in PECL or UNIDROIT Principles. The consumer protection on the other hand, should completely be omitted from the content of the instrument and left to the directives.

Nevertheless, it is, I think, a justified approach to focus on the interests of the weaker business parties by providing certain rules that would protect their rights under a contract. Thus, the optional instrument could include measures such as for example the unfair contract terms in contracts between traders,⁷³ the duty to raise awareness of not individually negotiated terms⁷⁴ or the general obligation to act in good faith and observe the principles of fair dealing.⁷⁵ These should not however be available only for specific types of parties (e.g. consumer, SME) but in any situation under the

⁷¹ VOGENAUER S., *Common Frame*, p. 176.

⁷² Directive of the European Parliament and of the Council on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, (adopted on 10.10.2011, not yet published in O.J.; available at: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/11/pe00/pe00026.en11.pdf>).

⁷³ See article 86 of CESL.

⁷⁴ Article 70 of CESL.

⁷⁵ Article 2 of CESL.

contractual relationship (effectively protecting the weaker parties).⁷⁶ The underlying idea should not be that much of pursuing any specific policy (e.g. protection of SMEs) but rather of securing the general contractual balance between the parties, by providing for their wide autonomy, but simultaneously by narrowing possibilities for abuse of the *pacta sunt servanda* principle by stronger contracting parties.⁷⁷ Still, a competing point of view should be taken into account, that the more concessions will be made in favour of the weaker parties, the less likely will the optional instrument be chosen in contracts, in which one of the contractors has a dominant influence on its content and the choice of the applicable legal regime.⁷⁸

There are several reasons why in my view, such an alternative approach is justified.

First, the consumer protection - even if important divergences exist between Member States - is already a highly harmonized area of law in comparison to the general law of contracts. As soon as the Consumer Rights Directive will be implemented, the degree of harmonization of consumer protection rules will be even greater (although admittedly not as complete as some would expect). The real differences however, exist between the various Member States with respect to the general rules of contract law. This means that the optional instrument is needed more in the field of general contract law than with respect to the consumer protection.

Second, the rules protecting consumer are mandatory and it is rather difficult to imagine that this is being done otherwise. They have to be imposed on businesses, since their interests are hardly ever concordant with the interests of the consumers. The consumer protection rules, as established in the *acquis communautaire*, are mandatory after the provision of the directives are implemented in the national legislation. This makes the whole consumer regime mandatory too. CESL on the other hand is from its very nature optional in a sense that the parties (in reality the trader) may decide whether to use it or not, even if the consumer protection rules contained therein are mandatory, and even if the cherry-picking is prohibited.⁷⁹ One should remember that if the

⁷⁶ S. Augenhofner has convincingly argued that the concept of protecting someone only because he is acting in the role of a consumer leads to unfair results in some cases. AUGENHOFER S., *A European Civil Law*, p. 205. The same could be said of the protection granted to the party only because he or she is acting in a given different role (e.g. as an SME).

⁷⁷ As noted by S. Augenhofner - the rules that aim at protecting weaker parties are needed because "they show that formal freedom of contract by itself is not sufficient". AUGENHOFER S., *A European Civil Law*, p. 206.

⁷⁸ MUAGERI M., *Is the DCFR*, p. 227.

⁷⁹ See article 8(3) of the Proposal's Chapeau which states that: "In relations between a trader and a consumer the Common European Sales Law may not be chosen partially, but only in its entirety".

businesses will consider that the standard of protection of the consumer contained in CESL is too high (and the standard in itself is mandatory), they will not use it in their contract with consumers. The whole mandatory nature of the consumer protection would then be lost.⁸⁰

Third, it is the tradition of civil law in most of the Member States that there is one set of general contract rules that are applicable to all contracts irrespective of who are the parties. Moreover, a view seems to prevail among the experts dealing with the topic that optional instrument should cover both B2B and B2C (and possibly also C2C) transactions.⁸¹ This postulate is achieved if the European optional law contains the general rules of contract law applying to all types of individuals and legal entities.

Fourth, if the consumer protection is removed from CESL, the businesses would not be scared off from the instrument that is flooded with the provisions designed solely for the consumers. On the other hand, even if the protection afforded by CESL to the weaker parties (see above) would deter the largest of the businesses from the instrument, this is a risk that is worth taking. Big businesses might not have an excessive need for the optional regime anyway, while there are many traders of all sizes who would probably feel comfortable with having a common, neutral contract law, that protects the basic elements of contractual balance.⁸²

Fifth, as noted by G. Howells, "consumer protection does not necessarily depend upon a particular form of general contract law".⁸³ Therefore, it is conceivable that while contract law is contained in the optional instrument, the consumer protection is left to directives.

Finally, by providing the common, general rules of contract, EU legislator would achieve an important harmonization success in creating a truly European contract law.

⁸⁰ As observed by S. Vogenauer: "The purposes pursued with an optional instrument cannot be achieved with a set of soft law rules because of the need for mandatory consumer protection provisions. We need hard and fast law in this area, and a Consumer Rights Directive would just do the trick." VOGENAUER S., *Common Frame*, p. 175.

⁸¹ Recently, e.g. AUGENHOFER S., *A European Civil Law*, p. 208.

⁸² *Id.* at p. 176.

⁸³ HOWELLS G., *European Contract*, p. 178.

6. CONCLUSION

About the time when I was finishing the present paper, an information of Vaclav Havel's death was dispatched. I personally feel indebted to this remarkable man for what he has taught us on concepts of freedom and responsibility. And if I am allowed to say so, I would like to consider myself his student too in a sense of having learned from his writings and speeches. Above all, Havel was however a great European that help CEE countries to come to the point where we are now: integrated in the most ambitious and successful political project of our times - the European Union. To him as well, we owe that we can now discuss future of the common European law of contracts.

The criticism presented above with respect to the approach taken by the Commission towards the optional instrument, as well as with respect to some of the aspects of the draft of CESL, should not prejudice a generally positive assessment of the Commission's initiative. The proposal to create an optional sales law should be welcomed and deserves support. It does create a potential for growth in cross-border sales. Lot of valuable work has been done and it is worth making use of that effort in a concrete manner. Even if the presented draft is settling for less, the work towards European contract law should be continued.

In the present paper I advocated for an alternative approach to the one which was chosen by the Commission, i.e. my case is that it would be far more coherent and effective to leave the consumer protection to the directives and lay down general rules of contract law in the optional instrument. If this option is still politically feasible, it should be recommended.

Literature:

- AUGENHOFER S.: A European Civil Law – for Whom and What Should it Include? Reflections on the Scope of Application of a Future European Legal Instrument, *European Review of Contract Law*, vol. 7, 2011, No 2, p. 195
- BASEDOW J.: The Court of Justice and Private Law: Vacillations, General Principles and the Architecture of the European Judiciary, *European Review of Private Law*, vol. 18, 2010, No 3, p. 449
- BROWNSWORD R., MICKLITZ H-W., NIGLIA L., S. WEATHERILL L. (eds): *The Foundations of European Private Law*, Oxford: Hart Publishing 2011, ISBN: 978-18-4946-065-1
- CAŁUS A.: Umocowanie do zbliżania prawa prywatnego państw członkowskich w prawie Unii Europejskiej, In Pazdan M., Popiołek W., Rott-Pietrzyk E., Szpunar M. (eds), *Europeizacja Prawa*

- Prywatnego, Warszawa: Wolters Kluwer, 2008, vol. I, p. 133, ISBN: 978-83-7526-532-3
- CÁMARA LAPUENTE S.: The Hypothetical European Civil Code: Why, How, When?, *Era Forum. Scriptaiuris European*, 2002, No 2, p. 89
 - CARTWRIGHT J.: Choice is Good. Really?, *European Review of Contract Law*, vol. 7, 2011, No 2, p. 335
 - CRISTAS A.: Green Paper on Policy Options for Progress Towards a European Contract Law for Consumers and Businesses What do we want?, *European Review of Contract Law*, vol. 7, 2011, No 2, p. 314
 - GRUNDMANN S., STUYCK J. (eds): *An Academic Green Paper on European Contract Law*, The Hague: Kluwer Law International, 2002, ISBN: 978-90-4111-853-0
 - GRUNDMANN S.: The Future of Contract Law, *European Review of Contract Law*, vol. 7, 2011, No 4, p. 490
 - GRUNDMANN S.: The Optional European Code on the Basis of the *Acquis Communautaire*—Starting Point and Trends, *European Law Journal*, vol. 10, 2004, No 6, p. 709
 - HARTKAMP A.S., JOUSTR C. (eds): *Towards a European Civil Code*, The Hague: Kluwer Law International, 2004, ISBN: 978-90-4112-280-3
 - HARTKAMP A.S., VON BAR CH. et al (eds): *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011, ISBN: 978-90-6916-715-2
 - HEISS H., DOWNES N.: Non Optional Elements in an Optional European Contract Law, *European Review of Private Law*, vol. 13, 2005, No 5, 693
 - HESSELINK M.: European Contract Law: a Matter of Consumer Protection, Citizenship, or Justice?, *European Review of Private Law*, vol. 15, 2007, No 3, p. 323
 - HESSELINK M.: Five political ideas of European contract law, *European Review of Contract Law*, vol. 7, 2011, No 2, p. 295
 - HESSELINK M.: The Consumer Rights Directive and CFR: Two Worlds Apart?, *European Review of Contract Law*, vol. 5, 2009, p. 290
 - HONDIUS E.: Towards a European Civil Code, In Hartkamp A.S., von Bar Ch. (eds), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011, p. 5
 - HOWELLS G.: European Contract Law Reform and European Consumer Law – Two Related But Distinct Regimes, *European Review of Contract Law*, vol. 7, 2011, No 2, p. 173
 - KUROWSKA A.: Analiza instrumentów prawnych umożliwiających wprowadzenie jednolitych zasad w zakresie prawa umów, *Transformacje Prawa Prywatnego*, 2007, No 1, p. 63
 - LANDO O. & BEALE O. (eds): *Principles of European Contract Law*, The Hague: Kluwer, parts I (1996), II (1999), and III (2002), ISBN: 978-90-4111-961-2

- LANDO O.: Culture and Contract Laws, *European Review of Contract Law*, vol. 3, 2007, p. 1
- LANDO O.: The Future Development of European Contract Law, *Era Forum. Scriptauris European*, 2002, No 2, p. 99
- LANDO O.: Why Does Europe Need a Civil Code, In Grundmann S. & Stuyck J. (eds), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, The Hague: Kluwer Law International, 2002, p. 207
- LEGRAND P.: A Diabolic Idea, In Hartkamp A.S. & Joustr C. (eds), *Towards a European Civil Code*, The Hague: Kluwer Law International, 2004, p. 245
- LEGRAND P.: Against a European Civil Code, *Modern Law Review*, vol. 60, 1997, p. 59
- LURGER B.: The Future of European Contract Law between Freedom of Contract, Social Justice, and Market Rationality, *European Review of Contract Law*, vol. 1, 2005, No 4, p. 442
- MAK V.: Policy Choices in European Consumer law: Regulation through Targeted Differentiation, *European Review of Contract Law*, vol. 7, 2011, No 2, p. 257
- MAŃKO R.: Unifikacja europejskiego prawa prywatnego z perspektywy społeczeństwa polskiego, *Nowa Europa - Przegląd Natoliński*, vol. 7, 2008, p. 35
- MUAGERI M.: Is the DCFR ready to be adopted as an Optional Instrument?, *European Review of Contract Law*, vol. 7, 2011, No 2, p. 219
- OSAJDA K.: Perspektywy europejskiego prawa umów: Zielona Księga Komisji Europejskiej o Europejskim Prawie Kontraktów, *Problemy Prawa Handlowego*, 2010, No 11, p. 19
- PICAT M., SOCCIO S.: L'Harmonisation d'un droit Européen des contrats: fiction ou réalité?, *Revue de Droit Des Affaires Internationales*, 2011, No 4, p. 371
- PISULIŃSKI J.: O możliwości stworzenia zasad europejskiego prawa zobowiązań umownych, In Brzozowski A., Kocot W., Michałowska K. (eds), *W kierunku europeizacji prawa prywatnego: księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Jerzemu Rajskiemu*, Warszawa: C.H. Beck, 2007, p. 121, ISBN: 978-83-7483-279-3
- RIESENHUBER K.: A Competitive Approach to EU Contract Law, *European Review of Contract Law*, vol. 7, 2011, No 2, p. 115
- SCHULZE R., SCHULTE-NÖLKE H. (eds): *European Private Law – Current Status and Perspectives*, Munich: Sellier, 2011, ISBN: 978-38-6653-174-1
- SCHULZE R.: European Private Law and Existing EC Law, *European Review of Private Law*, vol. 13, 2005, No 1, p. 3
- SEFTON-GREEN R., Choice, Certainty and Diversity: Why More is Less, *European Review of Contract Law*, vol. 7, 2011, No 2, p. 134
- SMITS J.: A European Private Law as a Mixed Legal System: Towards a *Ius Commune* through the Free Movement of Legal

- Rules, Maastricht Journal of European and Comparative Law, vol. 5, 1998, p. 328
- STORME M.: Fatal Attraction, Editorial to European Review of Private Law, vol. 19, 2011, No 4, p. 344
 - TRUILHÉ-MARENGO E.: Towards a European Law of Contracts, European Law Journal, vol. 10, 2004, No 4, p. 463
 - TWIGG-FLESSNER CH.: Good-Bye Harmonisation by Directives, Hello Cross-Border only Regulation? – A way forward for EU Consumer Contract Law, European Review of Contract Law, vol. 7, 2011, No 2, p. 235
 - VAN DEN HEIJDEN M-J., KEIRSE A.: Selecting the Best Instrument for European Contract Law, European Review of Private Law, vol. 19, 2011, No 5, p. 565
 - VOGENAUER S., Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law?, European Review of Contract Law, vol. 6, 2010, No 2, p. 143
 - VON BAR CH., CLIVE E., SCHULTE NÖLKE H. et al. (eds): Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) - Outline Edition, Munich: Sellier, 2009, ISBN: 978-38-6653-097-3
 - VON BAR CH.: A Plea for Drafting Principles of European Private Law, Era Forum. Scripta iuris European, 2002, No 2, p. 100
 - VON BAR CH.: Paving the Way Forward with Principles of European Private Law, In Grundmann S. & Stuyck J. (eds), An Academic Green Paper on European Contract Law, The Hague: Kluwer Law International, 2002, p. 137
 - WHITTAKER S.: The Optional Instrument of European Contract Law and Freedom of Contract, European Review of Contract Law, vol. 7, 2011, No 3, p. 371
 - ZACHARIASIEWICZ M.A.: Konwencja wiedeńska o międzynarodowej sprzedaży towarów a Reguły UNIDROIT i Zasady Europejskiego Prawa Umów (ze szczególnym uwzględnieniem problematyki odpowiedzialności kontraktowej dłużnika), Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego, vol. 2, 2007, p. 29
 - ZENO-ZENCOVICH V., VARDI N.: EU Law As a Legal System in a Comparative Perspective, European Business Law Review, vol. 9, 2008, p. 205
 - ZOLL F.: Europejski kodeks cywilny - wokół wizji nowego prawa prywatnego dla Europy, Nowa Europa - Przegląd Natoliński, vol. 7, 2008, p. 16

Contact – email

zachariasiewicz@kozminski.edu.pl

© 2012 Masarykova univerzita

ISBN 978-80-210-5912-2

ISBN 978-80-210-5910-8 (soubor)

Vědecká redakce MU

prof. PhDr. Ladislav Rabušic, CSc., Mgr. Iva Zlatušková,
prof. RNDr. Zuzana Došlá, DSc., Ing. Radmila Droběnová, Ph.D.,
Mgr. Michaela Hanousková, doc. PhDr. Jana Chamonikolasová, Ph.D.,
doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D., Mgr. et Mgr. Oldřich Krpec, Ph.D.,
doc. PhDr. Růžena Lukášová, CSc., prof. PhDr. Petr Macek, CSc.,
Mgr. Petra Polčáková, doc. RNDr. Lubomír Popelínský, Ph.D.,
Mgr. Kateřina Sedláčková, Ph.D., prof. MUDr. Anna Vašků, CSc.,
prof. PhDr. Marie Vítková, CSc.,
doc. Mgr. Martin Zvonař, Ph.D., PhDr. Alena Mizerová

Dny práva 2011 – Days of Law 2011

Civil Law on the Cross-roads

Vydala Masarykova univerzita roku 2012
Spisy Právnické fakulty MU č. 409 (řada teoretická)

Ediční rada: J. Kotásek (předseda), J. Bejček, V. Kratochvíl,
N. Rozehnalová, P. Mrkývka, J. Hurdík, R. Polčák, J. Šabata

Zhotovení CD ROM: Tribun EU s.r.o., Cejl 32, Brno

1. vydání, 2012

ISBN 978-80-210-5912-2