



MASARYKOVA UNIVERZITA PRÁVNICKÁ FAKULTA

Interakce českého a evropského práva

Ed.: Damian Czudek, Josef Kotásek, Jan Neckář

Brno 2009

ACTA UNIVERSITATIS BRUNENSIS IURUDICA

NO 348

SPISY PRÁVNICKÉ FAKULTY MASARYKOVY
UNIVERZITY

ŘADA TEORETICKÁ
SVAZEK 348



muni
PRESS

Interakce českého a evropského práva

Sborník příspěvků doktorského studia k výzkumnému záměru
„Evropský kontext vývoje českého práva po roce 2004“ na
Právnické fakultě Masarykovy univerzity

Ed.: Damian Czudek, Josef Kotásek, Jan Neckář

Masarykova univerzita, 2009
Brno

Sborník je publikován jako výsledek dílčího řešení výzkumného záměru Právnické fakulty Masarykovy univerzity č. 0086 „Evropský kontext vývoje českého práva po roce 2004“.

© Masarykova univerzita, 2009

ISBN 978-80-210-4881-2

Vážení čtenáři,

Právnická fakulta Masarykovy univerzity realizuje od počátku roku 2005 čtyřletý výzkum v rámci Výzkumného záměru **Evropský kontext vývoje českého práva po roce 2004**. Hlavním (základním) objektem výzkumné činnosti je nová situace ve vývoji českého právního řádu, související se vstupem České republiky do Evropské unie, a s ním spojené nové systémově-strukturální i obsahové dimenze dalšího fungování a rozvíjení českého právního řádu v evropském kontextu. Součástí hlavního objektu výzkumné činnosti jsou i nová zadání, vyplývající pro český právní řád z potřeb a požadavků dalšího rozvoje evropské integrace.

Výzkumný záměr jako celek i jeho jednotlivá dílčí témata navazují na několikaletý výzkum realizovaný Právnickou fakultou Masarykovy univerzity. Zásadním způsobem je tak profilováno zaměření jejích výzkumných aktivit, jehož významnou složku představuje výzkumná činnost studentů doktorského studijního programu.

V návaznosti na průběžné výsledky výzkumu byl v roce 2007 děkankou Právnické fakulty Masarykovy Univerzity vyhlášen nový stipendijní program zaměřený na podporu vědecké činnosti studentů doktorského studijního programu, jehož účelem byla podpora publikačních aktivit doktorských studentů.

S potěšením lze konstatovat, že se do vědeckého výzkumu přímo souvisejícího s výzkumným záměrem zapojila řada studentů. Pod metodickým vedením a s doporučeními příslušných řešitelů výzkumného záměru tak vznikl tento sborník nesoucí název **„Interakce českého a evropského práva“**.

Vzhledem k širokému záběru výzkumného záměru se tak i předložené studie obsažené v této publikaci vztahují k velice širokému okruhu problémů z mnoha právních oblastí. Mimo očekávatelných studií hodnotících vliv evropské úpravy v oblastech soukromého a veřejného práva je čtenářům předkládána také stať z právní historie.

Právní stav, ze kterého text vychází, je zachycen k 31. 1. 2009. Na pozdější změny bylo možné reagovat během závěrečných redakčních úprav prováděných v měsíci únoru 2009.

Editori

Obsah

Petra Bohúňová: Dopad evropského práva na řízení před rozhodčími soudy: nařízení Brusel I.....	8
Damian Czudek: Veřejné příjmy v prostředí působení práva Evropské unie	28
Radovan Dávid: Evropský platební rozkaz v kontextu českého civilního procesu	47
Jana Herboczková: Náhradní hraniční určovatel v Římské úmluvě 1980 a v nařízení Řím I	65
Veronika Hradilová: Základní instituty kolizního práva z pohledu doktríny	108
Jana Komendová: Implementace směrnice Rady 1999/70/ES o rámcové dohodě o pracovních poměrech na dobu určitou uzavřené mezi organizacemi UNICE CEEP a EKOS do právního řádu České republiky	133
David Kosař: Transpozice vybraných ustanovení kvalifikační směrnice do zákona o azylu a jejich dopad na rozhodovací praxi .	166
Veronika Kudrová: Implementace evropského systému uznávání profesních kvalifikací do českého práva	195
Jan Lasák: K otázce přeshraničního rozdělení sloučením (se vznikem nových obchodních společností)	214
Petra Myšáková: Proliferace kolizních norem v instrumentech sekundárního evropského práva a jejich provedení v právu národním	230
Jan Neckář: Harmonizace daňového práva v Evropském kontextu	249

Daniel Novák: Přístup subjektu údajů k informacím a právo na opravu osobních údajů v evropském právu	270
Filip Rigel: Místní referendum v evropském kontextu	295
Petr Sedlák: Předosvojitelská péče ve světle evropské a mezinárodní úpravy	319
Josef Šilhán: Dominantní postavení na relevantním trhu: Právně - ekonomický přístup	343
Nad'a Štachová - Ondřej Horák: Věc v právním smyslu: historicko-srovnávací úvaha	405
Jaromír Tauchen: Milan Hodža a jeho koncepce středoevropské integrace	436
Ladislav Vyhnánek: Administrativní detence cizinců. Evropské a vnitrostátní aspekty	463

Dopad evropského práva na řízení před rozhodčími soudy: nařízení Brusel I

JUDr. Petra Bohňová, LL.M. Eur. Int.

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Katedra mezinárodního a evropského práva, Česká republika

The focus of this paper is to analyze the impact of the European law on the arbitration proceedings. In the concrete, it deals with the arbitration exception in article 1 par. 2 lit. d) of the Regulation Brussels I. Firstly, the relations between state courts and arbitration courts are described. Then, the ECJ's judgments concerning the possibility of arbitration courts to refer a preliminary question to ECJ are presented. Afterwards, the current arbitration exception in the Regulation Brussels I is introduced. Subsequently, the judgments of the ECJ relevant for the application of the Regulation Brussels I on arbitration proceedings (namely on proceedings concerning validity of the arbitration agreement, anti-suit injunctions and ancillary and control functions of state courts) are analyzed. Finally, the spheres of application and non-application of the Regulation Brussels I on the arbitration proceedings are summarized.

1. Úvod

Již Smlouva o založení Evropského společenství z roku 1958¹ (dále jen „SES“) předvíдалa možnost sjednotit právní předpisy týkající se rozhodčího řízení se vztahem k více členským státům. Přesto nebyla v rámci komunitárního práva zatím přijata žádná unifikovaná úprava a rozhodčí řízení dosud zůstává vyloučeno z aplikace řady předpisů z oblasti evropského justičního prostoru.^{2,3}

¹ Podrobněji viz kapitola č. 4.

² Předpisy procesní: Nařízení Rady (ES) č. 44/2001 ze dne 22. 12. 2000 o příslušnosti, uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v civilních a obchodních věcech (dále jen „nařízení Brusel I“), Úmluva o příslušnosti soudů a výkonu rozhodnutí v občanských a obchodních věcech z roku 1988 (dále jen „Luganská úmluva“), Úmluva o příslušnosti soudů a výkonu soudních rozhodnutí ve věcech občanských a obchodních z roku 1968 (dále jen „Bruselská úmluva“),

To platí i pro nařízení Brusel I, které rozhodčí řízení vyjímá ze své působnosti v čl. 1 odst. 2 písm. d). Při bližším zkoumání tohoto ustanovení a relevantní judikatury se však ukazuje, že vynětí rozhodčího řízení z aplikačního rozsahu nařízení Brusel I není zdaleka tak jednoznačné, jak se na první pohled zdá.

S ohledem na nárůst⁴ sporů s mezinárodním prvkem řešených u Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky si tento příspěvek klade za cíl nejprve obecně vymezit dopad evropského práva na řízení před rozhodci. Poté bude pozornost zaměřena na problematiku použití nařízení Brusel I na rozhodčí řízení. Přitom budou zodpovězeny následující otázky:

1) Dopadá nařízení Brusel I na rozhodování o platnosti rozhodčí smlouvy a související otázky?

nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 805/2004 ze dne 21. 4. 2004, kterým se zavádí evropský exekuční titul pro nesporné nároky a nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 861/2007 ze dne 11. 7. 2007, kterým se zavádí evropské řízení o drobných nárocích. Ze Zelené knihy o alternativních způsobech řešení sporů v oblasti občanského a obchodního práva (COM(2002) 196 final) [citováno 14. ledna 2009]. Dostupný z: http://europa.eu/eur-lex/en/com/gpr/2002/com2002_0196en01.pdf. byla arbitráž vyloučena s odůvodněním, že se příliš podobá soudnímu řízení. van Houtte, H., Why Not Include Arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation? Arbitration International, 2005, č. 4, s. 512. Rozhodčí řízení bylo vyloučeno i z návrhu Haagské Úmluvy o pravomoci a cizích soudních rozhodnutích ve věcech občanských a obchodních. Dogauchiho a Hartleyho zpráva ze dne 26. 10. 2004 to vysvětluje stejně jako dnes již překonané zprávy Jenardova a Schlosserova (viz kapitola 4), a to záměrem nezasahovat do existující mezinárodně právní úpravy rozhodčího řízení. Veeder, V. V. Another Look at the Arbitration Exceptions in the Brussels Regulation and Lugano Convention. ASA Bulletin, 2006, č. 4, s. 808 – 809. Zajímavé je, že tato výjimka není uvedena v nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1896/2006 ze dne 12. 12. 2006, kterým se zavádí řízení o evropském platební rozkazu.

³ Předpisy kolizní: Římská úmluva o právu rozhodném pro závazky ze smluv z roku 1980 (dále jen „Římská úmluva“) a nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 593/2008 ze dne 17. 6. 2008 o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (dále jen „nařízení Řím I“). Z Římské úmluvy a nařízení Řím I bylo rozhodčí řízení vyloučeno, protože ohledně této otázky nebylo možné dosáhnout shody.

⁴ [Citováno: 14. ledna 2009] Dostupný z: http://www.arbcourt.cz/index.php?url=cz_download.php.

2) Dopadá nařízení Brusel I na pomocnou funkci státních soudů při rozhodčím řízení?

3) Dopadá nařízení Brusel I na kontrolní funkci státních soudů při rozhodčím řízení?

2. Vztah rozhodčích a státních soudů

Pro pochopení dopadu evropských právních předpisů na rozhodčí řízení je nejprve nutné vyjasnit vztah rozhodčích soudů k soudům státním. Soudy obecné vykonávají vzhledem k soudům rozhodčím jednak funkci pomocnou, jednak kontrolní. Výkon obou těchto funkcí je teritoriálně omezen, tj. soudy je mohou vykonávat pouze ve vztahu k řízením, která jsou teritoriálně spjata s územím státu.⁵

Co se pomocné funkce týče, spolupůsobí soudy v řízení tam, kde strana nebo rozhodce navrhne provedení úkonu. Rozhodčí soudy nemají donucovací pravomoci ani svými rozhodnutími nemohou zavazovat přímo osoby třetí. Obecně platí zásada, že mohou po třetích osobách vyžadovat pouze ty úkony, které tyto učiní dobrovolně. Pro případ, že třetí osoby součinnost neposkytnou, musí být v rozhodčím řádu (nebo jiných pravidlech, kterými se rozhodčí řízení řídí) stanoveno, kdo, za jakých podmínek a na žádost koho úkony přesahující rámec pravomocí rozhodců provede.^{6,7}

Kontrolní funkce obecných soudů se uplatňují až po ukončení rozhodčího řízení. Jejich projevem může být zrušení rozhodčího nálezu, odepření výkonu, resp. odepření uznání a výkonu cizího rozhodčího nálezu.^{8,9,10}

⁵ Rozehnalová, N. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. 2. vydání. Praha: ASPI Publishing, 2008, s. 297. Ze zahraniční literatury viz např. Lew, J. D. M., Mistelis, L. A., Kröll, S. Comparative International Commercial Arbitration. The Hague, Kluwer Law International, 2003, marg. 15-1 – 15-57.

⁶ Pomocná funkce soudů v českém zákoně č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů (dále jen „ZRR“) zahrnuje jmenování a vyloučení rozhodce (§§ 8 a 12 odst. 2 ZRR), předběžné opatření (§ 22 ZRR), zproštění mlčenlivosti (§ 6 ZRR), provedení důkazů (§ 20 ZRR) a úschovu rozhodčího nálezu (§ 29 odst. 2 ZRR), v závislosti na tom, o kterou fázi rozhodčího řízení se jedná.

⁷ Rozehnalová, N. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. 2. vydání. Praha: ASPI Publishing, 2008, s. 291 – 297.

⁸ § 31 a § 38 ZRR.

3. Možnost rozhodčího soudu předložit předběžnou otázku Evropskému soudním dvoru

3.1 Rozhodčí soud versus státní soud

Rozdíl mezi rozhodčím a státním soudem vymezil ESD v rozhodnutí *Nordsee*¹¹. Šlo o spor mezi třemi společnostmi německého práva se sídlem v Brémách. Několik společností uzavřelo smlouvu, v níž se zavázalo, že si rovným dílem rozdělí podpory poskytované zemědělským podpůrným a garančním fondem na stavbu rybářských lodí. Podporu ale neobdržely všechny zúčastněné společnosti. Jedna z neúspěšných poté požadovala svůj podíl na stranách smlouvy, které podporu získaly. Spor byl v souladu s rozhodčí doložkou, která byla součástí smlouvy, předložen rozhodčímu soudu. Při rozhodování vyvstalo několik předběžných otázek. První, kterou rozhodce ESD předložil, zněla: Je německý rozhodčí soud, který nerozhoduje podle zásad spravedlnosti, ale podle zákona a jehož rozhodnutí má pro strany účinky pravomocného soudního rozhodnutí, oprávněn předložit dotaz dle čl. 177 odst. 2 Smlouvy o založení SES?¹²

ESD se tedy nejprve zabýval otázkou, zda je rozhodčí soud považován za soud členského státu ve smyslu čl. 177 (nyní 234). Ve své odpovědi konstatoval, že činnost rozhodčího soudu je do určité míry podobná činnosti soudu státního (rozhodce rozhoduje na základě zákona¹³, jeho rozhodnutí má pro strany účinky pravomocného soudního rozhodnutí a může být vykonatelným titulem atd.). To ale nestačí, aby mohl být rozhodčí soud považován za „soud členského státu“. Strany se jednak mohly dohodnout, zda

⁹ Rozehnalová, N. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. 2. vydání. Praha: ASPI Publishing, 2008, s. 291 - 297.

¹⁰ Ibid., s. 179.

¹¹ Rozhodnutí ESD 102/81 *Nordsee deutsche Hochseefischerei v. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern* ze dne 23. 3. 1982.

¹² Ibid., bod 1 - 8.

¹³ Podle německé právní úpravy nesměly rozhodčí soudy rozhodovat podle ekvity, ale pouze na základě zákona. Stehlík, V. Vybrané otázky rozhodčího řízení v komunitárním právu. Jurisprudence, 2005, č. 1, s. 5.

jejich případný spor rozhodne soud státní nebo rozhodčí, jednak německá veřejná moc nemůže z moci úřední zasahovat do průběhu rozhodčího řízení.¹⁴ Z toho plyne, že mezi rozhodčím řízením a obecným systémem ochrany práv v dotčeném státě neexistuje dostatečně úzký vztah, na jehož základě by bylo možné označit rozhodčí soud „za soud členského státu ve smyslu současného čl. 234 SES“.¹⁵

3.2 Právo rozhodčího soudu předložit prejudiciální otázku

Ve druhé části výše uvedeného rozhodnutí *Nordsee* se ESD zabýval právem rozhodčího soudu předložit ESD prejudiciální otázku. Přitom odkázal na rozhodnutí *Brökmeulen*¹⁶, podle kterého musí být právo ES v plném rozsahu dodržováno ve všech členských státech. Jestliže vyvstane otázka ohledně jeho výkladu v řízení před rozhodci, kteří nejsou oprávněni ji ESD předložit, mají takový dotaz v rámci své pomocné nebo kontrolní funkce ověřovat obecné soudy.¹⁷ Právě ty musí rozhodnout, zda předběžnou otázku ohledně

¹⁴ Od rozhodčího řízení fakultativní povahy je nutné odlišovat rozhodčí orgány, jejichž jurisdikce je na základě vnitrostátního právního řádu obligatorní. Takové soudy (např. nizozemský stálý rozhodčí tribunál pro řešení sporů ze systému sociálního pojištění v rozhodnutí ESD 61/65 *Vaassen-Goebbels / Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf* ze dne 30. 6. 1966 nebo Průmyslový arbitrážní výbor v rozhodnutí ESD 109/88 *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v. Danfoss*) se mohou na ESD obracet s předběžnými otázkami. Stehlik, V. Vybrané otázky rozhodčího řízení v komunitárním právu. Jurisprudence, 2005, č. 1, s. 4.

¹⁵ Rozhodnutí ESD 102/81 *Nordsee deutsche Hochseefischerei v. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern* ze dne 23. 3. 1982, bod 9 – 13.

¹⁶ Rozhodnutí ESD 246/80 *C. Broekmeulen v. Huisarts Registratie Commissie* ze dne 6. 10. 1981, bod 16.

¹⁷ Tento přístup ESD bývá někdy označován za příliš formalistický. Bývá kritizováno, že rozhodčí soudy musí podle rozhodnutí *Nordsee* aplikovat evropské právo, ale nemohou předložit předběžnou otázku. Situace ale není tak kritická. Pomineme-li skutečnost, že v rozhodčím řízení si strany mohou volit právo a aplikaci komunitárního práva v řízení tak vyloučit, je řízení o předběžné otázce s ohledem na svou délku (v roce 2007 to bylo průměrně 19,3 měsíce. [citováno: 14. ledna 2009]) Dostupný z: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=CJE/08/14&format=HTML&aged=0&language=CS&guiLanguage=en>) těžko slučitelné se zásadou rychlosti řízení. Pokud by přesto strany sporu měly na zodpovězení předběžné otázky zájem,

výkladu nebo platnosti norem evropského práva v souladu s čl. 234 SES ESD předloží.¹⁸ Důvodem je veřejný zájem na tom, aby bylo právo ES vykládáno jednotně bez ohledu na to, za jakých předpokladů má být aplikováno.¹⁹ Tento názor ESD opětovně potvrdil v rozhodnutí *Eco Swiss*.^{20,21}

4. Současná úprava v nařízení Brusel I

Rozhodčí řízení je jedna z oblastí²², na kterou v souladu s čl. 1 odst. 2 písm. d) věcně nedopadá nařízení Brusel I²³. To znamená, že se na ně nevztahují jednak pravidla určující pravomoc soudů, jednak pravidla týkající se uznání a prohlášení vykonatelnosti rozhodnutí. Tyto otázky se posuzují podle mezinárodních smluv a není-li jich, podle národního práva. To platí i v případech, pro které čl. 22 nařízení Brusel I předepisuje výlučnou pravomoc soudů.

Pro vymezení dopadu nařízení Brusel I na rozhodčí řízení je nutné vyložit obsah samotného pojmu „rozhodčí řízení“. Jazykový

může rozhodčí soud – jak jsme uvedli výše – požádat o její vznesení soud obecný. Podrobněji viz Stehlík, V. Vybrané otázky rozhodčího řízení v komunitárním právu. Jurisprudence, 2005, č. 1, s. 5 – 7.

¹⁸ Rozhodnutí ESD 102/81 *Nordsee deutsche Hochseefischerei v. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern* ze dne 23. 3. 1982, bod 14 – 15.

¹⁹ Rozhodnutí ESD C - 88/91 *Federazione Italiana dei Consorzi Agrari v. Azienda di Stato per gli Interventi nel Mercato Agricolo* ze dne 25. 7. 1992, bod 7.

²⁰ Rozhodnutí ESD C - 126/97 *Eco Swiss China Time v. Benetton International* ze dne 1. 6. 1999, bod 40.

²¹ K tomu viz také Lew, J. D. M., Mistelis, L. A., Kröll, S. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague, Kluwer Law International, 2003, marg. 19-3 – 19-18.

²² Vedle věcí daňových, celních a správních, otázek osobního stavu, způsobilosti fyzické osoby k právům a právním úkonům, majetkových práv vznikajících ze vztahů manželských a z dědění, včetně dědění ze závěti, konkursů, vyrovnání a podobných řízení a sociálního zabezpečení (čl. 1 nařízení Brusel I).

²³ Nařízení Brusel I je pro ČR závazné od jejího přístupu k EU dne 1. 5. 2004. Od té doby mu byla již v literatuře i odborných periodikách věnována značná pozornost, proto odkazujeme na tyto zdroje, např. Pauknerová, M. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. Praha: C. H. Beck, 2008, marg. 181 – 320; Rozehnalová, N., Týč, V. *Evropský justiční prostor*. Brno: Masarykova univerzita, 2005, s. 171 - 339.. K judikatuře týkající se nařízení Brusel I podrobně viz seriál *Judikatura Evropského soudního dvora v oblasti evropského justičního prostoru ve věcech civilních publikovaný v Právním fóru v roce 2007*.

výklad české, anglické („arbitration“) i francouzské („l'arbitrage“) verze vyvolává dojem, že je z dosahu nařízení Brusel I vyňato pouze rozhodčí řízení jako takové. Oproti tomu německá verze používá pojem „Schiedsgerichtsbarkeit“, který lze přeložit jako „rozhodčí soudnictví“. Tento pojem podle našeho názoru nezahrnuje jen samotné rozhodčí řízení („Schiedsverfahren“), ale i problematiku existence a platnosti rozhodčí smlouvy a řízení u státních soudů s rozhodčím řízením související.²⁴

Z Jenardovy zprávy k Bruselské úmluvě z roku 1968 a ze Schlosserovy zprávy k Úmluvě o přístupu Dánska, Velké Británie a Irska z roku 1978 se dozvídáme, že rozhodčí řízení bylo z Úmluvy vyloučeno kvůli tehdy připravovaným nebo již přijatým mezinárodním úmluvám upravujícím rozhodčí řízení. K nim patří Úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů podepsaná v roce 1958 v New Yorku (dále jen „Newyorská úmluva“) a Evropská úmluva o mezinárodní obchodní arbitráži z roku 1966 (dále jen „Evropská úmluva“).²⁵ Díky nim státy nepovažovaly za nutné v souladu s čl. 220 (nyní 293) SES, čtvrtá pomlčka, zahájit mezi sebou jednání s cílem zajistit zjednodušení formalit, jimž podléhá vzájemné uznávání a výkon rozhodčích nálezů.²⁶

²⁴ Závěrečný návrh generální advokátky Juliane Kokott ve věci C-185/07 *Allianz SpA a další v. West Tankers Inc.* ze dne 4. 9. 2008, bod 47.

²⁵ Kromě nich existují Ženevský protokol o doložkách o rozsudím ze dne 24. 9. 1923, Ženevská úmluva o vykonatelnosti cizích rozhodčích výroků ze dne 26. 9. 1927 a Washingtonská úmluva o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států ze dne 18. 3. 1965. V té době se počítalo i s uzavřením zvláštní Evropské úmluvy o jednotném právu vztahujícím se na rozhodčí řízení, tento plán však nikdy nebyl realizován. Magnus, U., Mankowski, P. *Brussels I Regulation*. München: Sellier, 2007, s. 63.

²⁶ Postupem času se však ukázalo, že řada otázek, které řeší obecné soudy v souvislosti s probíhajícím rozhodčím řízením, buď není mezinárodními úmluvami upravena, nebo tyto úmluvy nedopadají na všechny členské státy ES. Úprava tak zůstala v rozporu se záměrem čl. 220 SES – zajistit jednotnou komunitární úpravu rozhodčího řízení - rozdrobená. Toho si byli vědomi i Jenard a Schlosser, kteří v právních názorech ve věci *Rich*, jejímž rozbořem se zabýváme v následující kapitole, přehodnotili svůj původní postoj. Schlosser např. uvádí, že vyloučení arbitráže z nařízení Brusel I je pouze deklaratorní. Jeho cílem měla být jen neaplikovatelnost třetí části nařízení, tj. uznání a prohlášení vykonatelnosti cizích soudů, na rozhodčí nálezy. Pravidla o pravomoci v části druhé nařízení proto mají být aplikována na řízení, kde je arbitráž buď předmětem sporu, nebo předběžnou

Newyorská úmluva navíc obsahuje ustanovení závazná ne pro soudy rozhodčí, ale pro soudy obecné, např. ustanovení o uznání a výkonu rozhodčích nálezů nebo odkaz smluvních stran rozhodčí smlouvy na rozhodčí řízení.

Z výše uvedeného lze dovodit, že záměrem členských států bylo vyloučit z aplikačního rozsahu nařízení nejen samotné rozhodčí řízení, ale i řízení před obecnými soudy s rozhodčím řízením související.²⁷ To by znamenalo, že by nařízení Brusel I nemohlo být aplikováno na žádnou z otázek, jako např.: řízení o jmenování nebo odvolání rozhodce, řízení o určení místa konání arbitráže, řízení o prodloužení lhůty k vydání rozhodčího nálezu, řízení o určení platnosti nebo neplatnosti rozhodčí smlouvy, žaloby rozhodce proti stranám sporu na zaplacení honoráře, rozhodnutí týkající se zrušení, změny, uznání nebo prohlášení vykonatelnosti rozhodčích nálezů, předběžná opatření uložená státním soudem ve věci, v níž má jinak pravomoc rozhodčí soud, řízení před státním soudem v případě, že byl rozhodčí nález zrušen a rozhodnutí státního soudu, pokud nebyla zohledněna, ať už vědomě nebo nevědomě, rozhodčí smlouva.²⁸

V této souvislosti bylo ESD předloženo několik předběžných otázek, které rozebereme v následující kapitole.

5. Pomocná funkce soudů

5.1.1 Předběžná otázka

Problematickou aplikace nařízení Brusel I na rozhodování předběžné otázky se ESD zabýval v rozhodnutí **Marc Rich v. Impianti**²⁹. Mezi společnostmi Marc Rich se sídlem ve Švýcarsku

otázkou. Beraudo, J.-P. The Arbitration Exception of the Brussels and Lugano Conventions: Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments. *Journal of International Arbitration*, 2001, č. 18, s. 18.

²⁷ Závěrečný návrh generální advokátky Juliane Kokott ve věci C-185/07 *Allianz SpA a další v. West Tankers Inc.* ze dne 4. 9. 2008, bod 47.

²⁸ Dále např. předběžné rozhodnutí hmotných otázek a rozhodnutí státních soudů, do kterých jsou inkorporovány rozhodčí nálezy (tzv. doctrine of merge) dle anglického práva.

²⁹ Rozhodnutí ESD C-190/89 *Marc Rich and Co AG v. Societa Italiana Impianti PA* ze dne 25. 7. 1991.

a Impianti se sídlem v Itálii, které obchodovaly s naftou, vznikl spor, zda smlouva, kterou uzavřely, obsahuje rozhodčí doložku. Londýnský odvolací soud předložil ESD otázku, zda má být čl. 1 odst. 2 bod 4 Úmluvy vykládán tak, že se vztahuje na právní spor zahájený u státního soudu, jehož předmětem je jmenování rozhodců. Platí vyloučení i tehdy, když předběžnou otázku v tomto sporu představuje platnost rozhodčí smlouvy?

ESD rozhodl, že pro aplikaci nařízení Brusel I je určující předmět sporu. Pokud **předmět sporu** (hlavní nárok) souvisí s rozhodčím řízením, je celý spor vyloučen z dosahu Bruselské úmluvy (resp. nařízení) bez ohledu na případné předběžné otázky. Příkladem je situace, kdy žalující požádá soud o určení rozhodce, protože tak žalovaný neučinil. Závislost použití Bruselské úmluvy na jakékoli předběžné otázce, kterou může kterákoli strana soudu kdykoli položit, by byla v rozporu se zásadou právní jistoty, na níž je Bruselská úmluva založena.³⁰ Odpověď ESD tedy zní, že výjimka z aplikačního rozsahu Bruselské úmluvy dle čl. 1 odst. 2 bod 4 zahrnuje jmenování rozhodců. To platí, i když se předběžná otázka týká platnosti rozhodčí smlouvy.

Přesná kritéria pro rozlišení hlavního nároku a předběžné otázky bohužel ESD nestanovil, což působí značné problémy v praxi.³¹ Předběžná otázka je totiž často rozhodující pro hlavní nárok. Důsledkem uplatňování tohoto pravidla navíc může být nejednotná aplikace nařízení Brusel I, protože rozlišení předběžné otázky a předmětu sporu závisí na národním právu.

5.1.2 Předběžné opatření

Otázka týkající se použití nařízení Brusel I při realizaci pomocné funkce soudů, konkrétně při uložení předběžného, resp. ochranného opatření po zahájení řízení před rozhodci, byla ESD předložena ve věci **Van Uden v. Deco - Line**³². Společnost Van Uden Maritime BV

³⁰ Ibid., bod 26 a 27.

³¹ V rozhodnutí **Rich** byla jedinou spornou věcí existence rozhodčí smlouvy, takže rozlišování mezi předběžnou otázkou a předmětem sporu bylo umělé.

³² Rozhodnutí ESD C-391/95 *Van Uden Maritime BV v. Deco - Line a další* ze dne 17. 11. 1998. K tomu krit. Van Haersolte-van Hof, J. J. The Arbitration Exception in

se sídlem v Rotterdamu (dále jen žalobkyně) a společnost Deco – Line se sídlem v Hamburku (dále jen žalovaná) uzavřely smlouvu obsahující rozhodčí doložkou. Žalovaná neplnila své závazky a žalobkyně proto v souladu s rozhodčí doložkou zahájila v Nizozemí rozhodčí řízení. Podle žalobkyně však žalovaná záměrně prodlužovala jmenování rozhodce. Platební schopnost žalované se postupem času snižovala, což ohrožovalo i zaplacení předmětných pohledávek. Proto podala žalobkyně návrh na předběžné opatření, a to před nizozemským státním soudem. Nejvyšší soud Nizozemí následně položil ESD osm otázek týkajících se pravomoci soudu rozhodnout o předběžném opatření podle Úmluvy. Mimo jiné se tázal, jaký vliv má v tomto případě skutečnost, že sporné řízení podléhá podle smlouvy rozhodčímu soudu.

ESD rozhodl, že pokud strany smlouvou s rozhodčí doložkou podřídily spory ze smlouvy vznikající rozhodčím soudům a derogovaly tak pravomoc soudů státních, nemůže státní soud vydat předběžné opatření na základě čl. 5 odst. 1 Úmluvy (resp. nařízení).³³

Týká-li se však předmět návrhu na vydání předběžného nebo ochranného opatření otázky, která patří do rozsahu Úmluvy (věci občanské a obchodní), může je soud podle čl. 24 Úmluvy (čl. 31 nařízení) nařídit, i pokud má pravomoc k rozhodování o hlavní věci rozhodčí soud.³⁴ Rozhodující je předmět sporu. Předběžná a ochranná opatření se totiž netýkají provedení rozhodčího řízení, ale jsou nařízena paralelně k jeho podpoře (parallel proceedings). Předmětem sporu tedy není rozhodčí řízení jako právní oblast, ale materiální zajištění nároků do doby, než o nich bude konečně rozhodnuto. Předběžné nebo ochranné opatření spadá do režimu Úmluvy nikoli na základě své povahy, ale na základě povahy práv, kterýchž ochraně slouží.³⁵ Stručně řečeno, i když byla uzavřena platná rozhodčí smlouva, určí se pravomoc soudu, který má vydat ochranné nebo předběžné opatření, podle nařízení Brusel I. Při tom musí být splněny následující podmínky:

the Brussels Convention: Further Comment. *Journal of International Arbitration*, 2001, č. 18, s. 28 – 31.

³³ Rozhodnutí C-391/95 *Van Uden Maritime BV v. Deco-Line a další* ze dne 17. 11. 1998, body 21 – 24.

³⁴ *Ibid.*, bod 34.

³⁵ *Ibid.*, bod 33.

- Mezi předmětem sporu, požadovaným ochranným opatřením a místní příslušností členského státu musí existovat skutečná souvislost a
- opatření musí mít čistě předběžný a ochranný charakter.³⁶

ESD vedle řízení paralelních k rozhodčímu řízení, na která lze nařízení Brusel I aplikovat, rozlišuje dále řízení pomocná (ancillary proceedings), která jsou z dosahu nařízení vyloučena, tzn. v režimu nařízení Brusel I je nelze vykonat.³⁷ Toto dělení je poněkud netypické, protože předběžná řízení se obvykle³⁸ řadí právě k řízením pomocným.³⁹ V praxi tak vznikají potíže, neboť mezi oběma druhy řízení není výrazný rozdíl (obě mají společný cíl, a to podporu rozhodčího řízení) a rozlišovací kritéria nejsou jasně stanovená.⁴⁰ Je tedy nutné postupovat podle pravidla stanoveného v rozhodnutí Marc Rich, tzn. podle toho, zda je hlavním předmětem sporu rozhodčí řízení a nebo ne. V praxi lze většinu těchto opatření klasifikovat jako „pomocná“, tj. nespádající do režimu nařízení Brusel I.⁴¹

5.1.3 Anti-suit injunction

Předběžná otázka o dopadu nařízení Brusel I na vydání anti-suit injunction⁴² vyvstala ve věci *Allianz a další v. West Tankers*.⁴³ Spor

³⁶ Ibid., bod 40 a 41.

³⁷ Ibid., bod 32.

³⁸ Viz kapitola 2.

³⁹ Např. Rozehnalová, N. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. 2. vydání. Praha: ASPI Publishing, 2008, s. 297; van Houtte, H., Why Not Include Arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation? Arbitration International, 2005, č. 4, s. 516.

⁴⁰ Problematická nejsou „klasická“ pomocná řízení, neboť tradičně zahrnují s většími či menšími odchylkami činnosti soudu uvedené v kap. 2. K nim lze dále zařadit např. předvolání svědka, určení znalce, určení místa arbitráže tam, kde arbitráž ještě nezačala, odvolání se proti nálezu atd. Vedder, V. V. Another Look at the Arbitration Exceptions in the Brussels Regulation and Lugano Convention. ASA BULLETIN, 2006, č. 4, s. 804 – 805.

⁴¹ Ambrose, C. Arbitration and Free Movement of Judgements. Arbitration International, 2003, č. 1, s. 24.

⁴² Anti-suit injunction je institut typický pro angloamerické právo, kterým soud (státní nebo rozhodčí) zakazuje žalovanému zahájit řízení nebo pokračovat v řízení před soudem v jiném státě. Lew, J. D. M., Mistelis, L. A., Kröll, S. Comparative

vznikl mezi společnostmi West Tankers a Erg Petroli SpA. West Tankers byla vlastníkem lodi, kterou měla na základě charterové smlouvy v pronájmu Erg Petroli. Loď narazila do mola, jejímž vlastníkem byla právě Erg Petroli. Škodu, kterou Erg Petroli utrpěla, uhradila do výše pojistné částky její pojišťovna Allianz. Na uhrazení zbylé části škody žalovala Erg Petroli West Tankers v souladu s rozhodčí doložkou v charterové smlouvě u rozhodčího soudu v Londýně. Allianz žalovala následně West Tankers na náhradu pojistného plnění, a to u státního soudu v Itálii. Na to reagovala West Tankers podáním žaloby u Nejvyššího soudu ve Velké Británii na zjištění, že spor probíhající před státním soudem v Itálii je spor z charterové smlouvy a že Allianz žaluje na základě zákonného přechodu pohledávky, proto je vázána rozhodčí doložkou obsaženou v charterové smlouvě. West Tankers požadovala i vydání předběžného opatření – anti-suit injunction. Žalujícímu mělo být zakázáno vést spor před jiným než rozhodčím soudem a pokračovat v řízení v Itálii. Sněmovna lordů jako odvolací instance ve věci položila ESD předběžnou otázku: Je anti-suit injunction neslučitelné s nařízením Brusel I, když je vydáno ve vztahu k právnímu sporu, který má být na základě rozhodčí smlouvy uzavřené mezi stranami řešen u rozhodčího soudu?

ESD převzal závěrečný návrh generální advokátky Juliane Kokott⁴⁴. Navázal tak na své rozhodnutí Turner⁴⁵, kde judikoval, že v souladu se základním principem nařízení Brusel I posuzuje každý soud svou pravomoc sám a tato pravomoc nemůže být až na výjimky přezkoumána soudy jiných států (zásada vzájemné důvěry v soudní systémy členských států), Z toho plyne, že nařízení Brusel I anti-suit injunction zakazuje, přestože se jedná o procesní opatření podléhající

International Commercial Arbitration. The Hague, Kluwer Law International, 2003, s. 363, marg. 15 - 24.

⁴³ Rozhodnutí ESD C-185/07 *Allianz SpA a další v. West Tankers Inc.* ze dne 10. 2. 2009.

⁴⁴ Závěrečný návrh generální advokátky Juliane Kokott ve věci C-185/07 *Allianz SpA a další v. West Tankers Inc.* ze dne 4. 9. 2008.

⁴⁵ Rozhodnutí ESD C-159/02 *Gregory Paul Turner v. Felix Fareed Ismail Grovit, Harada Ltd a Changepoint SA* ze dne 27. 4. 2004.

národnímu právu.⁴⁶ Předpokladem použití anti-suit injunction podle ESD není, že se nařízení Brusel I vztahuje na obě řízení. Rozhodující je dopad anti-suit injunction na řízení, které do aplikačního rozsahu nařízení spadá. Jestliže soud jednoho členského státu zabráňuje soudu jiného členského státu vykonat pravomoc založenou na nařízení Brusel I, narušuje tak cíl nařízení Brusel I - sjednotit pravidla pro střety pravomocí soudů a volného pohybu rozhodnutí - a jeho efektivitu.⁴⁷ V souladu s rozhodnutím ESD *Hagen*⁴⁸ nesmí aplikace národních procesních předpisů narušovat praktickou účinnost Bruselské úmluvy. V předloženém případě to znamená, že státní soud, který by měl pravomoc, kdyby nebylo rozhodčí smlouvy, má pravomoc přezkoumat platnost rozhodčí smlouvy a v případě její neplatnosti⁴⁹ rozhodnout spor.⁵⁰ Anti-suit injunction, které v této situaci zakazuje jedné straně zahájení nebo pokračování v řízení před státními soudy, zasahuje do řízení, na které dopadá nařízení Brusel I.⁵¹ Pokud by v důsledku anti-suit injunction nemohla být podána žaloba před státními soudy v režimu nařízení Brusel I, hrozilo by neuznání a nevykonatelnost rozhodčího nálezu podle čl. V odst. 1 písm. c) Newyorské úmluvy.^{52,53} Strana, která namítá existenci

⁴⁶ Rozhodnutí ESD C-185/07 *Allianz SpA a další v. West Tankers Inc.* ze dne 10. 2. 2009, bod 24.

⁴⁷ *Ibid.*, bod 24.

⁴⁸ Rozhodnutí ESD 365/88 *Kongress Agentur Hagen GmbH v. Zeehaghe BV* ze dne 15. 5. 1990, bod 29.

⁴⁹ K tomu podrobněji viz kapitola 6.

⁵⁰ K další argumentaci týkající se pravomoci státních soudů přezkoumat platnost rozhodčí smlouvy viz následující podkapitola.

⁵¹ Závěrečný návrh generální advokátky Juliane Kokott ve věci C-185/07 *Allianz SpA a další v. West Tankers Inc.* ze dne 4. 9. 2008, bod 62.

⁵² Čl. V odst. 1 písm. c) stanoví, že uznání a výkon nálezu mohou být odepřeny na žádost strany, když tato strana prokáže, že nález se týká sporu, pro který nebyla uzavřena rozhodčí smlouva nebo který není v mezích rozhodčí doložky, nebo že nález obsahuje rozhodnutí přesahující dosah úmluvy o rozhodčí nebo rozhodčí doložky.

⁵³ Problém může nastat, jestliže rozhodčí smlouva nebude jednoznačně formulována a rozhodčí a státní soud vydají různá rozhodnutí o jejím předmětu. Čl. 27 a 28 nařízení Brusel I, které mají bránit paralelním řízením, zde nelze aplikovat, neboť jedním ze soudů je soud rozhodčí. Důsledkem pak může být vydání vzájemně si odporujících rozhodnutí. V takové situaci vyvstává otázka, které z nich by mělo mít přednost při uznání a výkonu ve třetím členském státě. Ambrose, C. *Arbitration and Free Movement of Judgements*. Arbitration International, 2003, č. 1, s. 12 – 14.

rozhodčí smlouvy, by se totiž mohla jednoduše zbavit vedení sporu před státním soudem v režimu nařízení Brusel I.⁵⁴

Uvedené rozhodnutí ESD narazilo v odborných kruzích⁵⁵ na velkou kritiku. Souhlasíme s názorem, že rozhodnutí je příliš stručné a argumentace povrchní, nejasná a tedy nepřesvědčivá (zejména pokud jde o analýzu vyloučení rozhodčího řízení z aplikačního rozsahu nařízení Brusel I). Rozhodnutí Turner, které bylo základem úvah generální advokátky Kokott a ESD, se totiž týkalo soudního řízení spadajícího do dosahu nařízení Brusel I. Princip vzájemné důvěry v soudní systémy členských států, na němž je nařízení Brusel I založeno, vychází ze struktury a principů nařízení, tj. z jednotných pravidel pro určování pravomoci soudů a

Tento problém však nelze řešit pomocí anti-suit injunction. Soudy by pak zákazy mohly vydávat vzájemně a ve výsledku by se prosadil soud, který by porušení zákazu sankcionoval nejpřísněji. Závěrečný návrh generální advokátky Juliane Kokott ve věci C-185/07 *Allianz SpA a další v. West Tankers Inc.* ze dne 4. 9. 2008, bod 72. Illmer a Naumann navrhuji dvě alternativní řešení k anti-suit injunction, prostřednictvím kterých by mohlo být prosazováno dodržování rozhodčích smluv:

1) Podat u rozhodčího soudu nebo u státního soudu v místě sídla rozhodčího soudu žalobu na určení, že strana, která porušila rozhodčí smlouvu, je zodpovědná za škodu v rozsahu nákladů na řízení u cizího soudu. Je-li taková doložka obsažena v rozhodčí smlouvě, pak podat rovnou žalobu na náhradu škody.

2) Do nařízení Brusel I vložit ustanovení, kterým bude zavedena povinnost soudu, u něhož byla podána žaloba ve věci samé, zastavit řízení, byla-li u soudu v místě arbitráže podána žaloba na určení existence, platnosti a/nebo předmětu rozhodčí smlouvy. To by mohlo zabránit vydání různých rozhodnutí o platnosti rozhodčí smlouvy v různých státech. Tento návrh je obsažen v Hess/Pfeiffer/Schlosserově zprávě o aplikaci nařízení Brusel I, pozn. č. 56. Illmer, M., Naumann, I. Anti-suit Injunctions in Support of Arbitration Agreements under the Brussels Regulation. A Comment on the Advocate General's Opinion in the West Tankers Reference by the House of Lords (Case C-185/07). ASA BULLETIN, 2008, č. 4, s. 825.

⁵⁴ Ibid., bod 55 – 58.

⁵⁵ Arenas, R. Rafael Arenas on West Tankers. [citováno: 28. února 2009] <http://conflictoflaws.net/2009/rafael-arenas-on-west-tankers/>; Harris, J. Harris on West Tankers. [citováno: 28. února 2009] <http://conflictoflaws.net/2009/harris-on-west-tankers/>; Illmer, M., Naumann, I. Anti-suit Injunctions in Support of Arbitration Agreements under the Brussels Regulation. A Comment on the Advocate General's Opinion in the West Tankers Reference by the House of Lords (Case C-185/07). ASA BULLETIN, 2008, č. 4, s. 822; Kessedjian, C. Kessedjian on West Tankers. [Citováno: 28. února 2009] <http://conflictoflaws.net/2009/kessedjian-on-west-tankers/>; Layton, A. Layton on West Tankers. [citováno: 28. února 2009] <http://conflictoflaws.net/2009/layton-on-west-tankers/>.

automatického uznávání a výkonu cizích rozhodnutí. Klade se otázka, jak může rozhodčí řízení tomuto principu odporovat, když se na ně nařízení Brusel I nevztahuje.⁵⁶ Rozhodnutí ESD tak může vycházet pouze ze zásady primátu práva ES. Z doktríny praktické účinnosti práva ES (effet utile) plyne, že v případě rozporu práva ES a národního práva je vždy rozhodující právo ES, a to i když na danou věc nedopadá přímo, aby bylo možné dosáhnout cílů úmluvy.⁵⁷

5.1.4 Rozhodčí smlouva

První otázka týkající se platnosti rozhodčích smluv byla ESD předložena ve výše uvedeném rozhodnutí **Rich**. ESD však v této souvislosti konstatoval pouze, že předběžná otázka týkající se platnosti rozhodčí smlouvy nemůže ovlivnit vynětí hlavního řízení z nařízení Brusel I. Zda ale nařízení Brusel I dopadá i na řízení, v němž se rozhoduje o platnosti rozhodčí smlouvy, ESD přímo neuvedl.

O aplikaci nařízení Brusel I na řízení o platnosti rozhodčí smlouvy se proto stále vede diskuze. Tato otázka může vyvstat ve dvou rovinách:

1) Jednak může být před státním soudem zahájeno řízení o určení (ne)platnosti rozhodčí smlouvy,

2) jednak může být v již zahájeném řízení u soudu vznesena námitka existence platné rozhodčí smlouvy, která by vylučovala pravomoc státního soudu. Základní otázka tedy zní, zda rozhodnutí státního soudu členského státu o platnosti rozhodčí smlouvy musí být v ostatních členských státech ES uznáno v režimu nařízení Brusel I.⁵⁸

Schlosserova zpráva k Bruselské úmluvě považuje ověření platnosti rozhodčí smlouvy za pomocné řízení, které proto nemůže

⁵⁶ Layton, A. Layton on West Tankers. [citováno: 28. února 2009] <http://conflictoflaws.net/2009/layton-on-west-tankers/>. Opačně Pfeiffer, T. Pfeiffer on West Tankers. [citováno: 28. února 2009] Dostupný z: <http://conflictoflaws.net/2009/pfeiffer-on-west-tankers/>.

⁵⁷ Arenas, R. Rafael Arenas on West Tankers. [citováno: 28. února 2009] <http://conflictoflaws.net/2009/rafael-arenas-on-west-tankers/>.

⁵⁸ Gonsorčíková, M. Vliv Bruselského nařízení na rozhodčí řízení. Jurisprudence, 2005, č. 1, s. 14.

spadat do působnosti úmluvy. Zpráva Krameroва zase vychází z tzv. rozštěpené teorie: Je-li předmětem řízení určení platnosti rozhodčí smlouvy, Úmluva se neaplikuje. Vystane-li naopak otázka platnosti rozhodčí smlouvy v řízení již zahájeném u státního soudu (předběžná otázka), Bruselská úmluva se na řízení použije.⁵⁹

Při posuzování problému je nutné vycházet z toho, že hlavním prvkem rozhodčí smlouvy je autonomie vůle stran a z ní plynoucí přesvědčení vyloučit státní soudy z rozhodování sporu. Státním soudům (těm v místě konání arbitráže nebo těm, právo jejichž státu bylo pro rozhodčí řízení zvoleno) pak zbývá jen pomocná a kontrolní funkce. Otázku existence, platnosti a rozsahu rozhodčí smlouvy⁶⁰ mají podle čl. 2 a 5 Newyorské úmluvy posoudit rozhodci v rámci své kompetence-kompetence⁶¹. Čl. II odst. 3 Newyorské úmluvy ale říká, že „soud smluvního státu, u něhož byla podána žaloba v záležitosti, o níž strany uzavřely dohodu ve smyslu tohoto článku, odkáže strany na rozhodčí řízení k žádosti jedné z nich⁶², ledaže zjistí, že zmíněná dohoda je neplatná, neúčinná nebo nezpůsobila k použití.“ To znamená, že o existenci, platnosti a rozsahu rozhodčí smlouvy jako o předběžné otázce může rozhodovat v rámci své kompetence-kompetence i soud státní. Toto řízení tedy spadá do působnosti Newyorské úmluvy, což je přímo vylučuje z dosahu nařízení Brusel I⁶³. Jinými slovy, pravomoc soudu se určuje podle

⁵⁹ Ibid., s. 14 – 15.

⁶⁰ Nelze akceptovat přístup, podle něhož by byla rozhodčí smlouva ztotožněna s prorogační doložkou a tedy podřízena čl. 17 Bruselské úmluvy. Beraudo, J.–P. The Arbitration Exception of the Brussels and Lugano Conventions: Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments. *Journal of International Arbitration*, 2001, č. 18, s. 18.

⁶¹ Jedná se o kompetenci rozhodců rozhodnout o své pravomoci sami (tzv. princip pravomoc – pravomoc, Kompetenz – Kompetenz, compétence-compétence). Tato zásada je platná ve většině států. Rozehnalová, N. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. 2. vydání. Praha: ASPI Publishing, 2008, s. 198.

⁶² Toto ustanovení umožňuje stranám rozhodnout se, že svůj spor přes existenci rozhodčí smlouvy rozhodčímu řízení nepodřídí. Beraudo, J.–P. The Arbitration Exception of the Brussels and Lugano Conventions: Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments. *Journal of International Arbitration*, 2001, č. 18, s. 21.

⁶³ Ambrose, C. Arbitration and Free Movement of Judgements. *Arbitration International*, 2003, č. 1, s. 12 – 14, Beraudo, J.–P. The Arbitration Exception of the Brussels and Lugano Conventions: Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments. *Journal of International Arbitration*, 2001, č. 18, s. 17 - 20.

vnitrostátního práva a rozhodnutí nelze uznat a vykonat podle nařízení Brusel I.

Jiná je situace při posuzování platnosti rozhodčí smlouvy v případě anti-suit injunction, která má podporovat dodržování rozhodčí smlouvy. Tímto problémem se zabýval ESD ve věci **West Tankers**. V takovém případě je předmětem sporu u cizího soudu (ne u rozhodčího soudu dohodnutého v rozhodčí smlouvě) žaloba ve věci samé, např. z kontraktu nebo z deliktu, nikoli samotné rozhodčí řízení. Proto se na řízení nevztahuje výjimka stanovená v čl. 1 odst. 2 písm. d) a nařízení Brusel I se v tomto případě aplikuje. Platnost rozhodčí smlouvy a její rozsah je pouze předběžná otázka, kterou soud musí zodpovědět při rozhodování o své pravomoci v rámci své kompetence-kompetence. To odpovídá výše zmíněnému čl. II odst. 3 Newyorské úmluvy. Pravomoc rozhodčího soudu záleží stejně jako pravomoc soudu státního právě na účinnosti a rozsahu rozhodčí smlouvy.⁶⁴ Přestože řešení založené na rozštěpení pravomoci soudů (tak jak je uvádí výše zmíněná Kramerova zpráva) není ideální a odůvodnění soudu povrchní, odpovídá přístupu založenému v rozhodnutí **Rich a van Uden**, podle nichž záleží dopad nařízení Brusel I na rozhodčí řízení na předmětu sporu.⁶⁵ Pro komplexní řešení nezbývá než vyčkat novely nařízení Brusel I.⁶⁶

V souvislosti s platností rozhodčí smlouvy je nutné ještě vyjasnit, zda lze podle nařízení Brusel I uznat soudní rozhodnutí, které řeší spor bez ohledu na existenci rozhodčí smlouvy a zda je soud, u něhož je o uznání žádáno, vázán tou částí cizího rozsudku, která se týká platnosti rozhodčí smlouvy.

⁶⁴ Závěrečný návrh generální advokátky Juliane Kokott ve věci C-185/07 *Allianz SpA a další v. West Tankers Inc.* ze dne 4. 9. 2008, bod 60.

⁶⁵ Kriticky Harris, J. Harris on West Tankers. [Citováno: 28. února 2009] <http://conflictoflaws.net/2009/harris-on-west-tankers/> a Kessedjian, C. Kessedjian on West Tankers. [Citováno: 28. února 2009] <http://conflictoflaws.net/2009/kessedjian-on-west-tankers/>. Podle nich rozhodnutí podporuje stranu, která chce působit průtahy v řízení a odporuje vynětí rozhodčího řízení z nařízení Brusel I. Pro všechna řízení týkající se platnosti rozhodčí smlouvy prosazují aplikaci vnitrostátního práva. Podle našeho názoru ale zaměňují situaci ve West Tankers s případem, který jsme uvedli v předchozím odstavci, tj. s pouhým řízením o platnosti rozhodčí smlouvy.

⁶⁶ K tomu viz pozn. č. 55 a 74.

V odborné literatuře je prezentováno několik argumentů⁶⁷ pro tvrzení, že soudní rozhodnutí ve věci samé, které bylo vydáno bez respektování rozhodčí smlouvy, nemá být uznáno jiným cizím soudem. Žádný z nich však nenalézá oporu v nařízení. Jeho čl. 35 taxativně stanovuje podmínky pro případný přezkum pravomoci soudu, který rozhodnutí vydal, přičemž nerespektování pravomoci rozhodčího soudu sem není zahrnuto. To je nutné namítat již u soudu, který rozhodnutí vydal, a ne teprve ve fázi uznání a výkonu rozhodnutí. Jestliže soud rozhodl ve věci občanské nebo obchodní spadající pod aplikaci nařízení, není podle současné právní úpravy důvod je neuznat.^{68,69}

6. Kontrolní funkce soudů

Jak jsme uvedli již ve druhé kapitole, kontrolní funkce soudů se projevuje v jejich pravomoci zrušit rozhodčí nález, resp. odepřít jeho uznání a výkon. Právě tato problematika je předmětem Newyorské úmluvy a částečně i Evropské úmluvy (čl. IX). Lze tedy konstatovat, že nařízení Brusel I na kontrolní funkci soudů nedopadá.

⁶⁷ Např. 1) Nařízení Brusel I vylučuje rozhodčí řízení. Pokud státní soud rozhodne o neplatnosti rozhodčí smlouvy, proč by řízení mělo spadat do režimu nařízení Brusel I, když tam rozhodnutí o platnosti rozhodčí smlouvy nepatří. 2) Uznáním takového rozhodnutí dochází ke střetu Newyorské úmluvy a nařízení Brusel I v rozporu s čl. 71 odst. 2 nařízení. 3) Hrozba neuznání rozsudku tam, kde mělo proběhnout rozhodčí řízení, by nutila strany respektovat rozhodčí smlouvu. Ambrose, C. Arbitration and Free Movement of Judgements. Arbitration International, 2003, č. 1, s. 17 - 20.

⁶⁸ Kropholler, J. Europäisches Zivilprozessrecht. 8. vydání. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft, s. 90.

⁶⁹ Naopak rozhodnutí, které odporuje rozhodčímu nálezu, by podle nařízení Brusel I být uznáno nemělo. A to ani tehdy, pokud rozhodčí nález ještě nebyl soudem uznán, resp. prohlášen za vykonatelný. Čl. 71 odst. 1 nařízení Brusel I totiž stanoví, že nařízením nejsou dotčeny smlouvy, jejichž stranami jsou členské státy a jež upravují příslušnost, uznání nebo výkon rozhodnutí ve zvláště vymezených věcech. Cílem tohoto ustanovení je vyhnout se výše uvedenému rozporu a porušování závazků, které plynou z mezinárodních smluv. Ambrose, C. Arbitration and Free Movement of Judgements. Arbitration International, 2003, č. 1, s. 15.

7. Závěr

Vyloučení arbitráže z dosahu nařízení Brusel I znamená, že se na rozhodčí řízení nevztahují pravidla pro určování pravomoci soudů a rozhodčí nálezy nelze podle nařízení Brusel I uznat a prohlásit za vykonatelné.

V souladu s judikaturou ESD se však nařízení Brusel I vztahuje na

- předběžná opatření uložená ve věci, v níž má jinak pravomoc rozhodčí soud,
- řízení před státním soudem v případě, že byl rozhodčí nález zrušen,
- rozhodnutí státního soudu, i když nebyla zohledněna, ať už vědomě nebo nevědomě, rozhodčí smlouva,⁷⁰
- rozhodování státních soudů o platnosti rozhodčí smlouvy jako předběžné otázky v řízení ve věci samé a
- anti-suit injunction, kterou rozhodčí soud zakazuje žalovanému začít nebo pokračovat v řízení před státním soudem jiného členského státu.

Na ostatní řízení, která se řadí k pomocné a kontrolní funkci soudů, se nařízení Brusel I nepoužije.

S ohledem na aplikační problémy⁷¹ způsobené vynětím rozhodčího řízení z nařízení Brusel I se stále častěji diskutuje o sjednocení právních předpisů v oblasti pravomoci rozhodčích soudů a uznání a výkonu rozhodčích nálezů mezi členskými státy ES.⁷² Pro

⁷⁰ Geimer, R., Schütze, R. Kommentar zur EuGVVO, EuEheVO, EuZustellungsVO, zum Lugano-Übereinkommen und zum nationalen Kompetenz- und Anerkennungsrecht. München: C. H. Beck, 2004, s. 91.

⁷¹ Hess, B., Pfeiffer, T., Schlosser, P. Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States. Heidelberg: Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 2007. Study JLS/C4/2005/03. [Citováno: 14. ledna 2009] Dostupný z: http://www.ipr.uni-heidelberg.de/studie2/national_reports.htm.

⁷² Reformní návrhy se soustředí na regionální řešení na úrovni ES. Objevují se jak hlasy mluvící pro zrušení čl. 1 odst. 2 písm. d) a doplnění nařízení (Ambrose, C. Arbitration and Free Movement of Judgements. Arbitration International, 2003, č. 1, s. 17 - 20, Hess, B., Pfeiffer, T., Schlosser, P. Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States. Heidelberg: Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 2007, bod 124 – 136. Study JLS/C4/2005/03. [Citováno: 14. ledna

rozbor této problematiky však bohužel v tomto příspěvku není místo, proto se jí chceme věnovat na jiném místě.

Kontaktní údaje na autora – email:

p.bohunova@volny.cz

2009] Dostupný z: http://www.ipr.uni-heidelberg.de/studie2/national_reports.htm; van Houtte, H. Why Not Include Arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation? Arbitration International, 2005, č. 4, s. 512, Veeder, V. V. Another Look at the Arbitration Exceptions in the Brussels Regulation and Lugano Convention. ASA Bulletin, 2006, č. 4, s. 808 - 809.), tak pro vytvoření speciálního právního předpisu týkajícího se pouze arbitráže (Mourre, A. Should arbitration stay excluded from the scope of application of Regulation 44/2001? ASA BULLETIN, 2006, č. 4, s. 800 – 802.). Zajímavý je rovněž návrh, který kombinuje Protokol k Newyorské úmluvě a změnu nařízení Brusel I (van Houtte, H., Why Not Include Arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation? Arbitration International, 2005, č. 4, s. 516 – 518).

Veřejné příjmy v prostředí působení práva Evropské unie

Mgr. Damian Czudek

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Katedra finančního práva a národního hospodářství, Česká republika

Abstract:

This text primarily deals with public income issue and it is especially focused on tax law. It places special emphasis on the European aspect which influences national law systems of the EU member states. The attention in this text is dedicated to the EU harmonisation. The goal of the European Union is to strengthen Europe's economy by creating an internal free market and promotion of harmonisation in field of financial law (and especially tax law) systems is very helpful in achieving this target.

The introductory part is trying to clarify the issue of the EU financial law in relation to national financial systems in general. It also defines public finances, its functions and its relations between the Czech and the European scope of activity.

The key part is to set and define the main source of public income that means tax burden. It more than clear, that this definition brings confrontation between economic and legal point of view.

For legal purposes a tax may be defined as a "pecuniary burden laid upon individuals or property to support the government, a payment exacted by legislative authority." A tax "is not a voluntary payment or donation, but an enforced contribution, exacted pursuant to legislative authority" and is "any contribution imposed by government whether under the name of toll, tribute, tallage, gabel, impost, duty, custom, excise, subsidy, aid, supply, or other name.

The author is explaining not only tax burden but he is also showing complicated structures in tax system. Taxes consist of various tax types and it cannot be replaced by sole universal tax. The current international trends in taxation lays mainly in making the tax system more understandable, or more accountable. But tax reforms could also observe different goals, like reducing the level of taxation,

making the tax system more or less progressive etc. Nowadays tax law systems of EU members are bounded with EU law and EU tax policy inclines to firmer harmonisation.

Finanční právo v Evropské unii

Dnem 1. května se stala Česká republika členem Evropské unie, což výrazným způsobem ovlivnilo vnitrostátní legislativu, tedy i české finanční právo. V současné době se zatím jedná pouze o změny harmonizačního charakteru, nicméně do budoucnosti se dá v této oblasti předvídat mnohem razantnější integrace, a to zejména v souvislosti s tolik diskutovaným přijetím společné evropské měny, Eura.

V Evropské unii můžeme rozlišit dvě oblasti finančního práva. Důvodem je „stavba“ Evropské unie a základy, na kterých byla vybudována. Evropská unie, tak jak stanoví čl.1 Smlouvy o Evropské unii, se skládá z Evropských společenství, která jsou doplněna o politiku a spolupráci obsažené ve Smlouvě o založení EU. Lze tak říci, že právo Evropské unie se skládá z práva primárního – práva Evropských společenství, a práva unijního - práva Evropské unie sensu stricto – druhý a třetí pilíř. Důležité jsou také cíle, pro které Evropská společenství a následně Evropská unie vznikla.

Z hlediska dělby práva EU na právo primární a unijního najdeme finančněprávní regulace v jedné i druhé oblasti.

Avšak z hlediska dělby práva EU na právo vnitřní a vnější můžeme rozlišit dvě oblasti. První se týká pouze měnového systému Společenství a jejich financí jako organizace – můžeme jej označit za „vnitřní finanční právo Evropských společenství“. Druhou oblastí je vnější právo a týká se řešení, jaká byla přijata Společenstvím pro vytvoření společného vnitřního trhu v oblasti financí členských států Evropské unie – vnější finanční právo Evropských společenství¹.

Vnitřní finanční právo Evropských společenství je základem pro měnový systém Společenství, které je výsledkem snah o utvoření Hospodářské a měnové unie. Důsledkem je také fungování Eurozóny, ke které se mohou přidat členské státy splňující

¹ Kosikowski, C., Prawo finansowe w Unii Europejskiej, Bydgoszcz, Oficyna Wydawnicza Branta, 2007, str.29.

konvergenční kritéria. Obsahem finančního práva Evropských společenství jsou tak v první řadě normy měnového práva, zejména upravující emisi Eura, jeho ochrany před paděláním, instituty realizující zásadu volného pohybu peněz a bránící před praním špinavých peněz. Dále je to úprava Evropského systému centrálních bank, kde patří Evropská centrální banka a centrální banky členských států, a Evropské investiční banky. Velmi obsáhlá je úprava týkající se financování Společenství: výdaje Společenství, důchod Společenství, stanovování několikaleté strategie finančního a rozpočtového plánování v Evropských společenstvích, rozpočet Společenství a proces jeho tvorby, realizace a kontroly, fondů a jiných nástrojů sloužících k realizaci cílů Společenství a EU, rozpočtová kázeň, systém finanční kontroly a ochrany finančních zájmů Společenství.

Vnější finanční právo Evropských společenství obsahuje regulaci, na základě které jsou členské státy Společenství povinny provádět harmonizaci národních právních řádů s právem společenství, aby byly naplňovány základní zásady a svobody, kterými se řídí společný trh. Předmětem regulace tak je sektor veřejných financí, systém národních a regionálních účtů (ESA'95), výpočet HDP a HNP, rozpočtová konvergenční kritéria, průzkum a prevence nadměrného rozpočtového deficitu, přímé daně², zdanění některých příjmů, jednotná správa členských států v daňové oblasti, kreditní a finanční instituce na společném finančním trhu, dohled nad finančním trhem, celní a devizové právo ke třetím státům.

Pojem veřejných financí a jejich funkce

Veřejné finance můžeme tedy označit jako soubornou kategorii pro společenské vztahy *sui generis*, jež jsou součástí peněžních vztahů a jejich objektem jsou veřejné peníze. Obsahem těchto vztahů jsou peněžní operace, prostřednictvím kterých dochází k naplňování, rozdělování a přerozdělování veřejných fondů a s tím spojená práva, oprávnění a povinnosti. Veřejné finance je realizují vždy ve vazbě na

² DPH, spotřební daně.

veřejný sektor³ a jejich existence je účelově vázána primárně na uspokojení veřejného zájmu.⁴

Pro lepší pochopení veřejných příjmů je nutné si osvětlit funkce, jaké tyto příjmy plní. Veřejné příjmy se na nenávratném principu podílejí významným způsobem na přerozdělování hrubého domácího produktu. Veřejné příjmy jsou zdrojem, ze kterého jsou kryty veřejné výdaje, a představují také vztahy veřejných rozpočtů, popřípadě jiných mimořádných fondů.⁵ Veřejné příjmy tak plní tyto funkce: *distribuční, alokační, stabilizační, fiskální, stimulační a kontrolní*⁶. Distribuční funkce, jak již vyplývá ze samotného názvu, má svůj základ v přerozdělování prostředků, které stát získal. Typickými příjmy plnícími tuto funkci, a také funkci stabilizační, která má za cíl ovlivňovat společensko hospodářskou situaci státu směrem k makroekonomické rovnováze, jsou daňové příjmy. Důležitá je zde správně nastavena rozpočtová soustava a rozpočtové určení daní. Základem alokační funkce je zabezpečit dostatečné množství finančních prostředků potřebných pro krytí výdajů a tím ovlivnit a zajistit optimální skladbu veřejných statků. Fiskální funkci lze považovat za doplňující funkci směřující k získávání prostředků na krytí nezbytných výdajů, které jsou odvislé od hospodářské politiky státu a jsou určeny pro realizaci úkolů veřejnoprávních subjektů a veřejného sektoru⁷. Stimulační funkce nabývá na významu v případě mocenských ingerencí států do ekonomiky a do soukromého sektoru. Zabezpečuje realizaci konkrétních hospodářských a společenských cílů. Systém osvobození a slev má tak přímý vliv na rozhodování poplatníků při investování, rozvíjení exportu, stavbě domů a bytů, atd. Kontrolní funkce může mít podstatnou vypovídací hodnotu o vývoji financí ve společnosti především jako reakci na finanční politiku státu.

³ Petrenka, J., Sobek, O., Finance a mena I., Bratislava: Alfa, 1993.

⁴ Mrkývka, P. a kol. Finanční právo a finanční správa, 1.díl. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2004, str. 24.

⁵ Peková, J., Veřejné finance, úvod do problematiky. 4.vyd. Praha: ASPI, 2008, str. 294.

⁶ Mrkývka, P. a kol. Finanční právo a finanční správa, 1.díl. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2004, str. 25.

⁷ Kosikowski, C., Ruškowski, E., Finanse i Prawo Finansowe, Białystok: Wydawnictwo Agencji E.R., 1994.

Veřejné finance v EU

Ač by se tak mohlo na první pohled zdát, členství v Evropské unii neznamena ztrátu finanční suverenity. Členské státy si dobře uvědomují, že bez možnosti řídit finance ve své zemi by byla prakticky oslabena i jejich politická suverenity a faktická síla. Je to vidět dnes a denně na celém světě, že pokud žádá a prosazuje něco Německo, nejsilnější ekonomika Evropské unie, je k tomu přistupováno jinak a s větší pozorností, než když se něčeho domáhá stát ekonomicky slabší. Nechci tím říct, že by Evropská unie nezaručovala rovnost všem členům, ale ta je, jak je tomu ostatně i v běžném životě, pouze rovností právní.

Členské státy se zavazují k takové hospodářské politice, která povede k dosahování jednotných cílů Společenství⁸. Z toho plyne a v dalším článku je výslovně stanovena povinnost koordinace hospodářské politiky s Radou.⁹ Platí také zásada, že Společenství není odpovědné ani nepřebírá závazky členských států, s výjimkou vzájemných finančních záruk pro společné projekty.¹⁰ Zásadou finanční politiky Společenství není podpora veřejné správy jednotlivých členských států, nýbrž konkrétních subjektů v členských státech, kterým jsou určeny prostředky ze strukturálních fondů. Ze zásady finanční suverenity členských států vyplývají také jejich

⁸ Čl. 98 Smlouvy o založení Evropského společenství: „Členské státy směřují své hospodářské politiky tak, aby v rámci hlavních směrů uvedených v čl. 99 odst. 2 přispívaly k dosahování cílů Společenství ve smyslu článku 2. Členské státy a Společenství postupují v souladu se zásadami stanovenými v článku 4 a v souladu se zásadou otevřeného tržního hospodářství s volnou soutěží, čímž je podporováno účinné umístění zdrojů.“

⁹ Čl. 99 Smlouvy o založení Evropského společenství: „Členské státy považují své hospodářské politiky za věc společného zájmu a koordinují je v rámci Rady v souladu s článkem 98.“

¹⁰ Čl. 103 Smlouvy o založení Evropského společenství: „Společenství neodpovídá za závazky ani nepřebírá závazky ústředních vlád, regionálních nebo místních orgánů nebo jiných veřejných orgánů, jiných veřejnoprávních subjektů nebo veřejných podniků kteréhokoli členského státu, pokud se nejedná o vzájemné finanční záruky pro společné uskutečňování určitého záměru. Členský stát neodpovídá za závazky ani nepřebírá závazky ústředních vlád, regionálních nebo místních orgánů nebo jiných veřejných orgánů, jiných veřejnoprávních subjektů nebo veřejných podniků jiného členského státu, aniž jsou dotčeny vzájemné finanční záruky pro společné uskutečňování určitého záměru.“

povinnosti financování veřejných výdajů z veřejných prostředků získávaných na nenávratném principu (daně) nebo návratných prostředků veřejného dluhu (půjčky, obligace). Aby se předešlo případným problémům a nestabilním a příliš deficitním rozpočtům, byla přijata ustanovení, která zavazují členské státy, aby respektovaly určitá pravidla týkající se zdravých veřejných financí a především aby koordinovaly fiskální politiky.¹¹ Cílem veřejného finančního práva společenství je tak sjednocení práva a praktik členských států v nazírání na sektor veřejných financí, ve výpočtu hrubého národního produktu a v monitorování a zabraňování nadměrnému deficitu veřejných financí a překračování přípustné výše veřejného dluhu.

Historický exkurs pojetí daní

Vznik daní je spojen se vznikem státu, tj. politicky a teritoriálně uspořádaných celků. Mají tedy za sebou úctyhodnou historii. Za uplynulá tisíciletí se ovšem daně výrazně změnily. V každé historické epoše se poněkud lišily formy daní, jejich význam, způsob ukládání apod. Historický vývoj daní bychom mohli shrnout do těchto základních tezí:

- původně měly daně převážně formu naturálního plnění, dnes mají formu výlučně peněžní platby;
- původně vystupovaly daně jako často dobrovolná plnění, dnes jde o povinnou, zákonem vynucenou platbu;
- vývoj se ubíral od nepravidelného, nahodilého výběru daně k pravidelnému placení;
- daně zpočátku tvořily podpůrný, doplňkový zdroj, dnes tvoří rozhodující příjem;
- původně šlo o účelově zaměřené platby, dnes všeobecný, tj. neúčelový zdroj krytí veřejných potřeb;
- u přímých daní původně převažovaly daně majetkové či daně z hlavy, nyní převažují osobní důchodové daně;

¹¹ Panfil, P., Koordynacja polityk fiskalnych państw członkowskich Unii Europejskiej, Gdańskie Studia Prawnicze, t. XVI, str. 433 a násl.

- u nepřímých daní šel vývoj od akcízů a obrátových daní jednorázového nebo kaskádovitého typu k dani z přidané hodnoty.

Současná finanční věda chápe daně v jejich propojení s celou ekonomikou, a proto jim jsou připisovány stejné funkce, jaké plní oblast veřejných financí.¹²

Právní a ekonomické pojetí daní

Podle mého názoru nelze popisovat daň jen z právního, ani jen z ekonomického hlediska. Obě hlediska, a přidává se k tomu i ne méně podstatné hledisko politické, jsou vzájemně tak provázaná, že nelze na věc nazírat pouze z jednoho pohledu, ale k definování pojmu daň je třeba přistoupit komplexně. Možná i proto není „daň“ *expressis verbis* právním řádem definována. O její definici se pokouší finanční teorie.

Daně jsou spolu s poplatky, a jak někteří autoři¹³ uvádějí i s půjčkami, tvoří jednu velkou množinu příjmů veřejných rozpočtů, jež spolu s veřejnými výdaji tvoří veřejné finance.

Jak jsem již uvedl, veřejné příjmy jsou rozdělovány na nenávratném principu. Z toho také vychází finanční teorie, která definuje daň jako povinnou, zákonem předem stanovenou částku¹⁴, kterou se více méně pravidelně odčerpává na nenávratném principu část nominálního důchodu ekonomického subjektu ve prospěch veřejného peněžního fondu.¹⁵ Princip nenávratnosti můžeme chápat jako neposkytnutí subjektu (poplatníkovi) žádného protiplnění za to, že je od něj požadována platba. Neekvivalentnost je používána především jako rozlišující prvek mezi dani a poplatkem, i když se v praxi setkáme s poplatky, které spíše naplňují znaky daní¹⁶,

¹² Viz kapitola 2. Pojem veřejných financí a jejich funkce

¹³ Srovnej: Kubátová, K., Daňová teorie a politika, 4.vyd., Praha: ASPI, 2006, str. 15. – Lze říci, že považování půjček za příjmy veřejných rozpočtů je spíše pojetím ekonomickým (bilančním) této problematiky.

¹⁴ V čl. 11 odst.5 LZPS je zakotven požadavek zákonné úpravy při stanovování daní a povinnosti daně platit.

¹⁵ Mrkývka, P. a kol. Finanční právo a finanční správa, 2.díl. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2004, str.5.

¹⁶ Např. poplatek za psa.

nemluvě o pojištěních¹⁷, které bychom mohli za daně považovat také. Pokud ne z teoretického hlediska, tak minimálně z toho faktického. Platby na toto pojištění jsou také povinné, stanovené zákonem, neekvivalentní, nenávratné, zatěžují příjmy poplatníka a jsou příjmem veřejného fondu – státního rozpočtu a dál redistribuovány podle hospodářské politiky státu.

Poplatky odlišuje od daní jejich ekvivalentnost, která není ale proporcionální¹⁸, účelovost, nepravidelnost, a větší či menší dobrovolnost. Tak jako daně jsou platbami nenávratnými.

Právní aspekt daní je třeba vidět v tom, že stát ze svého mocenského a nadřazeného postavení odebírá část důchodu ekonomicky činných subjektů a ten následně přerozděluje nebo sám spotřebovává. Daň je historickou kategorií a souvisí přímo s existencí státu a územní samosprávy.¹⁹ Vyplyvá z lidské touhy a potřeby se sdružovat a organizovat se v určité celky pro prosazování konkrétních zájmů a dosahování určitých cílů. A k tomu je zapotřebí mít finanční prostředky.

Z hlediska ekonomického můžeme považovat daně za přijímání výsledků hospodářské činnosti soukromých subjektů státem, z nichž poté uspokojuje veřejné potřeby v souladu se svou hospodářskou politikou a ekonomickým modelem. Je zde zejména potřeba vzít v potaz hledisko teleologické, tedy účel, k jakému je tento instrument používán. Ekonomické pojetí daň neoklešťuje pouze na příjem státu, který bude následně redistribuován, nýbrž ji chápe také jako makroekonomickou veličinu ovlivňující at' přímo či nepřímo jednotlivé tržní subjekty. Daň je proto jedním ze základních nástrojů hospodářské politiky. Z ekonomického hlediska však můžeme za daň považovat rovněž clo, protože jsou také povinnou neúčelovou platbou do státního rozpočtu, kterou se platí při přechodu zboží nebo služeb přes státní hranice.

Kromě toho, že daně jsou právní a ekonomickou veličinou, stávají se v dnešní době také veličinou politickou. Jsou nástroji

¹⁷ Např. sociální a veřejné zdravotní pojištění

¹⁸ Výše poplatku neodpovídá ceně obdržené služby.

¹⁹ Peková, J., Veřejné finance, úvod do problematiky. 4.vyd. Praha: ASPI, 2008, str. 301.

k realizaci partikulárních zájmů politických stran, které jsou ne vždy shodné se činnostmi, které by měly vykonávat státní orgány.

Daňové systémy

Systém je skupinou vzájemně provázaných a na sobě závislých prvků, které tvoří jeden celek. Daňový systém je tak souhrnem daní a poplatků vyskytujících se v daném místě čase.²⁰ Do daňového systému jsou také započítávány i jiné úhrady daňového či poplatkového charakteru, které stanoví příjem veřejných fondů. Je to způsobeno nepřesným označováním některých příjmu termínem poplatky, i když splňují definici daně. Zajímavé je pojetí Dzwonkowského, které za daňový systém nepovažuje jakýkoli souhrn daní a poplatků, ale pouze takový, který je provázán určitou „průvodní myšlenkou“, tak, aby tvořil celek nejen z právního, ale také ekonomického hlediska.²¹

Daňový systém, jak shodně tvrdí Mrkývka, Etel a další, a jak také ukazuje praxe, nemůže být zastoupen jednou daní. Za povšimnutí ale stojí snahy o snižování počtu samostatných daní a tyto daně se stávají součástí daní spotřebních nebo obrátových.²²

Jistě se shodneme na tom, že dobrý daňový systém by měl být také efektivním. Na efektivnost daňového systému pak můžeme nahlížet z pohledu nákladů na správu daní a z aspektu vlivu daní na ekonomické chování subjektů.

Obecně však můžeme říct, že efektivním je ten daňový systém, ve kterém jsou výnosy získávány s co nejnižšími administrativními náklady, které vznikají jednak státu, jednak samotným poplatníkům. Samotná nízká úroveň administrativních nákladů na straně státu nemusí nutně znamenat, že daně jsou vybírány nejefektivnějším způsobem. Naopak se za nimi mohou skrývat nedostatky jako malá technická vybavenost správců daní, nízké mzdové ohodnocení jejich pracovníků a z toho plynoucí malá kvalifikovanost úředníků apod.

²⁰ Mrkývka, P. a kol. Finanční právo a finanční správa, 2.díl. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2004, str.17., srovnej také Etel, L., (red.), Prawo podatkowe, Warszawa: Difin, 2005, str. 45.

²¹ Dzwonkowski, H. a kol., Prawo podatkowe, Warszawa: C.H.Beck, 2006, str. 60.

²² Etel, L., (red.), Prawo podatkowe, Warszawa: Difin, 2005, str. 45.

Od pojmu daňový systém je třeba odlišovat pojem daňová soustava, již Bakeš chápe jako souhrn platných právních předpisů upravujících jednotlivé daně²³. Mrkývka toto ještě rozvádí a konkretizuje, když tvrdí, že až fungování daňového systému je berním právem, čili souborem platných právních norem regulujících konstrukci jednotlivých daní (berní právo hmotné), a pravidel postupů směřujících k stanovení daně a výběru daní (berní právo procesní)²⁴. Etel navíc rozlišuje berní právo organizační jako soubor norem regulujících organizaci a kompetence daňových orgánů.²⁵

Jak jsem uvedl již výše daně nejsou pouze právní veličinou, ale také ekonomickou. Daňový systém v ekonomickém smyslu nemůže existovat bez právních norem regulujících systém daňového práva. Daňové právo tvoří totiž důchod v ekonomickém slova smyslu. Daňový systém v ekonomickém pojetí můžeme definovat jako úhrn příjmů státu a veřejnoprávních subjektů. Daňový systém by měl být jednoznačný, logický, úplný a měl by být postaven na *daňových zásadách*^{26 27}.

První daňové systémy byly tvořeny z fiskálních a daňových systémů za feudalismu. Moderní daňový systém je takový, který obsahuje plnou strukturu současného daňového spektra, avšak na daňové soustavy na celém světě působí mnoho různých vlivů²⁸, a proto jen těžko nalezneme dva totožné daňové systémy. Důvodem odlišnosti daňových systémů je:

- charakter ekonomiky - centrálně plánované ekonomiky; moderní daňový systém, který odpovídá tržní ekonomice
- geografie - existují oblasti v jedné zemi, které jsou nesrovnatelné (např. Skandinávie - na jihu standardní oblasti, na severu polární kruh); geografické podmínky ovlivňují

²³ Bakeš, M., Finanční právo, 4. vyd., Praha: C.H.Beck. 2006, str. 197

²⁴ Mrkývka, P. a kol. Finanční právo a finanční správa, 2.díl. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2004, str.19.

²⁵ Etel, L., (red.), Prawo podatkowe, Warszawa: Difin, 2005, str. 47.

²⁶ Daňové zásady: postuláty, které se byly formulovány finančněprávní teorií a týkají se daní a celého daňového systému, nebo zásady obsažené v právních normách, který byly uznány za mimořádně důležité pro celý systém daňového práva.

²⁷ Kosikowski, C., Prawo podatkowe w Unii Europejskiej i w Polsce, Warszawa 2005, str. 181.

²⁸ Ekonomické, politické, sociální.

ekonomické aktivity; každá země musí řešit specifické problémy, které jiné země nemají

- tradice - prvky kulturní, sociální; v zemi se může projevit lpění na dlouhodobých tradicích; jsou země, které tradice neuznávají a nezatěžují se jimi - změna v daňovém systému je kontinuální a zpracovává se do daňových soustav; v některých zemích platí pravidlo staré daně = dobré daně, kdy každá změna daňové soustavy něco stojí (změna zákona - musí se to naučit správci daně, poplatníci a vznikají daňové úniky z neznalosti)
- globalizace - je postavena na obchodní výměně; snaha o standardizaci národní daňové soustavy, aby vzájemné výměny zboží byly snadné; daňové systémy se sblíží (nesmí se významně lišit a bránit výměnám práce a zboží)
- regionalizace - má formální aspekty (kritéria pro vstup do EU)

Na základě podobností můžeme však jednotlivé daňové systémy rozdělit do několika skupin:

- Anglosaské země – Velké Británie, USA, Kanada, Nový Zéland, Austrálie.
- Skandinávie, Nizozemí – odlišnost s ohledem na kulturní vazby
- Kontinentální daňové soustavy – Německo, Rakousko, Česká republika, Slovensko,
- Maďarsko, Slovinsko
- Francie a její kolonie
- Ostatní státy (Itálie, Španělsko...)

Druhy daní

Ve většině zemí jsou v daňových soustavách zastoupeny různé druhy daní. Tím je otevřena možnost optimálnějšího nastavení správného rozložení daňového zatížení mezi subjekty. Daňových

soustavách tak najdeme *důchodové, majetkové, spotřební a ekologické daně*.²⁹

Důchodové daně jsou z historického hlediska nejmladšími daněmi využívanými v daňových soustavách.³⁰ Ve 2. polovině 20. století se staly ve většině vyspělých evropských zemí nejvýnosnějším daňovým příjmem. Jejich výnos však kolísá v závislosti na chodu ekonomiky.³¹ Důchodem se zde rozumí rozdíl příjmů a výdajů vynaložených na jejich dosažení, zajištění a udržení. Důchodové daně jsou typickými přímými daněmi, tzn. že jsou vyměřeny bezprostředně každému poplatníkovi podle jeho důchodu, jsou adresné. Většinou také přihlíží k majetkové situaci poplatníka. Proto je zde množství slev a osvobození, které zvýhodňují určité skupiny poplatníků podle zásady daňové (sociální) spravedlnosti. Toto však způsobuje, že stanovení daně je komplikované a kazuistické. Slevy a daňová osvobození však často daňový systém spíše komplikují, navíc odporují horizontální spravedlnosti³², a proto jsou v posledních desetiletích ve vyspělých zemích v rámci daňových reforem omezovány.³³

Majetkové daně, jak již napovídá jejich název, postihují samotné vlastnictví věci a jeho přírůstky. Majetkovým daní podléhají také převody vlastnických práv k majetku – tzv. daně převodové. Majetkové daně jsou nejdéle využívaným druhem daní. Výnos není sice nijak výrazný, ale je dlouhodobě stabilní a daňový únik je zpravidla nemožný nebo alespoň velmi složitý. Patří taktéž mezi daně přímé. Jak nesprávně uvádějí někteří autoři, majetkovou daň nemůže za poplatníka zaplatit někdo jiný, protože ze zákona nemůže

²⁹ Peková, J., Veřejné finance, úvod do problematiky. 4.vyd. Praha: ASPI, 2008, str. 312.

³⁰ Kubátová, K., Daňová teorie a politika, 4.vyd., Praha: ASPI, 2006, str. 162.

³¹ Peková, J., Veřejné finance, úvod do problematiky. 4.vyd. Praha: ASPI, 2008, str. 312.

³² Horizontální spravedlnost znamená, že dva subjekty, bez ohledu na pohlaví, rasu, věk, apod., kteří jsou na tom v relevantních aspektech stejně, by měli platit stejnou daň. Problémem je vymezit „relevantní aspekty“, které jsou zároveň základem pro výpočet daně a mohou to být důchod, bohatství, spotřeba, ale i celkové schopnosti.

³³ Peková, J., Veřejné finance, úvod do problematiky. 4.vyd. Praha: ASPI, 2008, str. 312.

dojít k přesunu daně na jiného³⁴. Zákon³⁵ pouze zakazuje dohody, na základě kterých by byl jiný subjekt povinen platit a byl odpovědný za nezaplacení daně. V podstatě lze říci, že tyto dohody ani nezakazuje. Zákaz je vysloven pouze v nadpise ustanovení, ale pro subjekty je důležitý obsah ustanovení a ne jeho název. Mezi subjekty budou tak tyto dohody platné. Vyslovuje se zde pouze jejich neúčinnost vůči správci daně. Takže se v podstatě jedná pouze o zákaz přenosu odpovědnosti za zaplacení, a ne samotného zaplacení.

Spotřební daně patří ke klasickým daňovým příjmům. Univerzální spotřební daní je daň z přidané hodnoty. Kromě toho existují i selektivní spotřební daně, které zatěžují pouze spotřebu některých výrobků. Akcizy spolu s DPH postihují spotřebu výrobků bez ohledu na to, zda jde o výrobky vyrobené v tuzemsku nebo do tuzemska dovezené. Kritéria pro výběr okruhů komodit, na něž je vedle všeobecné spotřební daně uvalena ještě selektivní daň, jsou různá, např. fiskální záměry a potřeby státní pokladny, politická hlediska, regulace spotřeby.³⁶ Spotřební daně jsou placeny v ceně zboží nebo služeb. Jsou tak typickými nepřímými daněmi. Daň zásadně platí spotřebitelé a to v konečné ceně výrobku a plátcem je zpravidla prodejce.

U ekologických daní vidíme ostré rysy daní spotřebních, avšak se specifickými prvky. Zdaňována je spotřeba komodit, které mají vliv na životní prostředí.

Český daňový systém

Podoba daňového systému v České republice vychází ze zákona č. 212/1992 Sb., o soustavě daní, který byl od 1.1.2004 zrušen zákonem č. 353/2003 Sb., o spotřebních daních. Daňová soustava je tak tvořena následujícími daněmi:

- Daň z přidané hodnoty

³⁴ Srovnej např. Peková, J., Veřejné finance, úvod do problematiky. 4.vyd. Praha: ASPI, 2008, str. 317,

³⁵ § 45 zákona č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů.: „*Dohody uzavřené s tím, že daňovou povinnost ponese místo daňového subjektu zcela nebo částečně jiná osoba, nejsou pro daňové řízení právně účinné, nestanoví-li tento zákon nebo zvláštní právní předpis jinak.*“

³⁶ Šírokový, J. Daňová teorie s praktickou aplikací. Praha: C.H.Beck, 2003.

- Daň spotřební daň
 - o Daň z minerálních olejů
 - o Daň z lihu
 - o Daň z piva
 - o Daň z vína a meziproductů
 - o Daň z tabákových výrobků
- Daň z příjmů
 - o Daň z příjmu fyzických osob
 - o Daň z příjmu právnických osob
- Daň z nemovitostí
- Daň silniční
- Daň dědická
- Daň darovací
- Daň z převodu nemovitostí
- Daň ekologické
 - o Daň ze zemního plynu a některých dalších plynů
 - o Daň z pevných paliv
 - o Daň z elektřiny

Daňovou soustavu dále tvoří poplatky, a to soudní³⁷, správní³⁸ a místní³⁹ (ze psů, za lázeňský a rekreační pobyt, z ubytovací kapacity, za užívání veřejného prostranství, za povolení vjezdu s motorovým vozidlem do vybraných míst a částí měst, ze vstupného, za provozovaný výherní hrací přístroj, za provoz systému shromažďování, sběru, přepravy, třídění, využívání a odstraňování komunálního odpadu, za zhodnocení stavebního pozemku možností jeho připojení na stavbu vodovodu a kanalizace).

Daňe a poplatky jsou dále upraveny ve speciálních zákonech, čímž je naplněna zákonná premisa čl. 11 odst. 5 Listiny základních práv a svobod.

Kromě daní a poplatků patří do daňové soustavy i další příjmy daňového charakteru. Jsou jimi cla⁴⁰, povinné veřejné zdravotní

³⁷ Zákon č. 549/1991 Sb., o soudních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů

³⁸ Zákon č. 634/2004 Sb., o správních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů.

³⁹ Upravené zákonem č. 565/1990 Sb., o místních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů.

⁴⁰ Upravená zákonem č. 13/1993 Sb., Celní zákon, ve znění pozdějších předpisů.

pojištění⁴¹, povinné příspěvky na sociální zabezpečení a státní politiku zaměstnanosti⁴².

Daňová reforma

Je nereálné předpokládat, že by mohl být daňový systém nastavený naprosto optimálně a neměně, proto je třeba ho průběžně přizpůsobovat měnícím se podmínkám společnosti a pomocí těchto změn alespoň k optimu konvergovat. K těmto posunům slouží daňové reformy. Daňovou reformou tak rozumíme podstatnou změnu daňových zákonů, která si může brát za cíl mj. zvýšení ekonomického růstu, spravedlivější přerozdělení daňového břemena, zefektivnění a zjednodušení daňového systému, účinnější a modernější správu daně, omezení přerozdělování mezi subjekty, a další.

V poslední době se objevují požadavky na snížení a zprůhlednění daní a lepší přizpůsobení potřebám globálních trhů.⁴³ Původním heslem těchto reforem je „rovná daň“. Avšak samotné snižování a zjednodušování daňového systému nestačí. Obrovskou zátěží pro subjekty je především administrativní náročnost, což je provázáno s výše zmiňovanou efektivností daňového systému. A jsou to právě bohužel české společnosti, které ze všech zemí Evropské unie potřebují nejvíce času na splnění daňových povinností⁴⁴

⁴¹ Upravené zákonem č. 592/1992 Sb., o pojistném na všeobecné zdravotní pojištění, ve znění pozdějších předpisů.

⁴² Upravené zákonem č. 589/1992 Sb., o pojistném na sociální zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů.

⁴³ Kubátová, K., Daňová teorie a politika, 4. vyd., Praha: ASPI, 2006, str. 156.

⁴⁴ Petr Hájek, daňový manažer společnosti PricewaterhouseCoopers.: „Srovnání času nutného na splnění všech daňových povinností podniků působících v ČR s ostatními státy ukazuje, že právě administrativní náročnost daňového systému je jednou z největších slabin podnikatelského prostředí ČR. Daňová reforma, která začne platit na začátku příštího roku, bohužel tuto administrativní náročnost nesníží, a tak by tento problém měl být i nadále v popředí úvah při dalších případných změnách daňového systému ČR,“

Daňové právo EU

Daňové právo Evropské unie se nám rozpadá do dvou oblastí.⁴⁵ První skupinu tvoří normy obsažené v Zakládacím smlouvě Evropského společenství, jejichž účelem je předestřít „návod“ na tvorbu berního práva v jednotlivých členských státech. Do druhé skupiny patří normy, které jsou základem pro harmonizaci berního práva členských států.⁴⁶ Daňové právo Evropské unie není nadnárodním daňovým systémem, který by určoval základ daně a její výši ve prospěch Evropského společenství. Je to pouze komplex zásad a pravidel, která jsou základem pro harmonizaci daňového práva Evropské unie.⁴⁷ Je tedy pouze na jednotlivých členských státech, jakým způsobem budou optimalizovat svoji vnitrostátní daňovou politiku a jak vhodně nastaví svůj daňový systém ku potřebám společnosti

Mezinárodní požadavky na “dobré daně” v současné době obsahují tyto body:

- spravedlnost
- ekonomickou efektivnost
- administrativní jednoduchost
- flexibilita
- “správné” působení na makroekonomické agregáty
- politická průhlednost a právní perfektnost

Světová banka ve spolupráci se společností PricewaterhouseCoopers vypracovala předmětnou studii, která se na základě těchto obecných tezí snaží o komparaci jednotlivých daňových systémů členských zemí na základě předmětných informací o těchto systémech, tedy např. počtu daňových plateb, času potřebnému ke splnění daňových povinností a celkovému daňovému zatížení, které zahrnuje pět typů daní: daň z příjmů, sociální zabezpečení a zdravotní pojištění, majetkové daně, DPH a další jako

⁴⁵ Brzeziński, B., Kalinowski, M., Prawo podatkowe Wspólnoty Europejskiej, Gdańsk: 2005.

⁴⁶ Brzeziński, B., Głuchowski, J., Kosikowski, C.,

⁴⁷ Dzwonkowski, H. a kol., Prawo podatkowe, Warszawa: C.H.Beck, 2006, str. 378.

např. obecní či spotřební daně. Všechny tyto výše uvedené indikátory jsou pak zohledněny jako kritéria určující celkovou výhodnost daňového systému jednotlivých zemí.

Tabulka: Výhodnost daňových systémů v zemích EU

Země	počet plateb	čas na splnění daň. povinností	celkové daň. zatížení	výhodnost daň. systému
Irsko	15	9	23	6
Velká Británie	10	22	52	12
Dánsko	15	37	40	13
Norsko	3	16	86	16
Lucembursko	58	4	47	17
Lotyšsko	7	78	37	20
Estonsko	21	15	118	31
Nizozemí	15	60	88	36
Švédsko	2	30	141	42
Slovinsko	58	92	72	63
Belgie	24	49	154	65
Portugalsko	10	123	94	66
Německo	39	65	124	67
Litva	68	54	112	71
Rakousko	58	57	142	80
Francie	65	36	157	82
Finsko	51	98	109	83
Řecko	54	93	114	86
Bulharsko	42	160	59	88
Španělsko	10	116	149	93
Česká	27	168	115	113

republika

Itálie	35	134	164	122
Slovensko	83	129	121	122
Polsko	122	146	67	125
Maďarsko	68	126	143	127
Rumunsko	175	70	107	134

48

Z hlediska administrativní náročnosti skončila Česká republika v poslední desítce a obsadila 168. místo ze 178 zkoumaných zemí. Na splnění daňových povinností potřebují české společnosti 930 hodin ročně, což je nejvíce ze všech zemí Evropské unie. V Bulharsku, které je v rámci EU na předposledním místě, potřebují společnosti "pouze" 600 hodin.

Nejen daňová sazba, ale především administrativní náročnost placení daní byla důležitým kritériem při posuzování jednotlivých daňových systémů a měla velký vliv na konečném pořadí. Přestože Česká republika nepatří k zemím s nejvyšší daňovou zátěží, složitost systému ji katapultovala na již zmíněné 113. místo. Naopak skandinávské země, které jsou pověstné vysokými daňovými sazbami, se díky jednoduchému systému umístily v první polovině žebříčku.

Ze studie vyplynulo, že daňové reformy vedoucí ke zjednodušení daňového systému mohou zvýšit výnosy státu, neboť rozšíří daňovou základnu, tedy počet poplatníků odvádějících daň do státního rozpočtu..

Závěr

V realizaci idejí společného trhu v rámci Evropských společenství hrají důležitou roli normy zabývající se daňovou problematikou.

Za prvé proto, že společný trh vyžadoval zrušení celních bariér, které by však neměly nahradit bariéry daňové. Takovými bariérami se může však stát rozdílnost daňových systémů členských států a

⁴⁸ Buřík, L., Český daňový systém patří k nejsložitějším. Finance.cz, 23.11.2007

příkladem toho byl spor mezi Francií a Spolkovou republikou Německo ohledně daní z obratu, který vznikl po založení Evropského společenství uhlí a ocele. Proto také čl.99 Římské smlouvy stanoví Komisi povinnost harmonizace daně z obratu a ze spotřeby.

Za druhé, předpokladem Evropských společenství je svoboda pohybu zboží a služeb, osob, kapitálu, a to v konkurenčním prostředí, které je však nutné chránit. Proto také najdeme daňové předpisy v části VI Smlouvy o založení Evropského, která se zabývá ochranou konkurence.

Z Neumarkova Hlášení vyplývá, že negativní vliv na konkurenci mezi jednotlivými členskými státy může mít v menším měřítku výše daňového zatížení, avšak podstatnější překážkou jsou strukturální rozdíly, které se týkají konkrétních daní a jejich skupin. Proto je třeba připravit odpovídající koncepci harmonizace.

Existuje několik přístupů, jak je možno harmonizaci provádět. První z nich hovoří o srovnání výše zdanění. Takováto metoda není však ideální, protože na zdanění má zásadní vliv nejen sazba daně. Druhá metoda hovoří o harmonizaci struktury systémů zdanění, kde zůstanou zachovány rozdíly v daňových sazbách. Úskalím této metody je její obtížná aplikace a nejistý faktický výsledek. Třetím a převažujícím přístupem je tzv. standardní metoda harmonizace. Spočívá v harmonizaci struktur daňových systémů u nejdůležitějších daní s tím, že je zapotřebí odlišně přistupovat k nepřímým a přímým daním⁴⁹.

Kontaktní údaje na autora – email:

damian.czudek@law.muni.cz

⁴⁹ Více o harmonizaci systému správy daní a jednotlivých daní v článku Mgr. Jana Neckáře: „Harmonizace daňového práva v Evropském kontextu“.

Evropský platební rozkaz v kontextu českého civilního procesu

JUDr. Ing. Radovan Dávid

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Katedra občanského práva, Česká republika

Annotation

The relations within the European Community are conceived as typical legal relations between two (ore more) subjects with different domiciles. Their main aim is to realize their commercial or other legal (and financial) interests, so they really need the legal protection. This protection is vested within the regulations of civil procedure law. European Community adopted regulation No. 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12th December 2006 creating a European order for payment procedure that came into force on 12th December 2008. The purpose of this Regulation is to simplify, speed up and reduce the costs of litigation in cross-border cases concerning uncontested pecuniary claims by creating a European order for payment procedure. This article deals with the basic questions of summary proceedings and it also describes its incidence on interpretation of European order for payment procedure.

Evropské společenství si jako jeden ze základních cílů své existence stanovilo vytvoření společného trhu a posléze také hospodářské, resp. měnové unie, jejichž efektivní fungování mimo jiné zajišťuje realizaci společných politik. Cílem tedy je vytvoření konvergentního celku, jehož obecný rozvoj i odstranění ekonomických rozdílů jednotlivých regionů budou zajištěny vytvořením vnitřního trhu.

Vytvoření a samotná realizace vnitřního trhu však ještě neznamená nutné sjednocení přístupu právních řádů jednotlivých členských zemí k problematice vnitřního trhu. Je nutno si uvědomit, že (jednotný) vnitřní trh Evropského společenství se nutně realizuje skrze společenské vztahy, z nichž převážná většina jsou současně

vztahy právními. Pro ekonomický, a de facto také sociální, rozvoj celého společenství je proto nadmíru nutné rovněž stanovit základní podmínky právní regulace a posléze také právní ochrany.

Nejinak je tomu i v případě tzv. nesporných pohledávek. Znakem vyspělé společnosti je upuštění od svépomoci,¹ či dokonce násilného vymáhání plnění povinností, postupuje se tedy vždy cestou právní, tedy řádným uplatněním svých práv u nezávislého a nestranného orgánu (typicky soudu), jenž konstatuje, komu právo svědčí. Teprve toto „nalezení“ práva je skutečným a jediným nezbytným předpokladem pro nucený výkon splnění povinností odpovídajících tomuto právu i proti vůli povinného subjektu. Má-li být Evropské společenství skutečným efektivně fungujícím (hlavně ekonomicky) prostorem, je naprosto nezbytné, aby i subjekty k němu příslušející skutečně pociťovaly prvky efektivní ochrany. Rychlost a nízká nákladnost realizace práv a povinností z právních vztahů vyplývajících (byť cestou jejich nuceného výkonu) pak významnou měrou přispívají k dosažení tohoto stavu. Jednou z velmi významných cest nápomoci vytvoření takové skutečnosti je mimo jiné vytvoření efektivního a především jednotného systému právní úpravy rozhodování, vzájemného uznávání a především vynucení plnění tzv. nesporných pohledávek. Právě řízení ve věcech nesporných pohledávek svým charakterem mohou posloužit jako jeden z nejzářivějších příkladů úspěšné realizace sjednoceného přístupu k úpravě procesního práva na území členských států Evropského společenství. Zatímni (do přijetí nařízení č. 1896/2006) právní úprava v některých jednotlivých členských zemích bohužel zatím neumožňovala, aby zkrácená řízení ve věcech nesporných pohledávek probíhala i pro vztahy s mezinárodním prvkem.

Právě na tomto místě si dovolím učinit významný závěr, že efektivní právní úprava a zejména vynutitelnost práva mohou hrát v ekonomických vztazích zásadní úlohu. Vzhledem k regionálně-rozvojovým teoriím,² zejména pak teoriím vzájemných vazeb a ovlivňování, resp. např. výrobní multiplikace, může zvýšení nákladů (a to jak např. soudních poplatků, tak i časového prvku) soudního

¹ Macur, J. Kurs občanského práva procesního. Exekuční právo. Praha: C.H.Beck, 1998, s. 3.

² Srov. např. Žitek, V. Regionální ekonomie a politika. Brno: MU, 2004.

vymáhání pohledávek po druhé straně vztahu vést k ekonomickému zhroucení subjektu, na němž jsou další závislé. V konečném důsledku může tento efekt (ač relativně zmírněný) negativně dopadnout na stát, a to jak v oblasti fiskální, tak zejména i sociální.

Proto není možné problematiku právního sjednocování, tím spíše pak v rovině práva procesního a exekučního, nijak opomíjet či zlehčovat.

1. Právní vztahy v rámci Evropského společenství

Vztahy vznikající a existující mezi jednotlivými (soukromoprávními) subjekty přináležejícími k členským státům společenství je nutno respektovat jako vztahy soukromoprávní, byť ještě pořád vnímané jako vztahy s mezinárodním, resp. cizím prvkem, neboť hranice právních řádů zůstávají prakticky pořád zachovány. Nicméně i tak tyto vznikající vztahy musí nutně požívat stejného stupně ochrany jako vztahy ryze vnitrostátní. Proto harmonizační, či dokonce unifikační charakter přístupu členských států k řešení právní regulace vztahů s mezinárodním prvkem jednolitě na území Evropských společenství nelze v žádném případě považovat za zvýhodňování těchto vztahů před vztahy vnitrostátními, neboť tento postup členských států právě přispívá ke „zrovnoprávnění“ těchto vztahů se vztahy vnitrostátními. Každý vztah vznikající na území společenství tak nadále musí požívat naprosto stejné právní ochrany, ať už se jedná o vztah přesahující hranici členských států, či nikoliv.

Nejvýznamnějším charakterem práva jako normativního systému je jeho vynutitelnost státní mocí,³ tedy nejen stanovení subjektivních práv jednotlivým členům společnosti prostřednictvím norem práva objektivního, ale také zejména jejich ochrana prostřednictvím možnosti vynucení si splnění povinnosti za použití státní moci. Při nesplnění tohoto základního znaku práva by se tak na území státu

³ K tomu více např. Knapp, V. Teorie práva. Praha: C. H. Beck, 1995.

jednalo o „nedostatečně účinný právní řád, jehož subjekty nemohou použít potřebné mocenské prostředky k jeho prosazení.“⁴

Proto každé (až na případné výjimky)⁵ subjektivní právo je vybaveno nárokem mu odpovídajícím a znamenajícím možnost domáhat se tohoto práva taktéž u soudu, což znamená, že každé právo požívá stejné ochrany a stejné možnosti přístupu k soudu. Na tomto místě tak lze spatřit jednu z velmi významných vazeb mezi hmotným a procesním právem, která ač nevytváří jeden celek, jsou na sobě zcela existenčně závislá. Existence procesního práva bez existence práva hmotného, resp. subjektivních práv jednotlivých členů společnosti by byla stejně nemyslitelná, jako existence subjektivních práv jednotlivých členů společnosti bez možnosti jejich vynutitelnosti státní mocí. „*Faktické vynucení plnění každé povinnosti (odpovídající určitému právu) lze realizovat pouze v přísně stanoveném rámci určitého právního řízení.*“⁶ Je tak nutno, až na skutečně neodvratitelné útoky proti subjektivnímu právu, odmítnout užití svépomoci.

Nejinak je tomu i v případě právních vztahů vznikajících mezi jednotlivými soukromoprávními subjekty přináležejícími k členským státům Evropského společenství. Také jejich hlavním cílem je úprava určitých práv a povinností mezi účastníky (subjekty) tohoto vztahu, ať už se jedná o povinnosti povahy peněžité či nepeněžité (výjimečně i personální) a jim odpovídající práva. Převážná většina smluvních závazkových vztahů sice vzniká na základě vzájemné důvěry mezi účastníky do tohoto vztahu vstupujících, nicméně velmi významným znakem jejich motivace pro vstup do tohoto právního vztahu je, že tito účastníci si plně uvědomují případné následky nesplnění svých povinností, resp. možnosti soudní ochrany v případě nerealizace svých subjektivních práv z právních vztahů jim vyplývajících.

⁴ Macur. J. Kurs občanského práva procesního. Exekuční právo. Praha: C.H.Beck, 1998, s. 1.

⁵ Typicky práva promlčená.

⁶ Macur. J. Kurs občanského práva procesního. Exekuční právo. Praha: C.H.Beck, 1998, s. 2.

2. Řízení ve věcech nesporných pohledávek

Jak již bylo naznačeno výše, jedním z hlavních znaků práva jako normativního systému je jeho vynutitelnost státní mocí, což ostatně je také nejzásadnějším prostředkem ochrany subjektivního práva. Pro zachování podstaty práva tedy postačí, aby byla zajištěna možnost subjektů se této ochrany domáhat, avšak pro dosažení efektivity práva je nutno trvat ještě na dalších podmínkách. Jestliže právo stanoví jako jednu ze základních zásadu „práva náležejí bdělým“, tedy že každý subjekt je povinen využít všech dostupných právních prostředků k uplatnění svých práv také v náležitě lhůtě, musí obdobné platit také pro právo jako ochránce subjektů. Právo bude skutečně efektivní, jestliže bude náležitou ochranu poskytovat okamžitě, resp. bez neodůvodněného prodlení a za co nejmenších nákladů (zejména finančních). Nicméně není možné vypustit určité fáze, kterými proces uplatňování práv prochází.

2.1 Objektivní potřeba zvláštní právní úpravy

Jestliže určité právo vyplývá přímo z hmotněprávního vztahu, není možné v případě jeho porušení, resp. nesplnění povinnosti, vymáhat jej přímo, neboť ochrana subjektivních práv je možná pouze cestou soudního řízení a nucený výkon práva prostřednictvím exekučního řízení je možný pouze tehdy, bude-li existovat tzv. exekuční titul, tedy výsledek nalézacího řízení, ve kterém soud autoritativně rozhodl, zda právo existuje, či nikoliv, resp. zda mu bude poskytnuta právní ochrana.⁷ Proto možnost přímého vynucení práva cestou exekuce je možná pouze tehdy, bude-li existovat (zpravidla) pravomocné rozhodnutí soudu, jež bude jeho přímým předpokladem. Proto, má-li být právo skutečně efektivním ochráncem subjektů i na území Evropských společenství, je zcela nezbytné, aby rovněž existovala právní úprava, která tuto efektivitu zajistí. Vzhledem k narůstajícímu počtu tzv. nesporných pohledávek, které tedy obě strany uznávají, není zcela účelné, aby proces výkonu

⁷ V českém právním řádu tvoří výjimku z tohoto postupu pouze tzv. notářské a exekutorské zápisy se svolením k přímé vykonatelnosti.

práva v sobě zahrnoval „nadbytečné“ prvky prodlužování. Ve věcech nesporných pohledávek tedy téměř všechny členské země upravují tzv. zkrácená řízení, která jsou zaměřena pouze na vydání platebního rozkazu, jenž má stejné účinky jako pravomocný rozsudek a stává se tedy vykonatelným exekučním titulem, avšak soudní řízení ve věcech těchto nesporných pohledávek je podstatně kratší, neboť soud v plném rozsahu nezkontroluje skutečnost a ve věci v žádném případě nenařizuje ústní jednání. Proto je možné k takovému rozhodnutí dospět řádově v několika dnech.

2.2 Zkrácená (rozkazní) řízení

Na území České republiky, ale samozřejmě také v mnoha dalších zemích Evropského společenství, existuje platná právní úprava, která mimo jiné reguluje soudní řízení ve věcech nesporných pohledávek v rámci tzv. zkrácených řízení. Adjektivum „zkrácené“ vyjadřuje skutečnost, že se v daném soudním řízení nerealizuje soudní jednání, neboť v případě nespornosti pohledávky *de facto* ani není nutné, resp. by způsobovalo nadbytečné prodlužování soudního řízení.

Až do roku 2008 český občanský soudní řád⁸ upravoval pouze úpravu tzv. platebního rozkazu a směnečného nebo šekového platebního rozkazu. Na základě postupné elektronizace justice došlo k další změně, přesněji rozšíření právní úpravy na oblast i tzv. elektronického platebního rozkazu a počátkem roku 2009 také k výslovné úpravě tzv. evropského platebního rozkazu, který je přímým následkem realizace snah o vytvoření efektivního nástroje pro vynucení nesporných pohledávek majících (byť v rámci Evropských společenství) mezinárodní charakter.

Mezi základní znaky zkrácených řízení⁹ patří zejména skutečnost, že dříve, než dojde k vynucení nesplněné (peněžitě) povinnosti, je vždy nutné, aby existoval exekuční (vykonatelný titul), jenž až na výjimky¹⁰ je vždy rozhodnutím ve věci. Dalším znakem je možnost

⁸ Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů.

⁹ Srov. např. Stavínková, J., Hlavsa, P. *Civilní proces a organizace soudnictví*. Brno: MU a Doplněk, 2003.

¹⁰ S ohledem na § 274 českého občanského soudního řádu nejsou ze své povahy rozhodnutími exekuční tituly notářského zápisu a exekutorského zápisu se svolením k vykonatelnosti.

důvodně předpokládat, že daná pohledávka je nesporná, což tedy znamená, že ani jedna ze stran, zejména pak žalovaný, ji nebude popírat. V případě pochybností na straně žalovaného vždy existují možnosti domáhat se účinné ochrany. Ačkoliv se tedy jedná o pohledávku nespornou, nelze tento fakt zaměňovat s dělením nalézacího řízení na sporné a nesporné. Vzhledem k tomu, že se zde jedná o faktický spor dvou stran, žalobce a žalovaného, s jednoznačnými prvky kontradiktornosti, jde samozřejmě o řízení sporné.

Česká právní úprava v případě aplikace ustanovení o platebním rozkazu¹¹ dle § 172 a následujících občanského soudního řádu nevyžaduje jednoznačný výslovný požadavek žalobce, aby soud rozhodl právě platebním rozkazem. Soud tedy může rozhodnout platebním rozkazem. Dalším významným znakem současné právní úpravy je, že soud takto může rozhodnout i bez slyšení žalovaného, což řízení velmi výrazně urychluje, neboť pro rozhodnutí „stačí“, aby uplatňované právo vyplývalo pouze ze skutečností tvrzených žalobcem.

Velmi významným je však ustanovení § 173 odst. 1 občanského soudního řádu, tedy že není přípustné náhradní doručení. Je tedy nutné, aby žalovanému bylo vždy doručeno do vlastních rukou, neboť případná aplikace fikce doručení by nedůvodně zhoršovala postavení žalovaného, jenž by se o probíhajícím soudním řízení vlastně ani nedozvěděl a současně již neměl možnosti účinné obrany. Nebude-li tedy doručeno, resp. podá-li žalovaný proti tomuto rozhodnutí odpor, musí být tento platební rozkaz zrušen.

Odlišná pravidla pak platí pro směnečný nebo šekový platební rozkaz ve smyslu ustanovení § 175 občanského soudního řádu, který se vyznačuje vícero významnými odchylkami. Zejména jde povinnost žalobce, aby soudu předložil originál směnky nebo šeku a vydání směnečného nebo šekového rozkazu výslovně navrhoval. V tomto případě je přípustné i náhradní doručení. Případné podání námítky (ne tedy odporu) má za následek „pouze“ jejich projednání, nikoliv tedy přímo jeho zrušení.

¹¹ Více viz Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád – komentář. I. díl. 7. vydání. Praha: C. H. Beck, 2006, s. 770 a násl.

Novými ustanoveními českého občanského soudního řádu jsou § 174a o elektronickém platebním rozkazu¹² a § 174b o evropském platebním rozkazu.¹³

3. Od plánů k nařízení

Základem pro současný právní stav se stal čl. 65 Smlouvy o založení Evropského společenství, které si dle tohoto ustanovení ukládá povinnost postupnými opatřeními podporovat spolupráci v oblasti justice, a to zejména (logicky) s ohledem na řízení ve věcech s mezinárodním prvkem. Tento článek toto podmiňuje zejména zájmem na řádném fungování vnitřního trhu (zejména z důvodů, jež byly naznačeny výše).

3.1 První koncepce

Již od konce 90. let došlo k vedení mnoha jednání, jejichž hlavním cílem bylo přijmout právní úpravu, jež bude lépe regulovat vedení občanského soudního řízení zejména ve věcech drobných a především nesporných pohledávek. Prvotním skutečným výsledkem těchto snah byla výzva z roku 1999, kterou Evropská rada na zasedání v Tampere vyzvala Radu a Evropskou komisi k vytvoření nových předpisů s výslovným uvedením i právní úpravy platebních rozkazů, či lépe řečeno zkrácených řízení.¹⁴ To bylo motivováno zejména provedeným statistickým průzkumem, který konstatoval, že řízení ve věcech nesporných pohledávek představují (dle jednotlivých členských zemí) 50 až 80 % celkového nápadu obecných soudů.

¹² Na základě novely provedené zákonem č. 123/2008 Sb., kterým se mění zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 549/1991 Sb., o soudních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů.

¹³ Na základě novely provedené zákonem č. 7/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony.

¹⁴ Více viz v Zelené knize o řízení o evropském platebním rozkazu a opatřeních ke zjednodušení a urychlení řízení o sporech týkajících se drobných pohledávek, dostupné na <http://eur-lex.europa.eu>.

Na základě této výzvy přijala Rada koncem roku 2000 společný program Komise a Rady o opatřeních k provádění zásady vzájemného uznávání rozhodnutí v občanských a obchodních věcech. Posléze byla v roce 2002 dokončena a Komisí přijata společná Zelená kniha o řízení o evropském platebním rozkazu a opatřeních ke zjednodušení a urychlení řízení o sporech týkajících se drobných pohledávek. Na tomto místě Zelená kniha jednoznačně odůvodňuje přijetí právní úpravy evropského platebního rozkazu právě nutností získání vykonatelného rozhodnutí pro eventuální nucený výkon rozhodnutí, což je samozřejmě motivováno pokud možno co nejnižšími náklady, resp. finančními ztrátami v rámci co nejrychlejšího vynucení splnění povinnosti.

3.2 Podmínky pro budoucí nařízení

Zcela stěžejním předpokladem pro budoucí právní úpravu řízení o evropském platebním rozkazu byl požadavek na rychlost a efektivnost takového soudního řízení. Jakékoliv soudní řízení se zajisté bude potýkat s nutným řešením časové otázky. Ačkoliv vychází Zelená kniha zejména z přezkoumání a analýzy jednotlivých národních úprav zkrácených řízení, vyslovuje současně fakt, že soudní řízení ve věcech s mezinárodním prvkem zákonitě budou znamenat další zdržení.

Další otázky, které vzešly při přijímání Zelené knihy, se dotýkaly dalších závažných dopadů budoucího nařízení.¹⁵ Šlo zejména o otázku, zda se bude občanské soudní řízení upravovat tímto nařízením jen v případech věcí s mezinárodním prvkem, či zda jej bude možné použít i na soudní řízení ryze vnitrostátní. V této souvislosti si dovoluji učinit poznámku, že pro Českou republiku (v roce 2002 samozřejmě ještě ne jako člena Evropského společenství, v roce 2006 při přijetí nařízení však také) nebylo pro řízení ve věcech ryze vnitrostátní nutné, aby se tato právní úprava na ně vztahovala, neboť současný stav v ustanoveních § 172 až 175 českého

¹⁵ Při pohledu do Zelené knihy je však možno spatřit i řešení zcela fundamentální otázky o samotné podstatě společné právní úpravy, tedy zda bude řešena formou směrnice, či zda se bude jednat o nařízení. Jak již bylo naznačeno, zvítězila volba ve prospěch nařízení, která se v tomto bodu jevila jako rychlejší a efektivnější.

občanského soudního řádu (byť s výhradami některých odborníků) je plně dostačující.

Významným krokem k celkovému urychlení občanského soudního řízení ve věcech nesporných pohledávek je zavádění automatizace rozhodování, resp. zavádění možnosti učinit podání na předepsaných (de facto také elektronických) formulářích. Na druhou stranu je však nutno poznamenat, že právě zavádění automatizovaného rozhodování s sebou přináší větší nároky na ochranu žalovaného subjektu. Proto primární návrh v Zelené knize požadoval jakousi dvoufázovost rozhodování. V první řadě by bylo rozhodováno automatizovaně na základě učiněného návrhu, výsledkem by byla upomínka, resp. avízo žalovanému, aby buďto dobrovolně plnil, anebo tuto pohledávku odporoval. Soud by jej výslovně upozornil na skutečnost, že se nezabýval skutkovým stavem věci. Nedošlo-li by k podání odporu, bude soudem vydán nový, tentokrát již ne upomínací, platební rozkaz, který se po uplynutí lhůty pro podání (další možnost) odporu stane již vykonatelným.

Na základě vypracovaného návrhu došlo k jeho přezkoumání Právním výborem Evropského parlamentu, jenž vydal Zprávu o návrhu nařízení Evropského parlamentu a Rady, kterým se stanoví řízení o Evropském platebním rozkazu.¹⁶ Tato zpráva se přiklání k tomu, aby právní úprava v nařízení byla primárně zaměřená na vztahy s mezinárodním prvkem, nikoliv tedy primárně na vztahy vnitrostátní. Vyslovila se negativně k dvoufázovosti rozhodování, resp. k dvojí možnosti podávat odpor.¹⁷ Schválila podání návrhu na předepsaném formuláři, negativně se však vyslovila k nutnosti připojit k návrhu alespoň jeden důkazní prostředek na podporu svého tvrzení. Dále vyslovila požadavek na co nejrychlejší rozhodnutí ve věci, pokud možno do tří měsíců od podání návrhu, rozhodnutí bude

¹⁶ Srov. Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council creating a European order for payment procedure - COM (2004)0173 – C6-0006/2004 – 2004/0055(COD) dostupný na <http://www.europarl.europa.eu>.

¹⁷ Což se jeví jako poměrně zajímavé, neboť se jedná o standardní postup např. v Německu.

vykonatelné ve všech členských státech bez nutnosti jeho uznání (soudem) jiným členským státem.¹⁸

4. Nařízení č. 1896/2006

Dne 12. prosince 2006 bylo Evropským parlamentem a Radou Evropské unie přijato nařízení č. 1896/2006, kterým se zavádí řízení o evropském platebním rozkazu. Toto nařízení nabylo účinnosti ke dni 12. prosince 2008 a právní úprava České republiky na něj přímo reaguje novelou občanského soudního řádu provedenou novelou č. 7/2009 Sb., kterou byl do občanského soudního řádu zařazen nový § 174b o evropském platebním rozkazu.

4.1 Základní znaky aplikace nařízení o evropském platebním rozkazu

Jak již uvádí základní důvody přijetí tohoto nařízení a jak již bylo naznačeno, stojí evropský platební rozkaz na několika základních pravidlech, jež se při jeho aplikaci užijí.

Prvotním znakem evropského platebního rozkazu je kladení důrazu na rychlost a zejména účinnost občanského soudního řízení, a to ve věcech nesporných pohledávek, jež jsou nařízením vymezeny jako splatné (peněžitě) pohledávky, o nichž není mezi stranami právního sporu.

Velmi významným znakem současné právní úpravy evropského platebního rozkazu je, že je pouze na žalobci, zda jej využije, či nikoliv. Stejně tak má žalobce možnost využít procesních prostředků ochrany, které mu poskytují vnitrostátní právní předpisy. Evropský platební rozkaz tak není obligatorně využitelným a nenahrazuje tak národní právní úpravy.¹⁹

Jak již bylo naznačeno výše, podání návrhů na vydání evropského platebního rozkazu má být činěno ve formulářové podobě, což má

¹⁸ Více k připomínkám viz Stavinohová, J., Hurdík, J. a Lavický, P. Evropské podněty českému civilnímu procesu. In Východiska a trendy vývoje českého práva po vstupu České republiky do Evropské unie. Brno: Masarykova univerzita, 2005, s. 282-291.

¹⁹ I v České republice tak nadále lze bez jakýchkoliv pochybností využít právní úpravy § 172 a násl. občanského soudního řádu.

řízení v těchto věcech nepochybně urychlit. Protože v návrhu na vydání evropského platebního rozkazu by žalobce měl uvést skutečnosti, z nichž by vyplývalo subjektivní právo, měl by být žalobce povinen poskytnout popis důkazních prostředků na podporu svých tvrzení. Na základě všech skutečností uvedených na formuláři bude možné, aby došlo ke zjištění „zjevné podstaty nároku“, event. k vyloučení neopodstatněných či neoprávněných návrhů.

Žalovaný, v tomto řízení, tedy „informačně“ oslabený účastník řízení, bude v tomto postavení „kompenzován“ poučovací povinností soudu, jenž jej upozorní na možnost podat proti platebnímu rozkazu odpor, který napadené rozhodnutí zruší a věc bude projednána v rámci řádného řízení. Stejně tak by mělo být vyloučeno jakékoliv užití institutů náhradního doručení.

Nejvýznamnějším znakem pak je, že evropský platební rozkaz již nebude na území ostatních členských států dále přezkoumáván a v případě dobrovolného nesplnění povinnosti v něm uložené bude postaven naroveň všem exekučním titulům a bude vykonatelný stejnými způsoby výkonu rozhodnutí. Výkon rozhodnutí (exekuce) bude již provedena dle právní úpravy platné na území konkrétního členského státu.²⁰

4.2 Řízení o evropském platebním rozkazu

Řízení o evropském platebním rozkazu je nařízením č. 1896/2006 umožněno ve věcech přeshraničních nesporných pohledávek, které vyplývají z občanského a obchodního práva, přičemž čl. 2 odst. 2 negativně vymezuje, na které věci se nařízení nepoužije.²¹ Významnou podmínkou tedy je primární použití tohoto nařízení na právní vztahy mající mezinárodní charakter, spočívající v tom, že alespoň jeden z účastníků má bydliště nebo místo obvyklého pobytu

²⁰ Na území České republiky tedy dle části šesté občanského soudního řízení anebo na základě zákona č. 120/2001 Sb., exekučního řádu, ve znění pozdějších předpisů.

²¹ Jde tedy o majetková práva vyplývající z manželských vztahů, závětí a dědictví; úpadky, vyrovnání a podobná řízení; sociální zabezpečení; nároky z mimosmluvních závazků, pokud nejsou předmětem dohody mezi stranami, nedošlo k uznání dluhu nebo se nevztahují na peněžité pohledávky ze spoluvlastnictví.

v jiném členském státě, než je členský stát soudu, u něhož byl podán návrh na vydání platebního rozkazu.²²

Řízení se tedy zahajuje výlučně na návrh²³, příslušnost soudu je blíže upravena v čl. 6, který s odkazem na nařízení č. 44/2001 de facto stanovuje místní příslušnost dle bydliště (sídla) žalovaného subjektu.²⁴

Významným pro zahájení řízení je forma tohoto podání. Jde zásadně o podání činěné ve formě písemné, jež může mít podobu jak listinnou, tak i elektronickou. Zejména s elektronizací souvisí právní úprava občanského soudního řádu, resp. náležitostí pro podání adresovaná soudu ve smyslu § 42 odst. 4 (event. také § 79 odst. 1 pro podání žaloby). Lze tedy podání učinit i v podobě elektronické, přičemž na základě novely občanského soudního řádu provedené zákonem č. 123/2008 Sb. již (bez jakýchkoliv pochybností) není nutno, aby elektronické podání opatřené zaručeným elektronickým podpisem bylo do tří doplněno originálem či stejnopisem. Velmi zajímavou se jeví otázka, zda lze současnou právní úpravu § 174a občanského soudního řádu, tedy možnost podání na elektronickém formuláři, použít i pro případy evropského platebního rozkazu, či nikoliv. Lze doplnit, že nezávisle na české právní úpravě hovoří nařízení o „formulářové podobě“ návrhu, dokonce dle přílohy. Dle údajů, resp. formulářů uvedených na serveru ePodatelna²⁵, není odpověď zcela jasná, nicméně bez jakýchkoliv pochybností lze využít obecné podoby elektronických podání. Nutno doplnit, že ačkoliv se jedná o pohledávku nespornou, je nutno uvést žalobní důvod včetně popisu okolností, kterých se žalobce dovolává jako základu nároku a případně požadovaného úroku. Nutný je rovněž

²² S přímým odkazem na nařízení č. 44/2001 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech.

²³ Žalobce (navrhovatel) je povinen uvést jména a adresy stran a případně jejich zástupců a název a adresu soudu, ke kterému se návrh podává; výši nároku, včetně jistiny a případně úroku, smluvních pokut a nákladů; v případě požadovaného úroku úrokovou sazbu a období, za něž je tento úrok požadován; žalobní důvod včetně popisu okolností, kterých se žalobce dovolává; popis důkazních prostředků podporujících nárok; odůvodnění příslušnosti soudu a přeshraniční povahu.

²⁴ K tomu srov. např. Svoboda, K. Evropský platební rozkaz za dveřmi. Citováno dne [15. ledna 2009]. Interní číslo ASPI UX297.

²⁵ epodatelna.justice.cz.

popis důkazních prostředků podporujících uplatňovaný nárok. Samozřejmostí je splnění poplatkové povinnosti.

Tento návrh pak jistě má jak hmotněprávní²⁶, tak i procesní účinky podání.

Článek 8 nařízení pak klade důraz na rychlé rozhodnutí ve věci, tedy na právní posouzení soudem, zda se „nárok jeví jako opodstatněný“.²⁷ Toto posouzení se pak může provést i automatizovaným postupem.²⁸ Soud však i nadále musí zkoumat, zda podání splnilo všechny náležitosti uvedené v nařízení a příloze A. Není-li tomu tak, obdobně jako v českém občanském soudním řádu vyzve soud žalobce k doplnění, event. opravě podání, k čemuž mu stejně tak stanoví přiměřenou lhůtu.

Co se týče právní úpravy České republiky, nepřichází automatizované posouzení v úvahu, i když prvotní pokusy o jeho zavedení jsou patrné z novely občanského soudního řádu provedené zákonem č. 123/2008 Sb., která do § 174a zavádí tzv. elektronický platební rozkaz. Bohužel v České republice jediná elektronizace v tomto případě spočívá pouze na možnosti podat návrh na jeho vydání na elektronickém formuláři, další postup je naprosto shodný s postupem soudu při vydávání platebního rozkazu. Automatizované rozhodování je však typické pro zkrácená řízení např. v Německu,²⁹ avšak právě automatizované rozhodování v německé právní úpravě jednoznačně poukazuje na otázku ochrany „procesně“ slabšího subjektu, kterým je žalovaný, jemuž je poskytována zvýšená ochrana prostřednictvím dvoufázového rozhodování. První platební rozkaz je tak pouze „upomínkou“³⁰, jež se nemůže stát vykonatelným rozhodnutím, teprve až po jejím nevyslyšení lze přistoupit k vydání skutečného platebního rozkazu, který však žalovaný může stejně napadnout odporem. Bohužel z dikce čl. 8 a násl. nařízení nelze

²⁶ Typicky stavení nebo přerušení promlčecích a prekluzivních lhůt, stejně jako např. povinnost soudu věc projednat a rozhodnout, či např. překážku věci zahájené.

²⁷ Významným je užití formulace „se jeví“.

²⁸ Sujecki, B. Das Europäische Mahnverfahren. NJW, 2007, No. 23, p. 1622 – 1625.

²⁹ Rechberger, W. H., Kodek, E. Orders for Payment in the European Union/Mahnverfahren in der Europäischen Union/L'Injonction de Payer dans l'Union Européenne. Haag, Londýn, New York: Kluwer Law International, 2001, s. 16.

³⁰ Srov. Macur, J. Platební rozkaz v civilním procesu České republiky a zemí Evropské unie. Právní rozhledy, 2002, č. 5, s. 203

vysledovat tuto tendenci a rozhodování, byť automatizované, se bude koncipovat jako jednofázové, bez zvýšených požadavků na ochranu žalovaného.

Soud dle čl. 10 nařízení může rozhodnout i jen o části nároku, nevyplyvá-li nárok v celém rozsahu z podání učiněného žalobcem. I zde však soud musí žalobce vyzvat, zda přijme rozhodnutí evropským platebním rozkazem o takto určené „části“, či nikoliv.

Nejsou-li splněny náležitosti podání a nedošlo-li k jejich opravě či doplnění, stejně tak jako v případech neopodstatněných návrhů, soud dle čl. 11 nařízení návrh odmítne. V žádném případě tak dle čl. 11 odst. 3 nejde o rozhodnutí ve věci a žalobce se může opět domáhat vydání evropského platebního rozkazu anebo postupovat dle vnitrostátních předpisů členských států. Jinak soud přistoupí k vydání evropského platebního rozkazu.

4.3 Evropský platební rozkaz

Nařízení v čl. 12 stanovuje povinnost soudu rozhodnout evropským platebním rozkazem co nejdříve, obvykle do 30 dnů.³¹ Stejně jako pro podání návrhu je i pro evropský platební rozkaz v nařízení připojen vzorový formulář.³²

Čl. 12 odst. 3 nařízení je v zásadě obdobný s ustanoveními § 172 a násl. českého občanského soudního řádu. Žalovaný je v evropském platebním rozkazu vyzván, resp. poučen, že má buď dobrovolně splnit svoji povinnost peněžitého plnění, anebo do 30 dnů od doručení tohoto evropského platebního rozkazu podat odpor. Soud však musí v evropském platebním rozkazu výslovně uvést, že rozkaz byl vydán pouze na základě informací poskytnutých žalobcem, které nebyly soudem ověřovány, a že se rozkaz stane vykonatelným, pokud nebude u soudu podán odpor.

Pravidla doručování se řídí vnitrostátním předpisy, avšak za dodržení (minimálních) podmínek stanovených v čl. 13 až 15 nařízení. Pro Českou republiku by se tedy jednalo o doručování ve

³¹ Z dikce čl. 12 lze konstatovat, že se rozhodně nebude jednat o lhůtu pro soud závaznou.

³² Pro praktické příklady aplikace nařízení srov. např. Hackenberg, P. Erleichterte Forderungsdurchsetzung innerhalb der EU durch das neue europäische Mahnverfahren. BC, 2007, č. 12, s. 338 a násl.

smyslu ustanovení § 45 a násl. občanského soudního řádu, s účinností od 1. července pak také ve smyslu zákona č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech. Nicméně, ustanovení § 174b odst. 1 občanského soudního řádu jednoznačně vyžaduje doručení do vlastních rukou, bez možnosti náhradního doručení. Jinak nařízení (v rámci minimálních pravidel pro doručování) rozlišuje doručení s potvrzením o přijetí a doručení bez potvrzení o nepřijetí.

Jestliže tedy dojde k doručení, žalovaný je povinen buď plnit žalovanému, anebo je oprávněn podat odpor, a to do 30 dnů. Jestliže dojde k podání odporu, bude soud členského státu pokračovat v „běžném“ občanském soudním řízení, ledaže by žalobce požádal, aby řízení skončilo. Čl. 17 odst. 1 nařízení pak výslovně konstatuje, že hmotněprávní účinky podaného návrhu zůstávají zachovány, případné podání odporu a převedení řízení do sféry vnitrostátního procesního práva tedy nemá vliv na stavení či přerušení promlčecích či prekluzivních lhůt.

Nedojde-li k podání odporu, prohlásí soud členského státu, jenž rozhodnutí vydal, evropský platební rozkaz za vykonatelný, opět dle vzorového formuláře, a (již vykonatelný) jej zašle žalobci. V rámci státu výkonu rozhodnutí pak již není nutné evropský platební rozkaz dále opatřovat doložkou vykonatelnosti a ani jeho uznání již nelze napadnout. Čl. 20 nařízení umožňuje ve zcela výjimečných případech požádat o přezkum evropského platebního rozkazu i po uplynutí lhůty k podání odporu. Pro právní úpravu České republiky, s ohledem na již uvedený § 174b odst. 1 občanského soudního řádu, však přichází v úvahu prakticky pouze situace, kdy žalovaný nemohl popřít nárok z důvodu vyšší moci nebo mimořádných okolností, které nezavinil, avšak pokud tak učiní neprodleně. Stejně tak má možnost požádat o přezkum, je-li rozhodnutí zjevně chybné anebo existují-li pro to další zvlášť závažné důvody.³³

Český občanský soudní řád s ohledem na přezkum uvádí jediné ustanovení § 174b odst. 2, který stanoví, že k řízení o návrhu na přezkum evropského platebního rozkazu je příslušný soud, který evropský platební rozkaz vydal. Podání žádosti o přezkum tak

³³ Dle mého názoru však bude toto ustanovení způsobovat výrazné interpretační potíže.

v rámci českého procesního práva neznamená, že by se přezkumem zabýval soud vyššího stupně.

4.4 Výkon evropského platebního rozkazu

Článek 21 nařízení přenáší výkon rozhodnutí již plně do sféry práva vnitrostátního, nicméně v čl. 22 stanovuje pravidla pro zamítnutí a v čl. 23 zastavení a omezení výkonu rozhodnutí.³⁴ Výkon je na návrh žalovaného příslušným soudem v členském státě výkonu zamítnut, jestliže je evropský platební rozkaz neslučitelný s dřívějším rozhodnutím nebo rozkazem vydaným dříve v kterémkoliv jiném státě³⁵ anebo jestliže žalovaný uhradil žalobci částku stanovenou v evropském platebním rozkazu, a to do výše, v níž byla tato částka uhrazena.

Dojde-li tedy k výkonu rozhodnutí, může žalobce, resp. v rámci řízení vykonávacího oprávněný, využít postupu buď dle části šesté občanského soudního řádu, anebo dle ustanovení řádu exekučního. V rámci České republiky se tak dle § 258 odst. 1 občanského soudního řádu jedná o způsoby výkonu rozhodnutí znějících na peněžité plnění, tedy o srážky ze mzdy, prodej movitých a nemovitých věcí, event. podniku, přikázání pohledávky a příkaz k výplatě z účtu u peněžního ústavu. Poměrně specifické postavení má v českém právním řádu také zřízení soudcovského zástavního práva k nemovitostem.

Závěr

Řízení o evropském platebním rozkazu je novým procesním institutem, jenž na území Evropského společenství významnou měrou přispívá k rychlému řešení případů neplnění peněžitých pohledávek v rámci závazků mezi jednotlivými subjekty jiných členských států. Evropský platební rozkaz plně reflektuje skutečnost,

³⁴ Čl. 23 nařízení však není konkrétní, co omezení a zastavení výkonu týče.

³⁵ Jedná se o podmínky, že se dřívější rozhodnutí nebo rozkaz týkaly téže věci mezi stejnými stranami, dřívější rozhodnutí nebo rozkaz splňují podmínky nezbytné pro jejich uznání v členském státě výkonu a proti neslučitelnosti nemohla být při soudním řízení v členském státě původu vznesena námitka.

že existence mezinárodního prvku v občanskoprávních a obchodních vztazích může narušit proces účinného a efektivního vynucení splnění povinností ze závazků vyplývajících, což zejména v rovině vztahů obchodních, a to především u malých a středních podnikatelů, může činit poměrně vážné, či dokonce existenční potíže. Proto je nutno nadmíru pozitivně přivítat každou snahu, jež vede ke zrychlení a zvýšení efektivnosti, resp. snížení nákladnosti vynucení plnění povinností soudní cestou. Výjimečným je také poměrně krátký proces přijetí právní úpravy, resp. nařízení č. 1896/2006, jež bylo přijato de facto v době 6 let. Oprávněným subjektům, jsoucím v obchodním či občanskoprávním vztahu (samozřejmě až na výjimky naznačené výše), se tak do rukou dostává poměrně významný nástroj zlepšující jejich právní postavení, neboť se mohou domáhat svých ohrožených práv, resp. nesplněných povinností soudní cestou, avšak za výrazného urychlení a snížení nákladů. Celé řízení se tak skutečně dostává do roviny týdnů, tato doba je však dále prodlužována poměrně dlouhou lhůtou pro dobrovolné splnění v evropském platebním rozkaze uložené povinnosti žalovaným, či pro podání odporu. I tak je však řízení o evropském platebním rozkaze významným urychlením možnosti domoci se ochrany vynucením splnění nesporné pohledávky. V rámci Evropského společenství bude i nadále docházet k přibližování právních úprav v rovině procesního práva. Řízení o evropském platebním rozkaze sice ještě není praxí vyzkoušeno a zhodnoceno, nicméně již dnes lze konstatovat, že jeho účel a vlastně i podstata znamenají správný směr pro další vývoj.

Kontaktní údaje na autora – email:

radovan.david@law.muni.cz

Náhradní hraniční určovatel v Římské úmluvě 1980 a v nařízení Řím I

JUDr. Jana Herboczková

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Katedra
mezinárodního a evropského práva, Česká republika

Abstract

The economic integration in Europe has been gradually followed by the legal integration, as various instruments have been adopted in order to facilitate the EU Member States cooperation. In private international law the unification of at least choice-of-law rules have become essential for the functioning of the internal market. Thus, in 1980 the Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations has been concluded.

Party autonomy is a dominant principle of contractual obligations. This principle likewise applies to the Rome Convention. Much has been written about the party's choice of applicable law, therefore, in my contribution, I am focusing on the Rome Convention rules, more specifically connecting factors, applicable in the absence of choice of law. I am not only analyzing what these rules are, but also trying to point out problems connected with their application and find possible solutions to these problems.

Currently the new Rome I regulation, which would transfer the Rome Convention to the communitarian instrument, is negotiated. Besides creation of communitarian instrument, the goal of a new regulation should be a solution of problematic aspects of the Rome Convention application and its adaptation to new circumstances which have occurred during almost three decades since the Rome Convention adoption.

Therefore, in my contribution I am trying to compare similar provisions of the Rome Convention and Rome regulation and analyze whether the regulation's provisions have potential to correct the Rome Convention imperfections.

1. Úvod

Během několika posledních desetiletí došlo v Evropě ke značné ekonomické integraci. Tato byla postupně, i když poněkud pomaleji, doplňována integrací právní. V tomto procesu hrají důležitou roli jednak právní nástroje, které umožňují snadnější justiční spolupráci mezi evropskými státy a jednak ty, které vytvářejí jednotné mezinárodní právo soukromé.

Pokud by každý členský stát mohl aplikovat rozdílné mezinárodní právo soukromé nebo by jednotná pravidla mohl aplikovat rozdílně, tato situace by vedla k nejednotnosti a značným potížím. Členské státy si však uvědomily, že unifikace alespoň v oblasti kolizního práva (v současné době nelze předpokládat, že by se členské státy dohodly na unifikaci hmotného práva) je nezbytnou pro fungování vnitřního trhu. Nese s sebou větší předvídatelnost při výběru rozhodného práva a posílená právní jistota představuje menší překážku volného pohybu zboží, osob a služeb¹. Z těchto uvedených důvodů se členské státy dohodly na uzavření Římské úmluvy o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (dále jen „úmluva“).

Úmluva byla uzavřena v roce 1980 mezi tehdejšími členskými státy EHS. Česká republika se zavázala k úmluvě přistoupit v souladu s článkem 5 odst. 2 Aktu o podmínkách přistoupení České republiky (a dalších států) k Evropské unii (č. 44/2004 Sb. m. s.). Česká republika úmluvu podepsala na jaře 2005 a v platnost vstoupila 1. července 2006.

Za účelem jednotné interpretace byly k úmluvě připojeny První a Druhý protokol o výkladu úmluvy Evropským soudním dvorem. Tyto protokoly však začaly platit teprve po belgické ratifikaci², a to od 1. července 2004. Vzhledem k této skutečnosti neexistuje dostatek relevantní judikatury Evropského soudního dvora (dále jen „ESD“), která by se přímo vztahovala k Římské úmluvě. Kromě poměrně pozdní ratifikace je důvodem nedostatku judikatury také skutečnost,

¹ Briggs, A. *The Conflict of Laws*. New York: Clarendon Law Series, Oxford University Press, 2002, s. 147

² Belgie ratifikovala První a Druhý protokol o výkladu Římské úmluvy Evropským soudním dvorem 5. 5. 2004

že příslušné orgány členských států nemají povinnost předložit ESD interpretační dotaz. Protokoly stanovují jen možnost jeho předložení, čehož členské státy dosud příliš nevyužívají. Evropský soudní dvůr se k úmluvě doposud vyjadřoval spíše nepřímě, a to v souvislosti s interpretací nařízení Brusel I³. Existuje však i poměrně rozsáhlá judikatura k Římské úmluvě, vytvořená soudy členských států. Bohužel tento stav nevede k jednotné interpretaci úmluvy, a to zvláště s ohledem na rozdílnost právních kultur jednotlivých členských států (viz níže k článku 4 úmluvy)⁴.

Proto má při výkladu Římské úmluvy stále zásadní význam Zpráva o úmluvě o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy, tzv. Giuliano-Lagardova zpráva, která je komentářem k úmluvě a o kterou se lze při výkladu úmluvy opřít. Je rovněž cennou pomůckou při psaní této práce⁵.

Vzhledem k tomu, že úmluva byla přijata před téměř třemi desetiletími, během nichž došlo ke značnému vývoji v oblasti mezinárodního obchodu, tak i k vývoji v oblasti evropského práva, je otázkou, zda Římská úmluva vyhovuje dnešním požadavkům a očekáváním.

Po přijetí Amsterodamské smlouvy získalo Společenství pravomoc ve věcech justiční spolupráce. Na základě této změny bylo přijato nařízení Brusel I a Brusel II (později Brusel IIa) a současně byl 1. května 1999 vydán tzv. Vídeňský akční plán⁶, který se zaměřil na případnou revizi Římské úmluvy a rovněž její přeměnu na komunitární nástroj. Základem pro legislativní práce na novém komunitárním nástroji unifikujícím kolizní normy v oblasti závazkového práva byla tzv. Zelená kniha o transformaci Římské úmluvy z roku 1980 o právu rozhodném pro smluvní závazky

³ Nařízení Rady č. 44/2001 (ES) ze dne 22. prosince 2000 o pravomoci a uznání a výkonu rozhodnutí v občanských a obchodních věcech. Úřední věstník L 012. 16/01/2001 s. 0001 - 0023

⁴ Mám zde na mysli rozdílnost přístupů mezi kontinentálním právem a Common law

⁵ Jejimi autory jsou významní profesori mezinárodního práva soukromého, Mario Giuliano, profesor University v Miláně, a Paul Lagarde, profesor Univerzity v Paříži. Byla publikována v Úředním věstníku pod číslem C 282 ze dne 31. 10. 1980, s. 1 – 50. Nebyla přeložena do češtiny. Je dostupná rovněž na internetové adrese: http://www.rome-convention.org/instruments/i_rep_lagarde_en.htm

⁶ ÚV C 019, 23. ledna 1999, s. 1-15

v komunitární nástroj a o její modernizaci⁷, vydaná Komisí 14. ledna 2003, která stanovila obecný rámec pro zahájení diskuse o přeměně a modernizaci Římské úmluvy.

Měsíc po vydání Zelené knihy, tedy 12. února 2003, vydala Komise sdělení COM (2003) 68 v konečném znění⁸, tzv. Akční plán o uceleném evropském závazkovém právu. V tomto sdělení Komise uvádí doporučení, jak přistupovat k problematice přeshraničních smluv, v návaznosti na sdělení COM (2001) 398 v konečném znění, o Evropském závazkovém právu⁹, které zahájilo debatu, zda rozdílná závazková práva v jednotlivých členských státech Evropské unie představují překážky řádného fungování vnitřního trhu.

Na základě jednání a diskusí zahájených na základě výše uvedených dokumentů pak Komise dne 15. prosince 2005 předložila návrh nařízení Řím I, které by mělo ve vztazích mezi členskými státy Evropské unie nahradit Římskou úmluvu a převést ji tak na komunitární nástroj.

V rámci této práce není prostor, abych se zabývala celým rozsahem Římské úmluvy a nařízení Řím I. Chtěla bych se zde zaměřit na problematiku určení náhradního hraničního určovatele, který se v rámci Římské úmluvy stal předmětem mnohých kritik a diskusí. Pokusím se tedy analyzovat, jaké problémy byly spojeny s náhradním hraničním určovatelem v Římské úmluvě a zda a jak byly tyto otázky vyřešeny v novém nařízení Řím I.

2. Hraniční určovatel a náhradní hraniční určovatel

V oblasti mezinárodního práva soukromého se pro určení použitelného práva používá hraničních určovatelů (hraničních

⁷ Green Paper on the conversion of the Rome Convention 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernisation, Commission of the European Communities, Brussels, 14. 1. 2003, COM (2002) 654 final

⁸ ÚV 063, 15. 3. 2003, s. 1-44, Action Plan on a More Coherent European Contract Law

⁹ COM (2001) 298 on a European Contract Law

ukazatelů, kolizních kritérií, connecting factor, Grundsatzanknüpfung, le rattachement objectif atd.). Hraničním určovatelem je určitá skutečnost významná pro daný druh právních vztahů nebo otázek označených v rozsahu kolizní normy, která rozhoduje o určení (výběru) práva, jehož se má použít pro jejich úpravu¹⁰.

Hraniční určovatele stanoví zákonodárce, čímž projevuje svou představu o kolizně spravedlivém řešení daného vztahu, tedy představu o tom, jakým právem se bude daný právní vztah řídit. Představy zákonodárců se však v jednotlivých státech většinou liší, a tak dochází k používání různých hraničních určovatelů pro stejné druhy právních vztahů. Římská úmluva a současně i nařízení za účelem hladkého fungování vnitřního trhu tyto normy unifikuji. Snaží se tak předejít jevu zvanému „forum-shopping“. Nařízení Brusel I obsahuje ustanovení o alternativní pravomoci¹¹, která žalobci umožňují výběr mezi soudy různých států. Existuje tak riziko, že strana sporu upřednostní podání žaloby u soudu určitého členského státu před soudem jiného členského státu jen z důvodu, že použitelné právo v tomto státě je pro žalobce výhodnější než právo jiného členského státu. Unifikační kolizních pravidel zajišťuje Římská úmluva i nařízení Řím I, že na meritum sporu bude aplikováno vždy stejné právo bez ohledu na soud, který o sporu rozhoduje. Nařízení Brusel I a Římská úmluva, resp. nařízení Řím I, totiž nesledují stejné cíle. Zatímco cílem nařízení Brusel I je ochrana pozice žalovaného, cílem Římské úmluvy i nařízení je zabezpečení předvídatelnosti a právní jistoty v oblasti použitelného hmotného práva.

Může nastat situace, kdy daný hraniční určovatel selže, nelze jej pro daný právní vztah z jakýchkoliv příčin použít. Pro tyto situace obsahuje většina právních úprav náhradní řešení. Pokud tedy základní hraniční určovatel nelze aplikovat, stanoví daná úprava náhradní hraniční určovatel, který se použije namísto základního hraničního určovatele.

¹⁰ Kučera, Z. Mezinárodní právo soukromé. Brno: Doplněk, 2004, s. 119

¹¹ Viz článek 5 nařízení Rady č. 44/2001 (ES) ze dne 22. prosince 2000 o pravomoci a uznání a výkonu rozhodnutí v občanských a obchodních věcech. Úřední věstník L 012. 16/01/2001 s. 0001 – 0023

Hraniční určovatele lze podle jejich povahy rozdělit na flexibilní a neflexibilní¹². Neflexibilní přístup je založen na pevně určeném hraničním určovateli, který je výslovně uveden v kolizní normě. Většinou je pro určení rozhodného práva jako hraniční určovatel použito místo, kde bylo plněno, nebo místo uzavření smlouvy, popř. bydliště či místo podnikání strany právního vztahu, která poskytuje charakteristické plnění. U nemovitostí se většinou používá kritéria *lex rei sitae* (místo, kde se nemovitost nachází). Výhodou neflexibilního přístupu je větší předvídatelnost o použitelném právu, a to už ve fázi uzavření smlouvy, ne až ve fázi řešení sporu, kdy o právu použitelném rozhoduje soud, popř. rozhodce. Bohužel pevně stanovený hraniční určovatel má tu nevýhodu, že v případě změny okolností, za nichž právní vztah vznikl, neumožňuje přizpůsobení změněným podmínkám. Rozhodné právo podle pevně stanoveného hraničního určovatele je velmi obtížné určit u inomínátních nebo jinak složitých smluv, které se v praxi hojně vyskytují.

Naproti tomu flexibilní přístup je založen na obecné formulaci hraničního určovatele, který je v každém jednotlivém případě konkretizován soudcem nebo rozhodcem. Tento tedy hraniční určovatel formuluje sám, ovšem vždy v rámci daném obecným pravidlem. Podle tohoto přístupu se pak většinou právní vztah řídí právem, se kterým má daná situace „nejušší vztah“, „nejušší spojení“, právem, jež představuje „těžiště právního vztahu“ nebo právem s ohledem na „rozumné uspořádání vztahu“. Toto pravidlo je většinou doplněno vyvratitelnými domněnkami o tom, co se rozumí „nejušším spojením“. Velkou výhodou tohoto přístupu je velmi flexibilní přizpůsobení se dané situaci, zvláště v případech měnících se či složitých právních vztahů. Lze takto nalézt právo, které nejlépe odpovídá individuálním okolnostem každého případu. Na druhé straně nevýhodou tohoto přístupu je značná nepředvídatelnost použitelného práva, které se strany s jistotou „dovídají“ až při vzniku a řešení sporu před soudem či rozhodcem.

Řešením je pak rozumný kompromis, tedy kombinace flexibilního a neflexibilního přístupu, nebo úplná unifikace

¹² Rozehnalová, N., Týč, V. Evropský justiční prostor v civilních otázkách. Brno: Masarykova univerzita, 2006, s. 80 - 82

hmotného práva, což, jak už bylo výše řečeno, zatím v evropském prostředí nepřipadá v úvahu.

Literatura rovněž rozlišuje subjektivní a objektivní kritéria či teorie¹³. Podle subjektivního kritéria je hraniční určovatel zakládá na vůli smluvních stran, ať už jde o vůli projevenou výslovně či mlčky či dokonce se může jednat o hypotetickou (presumovanou) volbu práva. Podle objektivní teorie je hraniční určovatel stanoven na základě obsahu smlouvy. Podle subjektivního přístupu se jako hraničního určovatele použije právo smlouvě vlastní, tedy právo, které by smluvní strany chtěly použít, pokud by si právo rozhodné zvolily¹⁴. Podle objektivní teorie se použitelné právo určuje na základě objektivně daných skutečností, většinou jako právo místa bydliště či podnikání osoby, která poskytuje plnění, které je pro danou smlouvu charakteristické.

Podle mnohých autorů i podle Giuliano-Lagardovy zprávy má být nejužší spojení stanoveno podle objektivního přístupu, který nachází pozitivní ohlasy jak mezi odborníky na danou problematiku, tak i v judikatuře¹⁵.

3. Hraniční určovatelé v Římské úmluvě a nařízení Řím I

Principy, na nichž stojí Římská úmluva jsou totožné s principy charakteristickými pro římské nařízení. Velmi obecně lze říci, že obojí stojí na třech základních pilířích, které nám rovněž pomohou rozčlenit hraniční určovatele, a následně podrobněji náhradní

¹³ Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano Profesor, University of Milan, and Paul Lagarde Profesor, University of Paris, Official Journal No. C 282 of 31. 10. 1980, p. 0001-0050; Vondráček, O. Článek 4 Římské úmluvy o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy: plodný či jalový kompromis? Právník, 2007, č. 12, s. 1320

¹⁴ Mount Albert Borough Council v. Australan Temperance and General Mutual Life Insurance Society (1938) A.C. 224, s. 240 per Lord Wright; The Assunzione (1974) P. 150, s. 175 a 179 per Singleton L.J.

¹⁵ Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano Profesor, University of Milan, and Paul Lagarde Profesor, University of Paris, Official Journal No. C 282 of 31. 10. 1980, p. 0001-0050

hraniční určovatele, použité pro určení rozhodného práva v úmluvě i nařízení.

Základní charakteristické pilíře jsou následující:

- Princip autonomie vůle stran, na jehož základě si mohou strany zvolit právo, jímž se bude řídit jejich vzájemný vztah. Jedná se o základní princip závazkového práva v téměř všech právních úpravách, tedy i v úmluvě a nařízení. Autonomie vůle stran je ale omezena tam, kde existuje zájem společnosti na ochraně některých veřejných zájmů, jako např. spotřebitele nebo zaměstnance.
- Princip nejužšího spojení, který znamená, že určitý právní vztah by se měl řídit právem státu, s nímž vykazuje nejužší spojení. Tento princip je ve vztahu k výše uvedenému druhotný, tedy aplikuje se až poté, kdy první princip nebyl aplikován.
- V posledních zhruba dvaceti letech se objevuje další princip, zakotvený v obou námi sledovaných úpravách, a to princip ochrany slabší strany. Jedná se o situace, kdy si strany právního vztahu nemohou být rovny. V případě neomezené volby práva stranami by se spotřebitelé mohli ocitnout v situaci, kdy by museli přijmout právo, které je pro ně zjevně nepříznivé, a byli by tak zbaveni ochrany, kterou jim úmluva i nařízení zajišťuje. Stejně úvahy platí pro zaměstnance a podle nařízení Řím I nově i pro pojistníka¹⁶.

Podle výše uvedených principů lze pak rozdělit i hraniční určovatele, které Římská úmluva i nařízení Řím I používá pro určení rozhodného práva:

- Základním hraničním určovatelem je v obou právních úpravách volba práva (*lex electa*, *lex voluntatis*), tedy shodný projev vůle účastníků o tom, kterým právem se má řídit jejich

¹⁶ Green Paper on the conversion of the Rome Convention 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernisation, Commission of the European Communities, Brussels, 14. 1. 2003, COM (2002) 654 final, s. 10

právní vztah¹⁷. V této práci se ovšem základním hraničním určovatelem nebudu zabývat. V tomto odkazuji na práce významných českých autorů¹⁸.

- Pokud ale strany tohoto základního hraničního určovatele nevyužijí, tedy si pro svůj vzájemný právní vztah nezvolí použitelné právo, aplikuje se náhradní hraniční určovatel stanovený v Římské úmluvě, resp. nařízení Řím I¹⁹. U těchto náhradních hraničních určovatelů lze dále rozlišit:
 - o Obecnou úpravu, představovanou článkem 4 úmluvy i nařízení.
 - o Zvláštní úpravu, kterou v Římské úmluvě představují ustanovení o spotřebitelských (článek 5) a individuálních pracovních smlouvách (článek 6), a v nařízení Řím I ustanovení o smlouvách o přepravě (článek 5), spotřebitelských smlouvách (článek 6), pojistných smlouvách (článek 7) a individuálních pracovních smlouvách (článek 8).
- Princip ochrany slabší strany se objevuje právě v ustanoveních o spotřebitelských, individuálních pracovních a v římském nařízení nově zakotvených pojistných smlouvách. Ochrana slabší strany se zde projevuje ve dvou rovinách: volba práva je zde omezena ve prospěch slabší smluvní strany a náhradní hraniční určovatel je rovněž nastaven tak, aby bylo vyrovnáno její slabší postavení.

¹⁷ Kučera, Z. Mezinárodní právo soukromé. Brno: Doplněk, 2004, s. 122. V českém vnitrostátním právu je volba práva možná pro právní vztahy s mezinárodním prvkem závazkové povahy (§9 zákona č. 97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním) a pracovní smlouvy (§16 téhož zákona).

¹⁸ Rozehnalová, N., Týč, V. Evropský justiční prostor v civilních otázkách. Brno: Masarykova univerzita, 2006, s. 56 – 78; Pauknerová, M. Evropské mezinárodní právo soukromé, Praha: C.H. Beck, 2008, s. 221 – 225 a 259 - 262

¹⁹ Pokud se podle českého vnitrostátního práva nevyužije základního hraničního určovatele volby práva, použijí se náhradní hraniční určovatelé uvedení v §10 z. č. 97/ 1963 Sb. (pro závazkové smlouvy s mezinárodním prvkem) a v §16 téhož zákona (pro pracovní smlouvy s mezinárodním prvkem).

4. Právo rozhodné při neexistenci volby práva

4.1 Článek 4 Římské úmluvy

Článek 4 Římské úmluvy stanoví náhradní kritérium, kterého bude použito, pokud strany nevyužijí základního kritéria stanoveného článkem 3 úmluvy, tedy pokud si nezvolí právo rozhodné pro svůj právní vztah. V takovémto případě se smlouva bude řídit právem země, s níž nejúžeji souvisí (článek 4 odst. 1). Za účelem určení země, s níž má smlouva nejúžejší spojení je možné vzít v úvahu i faktory, které se objevily až po uzavření smlouvy²⁰. Pokud má být pro daný vztah použito právo, s nímž má tento vztah nejúžejší spojení, znamená to, že je na soudci, aby zhodnotil jednotlivé elementy sporné věci, poměřil zájmy smluvních stran a určil, který element daného sporného vztahu je natolik důležitý, že na jeho základě lze určit neužší spojení. Rozhodovací praxe národních soudů, které aplikovaly pravidlo nejúžejšího spojení vytvořila poměrně velké množství hraničních určovatелů, které je nutné při určení rozhodného práva zohlednit. Kromě místa uzavření smlouvy²¹, je nutné brát v úvahu místo plnění smlouvy, povahu právní subjektivity smluvních stran, jejich bydliště či místo podnikání, povahu a předmět smlouvy, místo, kde se nachází finanční prostředky atd.²²

Toto obecné pravidlo je použitelné i jen pro část smlouvy. V odst. 1 článku 4 úmluva stanoví, že na část smlouvy, kterou lze od zbytku smlouvy oddělit a která úžeji souvisí s jinou zemí, lze výjimečně použít právo této jiné země. Římská úmluva tak umožňuje tzv. *depeçage*, tedy štěpení smlouvy. Tato možnost existuje už i u volby práva, kdy je rozhodné právo možné zvolit i jen pro část smlouvy.

²⁰ Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano Profesor, University of Milan, and Paul Lagarde Profesor, University of Paris, Official Journal No. C 282 of 31. 10. 1980, výklad k článku 4, bod 2

²¹ Živnostenská Banka National Corp. V. Frankoman (1950) A.C. 57

²² Vondráček, O. Článek 4 Římské úmluvy o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy: plodný či jalový kompromis? Právník, 2007, č. 12, s. 1318

Na základě článku 4 je pak možné další štěpení obligačního statutu za podmínky, že určitá část smlouvy vykazuje užší spojení s jinou zemí.

Možnost štěpení obligačního statutu je mnohými autory kritizována. Např. soudy jsou většinou vyzývány k uplatnění své rozhodovací volnosti tak, aby smlouvu dělily pokud možno co nejméně. Nejsou však dána pravidla, jak a kdy toto k tomu mohou přistoupit, což celý rozhodovací proces může do značné míry ztěžovat²³. Je nutné ale zdůraznit, že štěpení obligačního statutu je možné jen ve výjimečných případech.

Giuliano-Lagardova zpráva zhodnotila samotný koncept nejužšího spojení jako příliš vágní²⁴. Zelená kniha o transformaci Římské úmluvy tento koncept označila jako „záměrně vágní, což s sebou může nést značnou míru nejistoty“²⁵. Oba dokumenty konstatovaly, že v zájmu zachování objektivit je nutné jej doplnit interpretačními domněnkami stanovenými v odst. 2 – 4 článku 4 Římské úmluvy, které omezují flexibilitu danou odstavcem 1 a zjevně zjednodušují problém výběru rozhodného práva při absenci volby práva smluvními stranami.

Domněnky stanovené odst. 2 článku 4 lze rozdělit na ty, které se použijí v situaci, kdy smlouva vznikla jako důsledek obchodní činnosti, a na ty, které se použijí v situaci, kdy smlouva vznikla jako důsledek neobchodní činnosti. S výhradou odst. 5 tedy platí, že byla-li smlouva uzavřena mimo obchodní činnost, pak nejužší souvisí se zemí, v níž má strana, která má povinnosti poskytnout plnění, které je charakteristické pro smlouvu, obvyklé bydliště. V případě, že charakteristické plnění má poskytnout obchodní společnost, sdružení nebo jiná právnická osoba je pro určení rozhodného práva relevantní

²³ Morse, *The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations*. Yearbook of European Law, 1982, 2 (107), s. 126

²⁴ Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano Profesor, University of Milan, and Paul Lagarde Profesor, University of Paris, Official Journal No. C 282 of 31. 10. 1980, s- 1-50

²⁵ Green Paper on the conversion of the Rome Convention 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernisation, Commission of the European Communities, Brussels, 14. 1. 2003, COM (2002) 654 final, s. 25

místo jejího ústředí. Pokud ale smlouva byla uzavřena jako důsledek obchodní činnosti, tedy při výkonu povolání nebo při provozování živnostenské činnosti, je hraničním určovatelem hlavní místo podnikání strany, která poskytuje charakteristické plnění. Pokud má být podle smlouvy plněno v jiném místě, než je hlavní místo podnikání, pak je relevantní toto jiné místo podnikání strany s charakteristickým plněním. Je nutné mít na paměti, že tato domněnka může být vyvrácena podle článku 4 odst. 5 (viz níže).

Článek 4 odst. 2 zakotvuje zásadu charakteristického plnění, která je vlastní kontinentálnímu právu, vycházející ze švýcarského práva²⁶. Jedná se o obecnou domněnku pro lokalizaci smlouvy a skládá se ze dvou částí: nejprve musí být určeno plnění, které je pro smlouvu charakteristické, poté musí být určeno obvyklé bydliště strany, která toto charakteristické plnění poskytuje²⁷. Římská úmluva zakotvuje tento hraniční určovatel na základě skutečností, které jsou vlastní danému právnímu vztahu a odpoutává se tak od jeho stanovení pomocí vnějších elementů jako je občanství smluvních stran či místo uzavření smlouvy (jeho nalezení v praxi činilo mnoho potíží zvláště v souvislosti s distančními obchody) nebo místo plnění.

Pravidlo práva charakteristického plnění je ve většině národních úprav spojeno s místem plnění, výkonu, tohoto charakteristického plnění. V praxi však bývá obtížné toto místo určit, pokud smlouva obsahuje několik závazků, k jejichž plnění má dojít v různých státech²⁸. Římská úmluva tento problém řeší vazbou charakteristického plnění na osobní sféru poskytovatele tohoto plnění, tedy na jeho obvyklé bydliště či místo podnikání.

V této souvislosti mohou nastat určité interpretační problémy, protože Římská úmluva neobsahuje definici obvyklého bydliště či administrativního ústředí. V tomto případě je pro výklad těchto pojmů nutné sáhnout do dalších mezinárodněprávních instrumentů (např. úmluvy přijaté v rámci Haagské konference mezinárodního

²⁶ Moss, G.C. Performance of Obligations as the Basis of Jurisdiction and Choice of Law (Lugano and Brussels Convention Article 5(1) and the Rome Convention Article 4). *Nordic Journal of International Law*, 1999, č. 68, s. 386

²⁷ Hakki, M.M. Choice of Law, Contracts and the EC's 1980 Rome Convention, A re-evaluation in the 21st century. *Australian International Law Journal*, 2003, s. 163

²⁸ Audit, B. *Droit International privé. Economica*, 2006, s. 665

práva, Bruselské či Luganské úmluvy, nebo do Úmluva OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží) či vnitrostátního práva²⁹. Úmluva rovněž neobsahuje definici obchodní či zaměstnanecké činnosti. Obecně lze říci, že se jedná o veškerou činnost, která nespadá do privátní sféry³⁰.

Co je však ale větším problémem, je, že Římská úmluva neobsahuje ani definici toho, co lze chápat pod pojmem „charakteristické plnění“. Odpověď na tuto otázku nám dává Giuliano-Lagardova zpráva, která stanoví, že charakteristické plnění představuje jádro (těžiště) právního vztahu a odpovídá funkci, kterou daný právní vztah plní v ekonomickém a sociálním životě určité země.

Identifikace charakteristického plnění obvykle nečiní problémy u jednostranných smluv. Na druhou stranu u dvoustranných smluv, kde si strany poskytují reciproční plnění, plní jedna ze stran ve formě peněz. Peněžité plnění však v tomto případě není plněním charakteristickým pro smlouvu. Charakteristickým je právě ono plnění, za které se peněžité plnění poskytuje. Tedy v závislosti na smluvním typu se jedná o dodání zboží, udělení práva k užívání majetku, poskytnutí služby, přeprava, pojištění, bankovní operace, zajištění atd.³¹

Co se týče geografické lokalizace charakteristického plnění, rozhodující je obvyklé bydliště nebo ústředí strany, která je odpovědná za poskytnutí tohoto plnění, nikoliv místo, kde bylo plněno. Pro případnou změnu hraničního určovatele v odstavci 2 článku 4, tzv. mobilní konflikt, je rozhodující obvyklé bydliště, ústředí, popř. místo podnikání v „okamžiku uzavření smlouvy“.

Koncept charakteristického plnění je některými autory hodnocen velmi pozitivně³², některými je však kritizován. Určení

²⁹ Rozehnalová, N., Týč, V. Evropský justiční prostor v civilních otázkách. Brno: Masarykova univerzita, 2006, s. 87

³⁰ Rozehnalová, N., Týč, V. Evropský justiční prostor v civilních otázkách. Brno: Masarykova univerzita, 2006, s. 87

³¹ Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano Profesor, University of Milan, and Paul Lagarde Profesor, University of Paris, Official Journal No. C 282 of 31. 10. 1980, p. 0001-0050

³² Lando, O. The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations. Common Market Law Review, 1987, č. 24, s. 159 - 214

charakteristického plnění totiž není vždy jednoduché, někdy až nemožné. Domněnku v odst. 2 článku 4 je velmi těžké uplatnit u smluv, které nezahrnují peněžité plnění (např. u výměnných smluv) nebo jako příklad jsou často uváděny i distribuční smlouvy³³. Tam, kde není možné určit předmět plnění, je nutné hledat řešení v odstavci 5 článku 4, podle něhož bude rozhodné právo určeno podle flexibilnějšího pravidla nejužšího spojení. Odstavec 5 nás tak vede zpátky k použití vágního pravidla (jak říká Giuliano-Lagardova zpráva), které mělo být domněnkami konkretizováno. Z objektivního pojetí hraničního určovatele se tak dostáváme zpět k jeho subjektivnímu pojetí, které však odporuje základnímu cíli Římské úmluvy, tedy zajištění předvídatelnosti a právní jistoty ve vztahu k rozhodnému právu.

Někteří autoři³⁴ kritizují, že charakteristické plnění ve spojení s místem obvyklého bydliště, ústředí či místa podnikání strany je nekonzistentní s nařízením Brusel I, protože charakteristické plnění neváže na místo plnění (k nepoužití tohoto hraničního určovatele viz výše). Nejen, že je pojetí článku 4 odst. 2 Římské úmluvy podle nich nevhodné pro mezinárodní obchodní transakce, ale je hlavně, vzhledem k neexistenci relevantních definicí, obtížně určitelné, což nepřispívá právní jistotě. Soudy tak tuto domněnku pokládají za neaplikovatelnou a místo toho rozhodují podle odst. 5 článku 4, který opět vede v nepředvídatelnosti.

Obecná domněnka uvedená v odst. 2 článku 4 se nepoužije v případě smluv, jejichž předmětem jsou věcná práva k nemovitostem (odst. 3 článku 4) a u smluv o přepravě (odst. 4 článku 4). Podle článku 4 odst. 3, bez ohledu na odstavec 2 tohoto článku, platí pro smlouvy v rozsahu, v nichž je jejich předmětem věcné právo k nemovitosti nebo právo užívání nemovitosti, domněnka, že smlouva nejúžeji souvisí se zemí, v níž se nemovitost nachází. Odstavec 3 se nevztahuje na smlouvy o výstavbě nebo

³³ Pauknerová, M. *Evropské mezinárodní právo soukromé*, Praha: C.H. Beck, 2008, s. 227

³⁴ např. Hakki, M.M. *Choice of Law, Contracts and the EC's 1980 Rome Convention, A re-evaluation in the 21st century*. *Australian International Law Journal*, 2003, s. 163-164

opravě nemovitého majetku. Důvodem vyloučení těchto smluv je skutečnost, že jejich předmětem je spíše stavba či oprava, než nemovitost samotná³⁵.

U smluv o přepravě neplatí obecná domněnka podle odst. 2 článku 4. Tento článek používá kumulaci hraničních určovateli³⁶. U těchto smluv se předpokládá, že smlouva nejužší souvisí se zemí, v níž má dopravce hlavní provozovnu, za podmínky, že se v této zemi nachází také místo nakládky nebo místo vykládky nebo hlavní provozovna odesílatele zboží. Časově je tento hraniční určovatel zakotven opět v okamžiku uzavření smlouvy. Pokud není splněna jedna z výše uvedených podmínek, smlouva o přepravě spadá pod obecnou domněnku uvedenou v odst. 2 článku 4. Stejně tak pod tento odstavec spadají smlouvy o přepravě osob, neboť odst. 4 článku 4 se na tento druh smluv nevztahuje. Podle Giuliano-Lagarovy zprávy „dopravcem“ se rozumí smluvní strana, která se zavazuje k přepravě zboží, ať už ji vykoná sama nebo prostřednictvím třetí osoby.

Domněnky upravené v odstavcích 2, 3 a 4 se podle odstavce 5 článku 4 nepoužijí, pokud z okolností jako celku vyplývá, že smlouva úžší souvisí s jinou zemí. Pokud tedy nelze využít hraničního určovatele místa obvyklého bydliště, popř. ústředí či místa podnikání, strany, která poskytuje charakteristické plnění, použije se opět kritérium nejužšího spojení. Ustanovení odst. 5 článku se rovněž použije, pokud nelze zjistit charakteristické plnění, popř. osobu, která jej poskytuje. Toto ustanovení je označováno jako „úniková doložka“. Zajišťuje flexibilitu rozhodování v komplexních situacích, kdy umožňuje odchýlení se od kolizních norem stanovených v odst. 2, 3 a 4. V podstatě nás vrací zpět k rozhodování podle odstavce 1 článku 4, tedy k určení rozhodného práva na základě principu nejužšího spojení.

V souvislosti s únikovou doložkou opět existují některé problémy. Zprv se jedná o časové určení nejužšího spojení, tedy

³⁵ Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano Profesor, University of Milan, and Paul Lagarde Profesor, University of Paris, Official Journal No. C 282 of 31. 10. 1980, p. 0001-0050

³⁶ viz Kučera, Z. Mezinárodní právo soukromé. Brno: Doplněk, 2004, s. 124-125

stanovení okamžiku, ke kterému má smlouva prokazovat nejužší spojení. Giuliano-Lagardova zpráva říká, že je možné přihlédnout k dalším okolnostem, které nastanou po uzavření smlouvy. Bohužel právo, které odpovídá nejužšímu spojení bude určeno soudem až v okamžiku vzniku sporu, což opět neodpovídá cíli Římské úmluvy, tedy zakotvení předvídatelnosti rozhodného práva.

Dalším interpretačním problémem je určení rozhodných okolností, ze kterých vyplývá, že smlouva úžeji souvisí s jinou zemí. Komentátoři Římské úmluvy sice uvádějí příklady některých rozhodných okolností, ale právní jistotu by zcela jistě posílila jednotná interpretace Evropským soudním dvorem nebo konkretizace těchto okolností přímo v úmluvě, popř. v novém nařízení Řím I.

Giuliano-Lagardova zpráva uvádí důvod, proč byla úniková doložka přijata. Podle zprávy je kolizní norma v článku 4 obecnou úpravou, z níž existují jen výjimky ve prospěch spotřebitelských a individuálních pracovních smluv. Proto je důležité, aby existovala možnost aplikovat jiné právo, než které by se použilo podle domněnek v odst. 2, 3 a 4 článku 4, kdykoliv okolnosti případu prokazují užší souvislost s jiným státem. Toto ustanovení tedy ponechává určitou rozhodovací volnost soudci, aby posoudil, zda v daném případě existují okolnosti, které by opravňovaly k nepoužití domněnek v odst. 2, 3 a 4 článku 4.

V praxi je jedním z nejkontroverznějších problémů, které se vztahují k článku 4 Římské úmluvy, poměr mezi odstavcem 2, tedy principem charakteristického plnění, a mezi odstavci 1 a 5, tedy principem nejužšího spojení. Článek 4 je jakýmsi kompromisem mezi pojetím hraničního určovatele v právu kontinentálním, kde je pro určení rozhodného práva typické používání kritéria charakteristického plnění, a Common law, které pro určení rozhodného práva používá spíše kritérium nejužšího spojení, na jehož základě soudce využívá své rozhodovací volnosti a po zhodnocení elementů příznačných pro konkrétní rozhodovaný případ určí rozhodné právo³⁷.

³⁷ Vondráček, O. Článek 4 Římské úmluvy o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy: plodný či jalový kompromis? *Právník*, 2007, č. 12, s. 1314 – 1324; Pauknerová, M. *Evropské mezinárodní právo soukromé*, Praha: C.H. Beck,

Spornou otázkou, kterou je nezbytné vyřešit v novém nařízení Řím I, je, který z uvedených principů má při aplikaci článku 4 Římské úmluvy přednost. Zda princip charakteristického plnění podle odst. 2, vůči němuž by princip nejužšího spojení měl povahu velmi úzce vymezené výjimky aplikované pouze v případech, kdy charakteristické plnění nelze určit, nebo v případech, kdy nelze spolehlivě zjistit, zda jedna ze smluvních stran jedná jako obchodník profesionál nebo v rámci neobchodní činnosti³⁸, tedy v případech, kdy domněnka nemá žádné reálné spojení s daným případem. Nebo má mít přednost princip nejužšího spojení, k němuž by princip charakteristického plnění měl jen subsidiární postavení, byl by tedy jen jedním z možných elementů, které by mohly mít relevanci při určení nejužšího spojení.

Judikatura národních soudů vykazuje markantní rozporuplnost v aplikaci článku 4 Římské úmluvy. Soudy států kontinentálního práva, zvláště soudy nizozemské, francouzské a německé, dávají přednost principu charakteristického plnění. V roce 1992 nizozemský soud Hoge Raad rozhodoval tuto věc v případě *Société Nouvelle des Papeteries de l'Aa v. BV Machinenfabrik BOA*³⁹. Dal přednost rozhodnému právu nalezenému podle principu charakteristického plnění (tedy nizozemskému právu) před právem podle principu nejužšího spojení, a to i přesto, že všechny ostatní okolnosti⁴⁰ vedly spíše k právu francouzskému. V případě *Soc. Amman Yanmar v. Soc. Zwaans BVA*⁴¹ francouzský Cour de Cassation posuzoval právo rozhodné pro distribuční smlouvy. Ačkoliv u těchto druhů smluv je velmi obtížné nalézt charakteristické plnění, Cour de Cassation pravidlo nejužšího spojení jen zmínil a dále se věnoval určení

2008, s. 227 a 229; Stone, P. EU Private International Law: Harmonization of Laws. London: Edgar European Law Publishing, 2007, s. 286

³⁸ Kegel, G. Internationales Privatrecht, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1987, s. 428

³⁹ *Société Nouvelle des Papeteries de l'Aa v. BV Machinenfabrik BOA*, Hoge Raad, 25 September 1992

⁴⁰ jazyk smlouvy, státní příslušnost obchodního zástupce, místo sjednání smlouvy či místo plnění

⁴¹ *Soc. Amman Yanmar v. Soc. Zwaans BVA*, Cour de cassation, 1re civ. 25 nov. 2003, Rec. Dalloz, 2004

použitelného práva podle principu charakteristického spojení, za něž určil činnost distributora při dodávání zboží sekundárnímu prodejci.

Naproti tomu soudy common law kladou mnohem větší důraz na princip nejužšího spojení a princip charakteristického plnění stojí jen na okraji jejich pozornosti⁴². Když zůstaneme u příkladu s distribuční smlouvou, ačkoliv by se zdálo, že za charakteristickou bude přirozeně považována činnost distributora, anglický odvolací soud (Court of Appeal) v případě *Print Concept v. GEW* konstatoval, že charakteristickým plněním je spíše povinnost výrobce zboží dodat a určil jako právo pro smlouvu rozhodné právo sídla výrobce⁴³. Pokud soudy Common law berou v úvahu princip charakteristického plnění, pak ne jako jediné kritérium, ale jako jedno v více relevantních kritérii⁴⁴.

Principu nejužšího spojení jsou nakloněny i skandinávské státy. Například dánský soud v roce 1996 posuzoval případ týkající se výstavby. Jednalo se o smlouvu mezi dánským subdodavatelem a německým stavitelem. Dánský Nejvyšší soud konstatoval, že pro tuto smlouvu je rozhodným dánské právo. Tento závěr sice koresponduje s domněnkou podle odst. 2 článku 4, ale z odůvodnění tohoto rozhodnutí je patrné, že soud svou argumentaci neopřel o domněnku, ale po zvážení všech okolností daného případu⁴⁵ dospěl k názoru, že tyto vykazují užší spojení s dánským právem⁴⁶. Dánské soudy tedy spíše upřednostňují princip nejužšího spojení před principem charakteristického plnění.

⁴² *Sierra Leone Communications Co. Ltd. v. Barclays Bank plc* (1998) 2 All E.R. 821; *HIB Ltd. v. Guardian Insurance Co. et al.* (1997) Lloyd's Rep. 412 Q.B.; *Ferguson Shipbuilders Ltd. v. Voith Hydro GmbH & Co. KG* (2000) S.L.T. 229; *ACE v. Zutich Insurance Company a Zutich American Insurance Company*, Commercial Court (2000) 2 Lloyd's Rep. 423

⁴³ Pauknerová, M. *Evropské mezinárodní právo soukromé*, Praha: C.H. Beck, 2008, s. 227

⁴⁴ např. *The Bank of Baroda v. Vysya Bank Ltd* (1994) 2 Lloyd's Rep. 87

⁴⁵ jazyk smlouvy, místo uzavření smlouvy, měna, níž mělo být placeno

⁴⁶ Moss, G.C. *Performance of Obligations as the Basis of Jurisdiction and Choice of Law* (Lugano and Brussels Convention Article 5(1) and the Rome Convention Article 4). *Nordic Journal of International Law*, 1999, č. 68, s. 392

Je zřejmé, že existence dvou protichůdných interpretací článku 4 vede ke značné nejistotě o tom, jaké právo se má použít, což odporuje samotné podstatě Římské úmluvy.

Celému problému by pomohla interpretace poskytnutá Evropským soudním dvorem. Ačkoliv protokoly⁴⁷, které jej opravňují Římskou úmluvu interpretovat, už vstoupily v platnost v roce 2004, Evropský soudní dvůr se k tomuto problému dosud nevyjádřil. Naděje na sjednocení používání principu nejužšího spojení a charakteristického plnění jsou tedy vkládány do nového nařízení Řím I.

K tomuto závažnému problému se v závislosti na komentářích a mnohých kritikách tohoto článku⁴⁸ vyjadřuje i Zelená kniha o transformaci Římské úmluvy⁴⁹, která konstatuje, že úniková doložka zakotvená v odst. 5 článku 4 musí být aplikována jen opatrně a výjimečně, protože její častá aplikace vede ke značné nepředvídatelnosti co se týče použitelného práva. Právě tuto nepředvídatelnost a právní nejistotu se snažily odstranit domněnky v odst. 2, 3 a 4 článku 4 úmluvy. Tento dokument zároveň navrhuje, že by soudy měly upřednostnit aplikaci domněnky obsažené v odst. 2 článku 4. Jen v případě, že by se právo takto určené jevílo jako nevyhovující, protože okolnosti případu jasně směřují k jinému právu, pak by soud aplikoval únikovou doložku. Tento návrh se zakládá na výše zmíněném rozhodnutí nizozemského soudu v případě *Société Nouvelle des Papeteries de l'Aa v. BV Machinenfabrik BOA*.

4.2 Článek 4 nařízení Řím I

Původní návrh článku 4 nařízení Řím I obsahoval jen 2 odstavce. Tyto byly kritizovány i samotným autorem Zprávy k Římské úmluvě

⁴⁷ <http://www.rome-convention.org>

⁴⁸ např. Moss, G.C. Performance of Obligations as the Basis of Jurisdiction and Choice of Law (Lugano and Brussels Convention Article 5(1) and the Rome Convention Article 4). *Nordic Journal of International Law*, 1999, č. 68, s. 392

⁴⁹ Green Paper on the conversion of the Rome Convention 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernisation, Commission of the European Communities, Brussels, 14. 1. 2003, COM (2002) 654 final, s. 25 - 26

Poulem Lagardem⁵⁰, že značně omezují flexibilitu ve prospěch právní jistoty. Článek 1 stanovil pevné hraniční určovatele pro osm typů smluv a odstranil jakoukoliv únikovou doložku. V odstavci 2 stanovil pro smlouvy neuvedené v odst. 1 použití kritéria místa obvyklého bydliště strany, která poskytuje charakteristické plnění a subsidiárně pak, v případě, že by nebylo možné určit předmět plnění, princip nejuzšího spojení. Lagarde tuto koncepci článku 4 kritizoval jako velmi rigidní a neuspokojivou, připomínající klauzule o určení rozhodného práva mimo volbu práva, které platily v 60. letech 20. století v Československu a Polsku. Kromě toho, že Lagarde kritizoval hraniční určovatele stanovené pro franšízové a distribuční smlouvy, „trnem v oku“ mu byl nedostatek únikové doložky, která by umožnila přizpůsobení fixně stanovených hraničních určovatelů konkrétní situaci. Rozhodování o použitelném právu na základě takto rigidních pravidel může vést k velmi neadekvátním řešením. Třetím okruhem jeho kritiky byla skutečnost, že jen subsidiární role principu nejuzšího spojení vede k potlačení dalšího flexibilního prvku, kterým je možnost štěpení obligačního statutu (tzv. *depeçage*) soudcem v případě, kdy část smlouvy je od zbytku oddělitelná a vykazuje užší spojení s právem jiné země.

Návrh článku 4 nařízení Řím I byl nakonec změněn tak, že obsahuje 4 odstavce. Odstavec 1 stanoví osm smluvních typů, pro něž stanoví hraniční určovatele. Odstavec 3 obsahuje domněnku charakteristického plnění, odst. 3 únikovou doložku a odst. 4 princip nejuzšího spojení.

Podobně jako Římská úmluva i nařízení Řím I obsahuje obecný náhradní hraniční určovatel při neexistenci volby práva v článku 4 a v dalších člancích 6 – 8 (úprava přepravní smlouvy, spotřebitelské smlouvy, pojistné smlouvy a individuální pracovní smlouvy, viz níže) pak speciální úpravu náhradního hraničního určovatele.

Nebylo-li tedy rozhodné právo určeno podle článku 3 (strany smlouvy si právo pro svou smlouvu ne zvolily), pak se určí následovně:

⁵⁰ Lagarde, P. *Remarques sur la proposition de reglement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*. *Revue critique d.i.p.*, 2006, č. 2, s. 338

- Kupní smlouva se řídí právem země, v níž má prodávající obvyklé bydliště;
- Smlouva o poskytování služeb se řídí právem země, v níž má poskytovatel služby obvyklé bydliště. Pojmy poskytování služeb a prodej zboží se podle bodu 17 preambule k nařízení vykládají stejným způsobem jako při použití článku 5 odst. 1 písm. b) nařízení Brusel I, pokud se na zboží a služby toto nařízení vztahuje.
- Smlouva, jejímž předmětem je věcné právo k nemovitosti nebo nájem nemovitosti, se řídí právem země, ve které se nemovitost nachází. Právo rozhodné pro úpravu smluv, jejichž předmětem jsou věcná práva k nemovitostem, popř. jejich užívání, zůstává stejná jako u Římské smlouvy. Důvodem pro zakotvení tohoto pravidla je, že státy tradičně chtějí, aby se práva k nemovitostem nacházejícím se na jejich území řídila jejich právem, a to zvláště vzhledem k důležitosti tohoto majetku pro sociální a ekonomickou organizaci dané země. Toto pravidlo v Římské úmluvě platí i pro smlouvy o krátkodobém prázdninovém nájmu. Už ve zprávě k Římské úmluvě bylo naznačeno, že na takové smlouvy by soudy mohly aplikovat únikovou doložku podle odst. 5 článku 4 úmluvy. Zelená kniha o transformaci Římské úmluvy⁵¹ zdůraznila jistou nekonzistentnost této situace s nařízením Brusel I, které obsahuje specifické pravidlo pro krátkodobé nájmy nemovitostí fyzickými osobami na dobu max. šesti měsíců.
- S tímto problémem se návrh nařízení Řím I vypořádal v písmenu d) odst. 1 článku 4, který stanoví, že bez ohledu na písmeno c) se nájem nemovitostí uzavřený pro dočasné soukromé užívání na dobu nejvýše šesti po sobě jdoucích měsíců řídí právem země, v níž má pronajímatel obvyklé

⁵¹ Green Paper on the conversion of the Rome Convention 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernisation, Commission of the European Communities, Brussels, 14. 1. 2003, COM (2002) 654 final, s. 27

bydliště, pokud je nájemce fyzickou osobou a pokud má své obvyklé bydliště ve stejné zemi;

- V písmenech e) a f) odst. 1 článku 4 návrhu nařízení Řím I je stanoven hraniční určovatel pro franšízovou a distribuční smlouvu. Svou povahou patří tyto smluvní typy mezi smlouvy o službách, nicméně v minulosti byly předmětem mnohých rozporuplných rozhodnutí národních soudů, proto jsou pro ně stanovena specifická pravidla. Franšízová smlouva se řídí právem země, v níž má osoba, již je franšíza udělena, obvyklé bydliště. Distribuční smlouva se řídí právem země, v níž má distributor obvyklé bydliště. Smyslem těchto pravidel je ochrana franšízanta a distributora jako slabší smluvní strany⁵².
- Smlouva o koupi zboží v dražbě se řídí právem země, v níž se dražba koná, pokud takové místo lze určit. Pokud nebude možné toto místo určit, bude se právo rozhodné pro smlouvu posuzovat podle odst. 2, 3 a 4 článku 4 nařízení.
- Smlouva uzavíraná v rámci mnohostranného systému, který sdružuje nebo umožňuje sdružování početných zájmů třetích osob na nákupu či prodeji finančních nástrojů, jak je vymezeno v článku 4 odst. 1 bodu 17 směrnice č. 2004/39/ES, v souladu s pevně stanovenými pravidly a řízená jednotným právem, se řídí tímto právem.

Pokud se na smlouvu nevztahuje čl. 4 odst. 1 nařízení Řím I nebo pokud by se na prvky smlouvy vztahovalo více než jedno z písmen a) až h) odst. 1 článku 4, řídí se smlouva právem země, v níž má strana, která má povinnost poskytnout plnění charakteristické pro smlouvu, své obvyklé bydliště (článek 4 odst. 2 nařízení Řím I).

Návrh nařízení Řím I, na rozdíl od Římské úmluvy, už definuje pojem obvyklé bydliště v článku 19, když stanoví, že obvyklým bydlištěm obchodních společností, sdružení nebo právnických osob se rozumí místo jejich ústřední správy. Pokud fyzická osoba jedná v rámci své podnikatelské činnosti, za její obvyklé bydliště se

⁵² Lagarde, P. Remarques sur la proposition de reglement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I). *Revue critique d.i.p.*, 2006, č. 2, s.339

považuje její hlavní místo podnikání. Pokud se smlouva uzavřena v rámci jednání pobočky, zastoupení nebo jiné provozovny, nebo pokud podle smlouvy musí být plnění poskytnuto touto provozovnou, nachází se obvyklé bydliště na místě této provozovny. Obvyklé bydliště se takto určuje k okamžiku uzavření smlouvy (odst. 3 článku 19 nařízení).

Odstavec 2 článku 4 nařízení Řím I tedy vymezuje pořadí pravidel pro určení rozhodného práva. Tzn. ze pokud nedojde k volbě práva, primárně by právo mělo být určeno v souladu s pravidlem stanoveným pro zvláštní smluvní typ⁵³. Pokud ani toto není možné, popř. prvky smlouvy spadají do více než jednoho smluvního typu, pak se použije kritérium obvyklého bydliště osoby poskytující charakteristické plnění.

Úniková doložka, kterou tolik postrádal v původním návrhu nařízení Paul Lagarde, je zakotvena v odst. 3 článku 4 nařízení Řím I, který stanoví, že pokud ze všech okolností případu vyplývá, že smlouva je zjevně úžeji spojena s jinou zemí, než je země uvedená v odst. 1 a 2 článku 4, použije se na smlouvu právo této jiné země.

Odst. 4 článku 4 nařízení Řím I stanoví, že pokud není možné určit rozhodné právo podle odstavce 1 nebo 2, řídí se smlouva právem země, s níž je nejužší spojena.

Toto pravidlo je v návrhu nařízení zakotveno v souladu s výše uvedeným případem *Société Nouvelle des Papeteries de l'Aa v. BV Maschinenfabrik BOA* a v podstatě stanoví pořadí aplikace principu charakteristického plnění a principu nejužšího spojení, čímž řeší výše popsany problém dvoukolejně interpretace článku 4 Římské úmluvy. V případě, že rozhodné právo nelze určit na základě podřazení smlouvy pod jeden ze zvláštních smluvních typů, ani jako právo země, v níž má smluvní strana, která má poskytnout charakteristické plnění, své obvyklé bydliště, teprve až subsidiárně se smlouva bude řídit právem země, s níž vykazuje nejužší spojení⁵⁴.

⁵³ bod 19 preambule k nařízení Řím I

⁵⁴ bod 21 Preambule k nařízení Řím I. Při určování země, s níž má smlouva nejužší spojení, by mělo být zohledněno i to, zda má tato smlouva velmi úzký vztah s jinou smlouvou nebo smlouvami.

Odpověď na otázku, zda znění článku 4 nařízení Řím I přineslo řešení problematickému výkladu článku 4 Římské úmluvy ovšem přinese až praxe.

5. Smlouvy o přepravě

Právo rozhodné pro smlouvy o přepravě je v Římské úmluvě upraveno jako vyvratitelná domněnka v odst. 4. článku 4. Navíc se tento článek vztahuje jen na přepravu zboží, nikoliv osob. Přeprava osob spadá do obecného režimu odst. 2 článku 4.

V nařízení Řím I jsou tyto smlouvy upraveny v samostatném článku 5, který stanoví, že pokud si strany rozhodné právo nezvolily, tedy pokud se neuplatní základní hraniční určovatelský právo, pak se bude aplikovat náhradní hraniční určovatelský právo, tedy právo země obvyklého bydliště dopravce, ze předpokladu, že se místo převzetí nebo místo doručení nebo obvyklé místo bydliště odesílatele nacházejí rovněž v této zemi. Pokud tomu tak není, použije se právo země, ve které se na základě dohody smluvních stran nachází místo doručení (článek 5 odst. 1 nařízení Řím I).

Oproti Římské úmluvě nařízení Řím I obsahuje i zvláštní pravidlo pro smlouvu o přepravě cestujících, a to v odst. 2 článku 5. U smluv o přepravě cestujících si mohou strany zvolit právo rozhodné pro smlouvu. Volba práva je zde ale omezena, a to tak, že si strany mohou zvolit pouze právo země, ve které (i) má cestující své obvyklé bydliště nebo (ii) má dopravce své obvyklé bydliště nebo (iii) má dopravce místo své ústřední správy nebo (iv) se nachází místo odjezdu nebo (v) místo určení.

Pokud si strany právo rozhodné nezvolí, řídí se smlouva o přepravě cestujících právem země obvyklého bydliště cestujícího, za předpokladu, že se v této zemi nachází rovněž místo odjezdu nebo místo určení. Pokud nejsou tyto podmínky naplněny, rozhodným bude právo místa, ve kterém má dopravce své obvyklé bydliště.

Článek 5 nařízení Řím I obsahuje v odst. 3 únikovou doložku, která stanoví, že pokud nedošlo k volbě práva a ze všech okolností případu vyplývá, že smlouva zjevně úžeji souvisí s jinou zemí, než je země uvedená v odst. 1 a 2 článku 5, použije se právo této jiné země.

6. Smlouvy s slabší smluvní stranou

Jak už bylo výše uvedeno, jedním ze základních principů, na nichž stojí Římská úmluva, je princip ochrany slabší strany. Tento princip je rovněž zachován v nařízení Řím I, kde je více propracován a rozšířen o ochranu slabší strany pojistné smlouvy.

Mezi smlouvy se slabší smluvní stranou lze zařadit spotřebitelské smlouvy, pojistné smlouvy, individuální pracovní smlouvy a smlouvy o přepravě cestujících, které byly analyzovány výše v souvislosti s článkem 5 odst. 2 nařízení Řím I.

Základními pilíři jejich ochrany je omezení volby práva tak, aby slabší strana nebyla zbavena ochrany poskytované kogentními normami státu jejich bydliště, popř. místa výkonu práce, a jednak předností aplikace práva slabší strany (právo obvyklého bydliště kupujícího, zaměstnance) před právem silnější strany (právo obvyklého bydliště prodávajícího, zaměstnavatele).

Je nutné si uvědomit, že existuje řada směrnic⁵⁵, které byly přijaty za účelem ochrany slabší smluvní strany (spotřebitele, pojistníka a zaměstnance) a které mají přednost před aplikací Římské úmluvy. Tyto směrnice obsahují kolizní normy nebo pravidla, která vymezují rozsah územní působnosti komunitárního práva a mohou tak mít dopad na použitelné právo. Pokud má smlouva přímou vazbu na území jednoho ze členských států, ustanovení těchto směrnic vede k použití komunitárního práva i tehdy, pokud si strany pro svou smlouvu zvolily právo třetího státu.

Tato situace ale může ohrozit harmonii kolizního práva v Evropské unii. Jednak tyto směrnice používají jiný mechanismus ochrany i jinou terminologii, jednak nejsou vždy stejně provedeny v jednotlivých členských státech⁵⁶. Navíc roztržičnost kolizních

⁵⁵ Jejich výčet lze nalézt v Pauknerová, M. Evropské mezinárodní právo soukromé, Praha: C.H. Beck, 2008, s. 42-43

⁵⁶ Green Paper on the conversion of the Rome Convention 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernisation, Commission of the European Communities, Brussels, 14. 1. 2003, COM (2002) 654 final, s. 17

norem v několika dokumentech vede k nejistotě o použitelném právu a podkopává úsilí o transparentnost komunitárního práva.

Jedním z návrhů, jak řešit tuto situaci, které přinesla Zelená kniha o transformaci Římské úmluvy⁵⁷, bylo zakotvit v novém komunitárním nástroji klauzuli, která garantuje dodržování minimálního komunitárního standardu. Tato klauzule byla zahrnuta do článku 3 odst. 4 nařízení Řím I, který stanoví, že v případě, že všechny ostatní prvky pro situaci významné se v okamžiku volby rozhodného práva nacházejí v jednom nebo více členských státech, není volbou jiného rozhodného práva než práva členského státu dotčeno použití v úvahu připadajících ustanovení práva Společenství, od nichž se nelze smluvně odchýlit, v podobě, v jaké jsou provedena v členském státě sídla soudu. Otázkou je, zda tato formulace je šťastná a není nadbytečná. Podle Pauknerové⁵⁸ je použití kogentních i imperativních ustanovení vnitřního trhu zajištěno už článkem 7 Římské úmluvy (resp. článkem 9 nařízení Řím I) a další jištění se jeví jako nadbytečné. Nicméně se domnívám, že toto ustanovení je důležité z hlediska právní jistoty, protože výslovně zakotvuje, že se nelze odchýlit od minimálního standardu ochrany poskytované komunitárním právem.

6.1 Spotřebitelské smlouvy

Spotřebitelské smlouvy jsou v Římské úmluvě upraveny v článku 5, jehož odst. 1 obsahuje jejich vymezení. Jedná se o smlouvy, jejichž předmětem je dodání zboží nebo poskytnutí služeb určité osobě („spotřebiteli“) za účelem, který nelze považovat za výkon povolání nebo provozování živnostenské činnosti spotřebitele, a smlouvy o poskytnutí úvěru na takové obchody.

Pokud smluvní strana jedná jen částečně v rámci své podnikatelské či profesní činnosti, situace spadá pod článek 5 jen

⁵⁷ Green Paper on the conversion of the Rome Convention 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernisation, Commission of the European Communities, Brussels, 14. 1. 2003, COM (2002) 654 final, s. 18

⁵⁸ Pauknerová, M. Evropské mezinárodní právo soukromé, Praha: C.H. Beck, 2008, s. 225

tehdy, pokud tato osoba jedná z převažující části mimo tuto podnikatelskou či profesní činnost⁵⁹. Skutečnost, že jednou stranou smlouvy je spotřebitel, který nejedná v rámci svého povolání nebo podnikatelské činnosti, musí být druhé straně známá. Pokud příjemce zboží nebo služeb jedná z převažující části mimo svou podnikatelskou či profesní činnost, ale druhé straně tato skutečnost není známa, a s ohledem na okolnosti nelze ani rozumně předpokládat, že by mu tato skutečnost známa být měla, pak tato situace nespadá do rozsahu článku 5 Římské úmluvy⁶⁰.

V Římské úmluvě bylo záměrně upuštěno od definice spotřebitele a byla použita takto obecná definice spotřebitelských smluv, aby se předešlo rozporu mezi rozdílnými definicemi v národních právních řádech.

Odst. 2 článku 5 umožňuje volbu práva i u spotřebitelských smluv, ale omezuje ji tak, že spotřebitel nesmí být v důsledku volby práva rozhodného pro smlouvu zbaven ochrany, kterou mu poskytují imperativní normy⁶¹ práva země, v níž má obvyklé bydliště, pokud se současně jedná o tzv. pasivního spotřebitele, tedy takového spotřebitele, který za účelem koupě zboží či poskytnutí služeb

⁵⁹ Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano Profesor, University of Milan, and Paul Lagarde Profesor, University of Paris, Official Journal No. C 282 of 31. 10. 1980, p. 0001-0050, k článku 5

⁶⁰ Pokud si příjemce zboží nebo služeb, který jedná mimo rámec své profesní nebo podnikatelské činnosti, např. objedná zboží nebo služby, které by bylo možno použít i v rámci jeho podnikatelské činnosti, např. na hlavičkovém papíře, který při výkonu svého podnikání používá, je chráněna dobrá víra druhé strany a situace pod článek 5 úmluvy nespadá.

⁶¹ Pouknerová upozorňuje na nesprávný úřední překlad, který uvádí „imperativní ustanovení“. Je toho názoru, že se jedná spíše o normy kogentní, tzn. o donucující ustanovení soukromého práva, od nichž se nelze odchýlit, pokud jsou součástí rozhodného práva. Kogentním ustanovením určitého práva se lze vyhnout volbou jiného rozhodného práva, protože taková ustanovení jsou donucující pouze tehdy, patří-li k rozhodnému právu. Naproti tomu imperativní ustanovení jsou ustanovení převážně veřejnoprávní, která se prosazují vždy, bez ohledu na to, zda jsou či nejsou součástí rozhodného práva. Imperativní ustanovení jsou podle ní upravena v článku 7 Římské úmluvy – viz Pauknerová, M. Evropské mezinárodní právo soukromé, Praha: C.H. Beck, 2008, s. 223, 224

nevyjíždí ze státu svého obvyklého bydliště do zahraničí⁶² (tzv. materializovaná volba práva⁶³).

Pokud u spotřebitelské smlouvy nebude realizována volba rozhodného práva, odst. 3 článku 5 Římské úmluvy zakotvuje náhradní hraniční určovatel, který se liší od obecného hraničního určovatele ve článku 4 úmluvy. Pokud byla smlouva uzavřena spotřebitelem za podmínek stanovených v odst. 2 (tzn. jedná se o pasivního spotřebitele), pak bude rozhodným právo země, v níž má spotřebitel obvyklé bydliště.

Z rozsahu článku 5 jsou vyloučeny smlouvy o koupi nemovitostí a cenných papírů (článek 1 odst. 2 písm. c) Římské úmluvy). Podle odst. 4 se článek 5 nevztahuje rovněž na přepravní smlouvy a smlouvy o poskytování služeb, mají-li být služby spotřebiteli poskytnuty výlučně v zemi odlišné od země jeho obvyklého bydliště. V tomto druhém případě je smlouva úžeji spojena se zemí, v níž má obvyklé bydliště druhá strana (odlišná od spotřebitele), i přesto, že tato strana činila některé úkony (např. reklamu) ve státě obvyklého bydliště spotřebitele.

Naopak pod rozsah článku 5 jsou zahrnuty smlouvy, u nichž je v celkové ceně zahrnuta kombinace dopravních a ubytovacích služeb, tzv. „package tour“ (odst. 5 článku 5 Římské úmluvy). Toto

⁶² Článek 5 odst. 2 Římské úmluvy: Bez ohledu na článek 3 nesmí být spotřebitel v důsledku volby rozhodného práva provedené stranami zbaven ochrany, kterou mu poskytují imperativní ustanovení práva země, v níž má obvyklé bydliště, pokud

- uzavření smlouvy v této zemi předcházela nabídka určená výslovně spotřebiteli nebo reklama a spotřebitel v této zemi uskutečnil všechny nezbytné úkony směřující k uzavření smlouvy (záměrně zde bylo užito spojení „všechny nezbytné úkony, aby se tak mohlo vyhnout problému spojenému s určením místa uzavření smlouvy),
- nebo druhá strana nebo její zmocněnec obdrželi objednávku od spotřebitele v této zemi,
- nebo smlouva je smlouvou o koupi zboží (tato odrážka se nevztahuje na služby) a spotřebitel cestoval z této země do jiné země, kde učinil svou objednávku, jestliže byla tato cesta organizována prodávajícím se záměrem podnítit spotřebitele ke koupi (tzv. nákupní výlety).

⁶³ Rozehnalová, N. Evropský justiční prostor ve věcech civilních, část VIII., Úmluva o právu použitelném pro závazky ze smluv. Právní fórum, 2005, č. 9, s. 329. Podrobnosti k materializované volbě práva viz Kučera, Z. Mezinárodní právo soukromé. Brno: Doplněk, 2004, s. 130

ustanovení ale platí jen tehdy, jsou-li splněny podmínky odst. 1 a 2 článku 5 Římské úmluvy.

V souvislosti s ochranou spotřebitele je nutné mít na paměti, že Římská úmluva není jediným nástrojem poskytujícím její ochranu. Tato je obsažena zvláště ve směrnici, které mají aplikační přednost před Římskou úmluvou. Jedná se např. o směrnici č. 93/13/EHS, o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách (kolizní normou je ustanovení článku 6 odst. 2 této směrnice).

Od svého uzavření v 80. letech 20. století, byla Římská úmluva, zvláště pak úprava spotřebitelských smluv, značně překonána. Např. v současné době je hojně používán elektronický obchod, který v době uzavření Římské úmluvy neexistoval. Sám Paul Lagarde ve vztahu k Římské úmluvě říká, že její úprava spotřebitelských smluv, která byla vytvořena v době, kdy ochrana spotřebitele byla ve svých počátcích, je nedokonalá, protože dopadá jen na některé spotřebitelské smlouvy a ochrana je poskytována, jen pokud je smlouva uzavřena za přesně vymezených podmínek⁶⁴.

Vyjednávání o spotřebitelských smlouvách bylo při přípravě nařízení Řím I velmi obtížné vzhledem k citlivosti této problematiky v jednotlivých členských státech.

Spotřebitelské smlouvy jsou v nařízení Řím I upraveny v článku 6. V původním znění návrhu byly upraveny v článku 5, který obsahoval 3 odstavce. Toto znění bylo kritizováno, že se sice snaží odstranit nedostatky Římské úmluvy, ale za cenu kompletní změny podstaty ochrany spotřebitele v hmotném právu. Zprv původní návrh vůbec nepočítal s možností volby práva pro spotřebitelské smlouvy a stanovil pevný hraniční určovatel, obvyklé bydliště spotřebitele, pro určení rozhodného práva pro spotřebitelské smlouvy. Nicméně nemožnost volby práva neodpovídá vždy zájmům spotřebitele. Důvodem pro vypuštění ustanovení o volbě práva bylo omezit možnost štěpení obligačního statutu (*depeçage*), kdy by se na část spotřebitelské smlouvy vztahovalo právo stranami zvolené a na

⁶⁴ Lagarde, P. *Remarques sur la proposition de reglement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*. *Revue critique d.i.p.*, 2006, č. 2, s. 340

část právo státu obvyklého bydliště spotřebitele⁶⁵. Nemožnost volby práva může být pro spotřebitele nepříznivá, protože jej zbavuje možnosti zvolit si právo, které by mu poskytovalo větší ochranu, což spíše nahrává zájmům druhé silnější strany.

Druhou výtkou, která byla směřována vůči původnímu návrhu úpravy spotřebitelských smluv, bylo, že tato úprava neposkytuje ochranu spotřebitelům s obvyklým bydlištěm mimo členské státy Evropské unie. Podle Lagarda⁶⁶ nemá tato diskriminace své opodstatnění. Nové znění návrhu nařízení Řím I tento nedostatek odstraňuje a vztahuje se na všechny spotřebitele.

Poslední znění úpravy spotřebitelských smluv je obsaženo v článku 6 nařízení Řím I, který obsahuje 4 odstavce. Cílem této úpravy je nastavit kolizní normy tak, aby umožňovaly snížit náklady řešení sporů, které v případě spotřebitelských sporů mají velmi nízkou hodnotu, a aby braly v úvahu vývoj technologií a elektronický obchod⁶⁷.

První odst. článku 6 stanoví, že se tato úprava vztahuje na smlouvy uzavřené mezi spotřebitelem, tedy fyzickou osobou, za účelem, který se netýká její profesionální nebo podnikatelské činnosti, a obchodníkem, tedy osobou, která jedná v rámci výkonu své profesionální nebo podnikatelské činnosti. Aniž jsou dotčeny články 5 a 7 nařízení Řím I (ustanovení o přepravních a pojistných smlouvách) bude se smlouva mezi spotřebitelem a obchodníkem řídit právem země, v níž má spotřebitel obvyklé bydliště, pokud (a) obchodník provozuje svou profesionální nebo podnikatelskou činnost v zemi, kde má spotřebitel své obvyklé bydliště nebo (b) pokud se jakýmkoli způsobem taková činnost na tuto zemi nebo několik zemí včetně této země zaměřuje a smlouva spadá do rozsahu této činnosti. Pokud nejsou splněny tyto podmínky, bude se smlouva mezi

⁶⁵ Lagarde, P. Remarques sur la proposition de reglement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I). *Revue critique d.i.p.*, 2006, č. 2, s. 341

⁶⁶ Lagarde, P. Remarques sur la proposition de reglement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I). *Revue critique d.i.p.*, 2006, č. 2, s. 342

⁶⁷ preambule k nařízení Řím I, bod 24

spotřebitelem obchodníkem řídit podle článku 3 a 4 nařízení Řím I (článek 6 odst. 3).

Pro smlouvu, která splňuje podmínky odst. 1 je v novém znění návrhu připuštěna volba práva (článek 6 odst. 2 nařízení Řím I). Opět se i zde jedná o materializovanou volbu práva, protože spotřebitel v důsledku této volby nesmí být zbaven ochrany, kterou mu poskytují ustanovení právního řádu, od nichž se nelze smluvně odchýlit, a která by se v případě že by strany právo nezvolily, použila na základě článku 6 odst. 1 nařízení Řím I. Spotřebitele tedy volbou práva nelze zbavit ochrany, kterou mu poskytuje právo jeho obvyklého bydliště.

Odst. 4 článku 6 nařízení Řím I uvádí smlouvy, na které se úprava spotřebitelských smluv nevztahuje. Jedná se o:

- Smlouvy o poskytování služeb, pokud mají tyto být spotřebiteli poskytnuty výlučně v zemi odlišné od země jeho obvyklého bydliště. Tzn., že ochrana podle nařízení Řím I se vztahuje opět jen na pasivního spotřebitele. Nicméně na rozdíl od Římské úmluvy zde nejsou uvedeny tři okolnosti, které pasivního spotřebitele vymezují (viz článek 5 odst. 2 Římské úmluvy). Lagarde limitaci ochrany jen na pasivního spotřebitele kritizuje, nevidí důvod tohoto omezení⁶⁸. Nicméně tvůrci nařízení Řím I jsou zjevně jiného názoru.
- Přepravní smlouvu, která je odlišná od smlouvy týkající se souborných služeb pro cesty ve smyslu směrnice Rady č. 90/314/EHS, o souborných službách pro cesty, pobyty a zájezdy.
- Smlouvu, jejím předmětem je věcné právo k nemovitosti nebo nájem nemovitosti a která je odlišná od smlouvy, jejímž předmětem je právo k dočasnému užívání nemovitosti ve smyslu směrnice č. 94/47/ES, o timesharingu. Vyloučení nájmu nemovitosti z ochrany v rámci spotřebitelských smluv

⁶⁸ Lagarde, P. Remarques sur la proposition de reglement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I). *Revue critique d.i.p.*, 2006, č. 2, s. 341

opět kritizuje Lagarde⁶⁹. Nájem nemovitosti (většinou během letních prázdnin) je součástí běžného života spotřebitele. Pokud se tedy tento nájem řídí právem státu, v němž se nemovitost nachází, pak tato úprava směřuje spíše ve prospěch pronajímatele.

- Práva a povinnosti, které představují finanční nástroj, a práva povinnosti, které představují podmínky, jimiž se řídí emise, veřejné nabídky či nabídky převzetí převoditelných cenných papírů a úpis a vyplácení podílů v subjektech kolektivního investování, pokud se nejedná o poskytování finanční služby.
- Smlouvu uzavíranou v rámci mnohostranného systému finančních nástrojů⁷⁰.

6.2 Pojistné smlouvy

Zatímco pojistným smlouvám věnovala Římská úmluva jediný odstavec, nařízení Řím I je upravuje v samostatném článku, v jehož rámci poskytuje ochranu slabší smluvní straně.

Římská úmluva v článku 1 odst. 3 stanoví, že její ustanovení se nevztahují na pojistné smlouvy, na základě kterých jsou kryta rizika umístěná na území členských států Evropské unie. Ustanovení Římské úmluvy se tedy vztahují jen na pojistné smlouvy, které kryjí rizika umístěná mimo území Evropské unie. Podle článku 1 odst. 4 se vztahují i na smlouvy o zajištění, protože u tohoto typu smluv není potřebné chránit slabší smluvní stranu.

Slabší stranu je nutné chránit v případě pojistných smluv, které kryjí rizika umístěná na území EU. Tuto ochranu zabezpečují směrnice⁷¹ mající přednost před Římskou úmluvou. Z důvodu úpravy obsažené ve směrnici jsou z rozsahu Římské úmluvy vypuštěny pojistné smlouvy kryjící rizika umístěná na území EU.

⁶⁹ Lagarde, P. Remarques sur la proposition de reglement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I). *Revue critique d.i.p.*, 2006, č. 2, s. 341

⁷⁰ preambule k nařízení Řím I, bod 28-31

⁷¹ První směrnice o jiném než životním pojištění č. 73/239/EHS, Druhá směrnice o jiném než životním pojištění č. 88/357/EHS a Třetí směrnice o jiném než životním pojištění č. 92/49/EHS

Směrnice byly v českém právu transponovány ustanovením §10a zákona č. 97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním, ve znění pozdějších předpisů, který obsahuje zvláštní kolizní normy pro pojistní smlouvy uzavřené v neživotním pojištění, a ustanovením §10b téhož zákona, který obsahuje zvláštní kolizní normy pro pojistné smlouvy v pojištění spadajícím do pojistných odvětví životního pojištění. Tato ustanovení mají přednost před Římskou úmluvou.

Při rozhodování, zda je riziko umístěno na území členských států Evropské unie, použije soud své vnitrostátní právo (myšleno hmotné právo, nikoliv mezinárodní právo soukromé státu sídla soudu - článek 15 Římské úmluvy).

Nařízení Řím I upravuje pojistné smlouvy v článku 7, který se na rozdíl od Římské úmluvy vztahuje na pojistné smlouvy (omezené na výčet daný odstavcem 2 tohoto článku) bez ohledu na to, zda se riziko, které kryjí, nachází v členském státě. Článek 7 se rovněž vztahuje na všechny další pojistné smlouvy, které kryjí rizika nacházející se na území členských států. Země, v níž se riziko nachází, se podle odst. 6 článku 7 nařízení Řím I určí v souladu s čl. 2 písm. d) Druhé směrnice Rady č. 88/357/EHS⁷². V případě životního pojištění bude zemí, v níž se riziko nachází, země závazku podle čl. 1 odst. 1 písm. g) směrnice č. 2002/83/ES.

Smlouvy o zajištění, vzhledem k nepotřebnosti ochrany slabší mluvní strany, se řídí obecnou úpravou článku 4 nařízení.

U pojistných smluv je podle článku 7 odst. 2 nařízení Řím I rovněž připuštěna volba práva. Strany si tak mohou v souladu s článkem 3 nařízení zvolit rozhodné právo pro pojistnou smlouvu kryjící velké riziko podle čl. 5 písm. d) První směrnice Rady č. 73/239/EHS⁷³. Pokud si toto právo nezvolí, bude se smlouva řídit právem země, v níž má pojistitel obvyklé bydliště. Toto ustanovení

⁷² Druhá směrnice Rady č. 88/357/EHS, o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přímého pojištění jiného než životního, kterým se stanoví opatření k usnadnění účinného výkonu volného pohybu služeb.

⁷³ První směrnice Rady č. 73/239/EHS, o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přístupu k činnosti v přímém pojištění jiném než životním a jejího výkonu. Aktuální znění směrnice č. 2006/101/ES.

obsahuje i únikovou doložku, podle níž vyplývá-li ze všech okolností případu, že smlouva je zjevně úžeji spojena s jinou zemí, použije se právo této jiné země.

Pokud se jedná o jiné pojistné smlouvy, než smlouvy spadající pod článek 7 odst. 2, je opět připuštěna volba práva. V těchto případech je ovšem volba omezena na:

- Právo jakéhokoliv členského státu, v němž se nachází riziko v okamžiku uzavření smlouvy;
- Právo země, v níž má pojistník své obvyklé bydliště;
- V případě životního pojištění právo členského státu, jehož je pojistník státním příslušníkem;
- V případě pojistných smluv kryjících rizika omezená na události, k nimž došlo v jednom členském státě, a to v jiném, než je členský stát, v němž se riziko nachází, právo tohoto státu;
- V případě, že pojistník z důvodu smlouvy, který spadá pod tento odstavec, provozuje profesionální nebo podnikatelskou činnost nebo vykonává svobodné povolání a pojistná smlouva kryje dvě či více rizik vztahujících se k této činnosti a nacházejících se v různých členských státech, právo kteréhokoliv z těchto členských států nebo právo země, v níž má pojistník své obvyklé bydliště.

Pokud nebylo právo rozhodné zvoleno stranami podle výše uvedených možností, bude se mluva řídit právem členského státu, v němž se nachází riziko v okamžiku uzavření smlouvy.

Článek 7 odst. 4 nařízení Řím I stanovuje další pravidla vztahující se na pojistné smlouvy, jejichž uzavření je uloženo zákonem členského státu. Pokud smlouva kryje více rizik nacházejících se ve více než jen jednom členském státě, považuje se tato smlouva za složenou z několika dílčích smluv, z nichž každá se týká jen jednoho členského státu (odst. 5 článku 7 nařízení).

Je nutné rovněž podotknout, že úprava obsažená v nařízení Řím I nedopadá na některé specifické pojistné smlouvy (článek 1 odst. 2 písm. j⁷⁴).

⁷⁴ Jedná se o pojistné smlouvy vyplývající z činnosti prováděné jinými organizacemi, než jsou organizace uvedené v článku 2 směrnice Evropského

Jak je patrné, právní úprava pojistných smluv je značně složitá a nepřehledná. Bude záležet na rozhodovací praxi, jak se s tím vyrovná.

6.3 Individuální pracovní smlouvy

Zelená kniha o transformaci Římské úmluvy⁷⁵ konstatovala, že právní úprava Římské úmluvy týkající se individuální pracovních smluv je zdařilá. Proto se úprava v nařízení Řím I v zásadě neliší od úpravy obsažené v Římské úmluvě. Vztahuje se na individuální pracovní smlouvy, nikoliv na kolektivní smlouvy.

Nařízení upravuje individuální pracovní smlouvy v článku 8, Římská úmluva v článku 6. Obojí úprava připouští pro tento druh smluv volbu práva. Volba práva je podobně jako u spotřebitelských smluv materializovaná, tzn. tato volba nesmí zaměstnance zbavit ochrany, kterou mu poskytují imperativní normy práva (ustanovení, od nichž se nelze smluvně odchýlit), které by bylo použito podle odst. 2, 3 a 4 článku 8 nařízení Řím I (odst. 2 článku 6 Římské úmluvy) v případě neexistence volby práva. Důvodem pro přijetí této úpravy je, že pokud by právo aplikovatelné při neexistenci volby práva zaměstnancům poskytovalo větší ochranu než právo zvolené, pak volba práva sice bude účinná a toto právo aplikovatelné, ale současně se budou aplikovat ustanovení práva, které by bylo jinak aplikovatelné a zaměstnanci poskytuje lepší ochranu (např. delší výpovědní dobu). Ustanovení poskytující silnější ochranu pak budou mít přednost před obdobnými ustanoveními zvoleného práva.

Mezi pravidla, od kterých se strany nemohou smluvně odchýlit, mohou patřit jak soukromoprávní ustanovení týkající se pracovních smluv, tak veřejnoprávní ustanovení týkající se např. hygieny a

parlamentu a Rady č. 2002/83/ES, o životním pojištění, jejichž předmětem je poskytovat dávky zaměstnancům nebo osobám samostatně výdělečně činným, které patří k podniku nebo skupině podniků nebo k obchodu či skupině obchodů, v případě úmrtí nebo přežití nebo v případě přerušení či omezení činnosti nebo v případě nemoci související s prací nebo pracovním úrazem.

⁷⁵ Green Paper on the conversion of the Rome Convention 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernisation, Commission of the European Communities, Brussels, 14. 1. 2003, COM (2002) 654 final, s. 35

bezpečnosti práce⁷⁶. Zaměstnanec rovněž nebude volbou práva zbaven ochrany garantované v kolektivní smlouvě, která je podle práva aplikovatelného v souladu v odst. 2 článku 6 Římské úmluvy (odst. 2 a 3 článku 8 nařízení Řím I) pro zaměstnavatele závazná⁷⁷.

Pokud si strany právo rozhodné pro pracovní smlouvu nezvolí, řídí se smlouva právem země, v níž nebo z níž zaměstnanec při plnění smlouvy obvykle vykonává svou práci (článek 8 odst. 2 nařízení). Nařízení Řím I toto ustanovení zpřesňuje, když stanoví, že za změnu země obvyklého výkonu práce se nepovažuje, když zaměstnanec dočasně vykonává práci v jiné zemi. Úpravou článku 8 nařízení Řím I nesmí být dotčeno použití imperativních ustanovení země, do které je zaměstnanec dočasně vyslán v souladu se směrnicí č. 96/71/ES, o vysílání pracovníků v rámci poskytování služeb⁷⁸. Tato směrnice doplňuje článek 7 Římské úmluvy, kdy imperativními normami, které je nutné podle ní použít, se rozumějí imperativní normy mezinárodního původu ve smyslu článku 7 Římské úmluvy (resp. článku 9 nařízení Řím I)⁷⁹.

Za dočasnou se podle bodu 36 preambule k nařízení Řím I považuje práce vykonaná v jiné zemi, pokud se po splnění svého úkolu v zahraničí zaměstnanec opět ujme práce v původní zemi. Tímto výkladem se zmírňuje nejistota, jež existuje u Římské úmluvy, která ponechává hodnocení „dočasnosti“ na soudu a představa o „dočasnosti“ se liší stát od státu. Není jasné, jak má být doba

⁷⁶ Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano Profesor, University of Milan, and Paul Lagarde Profesor, University of Paris, Official Journal No. C 282 of 31. 10. 1980, p. 0001-0050

⁷⁷ Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano Profesor, University of Milan, and Paul Lagarde Profesor, University of Paris, Official Journal No. C 282 of 31. 10. 1980, p. 0001-0050, výklad k článku 6

⁷⁸ preambule k nařízení Řím I, bod 34. Těmito imperativními normami jsou ustanovení o minimální mzdě, zdravotní a bezpečnostní požadavky atd.

⁷⁹ Green Paper on the conversion of the Rome Convention 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernisation, Commission of the European Communities, Brussels, 14. 1. 2003, COM (2002) 654 final, s. 36

výkonu dočasné práce v jiné zemi dlouhá, aby už nebyla považována za změnu místa obvyklého výkonu práce⁸⁰.

Pokud zaměstnanec obvykle nevykonává svou práci v jediné zemi, tedy pokud právo rozhodné není možné určit podle odst. 2 článku 8 nařízení, pak se smlouva bude řídit právem země, v níž se nachází provozovna, která zaměstnance zaměstnala (odst. 3 článku 8 nařízení, písm. b) odst. 2 článku 6 Římské úmluvy).

Stejně jako Římská úmluva, i nařízení obsahuje únikovou doložku, kterou ovšem vkládá do samostatného odstavce 4 článku 8. Vyplývá-li z celkových okolností, že smlouva je úžeji spojena s jinou zemí, než je země uvedená v odst. 2 a 3, použije se právo této jiné země.

Giuliano-Lagardova zpráva uvádí, že co se týče práce vykonávané mimo jurisdikci některého státu, pak se na tuto práci článek 6 Římské úmluvy nevztahuje. Jedná se o práci námořníků a pilotů, pro jejichž pracovní smlouvy neexistuje zvláštní pravidlo. Soudy většiny států aplikují spíše právo státu místa, kde byl tento zaměstnanec zaměstnán, než by se snažily uměle lokalizovat místo výkonu práce. Zelená kniha o transformaci Římské úmluvy⁸¹ naznačila, že by se v rámci budoucí úpravy mohlo uvažovat o speciálních pravidlech pro tyto typy smluv, nicméně nařízení Řím I tuto otázku specificky neřeší. Lagarde⁸² ale potvrzuje, že tyto smlouvy se budou řídit právem země, v níž se nachází provozovna, která pilota nebo námořníka zaměstnala.

⁸⁰ Lagarde, P. Remarques sur la proposition de reglement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I). *Revue critique d.i.p.*, 2006, č. 2, s. 343

⁸¹ Green Paper on the conversion of the Rome Convention 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernisation, Commission of the European Communities, Brussels, 14. 1. 2003, COM (2002) 654 final, s. 37

⁸² Lagarde, P. Remarques sur la proposition de reglement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I). *Revue critique d.i.p.*, 2006, č. 2, s. 343

7. Závěr

Ačkoliv byla Římská úmluva přijata před téměř třiceti lety, je dodnes nepochybně jedním z nejvýznamnějších dokumentů evropského mezinárodního práva soukromého, který umožnil hladší fungování vnitřního trhu. Samozřejmě není dokumentem dokonalým, ale značně zjednodušuje nalezení rozhodného práva a napomáhá předvídatelnosti co se týče použitelného práva.

Nicméně úpravě obsažené v Římské úmluvě je vytýkáno, že po mnoha letech přípravy nebyla schopna vyřešit problematické otázky, které ovlivňují její efektivitu a srozumitelnost některých ustanovení.

Navíc po třiceti letech své existence už nevyhovuje technologickému vývoji a ekonomickým změnám, např. není použitelná, resp. jen omezeně použitelná pro elektronický obchod.

Proto existuje řada iniciativ, které se snaží uchopit nedostatky Římské úmluvy a nalézt řešení problémů. Mezi těmito iniciativami lze jmenovat Akademii evropského práva v Trieru, kterou Komise finančně podporuje v rámci programu Grotius Civil 2000, European Group for Private International Law (GEDIP) a další.

V roce 2005 Komise předložila návrh nového komunitárního nástroje unifikujícího kolizní normy v oblasti smluvních závazků. Pro transformaci Římské úmluvy dala přednost nařízení před směrnici. Transformace Římské úmluvy v nařízení má mnoho výhod, zvláště zvyšuje jednotnost komunitární legislativy v oblasti mezinárodního práva soukromého založeného na článku 61 Smlouvy o založení Evropského společenství. Současně udělí pravomoc Evropskému soudnímu dvoru k interpretaci nařízení a zamezí tak rozporuplné interpretaci některých sporných ustanovení. Samozřejmě nelze očekávat, že nové nařízení by s sebou nepřineslo určité interpretační problémy, které se objeví až v praxi. Evropský soudní dvůr tak konečně bude plnit úlohu, která bylo tolik postrádána u Římské úmluvy.

Nařízení Řím I se snaží vyřešit problematické stránky Římské úmluvy, zvláště poměr mezi principem charakteristického plnění a principem nejuššího spojení. Vyjasňuje otázky týkající se prekonsenzuálních vztahů (do rozsahu nařízení Řím I nespádají,

spadají do nařízení Řím II), zpřesňuje definici spotřebitele, počítá s rozvojem elektronického obchodu, zpřehledňuje úpravu týkající se individuálních pracovních smluv, subrogaci a postoupení pohledávky atd.

Nařízení Řím I bude pravděpodobně použitelné od počátku roku 2010. Až teprve praxe ukáže, zda změny, které přináší, mohou efektivně vyřešit problematické otázky Římské úmluvy. Nepochybně však nařízení Řím I bude jedním z nejvýznamnějších nástrojů sekundárního práva v oblasti kolizní úpravy.

Příloha – Seznam judikatury

Judikatura k článku 4 odst. 1 Římské úmluvy⁸³

- Francie: *Soc. Agedi c. Benamou et Soc. Banque Colbert*, Cour d'appel de Paris, 21.1.1994
- Francie: *Société Fort James France c/ Soc. Fabio Perini et soc. Perini International*, Cour d'appel de Colmar, 1. komora, sekce A, 20.10.1998
- Francie: *Société Ammerlaan Agro projecten c/ Société Les serres de Cosquerou et autres*, Cour de cassation, 1. civilní komora, 2.3.1999
- Francie: *Compagnie Mutuelles du Mans et autres c/ Société Unison Shipping Private Ltd et autres*, Cour d'appel de Paris, 5. komora, sekce A, 9.9.1999
- Francie: *M. R. Bismuth c/ Association L'Avenir Sportif de La Marsa et Société Olympique de Marseille*, Cour de cassation, 1. civilní komora, 18.7. 2000
- Francie: *SA Cofermet c/ Société Gottscholl Alcuilux*, Cour d'appel de Paris, 1. komora, 12.10.2000
- Německo: mezi neuvedenými stranami, Bundesgerichtshof (BGH), 17.11.1994

⁸³ Judikatura získána z databáze www.rome-convention.org, nutno podotknout, že ESD doposud neřešil případ týkající se Římsé úmluvy

- Itálie: *Giannantonio v. Società Imprese Industriali s.p.a.*, Pretura di Milano (Pret. Milano), 5.1.1995
- Itálie: *Sofipa Sim S.p.A. v. Hoare Govett Sec. Ltd.*, Tribunale di Milano (Trib. Milano), 6.2.1997
- Itálie: *Unitras - Marcotec GmbH v. R. A. Mobili s.r.l.*, Corte d'Appello di Milano (App. Milano), 18.7.1997
- Itálie: *Banca Agricola Milanese s.p.a v. Commerzbank A.G.*, Tribunale di Milano, 4.12.1997
- Itálie: *Glencore International A.G. v. Commerciale Alluminio Nord s.p.a.*, Corte di Cassazione (Cass.), 28.7.1998
- Itálie: *Bs Electrodomesticos S.A. v. Fallimento Sicentecnica S.p.A.*, Corte di cassazione (Cass.), 6.8.1998
- Itálie: *Mantovani & Serrazzi S.p.A. v. Eurosab S.r.l.*, Corte di Cassazione (Cass.), 1.2.1999
- Itálie: *Krauss Maffei Verfahrenstechnik GmbH, Kraus Maffei AG v. Bristol Myers Squibb S.p.A.*, Corte di cassazione (Cass.), 20.7.2001

Judikatura k článku 4 odst. 2 Římské úmluvy

- Francie: *Bloch c. soc. Lima*, Cour d'appel de Versailles, 6.2.1991
- Francie: *Soc. Agedi c. Benamou et Soc. Banque Colbert*, Cour d'appel de Paris, 21.1.1994
- Francie: *M.R. Caiato c. soc. Française de Factoring Factor France*, Cour d'appel de Grenoble, 13.9.1995
- Francie: *Société Fort James France c/ Soc. Fabio Perini et soc. Perini International*, Cour d'appel de Colmar, 1. komora, sekce A, 20.10.1998
- Francie: *Société Ammerlaan Agro projecten c/ Société Les serres de Cosquerou et autres*, Cour de cassation, 1. civilní komora, 2.3.1999
- Francie: *Compagnie Mutuelles du Mans et autres c/ Société Unison Shipping Private Ltd et autres*, Cour d'appel de Paris, 5. komora, sekce A, 9.9.1999

- Francie: *M. R. Bismuth c/ Association L'Avenir Sportif de La Marsa et Société Olympique de Marseille*, Cour de cassation, 1. civilní komora, 18.7.2000
- Francie: *SA Cofermet c/ Société Gottscholl Alcuilux*, Cour d'appel de Paris, 1. komora, 12.10. 2000
- Německo: mezi neuvedenými stranami, Bundesgerichtshof (BGH), 17.11.1994
- Německo: mezi neuvedenými stranami, Bundesgerichtshof (BGH), 25.2.1999
- Itálie: *Sofipa Sim S.p.A. v. Hoare Govett Sec. Ltd.*, Tribunale di Milano (Trib. Milano), 6.2.1997
- Itálie: *Italgrani Iberi S.A. v. Sadav Line s.r.l. in liq.*, Corte d'Appello di Genova (App. Genova), 2.6.1997
- Itálie: *Unitras - Marcotec GmbH v. R. A. Mobili s.r.l.*, Corte d'Appello di Milano (App. Milano), 18.7.1997
- Itálie: *Banca Agricola Milanese s.p.a v. Commerzbank A.G.*, Tribunale di Milano, 4.12.1997
- Itálie: *Mantovani & Serrazzi S.p.A. v. Eurosab S.r.l.*, Corte di Cassazione (Cass.), 1.2. 1999
- Itálie: *Ets. Payen Cie S.A. v. FKI-FAI Komatsu Industries s.p.a.*, Corte di Cassazione (Cass.), 30.6. 1999

Judikatura k článku 4 odst. 4 Římské úmluvy

- Francie: *Compagnie Mutuelles du Mans et autres c/ Société Unison Shipping Private Ltd et autres*,
- Itálie: *Italgrani Iberi S.A. v. Sadav Line s.r.l. in liq.*, Corte d'Appello di Genova (App. Genova), 2.6.1997

Judikatura k článku 4 odst. 5 Římské úmluvy

- Francie: *Bloch c. soc. Lima*, Cour d'appel de Versailles, 6.2.1991
- Francie: *Compagnie Mutuelles du Mans et autres c/ Société Unison Shipping Private Ltd et autres*, Cour d'appel de Paris, 5. komora, sekce A, 9.9.1999

- Francie: *SA Cofermet c/ Société Gottscholl Alcuilux* Cour d'appel de Paris, 1. komora, 12.10. 2000
- Německo: mezi neuvedenými stranami, Bundesgerichtshof (BGH), 25.2.1999

Judikatura k článku 5 odst. 1 Římské úmluvy

- Itálie: *Agusta S.p.a. v. Renganeschi, Pittana, Bizon*, Corte di cassazione (Cass.), 27.3.1996
- Itálie: *Kai Bisgaard A.S. v. Acciaierie Weissenfels S.p.a.*, Corte di cassazione (Cass.), 23.12.1997
- Itálie: *Sofal v. Mondo S.p.*, Corte di cassazione (Cass.), 17.12.1998

Judikatura k článku 5 odst. 2 Římské úmluvy

- Francie: *Mme Moquin c. Deutsche Bank AG et autre*, Cour de cassation, 1. civilní komora, 19.10.1999

Judikatura k článku 5 odst. 3 Římské úmluvy

- Francie: *Mme Moquin c. Deutsche Bank AG et autre*, Cour de cassation, 1. civilní komora, 19.10.1999

Judikatura k článku 5 odst. 5 Římské úmluvy

- Itálie: *Kai Bisgaard A.S. v. Acciaierie Weissenfels S.p.a.*, Corte di cassazione (Cass.), 23.12.1997

Judikatura k článku 6 odst. 1 Římské úmluvy

- Francie: *Wutieg c. soc. International Harvester*, Cour d'appel de Paris, 27.11.1986
- Francie: *M. Nelet c. soc. Tecnol International*, Cour d'appel de Grenoble, sociální komora, 24.2.1997
- Francie: *Société Scheurich GmbH Co Kg c. Deschamps*, Cour d'appel de Metz, 15.10.1997

- Francie: Steinman c/ SA Société Générale, Cour d'appel de Paris, komora A, 6.10.1999
- Francie: *Mr Tegos*, Conseil d'Etat, 19.11.1999
- Francie: *M. Gasalho c/ Tap Air Portugal*, Cour de cassation, sociální komora, 17.10.2000
- Francie: *Triopon c/ Soc. Argenerias Schiavon SAS*, Cour d'appel de Douai, sociální komora, 13.4.2001
- Itálie: *Giannantonio v. Società Imprese Industriali s.p.a.*, Pretura di Milano (Pret. Milano), 5.1. 1995

Judikatura k článku 6 odst. 2 Římské úmluvy

- Francie: M. A. Boikov C. Soc. Black Sea and Baltic et Soc. Ingosstrakh, Cour d'appel de Paris, 7.6.1996
- Francie: SA Laboratoires Wyeth France c/ Mme Boyer et autre, Cour d'appel de Paris, 4.7.1996
- Francie: soc. Trans Mediterranean Airways c. Raphaël, Cour de cassation, sociální komora, 10.12.1996
- Francie: Société Château Tour Saint Christophe c/ Aström, Cour de cassation, sociální komora, 16.2.1999
- Francie: *M. Gasalho c/ Tap Air Portugal*, Cour de cassation, sociální komora, 17.10.2000
- Německo: mezi neuvedenými stranami, Bundesarbeitsgericht (BAG), 3.5.1995
- Německo: mezi neuvedenými stranami, Bundesarbeitsgericht (BAG), 20.11.1997
- Itálie: *Giovanni Basciano v. Renaissance Cruises Inc. e F.Ili Cosulich S.p.A.*, Pretura di Genova (Pret. Genova), 15.9.1998

Kontaktní údaje na autora – email:

janaherboczkova@mail.muni.cz

Základní instituty kolizního práva z pohledu doktríny

JUDr. Veronika Hradilová

**Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Katedra
mezinárodního a evropského práva, Česká republika**

Abstrakt:

This paper deals with the classical principles of choice of law from the international private law point of view. These principles have very important function in theory because they have direct impact on solution of applicable law before courts dealing with the choice of law issues in particular pending cases. We classify principles of negative nature and principles of positive nature in the field of international private law. The negative principles control the functioning of conflict rules, by blocking their application and change the result that the rules would normally produce. The positive principles do not block the functioning of conflict rules and serve as grounds for their choice. Beside these principles the new principles occur as a result of evolution and modification of methodology of international private law.

Úvod

Mezinárodní právo soukromé je odvětvím práva, které upravuje soukromoprávní vztahy, pro něž je charakteristická existence cizího prvku. Stěžejní problematikou je v tomto odvětví právo kolizní, jehož podstatou je řešit kolize mezi střetávajícími se právními řádů a určit právo rozhodné, které bude na právní vztah aplikováno a bude jej upravovat.

Mezinárodní právo soukromé se v první řadě zabývá otázkou volby rozhodného práva (tzv. „*choice of law*“). V případě soukromoprávního poměru s přítomností mezinárodního prvku obsahuje právní poměr vztah ke dvěma nebo k více státům, tj. k jejich právním řádům, a cílem je určit, který z těchto dotčených právních řádů se má na právní vztah použít.

V teorii mezinárodního práva soukromého se pro úpravu soukromoprávních vztahů s mezinárodním prvkem setkáváme s několika metodami výběru rozhodného práva. V základní rovině členění rozlišujeme kolizní metodu, založenou na výběru rozhodného práva pomocí kolizních norem, a další metody výběru rozhodného práva. Tyto metody jsou blízké zemím common law a spočívají v tom, že není potřeba si stanovit a řídit se zvláštními pravidly, tj. kolizními normami pro výběr práva.

Tento příspěvek si klade za cíl rozebrat instituty kolizního práva, které přímo ovlivňují výběr rozhodného práva před soudy rozhodujícími v konkrétní věci.

1. Kolizní metoda výběru rozhodného práva

Funkcí kolizních norem je provádět výběr rozhodného práva, které bude poté aplikováno na daný právní vztah. Kolizní norma určuje, který z dotčených právních řádů se použije pro soukromoprávní vztah s mezinárodním prvkem.¹ Kolizní norma se omezuje jen na to, že podle určitých hledisek určí právní řád některého státu, jehož věcnými normami se bude právní vztah řídit. Kolizní norma tak upravuje právní vztah nepřímo.

Kolizní norma neobsahuje věcnou úpravu, nestanoví práva a povinnosti účastníků právního poměru. Nelze k ní přistupovat izolovaně, ale ve spojení s věcnými normami, na které odkazuje. Kolizní norma vytváří společně s věcnou normou, na kterou odkazuje, pravidlo chování.²

Výběr rozhodného práva pomocí kolizních norem (kolizní metoda) je předpokladem pro zachování zákonnosti a právní jistoty účastníků. Pro tento výběr je příznačné, že při něm nezáleží na obsahu hmotněprávních norem, kterých bude použito. Tuzemské a cizí právo jsou si rovny. Náprava možných nepříznivých důsledků použití cizího práva se uplatní až po provedení výběru rozhodného práva na základě výhrady veřejného pořádku.³

¹ KUČERA, Z.: Mezinárodní právo soukromé. 6. vydání. Brno, Doplněk, 2004, str. 101 a násl.

² Ibid., str. 104.

³ Ibid., str. 35.

2. Další metody výběru rozhodného práva

Tyto metody výběru práva jsou blízké angloamerickému právnímu systému. Takový přístup je důsledkem pragmatického myšlení teoretiků kolizního práva, kteří se příliš soustřeďují na hmotněprávní normy a jejich obsah. Kladou důraz především na otázku, jak je určitý soukromoprávní vztah s mezinárodním prvkem podle těch či oněch hmotněprávních norem přicházejících v úvahu věcně upraven. To znamená, že si nekladou otázku, které normy mají upravovat právní vztah (tj. kolizní metoda).⁴

Soustředění se na hmotněprávní normy a jejich obsah vede k tomu, že se jejich analýzou vyhledává i určení prostorové oblasti jejich použití. Z toho vyplývá, že není potřeba zvláštních pravidel pro výběr práva. Výběrem práva se rozumí výběr mezi právními normami („*rule selection*“), na rozdíl od výběru mezi právními řádý („*jurisdiction selection*“), jak jej chápe kolizní metoda.⁵

2.1 Výběr rozhodného práva bez pevných pravidel

Tento přístup reprezentuje tzv. *teorie místního práva* („*local law theory*“), která se zřídá obvyklých kolizních norem a směřuje k použití tuzemského práva (učení amerických teoretiků W. W. Cooka a A. A. Ehrenzweiga).⁶

Tento přístup pro výběr rozhodného práva odmítá stanoviska, která při určení rozhodného práva vyhledávají analýzou hmotněprávních norem prostorovou oblast aplikace. Tato teorie přihlíží k obsahu hmotněprávních norem a vede k přednostnímu použití tuzemského práva (*lex fori*).⁷

⁴ Ibid., str. 36.

⁵ NORTH, P. – FAWCETT, J. J.: *Cheshire and North's Private International Law*. 13. vydání. London, Oxford, 2004, str. 20 a násl.; KUČERA, Z.: *Mezinárodní právo soukromé*. 6. vydání. Brno, Doplněk, 2004, str. 36-37.

⁶ SCOLES, E. – HAY, P.: *Conflict of Laws*. 2. vydání. West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1992, str. 20-23; KUČERA, Z.: *Mezinárodní právo soukromé*. 6. vydání. Brno, Doplněk, 2004, str. 37-38.

⁷ NORTH, P. – FAWCETT, J. J.: *Cheshire and North's Private International Law*. 13. vydání. London, Oxford, 2004, str. 22-23.

2.2 Výběr rozhodného práva přihlížející k obsahu dotčených právních řádů

Podle tohoto přístupu se před výběrem rozhodných norem bere v úvahu obsah právních norem. Kolizní metodě je vytýkáno ignorování obsahu hmotněprávních norem a výsledku, kterého se dospěje na základě použití kolizní normy. Tato koncepce mluví o „mechanicky slepých“⁸ kolizních normách. Proto odmítá používání kolizních norem.

Významným znakem je rozlišování mezi tzv. *pravými a nepravými konflikty* (doktrína B. Currieho). Požaduje-li se, aby soud použil právo cizího státu, které se liší od jeho práva fóra, má soudce zjistit cíle vyjádřené v příslušných normách a okolnosti, za kterých je pro příslušný stát rozumné prosazovat svůj zájem na aplikaci norem sledujících tyto cíle (tzv. „*governmental interest analysis*“).⁹ Zjistí-li soudce, že jen jeden stát má takový zájem, použije se jeho práva. Jde o tzv. nepravý, falešný konflikt (false conflict). Zjistí-li zjevný střet mezi zájmy dvou států, jedná se o tzv. pravý konflikt (true conflict), a pokud je jedním ze zainteresovaných států stát fóra, tak soudce použije právo *lex fori*.

V případě, že se jedná o rozpor mezi zájmy dvou cizích států, nebývá závěr jednoznačný. Někdy se doporučuje použít *lex fori*, a zároveň také pravidel, která vedou k lepšímu uspořádání vztahu a více odpovídají zájmům společnosti. Není-li žádný stát zainteresován, má se použít právo fóra; při tomto způsobu je zjevné zvýhodňování práva *lex fori*.¹⁰

2.3 Metoda přednostního používání tuzemského práva (*legis fori*)

Přístup, jenž by úplně odmítal použít za určitých podmínek cizího práva, by znamenal zacházet se soukromoprávními vztahy s mezinárodním prvkem vždy stejně jako se vztahy vnitrostátními.

⁸ KUČERA, Z.: Mezinárodní právo soukromé. 6. vydání. Brno, Doplněk, 2004, str. 38.

⁹ Ibid., str. 38.

¹⁰ Ibid., str. 38.

To znamená, že by se na vztahy s mezinárodním prvkem použilo výhradně tuzemské právo *lex fori*.¹¹

Tato teorie automaticky upřednostňuje používání *lex fori* a vede k zatlačování aplikace cizích právních řádů. Tento přístup nám připomíná teorii místního práva, nicméně obě odlišuje jeden základní znak. Teorie místního práva odmítá obvyklé kolizní normy a směřuje k použití *lex fori*, ale přihlíží k obsahu hmotněprávních norem fóra. To znamená, že se nevylučuje možnost použití či přihlednutí k cizímu právu.

3. Obecně k základním institutům kolizního práva

Funkcí kolizních norem je určit, právních norem kterého právního řádu se má použít na posouzení určité právní otázky. Při aplikaci kolizních norem dojdeme k určení konkrétních hmotněprávních pravidel, které se na danou právní otázku použijí.

Ve sféře základních institutů kolizního práva rozlišujeme v obecné rovině instituty negativní, které byly inkorporovány ve státech s tradičním kontinentálním právním systémem do obecné části mezinárodního práva soukromého.¹² Na druhé straně rozlišujeme instituty pozitivní povahy. Tyto pozitivní instituty neomezují použití kolizních norem, ale slouží jako vodítko pro zvolení postupu podle kolizních norem a obsahují také pravidla mající podobu principů, jež vedou k určení práva rozhodného.¹³

4. Negativní instituty kolizního práva

Tyto základní instituty jsou ztotožňovány svou negativní funkcí. Úkolem takovýchto institutů je kontrolovat fungování kolizních norem tak, že omezují jejich použití nebo zasahují do výsledného stavu, který by za normálních okolností nastal použitím kolizních norem.¹⁴ Tímto postupem je dána úniková cesta k určení rozhodného

¹¹ Ibid., str. 39.

¹² DOLINGER, J.: *Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts*. Recueil des cours, Volume 283, 2000, str. 239.

¹³ Ibid., str. 239.

¹⁴ Ibid., str. 240.

práva, které by bylo za normálních okolností určeno na základě rigidních pravidel. Tato kontrolní funkce se často označuje jako „*escape mechanisms*“ (únikové prostředky).¹⁵ K nim se řadí institut renvoi (zpětný odkaz), kvalifikace, výhrady veřejného pořádku a dále princip nabytých práv a obcházení zákona v mezinárodním právu soukromém („*fraude á la loi*“).¹⁶ Instituty byly vytvořeny soudy, které se zabývají případy s mezinárodním prvkem, kde se střetávají hmotněprávní ustanovení jednotlivých právních řádů, a označují problém jako „konflikt v rámci střetávání právních řádů“.¹⁷

4.1 Zpětný odkaz („renvoi“)

Renvoi (zpětný odkaz, nebo-li remise) se původně zrodilo před anglickými a francouzskými soudy, které se setkávaly nejen s aplikací práva rozhodného určeného na základě kolizní normy, ale také s kolizí mezi kolizními normami dvou států.¹⁸ V praxi se tedy jedná o jev, kdy příslušná kolizní norma odkázala na použití zahraničního právního řádu, jehož kolizní normy odkázaly zpět na lex fori. Tento střet mezi kolizními normami mezi dvěma státy je důsledkem rozdílné formulace řešení problému střetávajících se právních řádů. Stát, jehož právo má být použito na základě kolizní normy, protikladně odkazuje na rozhodné právo místa fóra.

První případ ohledně tohoto problému, rozhodnutí ve věci *Collier v. Rival*¹⁹, byl řešen anglickým soudem. Příklad se týkal dědictví britského občana žijícího v Belgii. Podstatou sporu byl dodatek k závěti, formálně platný podle anglického práva, ale nesplňující formální požadavky kladené belgickým právem. Proto v tomto

¹⁵ S. C. SYMEONIDES: Exception Clauses in Conflicts Law - United States. In DOLINGER, J.: Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts. Recueil des cours, Volume 283, 2000, str. 240.

¹⁶ DOLINGER, J.: Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts. Recueil des cours, Volume 283, 2000, str. 240-250.

¹⁷ Ibid., str. 240.

¹⁸ Ibid., str. 241.

¹⁹ *Collier v. Rivaz* (1841) 2 Curt. 855. In WEBB, P. R. H.: Some Thoughts on the Place of English Law as Lex Fori in English Private International Law. 10 International & Comparative Law Quarterly 1961. In DOLINGER, J.: Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts. Recueil des cours, Volume 283, 2000, str. 241-242.

případě došlo ke střetu mezi anglickým a belgickým právem ohledně formy sepsání dodatku k závěti.

Soud v Anglii by aplikoval belgické právo, neboť v souladu s anglickým konceptem domicilu zemřel pozůstalý v Belgii, kde měl domicil. Nicméně podle belgického práva nebyl pozůstalý Angličan v Belgii domicilován, neboť nesplnil předpoklady pro jeho udělení. V daném případě nám tedy vznikla kolize týkající se domicilu v mezinárodním měřítku a otázkou je, zda-li je zůstavitel domicilován v Anglii nebo v Belgii.

Tento případ nebyl ve skutečnosti problémem střetávání mezi kolizními normami, ale kolizí kvalifikace v otázce domicilu. Nicméně tento kvalifikační problém ve svém důsledku způsobil, že oba dotčené právní řády by určily právo toho druhého státu jako rozhodné právo. Anglický soud by měl tedy podle svých kolizních ustanovení použít belgické právo. V opačném případě by belgický soud použil jako rozhodné anglické právo. Podstatou je, že anglický soud by chtěl vyřešit právní otázku podle belgického práva, ale belgické mezinárodní právo soukromé by směřovalo případ k anglickému právu, proto soud dospěl k závěru, že to bude akceptovat a aplikuje na případ své vnitrostátní právo místa fóra.

V podobném duchu rozhodl také francouzský soud ve věci *Forgo v. Administration des domaines*²⁰ ve věci dědictví po pozůstalém občanovi Bavorska žijícího ve Francii. Francouzské právo odkazovalo na dědění podle bavorského práva, kde měl pozůstalý faktický domicil. Francouzský soud poté přijal zpětný odkaz bavorského mezinárodního práva soukromého, které odkázalo na použití francouzského práva určeného podle místa, kde se nachází předmět dědění a kde je rovněž místo faktického domicilu pozůstalého. Na tomto základě aplikoval francouzský soud právo svého fóra.

Od rozhodnutí ve věci *Forgo* lze říci, že institut zpětného odkazu převažuje ve většině současných právních řádů. Nicméně se také objevují státy, které se radikálně vyslovují proti přijímání zpětného

²⁰ Arrêts Forgo: Cour de Cassation (Ch. Civ.) 24 juin 1878, Cour de Cassation (Ch. Req.) 22 février 1882. In DOLINGER, J.: Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts. Recueil des cours, Volume 283, 2000, str. 242-243.

odkazu. Tento trend je zřetelný v úpravách občanských zákoníků jednotlivých zemí, konkrétně například Řecko (článek 32), Španělsko (článek 12 odst. 2), Brazílie (článek 16) a Tunisko (článek 35).²¹

Závěrem lze konstatovat, že Institut mezinárodního práva přijal na svém zasedání v Berlíně v roce 1999 rezoluci podporující přijímání zpětného odkazu.²²

4.2 Obcházení zákona v mezinárodním právu soukromém („fraude á la loi“)

V určitých případech může nastat situace, že právní řád určený na základě kolizní normy fóra nebude aplikován, neboť strany svým cíleným jednáním záměrně předstírají skutečnost (nejčastěji strany přemístí „centrum“ právního vztahu z jednoho právního řádu do druhého právního řádu), aby byl jejich právní vztah kvalifikován jinak než za normálních okolností. Tento jev označujeme jako „*law shopping*“.²³ Stany se takovým jednáním snaží vyhnout nepříznivým následkům aplikace práva, které by se na právní vztah použilo za normální situace.

Právní řády některých států upravují problematiku obcházení zákona v ustanoveních vnitrostátních právních předpisů.²⁴ Jedná se obecně o ustanovení, která pokrývají obcházení použití vnitrostátního práva nebo jiného použitelného práva a rovněž jasné upravují právní následky takového jednání. V případě, že strany změní právní skutečnost významnou pro právní vztah, tak se na takové jednání nebere ohled.

Teorie obcházení zákona má své kořeny v rozhodnutí francouzského soudu ve věci *Princesse de Bauffremont v. Prince*

²¹ DOLINGER, J.: Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts. Recueil des cours, Volume 283, 2000, str. 242.

²² Ibid., str. 243.

²³ Ibid., str. 243.

²⁴ Portugalsko: Občanský zákoník v článku 21, Maďarsko: Zákon o mezinárodním právu soukromém v článku 8, Španělsko: Občanský zákoník v článku 12 odst. 4, Mexiko: Občanský zákoník v článku 15 odst. 1, Tunisko: Zákon o mezinárodním právu soukromém v článku 30.

z roku 1878.²⁵ Vzhledem k tomu, že v tehdejší Francii byl rozvod manželství nepřípustný, tak soud v Paříži v roce 1874 vyhlásil rozluku mezi manžely. Princ de Bauffremont byl Francouz a princezna byla původem Belgičanka, která automaticky nabyla francouzské občanství uzavřením sňatku.

Po soudní rozluce manželů se princezna přestěhovala do Německa, kde získala v roce 1875 občanství. V německé části Sasko-Altenbursko byla její rozluka manželství považována za rozvod. Poté uzavřela v Německu nové manželství. Její francouzský manžel požádal soud o zrušení nabytí francouzského občanství manželky a o prohlášení manželství za neplatné. Francouzský soud rozhodl, že bez souhlasu manžela nemůže manželka nabýt jiné občanství, a i kdyby jej nabyla s jeho souhlasem, tak to nezakládá možnost uzavřít manželství podle právního řádu nově nabytého občanství.

Odvolací soud následně změnil rozhodnutí soudu prvního stupně a rozhodl, že francouzský soud nemá pravomoc rozhodovat o platnosti nabytí občanství v zahraničí a později uzavřené manželství nemá ve Francii žádné právní následky. Manželka nemůže skrz nabytí cizího státního občanství obcházet ve francouzském právu ustanovení o veřejném pořádku.

Případ se dostal až před Nejvyšší soud, který potvrdil rozhodnutí odvolacího soudu a v rozhodnutí dodal, že manželka nebyla nabytím občanství zbavena práv a povinností poskytovaných právním řádem nově nabytého občanství. Nicméně jejím záměrem bylo uniknout před francouzským právem a znovu se vdát. Toto jednání bylo učiněno za účelem obejít a vyhnout se aplikaci francouzského práva.

V tomto rozhodnutí se zrodil princip neplatnosti použití kolizní normy v případě, kdy právní vztah spadá pod dosah příslušné kolizní normy, ale uměle vytvořená skutečnost obchází původní právo rozhodně. Proto se taková kolizní norma vážící se na předstíranou právní skutečnost neaplikuje.²⁶

²⁵ DOLINGER, J.: *Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts. Recueil des cours*, Volume 283, 2000, str. 244-245.

²⁶ *Ibid.*, str. 245.

4.3 Kvalifikace v mezinárodním právu soukromém

Kvalifikační problém není produktem kolizního práva. Jedná se starou metodu hodnocení a srovnávání právních skutečností a právních vztahů. Prostřednictvím takového hodnocení dojdeme k určení právní normy, která se má na danou právní skutečnost aplikovat.

Před výběrem použitelného práva má soudce za úkol posoudit spojení právního vztahu s právním řádem fóra a zahraničním právem, což je možno zahrnout do následujících tří fází:²⁷

- V prvním stádiu by měl soudce posoudit právní skutečnosti daného právního vztahu a podřadit je jako právní otázky vymezené v rozsahu konkrétní kolizní normy. Tímto dojde k nalezení kolizní normy aplikovatelné na daný právní vztah.
- Ve druhém kroku přistupuje soudce k aplikaci hraničního určovatele obsaženého v navázání zvolené kolizní normy na právní skutečnost posuzovaného vztahu. Tímto dospěje k nalezení rozhodného práva pro daný právní vztah.
- V poslední fázi je zapotřebí určit konkrétní hmotněprávní ustanovení rozhodného právního řádu, která se aplikují na právní vztah.

Z výše uvedených tří fází kvalifikace není zcela jasné, podle jakého práva má soudce z toho kterého hlediska hodnotit danou právní skutečnost (zde vzniká další otázka, zda má právní skutečnost posoudit podle práva *lex fori* nebo *lex causae*²⁸). Před určením rozhodného práva je nutné vymezit kolizní normy, které vedou k určení aplikovatelného práva. Stanovení konkrétní kolizní normy závisí tedy zásadně na posouzení právního vztahu. Kvalifikace konkrétní právní skutečnosti je základním principem pro použití té či oné kolizní normy.

²⁷ ČERMÁK, K.: Kvalifikace v mezinárodním právu soukromém. Právník, č. 6, 1999.

²⁸ Vzhledem k zaměření příspěvku se nebudeme zabývat jednotlivými druhy kvalifikací, což představuje další specifickou oblast v rámci kolizního práva. Na problematiku kvalifikace poukazujeme na článek v časopise Právník, Čermák, K.: Kvalifikace v mezinárodním právu soukromém. Právník, č. 6, 1999.

Pro vymezení kvalifikace v mezinárodním právu soukromém si rozebereme problematiku na konkrétním rozhodnutí ve věci *Haumschild v. Continental Casualty Company*.²⁹ Žalobkyně, paní Haumschild, požaduje od svého manžela a pojišťovny náhradu škody za utržené poškození na zdraví v důsledku dopravní nehody. Nehoda se stala ve státě Kalifornie a manželé jsou domicilováni ve státě Wisconsin.

Podle práva Wisconsinu má manželka oprávnění žalovat manžela v případech torts, což však není možné podle kalifornského práva. Podle práva Wisconsinu se imunita mezi manžely v otázce deliktní odpovědnosti řídí právním řádem místa škody, čímž se tedy podle práva Kalifornie vylučuje nárok na náhradu škody. Nicméně Nejvyšší soud Wisconsinu rozhodl, že otázka imunity mezi manžely spadá pod oblast rodinného práva, a proto se na případ bude aplikovat rozhodné právo určené podle místa domicilu manželů.

Kvalifikace právní skutečnosti představuje v tomto rozhodnutí zlomový bod v otázce posouzení právního vztahu a jeho podřazení pod kolizní normu. Nastala zde situace, kdy se právní skutečnost přesunula k posouzení z jednoho právního řádu do druhého právního řádu a soud tímto kompletně změnil výsledek daného sporu.

4.4 Princip nabytých práv („vested rights“)

Problematika nabytých práv má ve své podstatě dvě podoby. Na jedné straně ve Francii A. Pillet označuje nabytá práva jako nezávislý aspekt a základní princip mezinárodního práva soukromého. Na druhé straně stojí teorie anglického právníka A. V. Diceyho a amerického právníka J. Bealeho, kteří čerpají z učení teritoriality nizozemské školy 17. století. Jejich doktrína spočívá na univerzálním uznání práv nabytých na určitém území.³⁰

Teritoriální zaměření spočívá v tom, že rozhodným právem pro daný právní vztah je právo místa, kde vznikla práva a závazky. Podle principu teritoriality platí zákony každého státu jen uvnitř hranic

²⁹ *Haumschild v. Continental Casualty Co.*, 7 Wis.2d 130, 95 N.W.2d. 814, 820 (1959). In DOLINGER, J.: *Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts*. Recueil des cours, Volume 283, 2000, str. 246.

³⁰ In DOLINGER, J.: *Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts*. Recueil des cours, Volume 283, 2000, str. 247.

tohoto státu a zavazují všechny jeho obyvatele. Hlavní myšlenkou je neexistence povinnosti aplikovat cizí právní řád. Na druhé straně však mezinárodní zdvořilost požaduje, aby se v zájmu mezinárodních styků za určitých předpokladů používalo norem cizího práva.³¹ Každý stát by měl tedy uvážit, v jakém rozsahu uzná působnost cizích zákonů na půdě svých soudů.

Pilletova teorie kolizního práva vychází z toho, že by práva nabytá v jednom právním řádu měla být univerzálně respektována. Toto by nemělo být nijak ovlivněno otázkou volby rozhodného práva, neboť tímto byla práva platně nabytá a proto zde neexistuje prostor pro volbu práva.³²

Pilletův princip nabytých práv je zdrojem mnoha současných moderních instrumentů mezinárodního práva soukromého. Jedná se zejména o úmluvy vypracované na půdě Haagské konference mezinárodního práva soukromého.³³

4.5 Výhrada veřejného pořádku

Výhrada veřejného pořádku představuje hlavní institut mezinárodního práva soukromého.³⁴

Institut výhrady veřejného pořádku se vyvíjel od učení italské školy 14. století (Bartolus de Saxoferrato) až po jednotlivé myšlenkové proudy v 19. století (zejména J. Story, F. C. von Savigny, S. Mancini, A. Pillet, a další).

Na moderní koncepci výhrady veřejného pořádku měl značný vliv americký teoretik mezinárodního práva soukromého 1. poloviny 19.

³¹ KUČERA, Z.: Mezinárodní právo soukromé. 6. vydání. Brno, Doplněk, 2004, str. 89.

³² DOLINGER, J.: Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts. Recueil des cours, Volume 283, 2000, str. 248.

³³ Např. 1956 Hague Convention on the Recognition of the Legal Personality of Foreign Companies, Associations and Foundations (článek 1) a 1996 Hague Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children (článek 26). In DOLINGER, J.: Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts. Recueil des cours, Volume 283, 2000, str. 248-249.

³⁴ DOLINGER, J.: Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts. Recueil des cours, Volume 283, 2000, str. 275.

století J. Story.³⁵ Jeho doktrína ovlivnila generace právníků a jejím charakteristickým znakem je vedle výhrady veřejného pořádku zásada teritoriality a zásada mezinárodní zdvořilosti. Ze Storyho učení vyplývá, že stát má na svém území aplikovat pouze své vlastní zákony. V určitých případech může soud z důvodu mezinárodní zdvořilosti aplikovat i cizí právní řád. Tím, že se aplikuje cizí právní řád, se projevuje ochrana subjektivních práv nabytých na základě cizího práva. Na tyto normy se ovšem nehledí jako na právo, ale jako na skutkové okolnosti. Všechny státy jsou si rovny a nezávislé v otázkách soudní pravomoci a jeden stát má respektovat právo druhého státu, aby i tento stát respektoval jeho právo.³⁶

V současné praxi kolizního práva dochází k tomu, že kolizní normy státu místa soudu odkazují na zahraniční právní řád, který se má na případ aplikovat v místě fóra. Rozdíly mezi jednotlivými právními řády mohou v některých případech při použití cizího právního předpisu vyvolat ve státě fóra účinky, které neodpovídají či odporují poměrům v tomto státě a jsou považovány za nepřipustné. Státy se proti takovému nebezpečí vyplývajícimu z použití cizího práva brání prostřednictvím institutu výhrady veřejného pořádku.³⁷ Výhrada veřejného pořádku nesměřuje vůči normě jako takové, není kontrolním prostředkem vůči ní, ale směřuje pouze vůči účinkům aplikace zahraniční normy v daném případě.³⁸ Výhrada veřejného pořádku představuje výraz mezinárodněprávní kompetence každého státu prosadit na svém teritoriu vlastní vůli proti vůli cizího státu.³⁹

Funkcí veřejného pořádku je dohled nad použitím zahraničního práva, na které odkázala tuzemská kolizní norma, a odmítnutí jeho použití v případě, kdy je takto určené právo v rozporu se základními společenskými, ekonomickými a právními hodnotami, na kterých je

³⁵ Ibid., str. 275.

³⁶ KUČERA, Z.: Mezinárodní právo soukromé. 6. vyd. Brno: Doplněk, 2004, str. 89-90.

³⁷ Ibid., str. 193.

³⁸ ROZEHNALOVÁ, N. – TÝČ, V.: Evropský justiční prostor v civilních otázkách. Brno, Masarykova univerzita, 2003, str. 129-130.

³⁹ KAPITÁN, Z.: Teorie veřejného pořádku a kritéria jeho použití. 1. část. Časopis pro právní vědu a praxi, č. 3, 2004, str. 215.

nutno podle právního řádu daného státu trvat.⁴⁰ Pro takové nepřijatelné účinky použití cizího práva představuje výhrada veřejného pořádku obranu (ve smyslu pasivní obranné povahy) pro tuzemský právní řád. V tomto smyslu nejsou přednostně prosazovány právní hodnoty fóra, které jsou pouze chráněny a na právní poměr se aplikují až po vyloučení aplikace zahraničního práva.

5. Pozitivní instituty kolizního práva

Pozitivní instituty – na rozdíl od negativních – nevymezují restriktivně použití kolizních norem. Podporují postup založený na aplikaci kolizních norem.⁴¹ V rámci jejich charakteristiky můžeme definovat pravidla (tj. kolizní normy), v nichž jsou inkorporovány principy sloužící k určení rozhodného práva (tj. hraniční určovatelé). K pozitivním institutům kolizního práva se řadí autonomie vůle stran, tzv. nutně použitelné normy, státní příslušnost (resp. domicil), princip suverenity, princip ochrany specifických subjektů a princip spravedlivé volby rozhodného práva.⁴²

⁴⁰ ROZEHNALOVÁ, N. – TÝČ, V.: Evropský justiční prostor v civilních otázkách. Brno, Masarykova univerzita, 2003, str. 130.

⁴¹ DOLINGER, J.: Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts. Recueil des cours, Volume 283, 2000, str. 239.

⁴² Ibid., 250-274.

5.1 Autonomie vůle stran

Institut autonomie vůle stran obecně v soukromém právu poskytuje stranám značný prostor pro vlastní uvážení a možnost vymezit projevem vůle dispozitivní ustanovení právního řádu za současného zachování kogentních norem (tzv. materiální volba práva). Autonomie vůle stran se projevuje v mezinárodním právu soukromém v podobě institutu volby práva. Stranám právního vztahu je umožněno si zvolit právní řád pro svůj právní poměr a vyloučit aplikaci vlastních kogentních norem (tzv. kolizní volba práva).⁴³

Volba práva představuje v mezinárodním právu soukromém základní kritérium pro určení rozhodného práva, kterým se bude smlouva řídit. Volba práva představuje základní princip, kdy je na stranách smluvního vztahu, který právní řád si zvolí pro úpravu jejich vztahu.⁴⁴ Tímto je stranám umožněno zvolit si právní úpravu, která nejlépe odpovídá jejich potřebám⁴⁵ a je tak zabezpečena právní jistota o rozhodném právu pro jejich právní poměr.

K otázce volby práva přistupuje netradičním způsobem americká doktrína mezinárodního práva soukromého. V tomto směru dochází k prolínání prorogace pravomoci soudu a volby práva. V praxi to znamená, že pokud dojde k prorogaci soudu jako místa řešení sporu, tak to automaticky znamená vůli stran podřídit se právu fóra. Americká doktrína umožňuje stranám uzavřít smlouvu, kde si strany formou doložky o volbě práva zvolí jiné rozhodné právo. Taková smluvní volba práva je ve většině případů soudci akceptována. Odmítání autonomie vůle stran přetrvává v USA jako menšinový názor.⁴⁶

Podíváme-li se na úpravu volby práva v Římské úmluvě o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy, tak podle článku 3 musí

⁴³ ROZEHNALOVÁ, N. – TÝČ, V.: Evropský justiční prostor v civilních otázkách. Brno, Masarykova univerzita, 2003, str. 57.

⁴⁴ KUČERA, Z.: Mezinárodní právo soukromé. 6. vyd. Brno: Doplněk, 2004, str. 128.

⁴⁵ ROZEHNALOVÁ, N. – TÝČ, V.: Evropský justiční prostor v civilních otázkách. Brno, Masarykova univerzita, 2003, str. 57.

⁴⁶ Jedná se o soudy, které jsou ovlivněny doktrínami amerického mezinárodního práva soukromého, které automaticky neupřednostňují volbu práva učiněnou stranami, např. doktrína governmental interest analysis.

volba práva být výslovná nebo musí s přiměřenou jistotou vyplývat z ustanovení smlouvy nebo z okolností případu. V dosahu článku 3 se jedná o neomezenou kolizní volbu práva a strany si mohou přímo zvolit pouze právní řád státu, avšak nikoliv pravidla typu *lex mercatoria* nebo Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT.⁴⁷

Pro srovnání nejznámější úpravou volby práva ve věcech smluvních závazků v USA jsou relevantní ustanovení v Restatement (Second) of Conflict of Laws. Tady je poprvé v historii amerického kolizního práva zakotvena zásada autonomie vůle stran v kodifikované podobě, i když se v případě Restatement Second jedná pouze o soukromou iniciativu vypracovanou na půdě American Law Institute.

Podle úpravy v § 187 Restatement Second se jedná o kolizní volbu práva, kdy je pouze na vůli stran zvolit si přímo právní řád, kterým se bude jejich právní vztah řídit. Nicméně odlišnost úpravy od Římské úmluvy se projevuje v tom, že Restatement neposkytuje stranám neomezenou autonomii vůle⁴⁸, neboť stanoví, že volba rozhodného práva musí naplňovat požadavek efektivního uspořádání vztahu a je povolena, ledaže:

- buď zvolený stát nemá podstatný vztah ke stranám nebo k transakci a není žádný jiný rozumný základ pro volbu stran, nebo
- použití zvoleného práva státu by bylo v rozporu se základní politickými principy státu, který má při určení jednotlivé otázky větší materiální zájem než zvolený stát a který by byl podle pravidla § 188 státem použitelného práva při absenci efektivní volby práva stranami.

⁴⁷ ROZEHNALOVÁ, N.: Evropský justiční prostor ve věcech civilních. Část VIII.: Úmluva o právu použitelném pro závazky ze smluv. Právní fórum, č. 9, 2005, str. 327.

⁴⁸ HRADILOVÁ, V.: Kodifikace kolizního práva v USA: Restatement (Second) of Conflict of Laws. Jurisprudence, č. 1, 2008, str. 22.

5.2 Aktivní veřejný pořádek (tzv. nutně použitelné normy)

Pozitivní veřejný pořádek (označován také jako pozitivní forma veřejného pořádku nebo aktivní funkce veřejného pořádku) představuje veřejný zájem státu a projevuje se ve vztahu k cizímu právu. Jedná se o normy tuzemského právního řádu, označované jako nutně použitelné normy, které jsou natolik významné, že cílem právního řádu je jejich aplikace vždy, bez ohledu na to, jakým právním řádem se konkrétní právní vztah řídí. Tyto normy, v nichž je vyjádřen určitý veřejný zájem, si vynucují svou aplikaci a prosazují aktivně konkrétní zájem státu.⁴⁹ Tyto normy se zaměnitelně označují jako absolutně kogentní normy, imperativní normy, normy absolutně kogentní, normy nutně použitelné, normy nenahraditelné, normy absolutně donucující.⁵⁰

Státy vždy trvají na použití vlastních norem ústavního, finančního, správního a trestního práva, neboť se tady projevuje státní donucení. Pohybujeme-li se v mezinárodním právu soukromém, tak se jedná nejčastěji o právní normy upravující věcnou stránku ekonomické sféry, zejména zákaz dovozu a vývozu, hospodářskou soutěž, oblast ochrany zdraví a životního prostředí.

V doktríně kolizního práva rozlišujeme situaci, kdy je určitý veřejný zájem obsažen ve vnitrostátních normách fóra, nebo v normách zahraničního původu. Takové normy fóra nemohou být v žádném případě opomenuty a nahrazeny cizím právem. Aplikují se současně s rozhodným právem a jejich použití vyplývá ze zásady aplikační přednosti. V některých případech je však určitý veřejný zájem obsažen v zahraničních normách a soud v místě fóra musí jejich obsah zohlednit, neboť by jinak nebylo možno spravedlivě posoudit daný právní poměr. V případě jejich nezohlednění by mohla

⁴⁹ ROZEHNALOVÁ, N. – TÝČ, V.: *Evropský justiční prostor v civilních otázkách*. Brno, Masarykova univerzita, 2003, str. 142.

⁵⁰ KUČERA, Z.: *Mezinárodní právo soukromé*. 6. vyd. Brno: Doplněk, 2004, str. 236.

nastat situace, že by rozhodnutí nebylo možno uznat a vykonat v zahraničí.⁵¹

Důležitým rozdílem mezi nutně použitelnými normami a výhradou veřejného pořádku je smysl a způsob jejich použití. Výhrada veřejného pořádku se použije až poté, co došlo k volbě rozhodného práva na základě kolizní normy. Poskytuje státu možnost bránit se před nepřijatelnými účinky použití cizího práva. Na druhé straně se imperativní normy aplikují běžně a musí být všeobecně respektovány všemi, kteří se nacházejí na území takového státu. Z časového hlediska se k imperativním normám přihlíží před tím, než soud přistoupí k aplikaci práva rozhodného.

5.3 Státní příslušnost, resp. domicil

Teoretici kolizního práva 19. století a počátku 20. století přikládali značný význam státní příslušnosti jako institutu mezinárodního práva soukromého.⁵²

Průkopníkem byl v této oblasti nejvýznamnější představitel italské školy P.S. Mancini. Vycházel ve sféře kolizního práva z principu personální povahy práva (zásady národnosti, resp. státní příslušnosti). Podle Manciniho může každá osoba postavit proti cizímu právnímu řádu právní řád určený podle její příslušnosti. Takto určený právní řád sleduje každého jednotlivce za hranice „svého“ státu.⁵³ Institut státní příslušnosti našel své praktické uplatnění v článku 6 italského občanského zákoníku z roku 1865.⁵⁴

Státní příslušnost se označuje jako institut mezinárodního práva *latu sensu*, od kterého je odvozována kolizní norma, resp. hraniční určovatel mezinárodního práva soukromého, jenž vymezuje ve věcech osobního statutu a ve věcech způsobilosti k právům a

⁵¹ ROZEHNALOVÁ, N. – TÝČ, V.: Evropský justiční prostor v civilních otázkách. Brno, Masarykova univerzita, 2003, str. 127.

⁵² DOLINGER, J.: Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts. Recueil des cours, Volume 283, 2000, str. 255.

⁵³ KUČERA, Z.: Mezinárodní právo soukromé. 6. vyd. Brno: Doplněk, 2004, str. 91.

⁵⁴ „The status and capacity of people as well as family relations are ruled by the law of the nation to which the person belongs.“ In DOLINGER, J.: Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts. Recueil des cours, Volume 283, 2000, str. 255.

právním úkonům použití práva určeného podle státní příslušnosti osoby.⁵⁵ Tradičně v zemích common law je hraniční určovatel státní příslušnosti nahrazen domicilem osoby.

Jinými slovy lze říci, že státní příslušnost je obecně přijímána jako institut, nicméně v praxi mezinárodního práva soukromého se projevuje její skutečné postavení hraničního určovatele⁵⁶, vymezujícího použitelné právo.

5.4 Princip suverenity

Tento princip se vyvinul ze zásady teritoriality nizozemské školy 17. století včele s hlavním představitelem U. Huberem. Podle zásady teritoriality platí zákony každého státu jen uvnitř hranic tohoto státu a zavazují všechny jeho obyvatele. Za obyvatele státu se považují všechny osoby, jež se zdržují na území státu a to ať trvale, či přechodně.⁵⁷

Princip suverenity tedy představuje základní princip mezinárodního práva, který se přirozeně promítá do sféry mezinárodního práva soukromého. V praktické rovině tento princip znamená, že každý suverénní stát má oprávnění si vymezit určitý okruh soukromoprávních vztahů, na než bude bez výjimky aplikovat výhradně své vnitrostátní právo.⁵⁸

V současné doktríně se princip suverenity promítá do dalších několika institutů mezinárodního práva soukromého, zejména do státní příslušnosti, veřejného pořádku (ať již v podobě výhrady veřejného pořádku, nebo v podobě imperativních ustanovení jako formy aktivního veřejného pořádku), ale také do hraničního určovatele *lex rei sitae*.⁵⁹

⁵⁵ DOLINGER, J.: *Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts*. Recueil des cours, Volume 283, 2000, str. 256-257.

⁵⁶ *Ibid.*, str. 256.

⁵⁷ *Ibid.*, str. 258.

⁵⁸ *Ibid.*, str. 258-259.

⁵⁹ *Ibid.*, str. 259.

5.5 Princip ochrany specifických subjektů

Ve sféře kolizního práva je specifickým subjektům poskytována ochrana, co se týče volby rozhodného práva. Mezi typické subjekty patří spotřebitel a zaměstnanec jako slabší strany smluvního vztahu. Dále se zde řadí ochrana v zájmu nezletilých dětí, ochrana osob zbavených právní způsobilosti, ochrana práv třetích osob, a další.⁶⁰

V praktické rovině se tento princip promítá v aplikaci práva rozhodného, které je pro daný subjekt výhodnější (*lex favoritatis*).⁶¹ Tímto se ve většině případů prosazuje trend aplikovat právo určené podle bydliště osoby.

Pohybujeme-li se v oblasti evropského justičního prostoru, typickým příkladem jsou zvláštní kolizní pravidla na ochranu spotřebitele a zaměstnance v režimu Římské úmluvy o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy. Tato ochrana je poskytnuta spotřebiteli a zaměstnanci v důsledku nerovného postavení mezi spotřebitelem a poskytovatelem zboží či služeb u spotřebitelské smlouvy a zaměstnancem a zaměstnavatelem z pohledu ekonomického a faktického.

Podle článku 5 nesmí volba práva ve spotřebitelské smlouvě zbavovat spotřebitele ochrany, kterou mu poskytují kogentní normy právního řádu místa jeho bydliště.

Totožná úprava se v článku 6 týká ochrany zaměstnance. Volba práva mezi stranami pracovní smlouvy nesmí zbavit zaměstnance ochrany, kterou mu poskytují imperativní normy právního řádu, který se použije v případě neexistence volby práva. Konkrétně se podle článku 6 odst. 2 jedná o právo státu, kde pracovník obvykle vykonává práci podle smlouvy, i když je dočasně zaměstnán v jiném státě; nebo nevykonává-li zaměstnanec obvykle svou práci v jediné zemi, právem státu, kde se nachází provozovna, ve které je zaměstnán (vznikl zde zaměstnanecký vztah); nebo místo výkonu práce se nepoužije, prokáže-li jiný právní řád užší spojení s pracovní smlouvou (tzv. úniková doložka).

⁶⁰ Ibid., str. 259-260.

⁶¹ Ibid., str. 260.

5.6 Princip spravedlivého (vhodného) rozhodného práva

V teorii mezinárodního práva soukromého se od počátku objevuje myšlenka, co je spravedlivé z hlediska volby rozhodného práva. Tento princip se vyvíjí od učení italské školy glosátorů 12. století až po princip dobré víry, ovládající současné soukromé právo.⁶²

Ve škole glosátorů byl Aldricus představitelem názoru, že má soudce aplikovat právo, které je silnější a užitečnější a které je celkově pro právní vztah lepší. Argumentoval tím, že v případě sporu mezi osobami z různých zemí s odlišnými právy má soudce použít právo, které se jeví jako užitečnější a soudce musí posoudit situaci podle toho, co se mu ukázalo být lepší.⁶³

Ideál nalezení lepšího práva, které je konkrétnímu právnímu vztahu „šito na míru“, upadl v zapomnění v dobách intenzivního soupeření mezi dvěma školami mezinárodního práva soukromého – univerzalismu a nacionalismu. Obě tyto školy prosazovaly dogmatický přístup a technické metody řešení kolizní problematiky.⁶⁴

Renesance principu vhodnějšího, lepšího práva se objevuje v teorii a praxi kolizního práva ve 20. století pod jinou terminologií⁶⁵, ať už se jedná o princip dobré víry („*principle of good faith*“) nebo princip spravedlnosti („*principle of fairness*“, popř. „*principle of equity*“).

Tento princip má svou silnou ideologickou základnu v mnoha doktrínách amerického mezinárodního práva soukromého (pragmatický přístup D. Caverse⁶⁶, doktrína „*better law*“ R.

⁶² Ibid., str. 263.

⁶³ KALENSKÝ, P.: Mezinárodní právo soukromé a srovnávací pravověda. ČMP 1968, ročník XII., číslo 1, str. 23.

⁶⁴ DOLINGER, J.: Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts. Recueil des cours, Volume 283, 2000, str. 263.

⁶⁵ Ibid., str. 263.

⁶⁶ D. Cavers zaujímá v doktríně „*principles of preference*“ pragmatický přístup se spravedlivým výsledkem pro vyřešení sporu. Povinností soudce je porovnat řešení vyplývající ze všech norem, které se v konkrétním případě střetávají. Jeho úkolem je mezi nimi vybrat použitelnou normu tak, že zohlední zájmy stran a zájmy

Leflara⁶⁷, doktrína „best law“ L. McDougala⁶⁸) a také v unifikačních pracích vypracovaných na půdě UNIDROIT – Zásady mezinárodních obchodních smluv (článek 1.7: „*good faith and fair dealing*“), na půdě OSN – Vídeňská úmluva o smlouvách o mezinárodní koupi zboží (článek 7 odst. 1: „*good faith*“) a na půdě Organizace amerických států – Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts, tzv. „Mexická úmluva“ (článek 10: „*principle of equity*“).⁶⁹

6. Principy promítající se do výsledku volby rozhodného práva

Tyto principy se promítají do stadia vyřešení volby rozhodného práva (tzv. navádějící principy). Konkrétně se jedná se o princip efektivity, princip harmonie při nakládání s několika právními řády v rámci jednoho právního vztahu (případ tzv. „*dépeçage*“) a princip uniformity.⁷⁰

6.1 Princip efektivity

Princip efektivity směřuje k soudům, jak vyřešit otázku volby rozhodného práva a jak neprovést výběr „nevhodného“ práva s přihlédnutím k procesním důsledkům vydaného rozhodnutí z hlediska jeho výkonu.

Při výběru rozhodného práva by měl soud přihlédnout k vykonatelnosti daného rozhodnutí podle takto určeného práva. Jinými slovy řečeno, volba práva, jež povede k vydání rozhodnutí,

společnosti sledované normami, které se střetávají. Zároveň bere v úvahu okolnosti případu. Soudce má vybrat použitelnou normu, která přinese spravedlivý výsledek.

⁶⁷ R. Leflar zaujímá specifický přístup, který není založen na výběru mezi dvěma právními řády, ale na aplikaci toho práva, které je lepší a vhodnější a má nejužší spojení s konkrétním právním vztahem (nalezení onoho „better law“).

⁶⁸ L. McDougal vyhledává „best rule of law“ jako normu, která nejlépe vystihuje celkový zájem na vyřešení sporu a která přinese nejvýhodnější sociálně-ekonomické řešení pro společnost.

⁶⁹ DOLINGER, J.: *Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts. Recueil des cours*, Volume 283, 2000, str. 264-267.

⁷⁰ *Ibid.*, str. 267-274.

kteřé nebude možno vykonat podle rozhodného právního řádu, není dobrou volbou práva.⁷¹

6.2 Princip harmonie v případech *dépeçage*

Princip harmonie (resp. souladného nakládání s několika právními řády, jež dopadají na tentýž právní vztah) udává soudům směr, jak aplikovat rozhodné právo v právních vztazích, jejichž součástí jsou upraveny různými právními řády (tzv. „*dépeçage*“). Jedná se o velice rozšířené případy tzv. mozaikové úpravy. To znamená, že jednotlivé součásti určitého právního vztahu se řídí různým právem, neboť jsou pro ně stanoveny samostatné kolizní normy.⁷² Úkolem soudů je vypořádat se s aplikací několika právních řádů na tentýž právní vztah.

Podíváme-li se do oblasti evropského kolizního práva, problematiku mozaikové úpravy předvídá Římská úmluva o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy v článku 3 odst. 1 („*Smlouva se řídí právem, které si strany zvolí... volbou mohou strany zvolit právo rozhodné pro celou smlouvu, nebo pouze pro její část.*“) a v článku 4 odst. 1. („*...nebylo právo rozhodné pro smlouvu zvoleno v souladu s článkem 3, se smlouva řídí právem země, s níž nejúžeji souvisí. Na část smlouvy, kterou lze od zbytku smlouvy oddělit a která úžeji souvisí s jinou zemí, však lze výjimečně použít právo této jiné země.*“).

6.3 Princip uniformity

Posledním z této kategorie principů je princip uniformity, který se doporučuje zákonodárcům v jednotlivých státech, aby následovali trend unifikace v oblasti mezinárodního práva soukromého.

Překonání roztržštěnosti úprav soukromého práva v jednotlivých právních řádech představuje velmi náročný a časově dlouhý proces. V mezinárodním právu soukromém rozlišujeme otázku *unifikace* a otázku *harmonizace*.⁷³

⁷¹ Ibid., str. 267-268.

⁷² KUČERA, Z.: Mezinárodní právo soukromé. 6. vydání. Brno, Doplněk, 2004, str. 142.

⁷³ Ibid., str. 64 a násl.

Unifikace soukromého práva představuje záměrnou, společně vyvinutou činnost unifikujících států za účelem vytvoření jednotného textu právních norem. Tento jednotný text je poté zakotven jako platné právo do právních řádů těchto států. Ve sféře unifikace rozlišujeme sjednocení přímých norem nebo kolizních norem (např. na půdě Haagské konference mezinárodního práva soukromého). K nejvýznamnějším instrumentům ve sféře unifikace patří bezesporu úmluvy sjednocující přímé normy (Vídeňská úmluva OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží z roku 1980 a Ženevské úmluvy o směnce a šeku z roku 1930 a 1931).

V případech harmonizace práva se jedná o jakési sbližování v dané oblasti, kde na rozdíl od unifikace neexistuje mezinárodněprávní závazek respektovat daná ustanovení. Při harmonizaci se neklade za cíl vytvořit jednotný text právních norem, ale jedná se pouze o „návod“, nebo-li „vzor“ (označován jako tzv. vzorový zákon) pro vlastní vnitrostátní úpravu. Harmonizace v sobě promítá prostředek sbližování právních řádů méně dokonalým způsobem než unifikace a spočívá ve vytvoření minimálních standardů, které jsou pak promítnuty do národních právních řádů.

Závěr

Cílem tohoto příspěvku bylo nastítnit základní instituty kolizního práva. V obecné rovině vymezujeme instituty negativní a instituty pozitivní.

Základem negativních institutů kolizního práva je dohled nad kolizními normami za účelem omezení jejich použití nebo ovlivnění konečného výběru rozhodného práva. K takovým „kontrolním institutům“ se řadí renvoi, obcházení zákona v mezinárodním právu soukromém („fraude á la loi“), otázka kvalifikace, princip nabytých práv („vested rights“) a výhrada veřejného pořádku.

Na druhé straně pozitivní instituty kolizního práva podporují volbu rozhodného práva na základě kolizních norem. Do této kategorie patří autonomie vůle stran, tzv. imperativní normy (aktivní veřejný pořádek), státní příslušnost (resp. domicil), principy suverenity, ochrany specifických subjektů a spravedlivého (vhodného) rozhodného práva.

Do procesu výběru rozhodného práva se významně angažují další specifické principy, které se promítají do konečné volby rozhodného práva: princip efektivity rozhodného práva, princip harmonie při nakládání s několika právními řádů v rámci jednoho právního vztahu (případ *dépeçage*) a princip uniformity mezinárodního práva soukromého.

Na závěr je ovšem nutno dodat, že tímto jsme ani zdaleka nepokryli všechny instituty mající vliv na oblast kolizního práva. Mezinárodní právo soukromé se neustále vyvíjí kupředu a dopadá na něj trend modernizace. V důsledku toho se modifikuje doktrína mezinárodního práva soukromého a objevuje se celá řada nových principů, např. princip nejužšího spojení a princip flexibility v kolizněprávních otázkách. Domníváme se, že do evropského prostředí a vůbec evropského mezinárodního práva soukromého pronikají tyto principy zejména pod vlivem doktrín mezinárodního práva soukromého v oblasti angloamerického práva.

Kontaktní údaje na autora – email:

61167@mail.muni.cz

Implementace směrnice Rady 1999/70/ES o rámcové dohodě o pracovních poměrech na dobu určitou uzavřené mezi organizacemi UNICE CEEP a EKOS do právního řádu České republiky

JUDr. Jana Komendová

**Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Katedra pracovního
práva a sociálního zabezpečení, Česká republika**

Annotation

Le présent article est dédié à la relation de travail à durée déterminée (le contrat de travail à durée déterminée) qui est considérée une des formes de travail flexible. Pour cette relation de travail il est caractéristique que sa fin est déterminée par des conditions objectives telles que l'atteinte d'une date précise, l'achèvement d'une tâche déterminée ou la survenance d'un événement déterminé.

Ce type de travail précaire est gouverné au niveau communautaire par directive 1999/70/CE Du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée qui a pour l'objet d'améliorer la qualité du travail à durée déterminée en assurant le respect du principe de non-discrimination et d'établir un cadre pour prévenir les abus résultant de l'utilisation de contrats ou de relations de travail à durée déterminée successifs. Afin d'atteindre le second but les États membres introduisent l'une ou plusieurs des mesures suivantes: des raisons objectives justifiant le renouvellement de telles relations de travail, la durée maximale totale de relations de travail à durée déterminée successives ou le nombre de renouvellements de telles relations de travail.

En République tchèque, les dispositions de cette directive sont comprises dans la loi n° 262/2006 Code du travail. La législation en vigueur limite la durée maximale totale de relations de travail à durée déterminée successives à deux ans. Elle aussi prévoit les raisons objectives justifiant la conclusion ou le renouvellement de telles

relations de travail pour une durée supérieure à deux ans par exemple des raisons concernant le type spécifique de travail ou des raisons graves.

Úvod

Česká právní úprava pracovního poměru na dobu určitou zaznamenala v průběhu své existence celou řadu koncepčních změn, od poměrně striktní regulace, kdy byla zákonem stanovena maximální délka jeho trvání a četnost opakování, přes širokou smluvní volnost, zákaz sjednávání s některými skupinami zaměstnanců až po opětovné zákonné omezení maximální doby jeho trvání. Cílem právní úpravy bylo vždy zabránit možnému zneužívání pracovních poměrů na dobu určitou.

Současná podoba právní úpravy pracovního poměru na dobu určitou je výsledkem implementace směrnice Rady 1999/70/ES ze dne 28. června 1999 o rámcové dohodě o pracovních poměrech na dobu určitou uzavřené mezi organizacemi UNICE, CEEP a EKOS. Tento příspěvek si klade za cíl zhodnotit zapracování pravidel obsažených v uvedené směrnici do právního řádu České republiky. Zabývá se rovněž srovnáním právní úpravy, kterou toto zapracování přineslo, s předchozí právní úpravou a navrhovanými změnami, jež by mohly nastat přijetím koncepční novely zákoníku práce.

1. Pracovní poměr na dobu určitou

Pracovní poměr je nejčastějším a nejvýznamnějším pracovněprávním vztahem, ve kterém dochází k výkonu závislé práce. Je také nejvíce chráněn, neboť s existencí pracovního poměru spojují právní předpisy celou řadu výhod, jakými jsou vysoký stupeň ochrany při jeho skončení, poskytování volna v případě stanovených překážek v práci, přiznání náhrady mzdy při nejzávažnějších překážkách v práci či placená dovolená.

Pracovní poměr bývá ve většině případů uzavírán k dlouhodobému výkonu práce. Smluvní strany při jeho vzniku neomezují délku trvání. Při rozvázání takového pracovního poměru musí být dodržena řada poměrně striktních pravidel, jakými jsou existence specifických důvodů, běh výpovědní doby, povinnost

zaměstnavatele poskytnout zaměstnanci odstupné ve stanovených případech nebo ochrana některých skupin zaměstnanců. K rozvázání pracovního poměru je vždy potřeba učinit konkrétní projev vůle jedné nebo obou stran pracovního poměru způsobující zákonem stanovené důsledky. U většiny těchto úkonů jsou zákonem stanoveny obsahové i formální náležitosti, jejichž nedodržení má za následek neplatnost právního úkonu.

1.1 Specifika pracovního poměru na dobu určitou

Pracovní poměr na dobu určitou je charakteristický tím, že doba jeho trvání je omezena. Ke skončení pracovního poměru dojde na základě právní události, kterou je uplynutí času. Jakmile tato právní událost nastane zaniká většina práv a povinností tvořících jeho obsah, zejména povinnost zaměstnance konat pro zaměstnavatele práci a povinnost zaměstnavatele platit zaměstnanci mzdu bez toho, aniž by bylo třeba činit další právní úkony. Pracovní poměr skončí i v případech, kdy by byl zaměstnanec chráněn před výpovědí ze strany zaměstnavatele například z důvodu uznání dočasné pracovní neschopnosti, ústavního ošetřování, lázeňské léčby či dlouhodobého uvolnění pro výkon veřejné funkce, těhotenství, čerpání mateřské, popřípadě rodičovské dovolené. Poslední tři uvedené skutečnosti chrání zaměstnance rovněž před okamžitým zrušením pracovního poměru ze strany zaměstnavatele. Při skončení pracovního poměru uplynutím sjednané doby nenáleží zaměstnanci odstupné, které by mu náleželo při rozvázání pracovního poměru výpovědí ze zákonem stanovených důvodů.

Existence pracovního poměru na dobu určitou často přináší další negativní dopady pro zaměstnance například v oblasti odborného vzdělávání (zaměstnavatel raději investuje prostředky do vzdělávání zaměstnanců v pracovním poměru na dobu neurčitou) nebo v oblasti čerpání nejrůznějších sociálních výhod poskytovaných zaměstnavatelem, jež jsou buď vázány na existenci pracovního poměru na dobu určitou nebo přísluší podle počtu odpracovaných let u zaměstnavatele.

Pracovní poměr na dobu určitou, zejména pokud je sjednáván bez omezení, není dostatečnou zárukou stability pracovního poměru.

Z tohoto důvodu upřednostňují právní řády většiny evropských států pracovní poměry na dobu neurčitou, což je promítnuto i do evropské úpravy. Jestliže je smlouva na dobu neurčitou obecným pravidlem, pak smlouvy na dobu neurčitou musejí být považovány za výjimku.¹ Rovněž český právní řád dává přednost uzavírání pracovních poměrů na dobu neurčitou před pracovními poměry na dobu určitou, což vyplývá z ustanovení § 39 odst. 1 zákona č. 262/2006 Sb., zákoníku práce podle kterého pracovní poměr trvá po dobu neurčitou, nebyla-li výslovně sjednána doba jeho trvání. Zákon zde vytváří nevývratitelnou právní domněnku, že pokud si účastníci pracovního poměru nesjednají dobu, po kterou bude jejich vztah trvat, je pracovní poměr uzavřen na dobu neurčitou.

Tato zásada se projevuje také v ustanovení § 65 odst. 2 zákoníku práce, jež upravuje situaci, kdy zaměstnanec pokračuje v konání prací i po uplynutí sjednané doby. Dochází-li k výkonu sjednaných prací po uplynutí sjednané doby s vědomím zaměstnavatele, platí, že se jedná o pracovní poměr na dobu neurčitou. Zákon zde opět vytváří nevývratitelnou právní domněnku. Ke změně pracovního poměru dochází přímo ze zákona, není nutné, aby smluvní strany činily jakékoli právní úkony.

Změna pracovního poměru na dobu určitou na pracovní poměr na dobu neurčitou předpokládána ustanovením § 65 odst. 2 zákoníku práce je podmíněna vědomím zaměstnavatele o skutečnosti, že zaměstnanec pokračuje v konání prací. To může být projevována jak aktivně, kdy zaměstnavatel přiděluje zaměstnanci práci, tak i pasivně, kdy zaměstnavatel pouze toleruje výkon práce zaměstnancem, jehož pracovní poměr měl již uplynutím sjednané doby skončit. Pokud zaměstnavatel s výkonem práce nesouhlasí, je třeba, aby svůj nesouhlas projevil i navenek. Podle názoru Nejvyššího soudu ČR stačí pro naplnění pojmu „s vědomím zaměstnavatele“, je-li práce konána třeba jen s vědomím nejbližšího nadřízeného zaměstnance.²

¹ Blanpain, R.: Fixed-term Employment Contracts: The Exception to the Rule? The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, Volume 24 Issue 1, Kluwer Law International, Netherlands, 2008, p. 126.

² Srov. rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 21. října 2002, sp. zn. 21 Cdo 2080/2001.

1.2 Způsoby sjednání délky trvání pracovního poměru

Současná právní úprava nestanoví způsob, jakým má být doba trvání pracovního poměru sjednána. Ta může být stanovena jakýmkoliv dostatečně určitým způsobem nevzbuzujícím pochybnost, kdy má pracovní poměr skončit. Podle judikatury Nejvyššího soudu ČR může být doba trvání pracovního poměru na dobu určitou dohodnuta nejen přímým časovým údajem, uvedením časového období podle týdnů, měsíců či let nebo dobou trvání určitých prací, nýbrž i na základě jiných, konkrétním datem ohraničených, objektivně zjistitelných skutečností, o jejichž skutečné délce účastníci pracovní smlouvy nemusejí mít ani jistotu, ale která nepřipouští pochybnosti o tom, kdy pracovní poměr sjednaný na dobu určitou uplynutím sjednané doby skončí.³

Doba trvání pracovního poměru bývá velmi často určena datem, ke kterému má pracovní poměr skončit. Jako datum může být určen jakýkoliv den. Ke skončení pracovního poměru dojde i tehdy, když účastníky dohodnuté datum připadne na sobotu, neděli či státní svátek.

Pracovní poměr na dobu určitou může být vymezen i počtem dnů, měsíců či let, po které má docházet k výkonu práce. Na takové určení doby trvání pracovního poměru se vztahuje ustanovení § 122 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, o počítání času. To znamená, že je-li pracovní poměr určen počtem dní, začíná doba jeho trvání běžet dnem následujícím po jeho vzniku. Polovinou měsíce se rozumí patnáct dnů. Pracovní poměr určený počtem týdnů, měsíců nebo let končí dnem, který se pojmenováním nebo číslem shoduje se dnem, na který připadá událost, od níž lhůta počíná, tedy vznik pracovního poměru. Není-li takový den v posledním měsíci, připadne konec lhůty na jeho poslední den. Připadne-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší následující pracovní den.

Doba trvání pracovního poměru může být rovněž dohodnuta jako doba trvání určité překážky (nebo překážek) v práci na straně konkrétního zaměstnance. K tomu dochází v případech, kdy je třeba

³ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 5. září 2001, sp. zn. 21 Cdo 1990/2000.

nahradit zaměstnance, u kterého nastala překážka v práci, jiným zaměstnancem. Nejčastěji se jedná o náhradu z důvodu déletrvající nemoci, čerpání mateřské či rodičovské dovolené nebo výkonu veřejné funkce.

Právní úprava předpokládá, aby doba trvání pracovního poměru byla stanovena dobou výkonu sjednaných prací, například do skončení sklizně obilí nebo předání či kolaudace stavebního díla.⁴ Takovýto způsob vymezení délky trvání pracovního předpisu výslovně uvádějí předpisy ES při definici pracovní smlouvy nebo pracovního poměru na dobu určitou.⁵

Trvání pracovního poměru však nemůže být stanoveno způsobem, jímž by ke skončení pracovního poměru došlo na základě skutečnosti, která nastane, případně může nastat z vůle pouze jednoho účastníka pracovního poměru. Takovou skutečností může být například odvolání zaměstnance z funkce ze strany zaměstnavatele nebo vzdání se funkce ze strany zaměstnance v případě, že byl pracovní poměr založen jmenováním. Jak již bylo uvedeno výše, musí být doba trvání pracovního poměru v případě, že nebyla sjednána přímým časovým údajem, uvedením časového období podle týdnů, měsíců či let nebo dobou trvání určitých prací, dohodnuta jinou objektivně zjistitelnou skutečností, která nepřipouští pochybnosti o tom, kdy pracovní poměr sjednaný na dobu určitou uplynutím této doby skončí. Uvedeným požadavkům na vymezení doby trvání pracovního poměru sjednaného na dobu určitou neodpovídá ujednání, podle něhož dohodnutá doba (její uplynutí) není ohraničena přímým časovým údajem podle týdnů, měsíců či let, dobou trvání určitých prací nebo jinou objektivně zjistitelnou skutečností vymezenou v pracovní smlouvě (dohodě o změně pracovní smlouvy), protože předpokládá a současně umožňuje, aby doba trvání pracovního poměru skončila (mohla skončit) na základě takové skutečnosti, jež nastane (může nastat) z vůle jen jednoho účastníka pracovního poměru.⁶

⁴ Srov. ustanovení § 65 odst. 1 zákoníku práce.

⁵ Srov. ustanovení 3 odst. 1 rámcové dohody o pracovních poměrech na dobu určitou uzavřené mezi organizacemi UNICE, CEEP a ETUC.

⁶ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 20. května 2003, sp. zn. 21 Cdo 2372/2002.

Pokud dojde ke sjednání doby trvání pracovního poměru vadně například tak, že není možné objektivně určit, kterým okamžikem pracovní poměr skončí, uplatní se nevyvratitelná právní domněnka podle ustanovení § 39 odst. 1 zákoníku práce, že se jedná o pracovní poměr na dobu neurčitou.

2. Úprava pracovního poměrů na dobu určitou v právním řádu ES

První pokusy o regulaci pracovního poměru na dobu určitou ze strany orgánů Evropských společenství (dále jen ES) sahají již do první poloviny 80 let minulého století. V této době byl Komisí vypracován návrh směrnice ze dne 6. dubna 1984 o úpravě práce z pracovních smluv na dobu určitou.⁷ Ten však nebyl přijat kvůli požadavku jednomyslnosti.

V prosinci 1989 byla ve Štrasburku přijata Komunitární charta společenství základních sociálních práv pracujících (dále jen Komunitární charta), která ačkoli není právně závazným dokumentem (jedná se o politickou deklaraci), měla velký význam pro vývoj sociální politiky ES.⁸ Komunitární charta deklaruje základní hospodářská a sociální práva pracujících, která jsou členskými státy ES obecně uznávána. Čl. 7 nazvaný „*Zlepšení životních a pracovních podmínek*“ se dotýká problematiky pracovních poměrů na dobu určitou dočasné práce a práce na částečný úvazek. Podle tohoto článku musí vést dotváření vnitřního trhu ke zlepšení životních a pracovních podmínek pracovníků v ES. Tento proces musí vycházet ze sbližování těchto podmínek při zachování dosaženého zlepšení, zejména pokud jde o jiné formy zaměstnání, než je pracovní poměr na dobu neurčitou, jako jsou pracovní poměr na dobu určitou, částečný pracovní úvazek, dočasná práce a sezónní práce.

⁷ V této době vypracovala Komise také návrh směrnice ze dne 5. ledna 1983 o dobrovolné práci na částečný úvazek. Ani tento návrh nebyl přijat.

⁸ Komunitární charta byla přijata na jednání Evropské rady ve Štrasburku dne 9. prosince 1989. Hlasovaly pro ni všechny tehdejší členské státy s výjimkou Velké Británie.

K uskutečnění cílů deklarovaných v Komunitární chartě byla přijata směrnice Rady 91/383/EHS ze dne 25. června 1991, kterou se doplňují opatření pro zlepšení bezpečnosti a ochrany zdraví při práci zaměstnanců v pracovním poměru na dobu určitou nebo v dočasném pracovním poměru.⁹ Tato směrnice je jednou z tzv. dílčích směrnic provádějící rámcovou směrnicí o bezpečnosti a ochraně zdraví při práci (směrnice Rady 89/391/EHS ze dne 12. června 1989 o zavádění opatření pro zlepšení bezpečnosti a ochrany zdraví zaměstnanců při práci). Účelem směrnice Rady 91/383/EHS je podle čl. 2 odst. 1 zajistit, aby zaměstnanci v pracovním poměru na dobu určitou a v dočasném pracovním poměru požívali stejné úrovně ochrany v oblasti bezpečnosti a zdraví při práci, jakou požívají ostatní zaměstnanci v podniku nebo v závodu využívajících služeb.

Druhým dokumentem dotýkajícím se pracovních smluv a pracovních poměrů na dobu určitou je směrnice Rady 91/533/EHS ze dne 14. října 1991 o povinnosti zaměstnavatele informovat zaměstnance o podmínkách pracovní smlouvy nebo pracovního poměru. Jedním z důvodů vedoucích k přijetí této směrnice byla skutečnost, že rozvoj nových forem práce v členských státech vedl ke zvýšení počtu typů pracovních poměrů. Směrnice Rady 91/533/EHS ukládá zaměstnavateli povinnost seznámit zaměstnance s podstatnými body pracovní smlouvy nebo pracovního poměru. Tato informace musí zahrnovat mj. označení stran, místo výkonu práce, povahu nebo druh práce, na kterou je zaměstnanec přijímán, krátké upřesnění nebo stručný popis práce, datum začátku pracovní smlouvy nebo pracovního poměru, údaje o dovolené a o mzdě. V případě pracovní smlouvy nebo pracovního poměru na dobu určitou musí tato informace obsahovat také očekávané trvání pracovní smlouvy nebo pracovního poměru.¹⁰ Tato povinnost musí být splněna písemnou formou pracovní smlouvy, jmenovací listinou

⁹ Dočasný pracovní poměr je uzavírán mezi podnikem pro dočasnou práci, který je zaměstnavatelem, a zaměstnancem, který je přidělen k výkonu práce pro podnik nebo závod využívající služeb podniku pro dočasnou práci. Tento typ pracovního poměru bývá označován jako agenturní zaměstnávání.

¹⁰ Srov. čl. 2 odst. 2 směrnice Rady č. 91/533/EHS.

nebo jedním či více dokumenty, nebo pokud takových není, písemným prohlášením podepsaným zaměstnavatelem.¹¹

Samotný pracovní poměr na dobu určitou je upraven směrnicí Rady 1999/70/ES ze dne 28. června 1999 o rámcové dohodě o pracovních poměrech na dobu určitou uzavřené mezi organizacemi UNICE CEEP a EKOS.¹² Tato směrnice zavedla úpravu tzv. atypických pracovních poměrů tak, že převzala Rámcovou dohodu evropských sociálních partnerů EKOS, UNICE a CEEP ze dne 18. března 1999.¹³

2.1 Postup vedoucí k přijetí směrnice Rady 1999/70/ES o rámcové dohodě o pracovních poměrech na dobu určitou uzavřené mezi organizacemi UNICE CEEP a EKOS

Účelem směrnice Rady 1999/70/ES je podle čl. 1 provedení rámcové dohody o pracovních poměrech na dobu určitou uzavřené dne 18. března 1999 mezi obecnými mezioborovými organizacemi (UNICE, EKOS a CEEP) obsažené v její příloze.¹⁴ Uvedená rámcová dohoda je výsledkem sociálního dialogu na evropské úrovni, jež je

¹¹ Směrnice 91/533/EHS však zároveň uznává potřebu zachovat určitou pružnost pracovních poměrů. Proto je členským státům ponechána možnost stanovit, že se tato směrnice nevztahuje na zaměstnance, kteří mají pracovní smlouvu nebo kteří jsou v pracovním poměru s celkovou dobou trvání nepřesahující jeden měsíc nebo s týdenní pracovní dobou nepřesahující osm hodin nebo příležitostně či specifické povahy, je-li v těchto případech toto vynětí objektivně odůvodnitelné.

¹² UNICE (Union des Industries de la Communauté Européenne) je zkratka pro Evropskou unii konfederací průmyslu a zaměstnavatelů, CEEP (Centre Européenne de l'Entreprise Publique) je zkratka pro Evropské středisko podniků s veřejnou účastí a ETUC (European Trade Union Confederation) je zkratka pro Evropskou konfederaci odborových svazů (EKOS).

¹³ Tichý, L., Arnold, R., Svoboda, P., Zemánek, J. a Král, R.: Evropské právo 2, vydání, C-H-Beck Praha 2003, str. 761.

¹⁴ Podobným způsobem byla provedena rámcová dohoda o rodičovské dovolené uzavřená mezi organizacemi UNICE, CEEP a EKOS (provedena směrnicí Rady 1996/34/ES ze dne 3. června 1996) a rámcová dohoda o práci na částečný úvazek uzavřená mezi organizacemi UNICE, CEEP a EKOS (provedena směrnicí Rady 1997/81/ES ze dne 15. prosince 1997).

upraven v člancích 138 až 140 Smlouvy o založení ES.¹⁵ Podle článku 138 odst. 1 Smlouvy o založení ES má Komise za úkol podporovat konzultace sociálních partnerů na úrovni Společenství a činit příslušná opatření k usnadnění jejich dialogu zajišťováním vyvážené podpory oběma stranám.

V této souvislosti se nabízí otázka, kdo je sociálním partnerem na úrovni Společenství. Kvůli rozdílnosti praxe v členských státech nelze stanovit jednotný model, který by určil, kdo se může účastnit sociálního dialogu na úrovni Společenství. Protože platí zásada, že každý se může svobodně sdružovat k ochraně svých sociálních a hospodářských zájmů, nelze stanovit požadavek uznávání organizací zaměstnanců a zaměstnavatelů ze strany orgánů Společenství.¹⁶

Kritéria, podle kterých lze stanovit, kdo je a kdo není sociálním partnerem na evropské úrovni, lze nalézt v Oznámení Komise o uplatňování Dohody o sociální politice ze dne 14. prosince 1993. Podle těchto kritérií se musí jednat o nadodvětvovou organizaci nebo organizace, která se týká zvláštních odvětví nebo kategorií a je organizovaná na evropské úrovni. Dále se tato organizace musí skládat z dílčích organizací, které jsou integrální a uznávanou součástí struktury sociálních partnerů členského státu se způsobilostí sjednávat smlouvy a jsou reprezentativní ve všech členských státech, pokud je to možné. Konečné má mít takováto organizace příslušné struktury k zabezpečení jejich efektivní účasti v konzultačním procesu.¹⁷

K otázce reprezentativnosti na evropské úrovni se vyjádřil i Soud první instance ve věci UEAPME v. Rada, která se týkala zákonnosti směrnice Rady 96/34/ES o rámcové dohodě o rodičovské dovolené

¹⁵ Problematika sociálního dialogu byla původně obsažena v Protokolu o sociální politice, který byl přijat spolu s dalšími protokoly v rámci Maastrichtské smlouvy (Smlouva o založení Evropské unie) a v něm obsažené Dohodě o sociální politice. Přijetím Amsterdamské smlouvy (Smlouva, již se pozměňuje Smlouva o Evropské unii, Smlouva o založení ES a některé související akty) v roce 1997 byla Dohoda o sociální politice začleněna do Smlouvy o založení ES.

¹⁶ Ta je zakotvena v řadě mezinárodních dokumentů, mezi kterými lze zmínit Úmluvu Mezinárodní organizace práce č. 87. o svobodě sdružování a ochraně práva odborově se organizovat. Mezinárodní pakt o hospodářských, sociálních a kulturních právech nebo Evropskou sociální chartu.

¹⁷ Srov. bod 23 Oznámení o uplatňování Dohody o sociální politice ze dne 14. prosince 1993, COM 93 600 finall.

uzavřené mezi organizacemi UNICE CEEP a EKOS. Soud zkoumal procedurální postup vedoucí k přijetí směrnice a faktickou míru reprezentace uvedených organizací na úrovni Společenství. Ve svém rozhodnutí učinil závěr o faktické reprezentativnosti podepisujících stran a shledal, že UNICE, CEEP a EKOS jsou na úrovni Společenství dostatečně reprezentující.¹⁸

Podle článku 138 odst. 4 Smlouvy o založení ES mohou sociální partneři při konzultaci informovat Komisi o svém úmyslu zahájit postup podle článku 139, který má název „*Sociální dialog a dohody*.“ Podle tohoto ustanovení může sociální dialog mezi zaměstnavateli a zaměstnanci vést ke smluvním vztahům včetně uzavření dohod, jestliže si to sociální partneři přejí. Z tohoto ustanovení jasně vyplývá, že proces sociálního dialogu i uzavírání dohod stojí na dobrovolném základě a je k němu potřeba souhlasu všech sociálních partnerů. Územní rozsah těchto dohod však nemusí být nutně omezen jen na členské státy ES nebo na členské státy Evropského hospodářského prostoru, neboť členy některých ze smluvních stran jako jsou UNICE nebo ETUC jsou také subjekty vně členských států Společenství a Evropského hospodářského prostoru.¹⁹

Dohody uzavřené podle výše uvedeného postupu nemají žádný normativní účinek. Mohou být považovány za smluvně závazkovou povinnost a mohou přípustnými prostředky působit na to, aby dohodnutá ujednání byla promítnuta do vnitrostátního kolektivního pracovního práva.²⁰ Obsah těchto dohod má být zaměřen na cíle vyjádřené v zakládajících smlouvách. Mezi odborníky převládá názor, že Rada musí přijmout nebo odmítnout text dohody jako celek a nemůže změnit její obsah nebo ponechat jen část dohody, pokud s tím nesouhlasí smluvní strany a Komise.²¹ Nejvhodnější se jeví

¹⁸ Srov. rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 17. června 1998 ve věci, *European union of the craft industry and of the small and medium-sized enterprises (UEAPME) v. Rada* (T – 135/96).

¹⁹ Blanpain, R., Engels, Ch.: *European Labour Law*, Kluwer Law international – The Hague – London – Boston 1995, p. 292.

²⁰ Gregorová, Z., Píchová, I.: *Základy pracovního práva a sociálního zabezpečení v Evropských společenstvích*, Masarykova univerzita v Brně, 2001, p. 89.

²¹ Blanpain, R., Engels, Ch.: *European Labour Law*, Kluwer Law international – The Hague – London – Boston 1995, str. 295.

forma tzv. rámcových dohod, a to vzhledem k hospodářským a sociálním rozdílům v jednotlivých členských státech.

Dohody uzavřené na úrovni Společenství se podle čl. 139 odst. 2 Smlouvy o založení ES provádějí buď v souladu se zvyklostmi a postupy, které jsou vlastní sociálním partnerům, nebo v oblastech, na které se vztahuje čl. 137, na základě společné žádosti signatářů rozhodnutím Rady na návrh Komise. Čl. 137 se vztahuje na oblasti zlepšování zejména pracovního prostředí, ochrany zdraví a bezpečnosti pracovníků, pracovních podmínek, informací a konzultací s pracovníky, integrace osob vylučovaných z trhu práce, aniž by byl dotčen čl. 150, rovnosti mezi muži a ženami na trhu práce a rovného zacházení v práci.

Směrnice Rady 1999/70/ES spadá do oblasti, na které se vztahuje čl. 137, přesněji řečeno do oblasti pracovních podmínek. Důvody vedoucí k jejímu přijetí jsou vyjádřeny v preambuli, kde je uveden odkaz mj. na výše uvedený čl. 7 Komunitární charty. Dále se preambule směrnice odvolává na závěry zasedání Evropské rady v Essenu, kde byla zdůrazněna potřeba přijetí opatření za účelem zvýšení pracovní intenzity růstu, zejména pružnější organizace práce způsobem, který splňuje, jak přání zaměstnanců, tak požadavky hospodářské soutěže. Konečně je v preambuli zmíněno i usnesení Rady ze dne 9. února 1999 o hlavních zásadách zaměstnanosti pro rok 1999, které vyzvalo sociální partnery na všech příslušných úrovních, aby uzavírali dohody určené k modernizaci organizace práce, včetně pružných pracovních úprav, s cílem učinit podniky produktivnějšími a konkurenceschopnějšími a dosáhnout rovnováhy mezi pružností a bezpečností.

Potřebu uzavření dohod o pružnější organizaci práce vyjádřili sociální partneři už v preambuli výše zmiňované rámcové dohody o částečném pracovním úvazku. Evropský parlament ve stanovisku k návrhu směrnice o částečném pracovním úvazku vyzval Komisi k tomu, aby neprodleně předložila návrhy směrnic o dalších pružných formách pracovního poměru, jakými jsou pracovní poměr na dobu určitou nebo zprostředkovaný dočasný pracovní poměr. Sociální partneři vyjádřili své přání věnovat se pracovním poměrům na dobu určitou, zároveň však naznačili svůj záměr zvážit potřebu podobných dohod, které by se týkaly přechodné práce.

Postup uzavírání rámcové dohody o pracovních poměrech na dobu určitou probíhal podle výše popsaného postupu sociálního dialogu. Komise v souladu s čl. 138 odst. 2 Smlouvy o založení ES konzultovala se sociálními partnery otázku možného zaměření činnosti Společenství týkající se pružné pracovní doby a bezpečnosti pracovníků. Po této konzultaci dospěla Komise k závěru, že činnost Společenství v této oblasti je účelná a podle čl. 138 odst. 3 Smlouvy o založení ES konzultovala se sociálními partnery obsah zamýšleného návrhu. Po této konzultaci informovali sociální partneři, tj. obecné mezioborové organizace UNICE, CEEP a EKOS Komisi společným dopisem ze dne 23. března 1998 o svém úmyslu zahájit postup podle článku 139 Smlouvy o založení ES. Řízení nemá podle čl. 138 odst. 4 této smlouvy překročit 9 měsíců, ledaže se dotýční sociální partneři a Komise společně dohodnou na jeho prodloužení. Sociální partneři požádali společným dopisem Komisi, aby řízení prodloužila o tři měsíce. Komise této žádosti vyhověla a prodloužila dobu vyjednávání do 30. března 1999.

Rámcová dohoda o pracovních poměrech na dobu určitou byla uzavřena 18. března 1999. Sociální partneři následně podali Komisi společnou žádost o její provedení podle čl. 139 odst. 2 rozhodnutím Rady na návrh Komise. V návrhu na provedení dohody požádali Komisi, aby na členských státech vyžadovala přijetí právních a správních předpisů, které jsou nezbytné pro dosažení souladu s rozhodnutím Rady. K přijetí těchto předpisů by mělo dojít nejpozději do dvou let od přijetí rozhodnutí Rady. Druhou možností, jak dosáhnout souladu s rozhodnutím Rady, by měla být povinnost členských států zajistit, aby sociální partneři zavedli nezbytná opatření dohodou, a to nejpozději do konce uvedeného dvouletého období. Členským státům může být poskytnut další nejvýše jeden rok pro dosažení souladu s rozhodnutím Rady, je-li to nezbytné po konzultaci se sociálními partnery, s přihlédnutím ke zvláštním obtížím nebo k provádění prostřednictvím kolektivní smlouvy. Strany rámcové dohody také požadovaly, aby členské státy konzultovaly sociální partnery předtím, než přijmou právní nebo správní předpisy k dosažení souladu s dohodou. Dále strany požadovaly, aby jim byly nejprve Komisí předloženy všechny otázky, které se týkají této dohody na evropské úrovni k zaujetí

stanoviska. Úloha vnitrostátních soudů ani Evropského soudního dvora (dále jen ESD) nemá být takovýmto ustanovením dotčena.²²

Rámcová dohoda byla provedena formou směrnice, protože ta je vhodným nástrojem pro její provedení: Podle čl. 249 Smlouvy o založení ES zavazuje směrnice každý členský stát, jemuž je určena, pokud jde o výsledek, jehož má být dosaženo, přičemž stanovení formy a prostředků je ponecháno vnitrostátním orgánům. Podle zásady subsidiarity, která je vyjádřena v čl. 5 Smlouvy o založení ES, jedná Společenství v mezích pravomocí, které mu byly svěřeny Smlouvou o založení ES a cílů, které jsou v ní stanoveny. V oblastech, které nespadají do jeho výlučné pravomoci vyvíjí Společenství činnost jen tehdy a potud, pokud cílů zamýšlené činnosti nemůže být uspokojivě dosaženo členskými státy, avšak může jich být, co do rozsahu či účinků navrhované činnosti lépe dosaženo Společenstvím. Podle zásady proporcionality obsažené ve stejném ustanovení, činnost Společenství nepřekročí rámec toho, co je nezbytné pro dosažení cílů podle Smlouvy o založení ES.

Komise vypracovala návrh směrnice a uvědomila Evropský parlament a Hospodářský a sociální výbor a zaslala jim znění rámcové dohody a návrh směrnice s důvodovou zprávou. 6. května 1999 přijal Evropský parlament usnesení o rámcové dohodě mezi sociálními partnery. Směrnice Rady o rámcové dohodě o pracovních poměrech na dobu určitou uzavřené mezi organizacemi UNICE, CEEP a EKOS byla vydána Radou Evropských společenství tří měsíce po uzavření rámcové dohody, konkrétně dne 28. června 1999 a byla vyhlášena v Úředním věstníku dne 10. července 1999 pod číslem 99/70.

²² Srov. preambuli rámcové dohody o pracovních poměrech na dobu určitou ze dne 18. března 1999 uzavřené organizacemi UNICE, EEP a EKOS.

2.2 Obsah směrnice 1999/70/ES o rámcové dohodě o pracovních poměrech na dobu určitou uzavřené mezi organizacemi UNICE CEEP a EKOS

Účelem směrnice Rady 1999/70/ES je podle čl. 1 provedení rámcové dohody o pracovních poměrech na dobu určitou uzavřené mezi obecným mezinárodními organizacemi (UNICE, CEEP a EKOS), která je obsažena v příloze

Podle čl. 2 směrnice Rady 1999/70/ES mají členské státy povinnost uvést v účinnost právní a správní předpisy, které jsou nezbytné k dosažení souladu se směrnicí, a to nejpozději do 10. července 2001 nebo zajistit, aby sociální partneři nejpozději k uvedenému datu zavedli nezbytná opatření dohodou. Členské státy jsou povinny přijmout veškerá nezbytná opatření, která jim umožní kdykoli zaručit výsledky stanovené touto směrnicí. O těchto opatřeních členské státy neprodleně uvědomí Komisi. Směrnice Rady 1999/70/ES umožňuje, aby byla členským státům poskytnuta delší doba, nanejvýš však jeden rok, je-li to nezbytné po konzultaci se sociálními partnery, s přihlédnutím ke zvláštním obtížím nebo k provádění prostřednictvím kolektivní smlouvy. O těchto opatřeních jsou členské státy povinny neprodleně uvědomit Komisi. Opatření přijatá členskými státy musí obsahovat odkaz na tuto směrnici nebo musí být odkaz učiněn při jejich úředním vyhlášení. Způsob odkazu je ponechán na členských státech.

Jak již bylo uvedeno výše, je v příloze směrnice Rady 1999/70/ES obsažena rámcová dohoda o pracovních poměrech na dobu určitou uzavřená mezi organizacemi UNICE, CEEP a EKOS dne 28. března 1999. V preambuli rámcové dohody strany uznávají, že pracovní smlouvy na dobu neurčitou jsou a nadále budou obecnou formou pracovního poměru mezi zaměstnavatelem a zaměstnancem a přispívají ke kvalitě života dotýčných zaměstnanců a zlepšují jejich výkon. Tím uznaly základní princip upřednostňující pracovní poměry na dobu neurčitou před pracovními poměry na dobu určitou. Strany však rovněž uznávají, že pracovní smlouvy na dobu určitou odpovídají za určitých okolností potřebám zaměstnavatelů i

zaměstnanců. Rámcová dohoda má pouze stanovit obecné zásady a minimální požadavky ve vztahu k pracovním poměrům na dobu určitou.

V obecném odůvodnění rámcové dohody strany vyjádřily názor, že použití pracovních smluv na dobu určitou založených na objektivních příčinách představuje určitý způsob, jak zabránit jejich zneužívání. Pracovní poměry na dobu určitou jsou charakteristické pro zaměstnání v některých odvětvích, povoláních a činnostech a mohou vyhovovat zaměstnancům i zaměstnavatelům. Rámcová dohoda může přispět ke zlepšení rovných příležitostí pro muže a ženy, protože v ES tvoří více než polovinu zaměstnanců s pracovním poměrem na dobu určitou ženy.

2.2.1 Osobní rozsah působnosti rámcové dohody

Osobní rozsah rámcové dohody zahrnuje zaměstnance, kteří jsou přijati do pracovního poměru na dobu určitou. Nezáleží při tom, jestli byl pracovní poměr založen smlouvou nebo je vymezen platnými právními předpisy, kolektivními smlouvami nebo zvyklostmi v každém členském státě. Zaměstnancem v pracovním poměru na dobu určitou se podle ustanovení 3 odst. 1 dohody rozumí osoba s pracovní smlouvou nebo pracovním poměrem uzavřeným přímo mezi zaměstnavatelem a zaměstnancem, jestliže skončení pracovní smlouvy nebo pracovního poměru je určeno objektivními podmínkami, jakými jsou dosažení určitého dne, dokončení určitého úkolu nebo vznik určité události.

Z formulace „*pracovním poměrem uzavřeným přímo mezi zaměstnavatelem a zaměstnancem*“ vyplývá negativní vymezení osobního rozsahu dohody, jež se tak nevztahuje na zaměstnance, kteří byli do podniku dočasně umístěni agenturou pro dočasnou práci. Výjimka pracovních poměrů na dobu určitou na základě agenturního zaměstnávání je zde velmi významná, neboť právě pracovníci zaměstnaní agenturou práce představují nejrozsáhlejší skupinu zaměstnanců, se kterými je uzavírán pracovní poměr na dobu určitou. Směrnice Rady 1999/70/ES jim tedy neposkytuje ochranu před diskriminací a před zneužíváním po sobě jdoucích

pracovních smluv a pracovních poměrů na dobu určitou a ani jim nezaručuje právo na informace o pracovní příležitosti.

Členským státům je ustanovením 2 rámcové dohody ponechána možnost, aby po projednání se sociálními partnery stanovily, že se dohoda nebude vztahovat na vztahy založené v rámci základního odborného vzdělávání a učňovského vzdělávání a na pracovní smlouvy nebo poměry, které byly uzavřeny v rámci zvláštního veřejného nebo veřejně podporovaného výučního, integračního programu a programu odborného vzdělávání.

2.2.2 Věcný rozsah působnosti rámcové dohody

Rámcové dohoda se vztahuje na pracovní podmínky zaměstnanců přijatých do pracovního poměru na dobu určitou. Právní úprava sociálního zabezpečení je ponechána na rozhodnutí členských států. Sociální partneři se však při řešení problematiky sociálního zabezpečení odvolávají na prohlášení o zaměstnanosti ze zasedání Evropské rady v Dublinu v prosinci 1996. V tomto prohlášení je zmíněna potřeba učinit systémy sociálního zabezpečení příznivější pro zaměstnanost a to prostřednictvím rozvíjení systémů sociální ochrany, které jsou schopny se přizpůsobit novým formám práce a poskytovat vhodnou ochranu osobám vykonávajícím takové práce.

2.2.3 Základní zásady

Rámcová dohoda stojí na třech základních zásadách, kterými jsou:

- zásada zákazu diskriminace,
- zásada předcházení zneužití po sobě jdoucích pracovních smluv a pracovních poměrů na dobu určitou a
- zásada informace o pracovní příležitosti.

I. Zásada zákazu diskriminace

Zásada zákazu diskriminace je upravena v ustanovení 4 rámcové dohody. Vztahuje se na pracovní podmínky. Podle odst. 1 uvedeného ustanovení pokud jde o pracovní podmínky, nesmí být se

zaměstnanci v pracovním poměru na dobu určitou zacházeno méně příznivě než se srovnatelnými zaměstnanci v pracovním poměru na dobu neurčitou pouze z toho důvodu, že mají pracovní smlouvu nebo pracovní poměr na dobu určitou, pokud odlišné zacházení nelze ospravedlnit objektivními důvody.

Srovnatelným zaměstnancem v pracovním poměru na dobu neurčitou se pro účely dohody rozumí zaměstnanec s pracovní smlouvou nebo poměrem na dobu neurčitou ve stejném zařízení, který vykonává stejnou nebo podobnou práci, popřípadě povolání s přihlédnutím k jeho způsobilostem, popřípadě schopnostem. Pokud takovýto srovnatelný zaměstnanec v závodě není, je srovnání provedeno s odkazem na příslušnou kolektivní smlouvu nebo, pokud není žádná kolektivní smlouva příslušná, v souladu s právními předpisy státu, kolektivními smlouvami nebo zvyklostmi.²³ Stanovení prováděcích pravidel je ponecháno na členských státech, kterým je pouze uložena povinnost konzultace se sociálními partnery. Prováděcí pravidla mohou stanovit také sami sociální partneři s ohledem na právní předpisy Společenství a vnitrostátní právní předpisy, kolektivní smlouvy a zvyklosti. Ustanovení 4 odst. 4 dohody pak stanoví, že pro zaměstnance v pracovním poměru na dobu určitou platí stejná kritéria počtu odpracovaných let týkající se určitých pracovních podmínek jako pro zaměstnance v pracovním poměru na dobu neurčitou, ledaže je možné rozdílná kritéria počtu odpracovaných let ospravedlnit objektivními důvody.

II. Zásada předcházení zneužití po sobě jdoucích pracovních smluv a pracovních poměrů na dobu určitou

Zásada předcházení zneužití po sobě jdoucích pracovních smluv a poměrů na dobu určitou je obsažena v ustanovení 5 rámcové dohody. Spočívá v uložení povinnosti členským státům nebo sociálním partnerům v případě, že u nich žádná právní opatření pro předcházení zneužití neexistují, zavést po konzultaci se sociálními partnery v souladu s vnitrostátními právními předpisy, kolektivními

²³ Srov. ustanovení 3 odst. 2 rámcové dohody o pracovních poměrech na dobu určitou.

smlouvami nebo zvyklostmi jedno nebo více z opatření vyjmenovaných v dohodě, a to způsobem, který přihlédne k potřebám specifických odvětví nebo kategorií zaměstnanců. Dohoda pak stanoví tři druhy opatření, které je možné přijmout. Jsou jimi:

- objektivní důvody, které ospravedlňují obnovení pracovních smluv a pracovních poměrů na dobu určitou,
- maximální celková doba trvání po sobě jdoucích pracovních smluv a pracovních poměrů na dobu určitou,
- počet obnovení těchto smluv a poměrů.

Vymezení objektivních důvodů ospravedlňujících obnovení pracovních smluv a pracovních poměrů na dobu určitou je ponecháno na členských státech nebo sociálních partnerech. Výkladem pojmu „*objektivní důvody*“ se zabýval ESD ve věci *Adeneler a další v. ELOG*, ve které řešil otázkou, zda objektivním důvodem ospravedlňujícím obnovování nebo uzavírání po sobě jdoucích pracovních smluv na dobu určitou je pouhá skutečnost, že uzavření smlouvy na dobu určitou je vyžadováno právním nebo správním předpisem.

Podle názoru ESD musí být pojem „*objektivní důvody*“ ve smyslu ustanovení 5 písm. a) rámcové dohody chápán tak, že se vztahuje na přesné a konkrétní okolnosti charakterizující danou činnost, a proto může v tomto konkrétním kontextu ospravedlnit použití po sobě jdoucích pracovních smluv na dobu určitou. Tyto okolnosti mohou vyplývat zejména z konkrétní povahy úkolů, pro jejichž plnění byly takové smlouvy uzavřeny, a z vlastností jim vlastních, nebo případně ze sledování legitimního cíle sociální politiky členského státu.²⁴

Stanovení podmínek, za kterých jsou pracovní smlouvy nebo poměry považovány za po sobě jdoucí a za uzavřené na dobu neurčitou, ponechává rámcová dohoda na členských státech nebo na sociálních partnerech. Podle názoru ESD však prostor pro uvážení, který je takto ponechán členským státům, není neomezený, neboť nemůže v žádném případě vést až k ohrožení cíle nebo užitečného

²⁴ Rozsudek ESD ze dne 4. července 2006 ve věci *K. Adeneler a další v. ELOG* (c – 212/04), par 69 a 70.

účinku rámcové dohody.²⁵ Vnitrostátní předpis, který za po sobě jdoucí považuje pouze smlouvy na dobu určitou, které jsou odděleny časovým rozmezím kratším nebo rovnajícím se 20 pracovním dnům, je nutno považovat za způsobilý ohrozit předmět, cíl i užitečný účel rámcové dohody.²⁶

III. Zásada informace o pracovní příležitosti

Zásada informace o pracovní příležitosti je zakotvena v ustanovení 6 dohody, podle kterého zaměstnavatelé uvědomí zaměstnance v pracovním poměru na dobu určitou o volných místech, která v podniku nebo v zařízení vzniknou, aby měli stejnou příležitost jako ostatní zaměstnanci, zajistit si stálé místo. Informace o volných místech mohou být poskytovány pomocí obecné inzerce, která je vhodně umístěna v podniku nebo v závodě. Zaměstnavatelé by v rámci možností měli zvážit poskytování informací o pracovních příležitostech na dobu neurčitou v podniku stávajícím subjektům, které zastupují zaměstnance.²⁷ Zaměstnavatelé také mají usnadnit zaměstnancům v pracovním poměru na dobu určitou přístup k vhodným možnostem vzdělávání za účelem zlepšení jejich odborné způsobilosti, rozvoje jejich kariéry a profesní mobility, pokud je to možné.

2.2.4 Provedení rámcové dohody

Rámcová dohoda stanoví pouze minimální rámec ochrany zaměstnanců v pracovním poměru na dobu určitou. Členským státům a sociálním partnerům je ponechána možnost zachovat nebo zavést příznivější opatření, než která jsou v dohodě stanovena. Sociálním partnerům je také ponechána možnost uzavírat na vhodné úrovni, včetně evropské úrovně, dohody upravující nebo doplňující tuto dohodu způsobem, který přihlíží ke zvláštním potřebám dotyčných sociálních partnerů.

²⁵ Rozsudek ESD ze dne 4. července 2006 ve věci K. Adeneler a další v. ELOG (c – 212/04), par 82.

²⁶ Rozsudek ESD ze dne 4. července 2006 ve věci K. Adeneler a další v. ELOG (c – 212/04), par 84. .

²⁷ Srov. ustanovení 7 odst. 3 rámcové dohody.

Podle ustanovení 8 odst. 3 rámcové dohody neodůvodňuje provádění této dohody snížení obecné úrovně ochrany poskytované zaměstnancům v oblasti její působnosti. Podle názoru ESD se výraz „*provádění*“ použitý bez dalšího upřesnění v ustanovení 8 odst. 3 rámcové dohody nemůže vztahovat na pouhé úvodní provedení směrnice 1999/70/ES, a zejména její přílohy obsahující rámcovou dohodu, ale musí zahrnovat jakékoli vnitrostátní opatření, jež má zaručit, že bude dosaženo účelu sledovaného touto směrnicí, včetně opatření, která po vlastním provedení směrnice doplňují nebo mění již přijatá vnitrostátní pravidla. Naopak snížení ochrany zaručené pracovníkům v oblasti smluv na dobu určitou není jako takové rámcovou dohodou zakázáno, pokud nijak nesouvisí s jejím prováděním.²⁸

3. Promítnutí směrnice 1999/70/ES do právního řádu České republiky

Směrnice Rady 1999/70ES byla do českého právního řádu implementována zákonem. č. 46/2004 Sb., kterým se mění a doplňuje zákon č. 65/1965 Sb., zákoník práce a některé zákony, který nabyl účinnosti 1. března 2004. Jeho hlavním cílem bylo zapracovat do českého právního řádu směrnice ES přijaté po novele zákoníku práce č. 155/2000 Sb.²⁹ Tato významná novela tzv. starého zákoníku práce, který byl účinný do 31. prosince 2006, přinesla zásadní koncepční změnu v právní úpravě pracovního poměru na dobu určitou. Obsah ustanovení § 30 tzv. starého zákoníku práce byl s drobnějšími změnami převzat do zákona č. 262/2006 Sb., tzv. nového koníku práce, který nabyl účinnosti 1. ledna 2007.

²⁸ Rozsudek ESD ze dne 22. listopadu 2004 ve věci Werner Mangold v. Rüdiger Helm (c – 144/04) par. 51 a 52.

²⁹ V uvedeném období byly přijaty směrnice Rady 2000/43/ES, kterou se provádí zásada rovného zacházení mezi osobami bez ohledu na jejich rasový nebo etnický původ, směrnice Rady 2000/78/ES, kterou se stanoví obecný rámec pro rovné zacházení v zaměstnání a povolání a směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/73/ES, kterou se mění směrnice Rady 76/207/EHS, o zavedení rovného zacházení pro muže a ženy pokud jde o přístup k zaměstnání, odbornému vzdělání a postupu v zaměstnání a pracovní podmínky.

Právní úprava pracovního poměru na dobu určitou před účinností novely starého zákoníku práce provedenou zákonem č. 46/2004 obsahovala zákaz sjednat pracovní poměr na dobu určitou s některými skupinami osob. Konkrétně se jednalo o absolventy středních a vysokých škol, odborných učilišť a učilišť vstupujících do pracovního poměru na práci odpovídající jejich kvalifikaci³⁰, mladistvé a zaměstnance, o nichž to stanovila kolektivní smlouva. Zákaz sjednání pracovního poměru na dobu určitou neplatil v případech, kdy fyzická osoba sama požádala zaměstnavatele o sjednání takového pracovního poměru. Zákon stanovil písemnou formu této žádosti, ovšem bez sankce neplatnosti.

Tato úprava byla již delší dobu považována za nedostačující a nevyhovující.³¹ Podle obecné části důvodové zprávy k návrhu zákona č. 46/2004 Sb. právní vývoj byly v průběhu let 2000 až 2002, tedy již po přijetí tzv. „harmonizační novely“ zákoníku práce, schváleny další směrnice, které se týkaly rovného zacházení a zákazu diskriminace a které bylo nezbytné implementovat do právního řádu ještě před přistoupením České republiky k Evropské unii. Do českého právního řádu bylo třeba implementovat mj. směrnici Rady 1999/70/ES o rámcové dohodě o pracovních poměrech na dobu určitou uzavřené organizacemi UNICE, CEEP a EKOS, která podle důvodové zprávy k návrhu zákona č. 46/2004 Sb., byla promítnuta do zákoníku práce jen částečně, neboť zákon vymezoval pouze okruh osob, se kterými nebylo možno uzavřít pracovní poměr na dobu určitou, zatímco směrnice požaduje přijmout opatření k zamezení tzv. řetězení pracovních poměrů uzavíraných na dobu určitou.

³⁰ Za absolventa byl považován zaměstnanec, jehož celková doba zaměstnání v pracovním nebo obdobném poměru nedosáhla po úspěšném ukončení studia (přípravy) dvou let, přičemž se do této doby nezapočítávala doba vojenské základní (náhradní) služby a civilní služby nahrazující tuto službu, doba mateřské dovolené a další mateřské dovolené a doba, po kterou zaměstnavatel omluvil nepřítomnost muže v práci, protože mu příslušel rodičovský příspěvek.

³¹ Návrh změny ustanovení § 30 tehdejšího zákoníku práce, která by byla provedena zákonem č. 155/2000 Sb., nebyl přijat čímž zůstávalo v platnosti znění podle novely zákoníku práce provedené zákonem č. 74/1994 Sb., a to pouze s malou úpravou provedenou zákonem č. 167/1999 Sb., kdy byly ze zákazu sjednat pracovní poměr na dobu určitou vypuštěny osoby se změněnou pracovní schopností a osoby se změněnou pracovní schopností s těžším zdravotním postižením.

Další změny v právní úpravě pracovního poměru na dobu určitou byly provedeny zákonem č. 436/2004 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím zákona o zaměstnanosti. Do zákoníku práce se promítl zákon č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, zejména zavedením institutu zprostředkování zaměstnání agenturami práce, který je upraven v § 58 až 66 zákona o zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů. Jedná se o zprostředkování zaměstnání formou dočasného přidělení zaměstnance k výkonu práce pro jinou fyzickou nebo právnickou osobu. Takovýmto zprostředkováním zaměstnání se rozumí zprostředkování zaměstnání agenturou práce na základě uzavření pracovního poměru nebo dohody o pracovní činnosti mezi fyzickou osobou a agenturou práce za účelem výkonu práce u uživatele.

3.1 Omezení maximální doby trvání pracovního poměru na dobu určitou

Současná právní úprava pracovního poměru na dobu určitou je obsažena v ustanovení § 39 zákona č. 262/2006 Sb., zákoníku práce, jehož odst. 2 až 6 zapracovávají do českého právního řádu pravidla obsažená ve směrnici Rady 1999/70/ES o rámcové dohodě o pracovních poměrech na dobu určitou uzavřené mezi organizacemi UNICE, CEEP a EKOS. Podle ustanovení § 39 odst. 2 zákoníku práce je trvání pracovního poměru mezi týmiž účastníky možné sjednat celkem na dobu nejvýše dvou let ode dne vzniku tohoto pracovního poměru; to platí i pro každý další pracovní poměr na dobu určitou sjednaný v uvedené době mezi týmiž účastníky. Jestliže od skončení předchozího pracovního poměru na dobu určitou uplynula doba alespoň šesti měsíců, k předchozímu pracovnímu poměru na dobu určitou mezi týmiž účastníky se nepřihlíží.

Úprava obsažená v ustanovení § 39 odst. 2 zákoníku práce má zabránit zneužívání pracovních poměrů na dobu určitou. Reaguje na ustanovení 5 rámcové dohody ukládající členským státům povinnost zavést jedno nebo více z opatření vyjmenovaných v dohodě. Konkrétně se jedná o opatření uvedené v ustanovení 5 písm. b) tedy maximální celkovou dobu trvání po sobě jdoucích pracovních smluv a pracovních poměrů na dobu určitou. Maximální dobu trvání

pracovního poměru na dobu určitou mezi stejnými účastníky stanovil český zákonodárce na dva roky.

3.2 Výjimky z omezení maximální doby trvání pracovního poměru na dobu určitou

Uvedené omezení maximální doby trvání pracovního poměru na dobu určitou neplatí bez výjimek. Z ustanovení § 39 odst. 3 vyplývá, že se zákaz sjednávání nebo prodlužování pracovních poměrů na dobu určitou mezi stejným zaměstnancem a stejným zaměstnavatelem déle než na dva roky nevztahuje na případy, kdy dochází ke sjednání pracovního poměru na dobu určitou:

- podle zvláštního právního předpisu, nebo kdy zvláštní právní předpis stanoví pracovní poměr na dobu určitou jako podmínku pro vznik dalších práv,
- z důvodu náhrady dočasně nepřítomného zaměstnance na dobu překážek v práci na straně zaměstnance.

Ustanovení § 39 odst. 4 umožňuje, aby zákaz sjednávání nebo prodlužování pracovních poměrů na dobu určitou mezi stejným zaměstnancem a stejným zaměstnavatelem déle než na dva roky neplatil rovněž v případech, že jsou dány vážné provozní důvody na straně zaměstnavatele nebo důvody spočívající ve zvláštní povaze práce, kterou má zaměstnanec vykonávat.

Uvedené výjimky z omezení maximální doby trvání pracovního poměru na dobu určitou znamenají stejně jako stanovení této doby opatření k předcházení zneužití vznikajícího využitím po sobě jdoucích pracovních poměrů na dobu určitou. Zákonodárce tak zavedl do právního řádu opatření upravené v ustanovení 5 písm. a) rámcové dohody.

3.2.1 Pracovní poměr na dobu určitou podle zvláštního právního předpisu

Ke sjednání pracovního poměru na dobu určitou podle zvláštního právního předpisu, dochází například u justičních čekatelů, jejichž pracovní poměr je zčásti upraven zákonem č. 6/2002 Sb., o soudech a soudcích, ve znění pozdějších předpisů. Ten je zvláštním právním

předpisem ve smyslu ustanovení § 5 zákoníku práce.³² Úprava délky trvání pracovního poměru na dobu určitou nad rozsah, který připouští zákoník práce, stanoví zákon o soudech a soudcích vzhledem k tomu, že přípravná služba justičního čekatele trvá kvůli odpovědnosti a náročnosti povolání soudce 36 měsíců. Cílem přípravné služby je odborně připravit justiční čekatele na výkon povolání soudce.

Přípravná služba je vykonávána v pracovním poměru, který je založen pracovní smlouvou. Za stát uzavírá pracovní smlouvu s justičním čekatelem krajský soud.³³ Pracovní poměr justičních čekatelů je upraven v ustanovení § 112 odst. 1 zákona o soudech a soudcích, který stanoví, že pracovní poměr s justičním čekatelem se uzavírá na dobu určitou v trvání 40 měsíců. Nedosáhne-li doba přípravné služby v době trvání pracovního poměru délky 36 měsíců, lze se souhlasem justičního čekatele pracovní poměr prodloužit o dobu potřebnou k dosažení této délky přípravné služby, nejdéle však o 20 měsíců. Pracovní poměr s justičním čekatelem se vždy prodlouží o potřebnou dobu, jestliže nedosáhl doby přípravné služby v trvání 36 měsíců v důsledku plnění branné povinnosti, výkonu civilní služby nebo pro nepřítomnost v práci z důvodu těhotenství nebo péče o nezletilé dítě po dobu mateřské nebo rodičovské dovolené.

Jiným právním předpisem, podle kterého dochází ke sjednání pracovního poměru na dobu určitou, je zákon č. 283/1993 Sb., o státním zastupitelství, ve znění pozdějších předpisů.³⁴ Důvodem ke sjednávání takového pracovního poměru je výkon čekatelské praxe trvající 36 měsíců, jež je vyžadován k výkonu povolání státního zástupce.³⁵ Podobně jako zákon o soudech a soudcích obsahuje zákon o státním zastupitelství odlišnou úpravu týkající se pracovních poměrů na dobu určitou, než jakou stanoví zákoník práce.

Pracovní poměr s právním čekatelem se podle ustanovení § 33 odst. 5 zákona o státním zastupitelství sjednává na dobu určitou v trvání 40 měsíců. Nedosáhne-li doba čekatelské praxe v době

³² Srov. rovněž ustanovení § 112 odst. 3 zákona o soudech a soudcích.

³³ Srov. ustanovení § 111 odst. 1 o soudech a soudcích.

³⁴ Stejně jako na pracovněprávní vztahy justičních čekatelů se na pracovněprávní vztahy právních čekatelů upravené tímto zákonem zákoník práce vztahuje jako delegovaný právní předpis.

³⁵ Srov. ustanovení § 33 odst. 1 zákona o státním zastupitelství.

trvání tohoto pracovního poměru délky 36 měsíců, lze s právním čekatelem sjednat prodloužení jeho pracovního poměru o dobu potřebnou k dosažení této délky čekatelské praxe, nejdéle však o 20 měsíců. Pracovní poměr se právnímu čekateli s jeho souhlasem vždy prodlouží o potřebnou dobu, jestliže nedosáhl dobu čekatelské praxe v trvání 36 měsíců v důsledku plnění branné povinnosti nebo pro nepřítomnost v práci z důvodu těhotenství nebo péče o nezletilé dítě.

Odlišnou úpravu sjednávání pracovního poměru na dobu určitou, než jakou připouští zákoník práce, lze nalézt také v zákoně č. 111/1998 Sb., o vysokých školách a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů. Na rozdíl od pracovněprávních vztahů justičních čekatelů a právních čekatelů se na pracovněprávní vztahy akademických pracovníků vysokých škol zákoník práce použije jako subsidiární právní předpis, tedy pokud zvláštní právní předpis nestanoví jinak.³⁶

Podle ustanovení § 70 odst. 4 zákona o vysokých školách lze pracovní poměr akademických pracovníků sjednat na dobu určitou, zpravidla v délce pěti let. Pracovní poměr na dobu určitou lze sjednat opakovaně nebo dohodou prodlužovat na dobu delší než pět let.³⁷ Zákon o vysokých školách tak umožňuje sjednání pracovního poměru na dobu určitou s akademickým pracovníkem na dobu přesahující dva roky. Kromě toho umožňuje, aby byl pracovní poměr na dobu určitou mezi týmiž účastníky sjednán opakovaně, aniž by mezi jednotlivými pracovními poměry na dobu určitou uplynulo 6 měsíců. Tato právní úprava není podle názoru autorky příspěvku v souladu s požadavky směrnice Rady 1999/70/ES, jež ukládá členským státům povinnost přijmout veškerá nezbytná opatření, která jim umožní kdykoli zaručit výsledky stanovené touto směrnicí. Tyto

³⁶ Kdo je akademickým pracovníkem, stanoví zákon o vysokých školách v § 70 odst. 1. Jedná se o zaměstnance vysoké školy, kteří vykonávají jak pedagogickou, tak vědeckou, výzkumnou, vývojovou, uměleckou nebo další tvůrčí činnost. Akademickými pracovníky jsou podle § 70 odst. 2 zákona o vysokých školách profesori, docenti, odborní asistenti, asistenti, lektori a vědečtí, výzkumní a vývojoví pracovníci podílející se na pedagogické činnosti.

³⁷ Pro zaměstnance vysokých škol, kteří nejsou akademickými pracovníky, však tato právní úprava neplatí. Na jejich pracovní poměry se v plném rozsahu vztahuje zákoník práce včetně omezení maximální doby trvání pracovního poměru dvěma roky.

výsledky nejsou zaručeny pro akademické pracovníky vysokých škol, ačkoli se směrnice Rady 1999/70ES vztahuje na všechny zaměstnance v pracovním poměru na dobu určitou uzavřeným přímo mezi zaměstnancem a zaměstnavatelem, tedy i na akademické pracovníky vysokých škol.

Jak již bylo uvedeno výše, je účelem směrnice Rady 1999/70/ES, respektive rámcové dohody, která je obsažena v její příloze, vytvořit rámec, jež zabráni zneužití vyplývající z použití po sobě jdoucích pracovních smluv nebo pracovních poměrů na dobu určitou. K dosažení tohoto cíle musí členské státy zavést alespoň jedno z opatření uvedených v ustanovení 5. Takovýmto opatřením může být stanovení objektivních důvodů ospravedlňujících obnovení pracovních poměrů na dobu určitou. Za takovýto důvod není možné považovat samotnou existenci právního předpisů umožňujícího opakované sjednávání pracovních poměrů na dobu určitou s jednou skupinou zaměstnanců, aniž by byl blíže specifikován důvod ospravedlňující tuto úpravu. Tento názor lze podložit judikaturou ESD, podle níž předpis čistě formální povahy, který specifickým způsobem neodůvodňuje použití po sobě jdoucích pracovních smluv na dobu určitou existencí objektivních faktorů vztahujících se ke zvláštnostem dotyčné činnosti a podmínkám jejího výkonu, obsahuje skutečné riziko, že povede ke zneužití tohoto typu smluv, a není tudíž slučitelný s cílem a užitečným účinkem dohody. Bylo-li by připuštěno, že by vnitrostátní předpis mohl ex lege a bez dalšího upřesnění ospravedlnit po sobě jdoucí pracovní smlouvy na dobu určitou, vedlo by to k tomu, že by nebyl brán na zřetel cíl rámcové dohody, kterým je ochrana zaměstnanců před nestabilitou v zaměstnání, a zásada, podle níž smlouvy na dobu neurčitou představují obecnou formu pracovních poměrů, by byla zbavena své podstaty.³⁸

Na rozdíl od justičních a právních čekatelů, u nichž je sjednání popřípadě prodloužení pracovního poměru na dobu určitou nad rámec stanovený zákoníkem práce odůvodněný účelem, pro který je pracovní poměr uzavírán (vykonání čekatelské praxe), není pro akademické pracovníky vysokých škol stanoven žádný důvod, jež by

³⁸ Rozsudek ESD ze dne 4. července 2006 ve věci K. Adeneler a další v. ELOG (c – 212/04), par. 72 a 73.

ospravedlňoval opakované sjednávání pracovních poměrů na dobu určitou.

3.2.2 Pracovní poměr na dobu určitou jako podmínka pro vznik dalších práv

Zvláštním právním předpisem, který stanoví pracovní poměr na dobu určitou jako podmínku pro vznik dalších práv, je zákon č. 155/1995 Sb., o důchodovém pojištění, ve znění pozdějších předpisů. Podle ustanovení § 37 odst. 1 tohoto zákona náleží výplata starobního důchodu, na který vznikl nárok podle § 29, osobám vykonávajícím výdělečnou činnost na základě pracovněprávního vztahu, jen pokud byl tento vztah sjednán na dobu určitou, nejdéle však na dobu jednoho roku, lze-li jej podle zvláštních právních předpisů na tuto dobu sjednat. Pracovní poměr pracujícího poživatele starobního důchodu tedy musí být sjednán na dobu určitou, nejdéle na jeden rok. Pokud by tato podmínka nebyla splněna, náležela by starobnímu důchodci výplata důchodu.

3.2.3 Náhrada dočasně nepřítomného zaměstnance v práci po dobu překážek v práci

Zákaz sjednání a prodlužování pracovního poměru na dobu určitou déle než na dva roky se nevztahuje na případy, kdy dochází ke sjednání pracovního poměru na dobu určitou z důvodu náhrady dočasně nepřítomného zaměstnance na dobu překážek v práci na straně zaměstnance. Za překážky v práci považuje právní úprava okolnosti, které zaměstnanci dočasně znemožňují či ztěžují plnit povinnosti vyplývající z pracovního poměru, zejména povinnost vykonávat sjednané práce po sjednanou pracovní dobu. Za okolnosti ospravedlňující uzavírání nebo prodlužování pracovního poměru na dobu určitou déle než na dva roky považuje zákoník práce pouze překážky v práci na straně zaměstnance. Ty jsou upraveny v § 191 až 207 zákoníku práce. Nejčastější překážkou v práci, při níž je třeba se zaměstnancem nahrazujícím nepřítomného zaměstnance sjednat pracovní poměr na dobu určitou déle než na dva roky, je čerpání

rodičovské dovolené nebo dlouhodobé uvolnění k výkonu veřejné funkce.

3.2.4 Vážné provozní důvody na straně zaměstnavatele

Zákoník práce neomezuje sjednávání či prodlužování pracovních poměrů na dobu určitou maximální dobou trvání ani v případech, kdy jsou na straně zaměstnavatele dány vážné provozní důvody. Právní úprava tak reaguje na požadavky směrnice Rady 1999/70/ES, která nebrání zaměstnavatelům využívat pracovní poměry na dobu určitou způsobem beroucím v úvahu specifické odvětvové požadavky. Zákoník práce tak zohledňuje potřeby zaměstnavatelů.

Vážné provozní důvody mohou spočívat například v sezónním charakteru práce v odvětvích jakými jsou stavebnictví, pohostinství nebo ubytovací služby. Uplatnění této výjimky je podmíněno vymezením „*vážných provozních důvodů*“ v písemné dohodě zaměstnavatele s odborovou organizací. Tuto dohodu nelze nahrazovat nepojmenovanou smlouvou podle § 51 občanského zákoníku. V případě, že u zaměstnavatele nepůsobí odborová organizace, je možné dohodu mezi zaměstnavatelem a odborovou organizací vymezující vážné provozní důvody nahradit vnitřním předpisem.

3.2.5 Důvody spočívající ve zvláštní povaze práce, kterou má zaměstnanec vykonávat

Pokud je práce, kterou má zaměstnanec vykonávat, takové povahy, že je účelné, aby byla vykonávána v pracovním poměru na dobu určitou, umožňuje zákoník práce, stejně jako v případě existence vážných provozních důvodů na straně zaměstnavatele, vyloučit zákaz sjednávání nebo opakovaného sjednávání pracovního poměru na dobu určitou mezi tímž zaměstnancem a tímž zaměstnavatelem déle než na dva roky. *Důvody spočívající ve zvláštní povaze práce*, kterou má zaměstnanec vykonávat, musí být vymezeny v písemné dohodě mezi zaměstnavatelem a odborovou organizací. Vnitřním předpisem může zaměstnavatel stanovit tyto důvody pouze v případě, že u něho odborová organizace nepůsobí.

3.3 Informační povinnost zaměstnavatele

Ustanovení § 279 odst. 1 písm. g) zákoníku práce ukládá zaměstnavateli povinnost informovat zaměstnance o nabídce volných pracovních míst na dobu neurčitou, která by byla vhodná pro další pracovní zařazení zaměstnanců pracujících u zaměstnavatele v pracovním poměru na dobu určitou. Informováním se podle ustanovení § 278 odst. 2 zákoníku práce rozumí poskytnutí nezbytných údajů, z nichž je možné jednoznačně zjistit stav oznamované skutečnosti, popřípadě k ní zaujmout stanovisko.

Česká právní úprava tak reaguje na požadavek vyplývající z ustanovení 6 rámcové dohody, podle kterého zaměstnavatelé uvědomí zaměstnance v pracovním poměru na dobu určitou o volných místech, která v podniku nebo v zařízení vzniknou, aby měli stejnou příležitost jako ostatní zaměstnanci, zajistit si volné místo. Podle názoru autorky příspěvku chápe český právní řád povinnost podle ustanovení 6 odst. 1 rámcové dohody poněkud úžeji, neboť stanoví zaměstnavateli povinnost informovat zaměstnance v pracovním poměru na dobu určitou pouze o nabídce volných pracovních míst na dobu neurčitou, která by byla vhodná pro jejich další pracovní zařazení u zaměstnavatele. Otázkou je, kdo posoudí vhodnost konkrétních pracovních míst pro konkrétní zaměstnance. V ustanovení 6 odst. 1 výše rámcové dohody však není o vhodnosti pracovních míst žádná zmínka. Smyslem tohoto ustanovení je bezpochyby dosáhnout toho, aby byl zaměstnanec informován o všech volných pracovních místech na dobu neurčitou, které se v podniku nebo v zařízení vyskytnou. Je pak na každém zaměstnanci, aby si vybral a ucházel se o místo, které považuje za vhodné.

4. Navrhované změny právní úpravy pracovního poměru na dobu určitou

V říjnu 2008 zveřejnilo Ministerstvo práce a sociálních věcí přehled námětů ke koncepčním změnám zákoníku práce, jejichž cílem je mimo jiné umožnit širší využití pružných forem práce. Tento dokument počítá rovněž se změnami právní úpravy pracovního poměru na dobu určitou.

Ustanovení § 39 by mělo být novelizováno, tak že právní úprava by výslovně rozlišovala sjednání pracovního poměru na dobu určitou nebo na dobu neurčitou. Navrhuje se umožnit sjednání pracovního poměru na dobu určitou i rozvazovací podmínkou. Při tom by měla být zachována nevyvratitelná právní domněnka, že pokud si strany nesjednají dobu trvání nebo den skončení pracovního poměru, platí, že se jedná o pracovní poměr na dobu neurčitou.

Zásadní navrhovanou změnou je prodloužení maximální doby trvání pracovního poměru na dobu určitou ze dvou na tři roky. Po tuto dobu by mohlo být možné prodlužování nebo opakované sjednání pracovního poměru na dobu určitou bez omezení. Dosavadní šestiměsíční lhůta, po jejímž uplynutí se nepřihlíží k předchozímu pracovnímu poměru na dobu určitou se navrhuje ponechat. Dále je navrhováno stanovit demonstrativní výčet důvodů ospravedlňujících prodloužení nebo opakované sjednání pracovního poměru na dobu přesahující tři roky. Jedná se o:

- zastoupení dočasně nepřítomného zaměstnance,
- výkon sezónní práce,
- krátkodobé navýšení práce,
- zvláštní povahu práce.

Autoři navrhované koncepční novely zákoníku práce se rozhodli ponechat na judikatuře a doktríně, aby vymezily další případy, kdy zde takové důvody jsou.³⁹ Navrhované řešení nepovažuje autorka příspěvku za příliš šťastné, neboť zákon by měl jasně stanovit důvody, při jejichž existenci neplatí omezení maximální doby trvání pracovního poměru na dobu určitou. Případy, kdy může docházet k uzavírání pracovních poměrů na dobu určitou nad rámec stanovený zákonem, by měly být výjimečné, neboť základním principem, na kterém je postavena směrnice Rady 1999/70/ES, je, že obecnou formou pracovního poměru mezi zaměstnancem a zaměstnavatelem jsou a zůstanou pracovní poměry na dobu neurčitou. Ponechání

³⁹ Srov. příloha č. 10 k základnímu přehledu námětů ke koncepčním změnám v zákoníku práce, [citováno 30. října 2008]. Dostupný z: http://www.mpsv.cz/files/clanky/5775/02_prilohy_k_zakladnimu_prehledu.pdf, s. 16.

vymezení důvodů ospravedlňujících uzavírání nebo prodlužování pracovních poměrů nad rozsah stanovený zákonem na zaměstnavateli, popřípadě po rozhodnutí soudních sporů na judikatuře, by značně ztížilo dosažení cíle sledovaného stanovením nejdelší možné doby trvání pracovního poměru na dobu určitou, kterým je zabránit zneužívání takovýchto po sobě jdoucích pracovních poměrů.

Z okruhu výjimek, na které se nevztahuje omezení uzavírat pracovní poměr na dobu určitou nad stanovenou dobu, jsou vypuštěny, případy, kdy dochází ke sjednání pracovního poměru na dobu určitou podle zvláštního předpisu nebo kdy zvláštní předpis stanoví sjednání pracovního poměru na dobu určitou jako podmínku pro vznik dalších práv. Vypuštění druhé z uvedených výjimek zřejmě souvisí se zrušením podmínky existence pracovněprávního vztahu na dobu určitou nejdéle na jeden rok pro nárok na výplatu starobního důchodu.

Závěr

Směrnice Rady 1999/70ES o pracovních poměrech na dobu určitou uzavřené mezi organizacemi UNICE, CEEP a EKOS byla do českého právního řádu implementována zákonem. č. 46/2004 Sb., kterým se mění a doplňuje zákon č. 65/1965 Sb., zákoník práce a některé zákony, který nabyl účinnosti 1. března 2004. Právní úprava obsažená v tomto zákoně byla s několika dílčími změnami převzata do zákona č. 262/2006 Sb., zákoníku práce, jež nabyl účinnosti 1. ledna 2007.

Z opatření, jež mají předcházet zneužití po sobě následujících pracovních smluv nebo pracovních poměrů na dobu určitou obsažených v ustanovení 5 odst.1 rámcové dohody o pracovních poměrech na dobu určitou uzavřené mezi organizacemi UNICE, CEEP a EKOS, si český zákonodárce vybral první možnost, kterou je stanovení objektivních důvodů ospravedlňujících obnovení pracovních poměrů na dobu určitou, a druhou možnost, kterou je maximální celková doba trvání po sobě jdoucích pracovních smluv a pracovních poměrů na dobu určitou. Třetí možnosti, kterou je počet obnovení pracovních poměrů na dobu určitou, zákonodárce nevyužil. Zákoník práce výslovně vylučuje z omezení sjednávání pracovních

poměrů na dobu určitou pracovní smlouvy sjednávané mezi agenturou práce a zaměstnancem za účelem výkonu práce u uživatele, což vychází z rozsahu působnosti rámcové dohody, který zahrnuje pouze pracovní poměry uzavřené přímo mezi zaměstnancem a zaměstnavatelem.

Příloha – Seznam judikatury

- Rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 17. června 1998 ve věci European union of the craft industry and of the small and medium-sized enterprises (UEAPME) v. Rada (T – 135/96);
- Rozsudek ESD ze dne 22. listopadu 2004 ve věci Werner Mangold v. Rüdiger Helm (c – 144/04);
- Rozsudek ESD ze dne 4. července 2006 ve věci K. Adeneler a další v. ELOG (c – 212/04);
- Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 5. září 2001, sp. zn. 21 Cdo 1990/2000;
- Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 21. října 2002, sp. zn. 21 Cdo 2080/2001;
- Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 20. května 2003, sp. zn. 21 Cdo 2372/2002.

Kontaktní údaje na autora – email:

komendovajana@centrum.cz

Transpozice vybraných ustanovení kvalifikační směrnice do zákona o azylu a jejich dopad na rozhodovací praxi

JUDr. David Kosař, LL.M.

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Katedra mezinárodního a evropského práva, Česká republika

Abstract:

The term “persecution” has always been the crucial part of the refugee definition. Its central role has not changed by the adoption of the Qualification Directive (QD). To the contrary, the QD contains a more comprehensive and sophisticated definition of this term than the 1951 Geneva Convention. It is thus interesting to see how this “brand new” definition influences the national practice. To this end, this paper examines the transposition of Arts. 6-9 QD into the Czech Asylum Act and draws attention to the challenge which these articles of the QD pose to the “pre-transposition” jurisprudence of the Czech administrative courts. This paper pursues two aims. First, by analyzing the transposition of Arts. 6-9 QD it identifies “transposition gaps and misunderstandings” which must be redressed by the administrative courts. Second, by reviewing the “pre-transposition” jurisprudence it searches for precedents that are inconsistent with the QD and should be overruled. This paper concludes that the Czech legislator chose a “minimalist” transposition of Arts. 6-9 QD and therefore delegated a major part of the job of the correct and complete transposition of the QD to the courts. The analysis of the case law of the Czech administrative courts then shows that many decisions dealing with both the “serious harm” and the “failure of state protection” limb of persecution (and most notably on the issue of non-state agents of persecution) are “QD-inconsistent” and that the Supreme Administrative Court should take the first opportunity to overrule them.

Pojmu pronásledování byla věnována v české odborné literatuře poměrně značná pozornost a v roce 2005 dokonce jeden samostatný

sborník.¹ Již v tomto sborníku se většina příspěvků upínala k evropskému azylovému *acquis*, a zejména ke kvalifikační směrnici (dále též jen „KS“).² V roce 2005 však teprve běžela lhůta pro transpozici této směrnice (podle čl. 38 odst. 1 KS uplynula tato lhůta dne 10. 10. 2006), a tudíž bylo možné argumentovat pouze vhodností předtranspozičního eurokonformního výkladu.³ Tento apel byl ale vyslyšen jen částečně. Znění § 75 odst. 1 s. ř. s.⁴ pak přímou aplikaci kvalifikační směrnice (alespoň pokud jde o soudy) odsunulo ještě o něco dále za říjen roku 2006. V polovině roku 2008 ale můžeme konstatovat, že většina kasačních stížností před Nejvyšším správním soudem (dále jen „NSS“) a téměř všechny žaloby před krajskými soudy pocházejí již z „potranspozičního“ období. Tento vývoj ostatně asi nikoho nepřekvapil.

Co však v roce 2008 překvapuje, je minimální používání kvalifikační směrnice v řízení o mezinárodní ochraně, a to ve všech směrech. Rozhodnutí Ministerstva vnitra (dále jen „MV“) o mezinárodní ochraně výslovně zmiňujících kvalifikační směrnici je jako šafránu, o mnoho lépe na tom nejsou ani krajské soudy ani NSS, a námitky opírající se o tuto směrnici chybí i v žalobách a kasačních stížnostech. Všechny subjekty zúčastněné na řízení o mezinárodní ochraně tak zdá se pokračují v zaběhaném schématu – co není v zákoně o azylu (dále jen „AZ“),⁵ to jako by neexistovalo. Čím to

¹ JÍLEK, D., BUKVALDOVÁ, J., KLEČKOVÁ, R., KOSAŘ, D., TOMISOVÁ, M.: (ed.): *Společný evropský azylový systém: právní pojem pronásledování*, Brno, Doplněk, 2005.

² Směrnice č. 2004/83/ES o minimálních normách, které musí splňovat státní příslušníci třetích zemí nebo osoby bez státní příslušnosti, aby mohli žádat o postavení uprchlíka nebo osoby, která z jiných důvodů potřebuje mezinárodní ochranu a o obsahu tohoto postavení.

³ Podle nejnovější judikatury Evropského soudního dvora ale nepřímý účinek, tj. povinnost eurokonformního výkladu, nastupuje již od data nabytí účinnosti směrnic (srov. rozsudek ESD ve věci C-212/04 *Konstantinos Adeneler a ostatní*, ECR 2006 I-06057; pro detailnější rozbor tohoto rozsudku srov. BOBEK, M.: Soudní dvůr Evropských společenství: Adeneler - nepřímý účinek směrnic již nabytím jejich účinnosti? *Soudní rozhledy*, č. 9/2006, str. 357-362), tj. v případě kvalifikační směrnice již od 20. 10. 2004.

⁴ „Při přezkoumání rozhodnutí vychází soud ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správního orgánu.“

⁵ Zákon 325/1999 Sb. o azylu, a o změně zákona č. 283/1991 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů, (zákon o azylu).

je? Nabízí se dvě odpovědi. První odpověď je pozitivní – kvalifikační směrnice byla do zákona o azylu přesně a plně transponována. V takovém případě by na výše uvedeném trendu nebylo nic špatného. Druhá odpověď už tak pozitivní rozhodně není – přestože do zákona o azylu nebyla transponována všechna ustanovení kvalifikační směrnice a některá ustanovení byla transponována pouze částečně nebo dokonce nesprávně, většina subjektů podílejících se na rozhodování o mezinárodní ochraně si tohoto nedostatku není vědoma.

1. OBECNĚ K TRANSPOZICI POJMU PRONÁSLEDOVÁNÍ (ČL. 6-9 KS)

Definice pojmu „pronásledování“ se nachází v § 2 odst. 8 AZ, jenž v aktuálním znění (po novele č. 379/2007 Sb.) zní následovně:

„Za pronásledování se pro účely tohoto zákona považuje závažné porušení lidských práv, jakož i opatření působící psychický nátlak nebo jiná obdobná jednání, pokud jsou prováděna, podporována nebo trpěna státními orgány, stranami nebo organizacemi ovládajícími stát nebo podstatnou část jeho území ve státě, jehož je cizinec státním občanem, nebo státu posledního trvalého bydliště v případě osoby bez státního občanství. Za pronásledování se považuje i jednání soukromých osob podle věty první, pokud lze prokázat, že stát, strany nebo organizace, včetně mezinárodních organizací, kontrolující stát nebo podstatnou část jeho území nejsou schopny odpovídajícím způsobem zajistit ochranu před takovým jednáním. Za pronásledování se nepovažuje, může-li cizinec s přihlédnutím k osobní situaci nalézt účinnou ochranu v jiné části státu, jehož státní občanství má, nebo je-li osobou bez státního občanství, v jiné části státu svého posledního trvalého bydliště, pokud se obava z pronásledování nebo hrozba vážné újmy zřejmě vztahuje pouze na část státu.“

Jak již bylo mnohokrát řečeno v odborných příspěvcích z minulých let, definice pojmu „pronásledování“ od chvíle, kdy uplynula transpoziční lhůta kvalifikační směrnice, již není plně v diskreci České republiky. Nabízí se tedy otázka, nakolik Česká

republika splnila svůj závazek transponovat do zákona o azylu relevantní ustanovení kvalifikační směrnice, v případě pojmu „pronásledování“ pak zejména čl. 6, 7, 8 a 9 KS.

I když je tento příspěvek zaměřena převážně na pojem „pronásledování“, hned na začátek musíme připomenout, že Kapitola II kvalifikační směrnice (čl. 4-8 KS) obsahuje obecná ustanovení, jež se vztahují jak na definici uprchlíka, tak na definici osoby, která má nárok na doplňkovou ochranu. Teprve Kapitoly III a IV kvalifikační směrnice (čl. 9–14 KS) jsou věnovány výhradně definici uprchlíka.⁶ Z toho vyplývá, že prvek „selhání vnitrostátní ochrany“ je pro azyl a doplňkovou ochranu společný, zatímco prvek „vážné újmy“ je pro každý institut definován odlišně (pro azyl v čl. 9 KS, pro doplňkovou ochranu v čl. 15 KS). Tuto systematiku kvalifikační směrnice, tj. rozdílný rozsah *ratione personae* Kapitoly II a Kapitoly III kvalifikační směrnice, by měla odrážet i transpozice do zákona o azylu. Jak však uvidíme níže, český zákonodárce se tohoto úkolu nezhodil právě šťastně, ba naopak, jeho způsob transpozice do zákona o azylu zadělal do budoucna na obrovské aplikační problémy.

Zjednodušeně lze konstatovat, že transpozici kvalifikační směrnice byla věnována novela č. 165/2006 Sb. Tím však novelizace pojmu pronásledování neskončila. Definice pronásledování byla zpřesněna i novelou č. 379/2007 Sb., jež měla primárně za úkol transponovat jinou azylovou směrnici, a to směrnici procedurální.⁷ Hlavní změna v definici pronásledování, kterou novela č. 379/2007 Sb. přinesla, se týká možnosti vnitřní ochrany (upravené čl. 8 KS). Novela č. 379/2007 Sb. totiž zrušila § 16 odst. 1 písm. h) AZ a přesunula problematiku možnosti vnitřní ochrany přímo do definice pronásledování v § 2 odst. 8 AZ. Jinými slovy, pokud MV dospěje k závěru, že žadatel o mezinárodní ochranu může nalézt účinnou ochranu v jiné části státu, nemůže již jeho žádost posoudit jako zjevně nedůvodnou, což pro žadatele přináší výrazné zvýšení procesní ochrany v následném řízení.⁸

⁶ Doplňková ochrana je v českém znění kvalifikační směrnice označována jako „podpůrná ochrana“ (pozn. autora).

⁷ Směrnice č. 2005/85/ES o minimálních normách pro řízení v členských státech o přiznávání a odmínání postavení uprchlíka.

⁸ Zvláště vzhledem k restriktivní judikatuře NSS k § 16 AZ. Srov. např. rozsudek NSS ze dne 4. 12. 2003, sp. zn. 2 Azs 47/2003; rozsudek NSS ze dne 15. 10. 2003,

I přes dvojí novelizaci transpozici kvalifikační směrnice však existují mezi zněním definice pronásledování v § 2 odst. 8 AZ a články 6 až 9 KS značné rozdíly. Jinými slovy, transpozice článků 6 až 9 KS do zákona o azylu není ani přesná ani úplná, což znamená, že MV a soudy budou muset v určitých aspektech pojmu pronásledování⁹ dát v souladu s doktrínou „přímého účinku“ a „nadřazenosti“ sekundárního práva Evropského společenství (dále jen „ES“) přednost znění kvalifikační směrnice a neaplikovat relevantní ustanovení zákona o azylu, popř. alespoň relevantní ustanovení zákona o azylu vykládat eurokonformně. Právě těmto rozporům budou věnovány následující řádky, přičemž vzhledem k systematice pojmu „pronásledování“ začne rozbor nejprve čl. 9 KS (prvek závažné újmy), poté čl. 6 (původci pronásledování) a čl. 7 (poskytovatelé ochrany a úroveň vnitrostátní ochrany) a konečně čl. 8 KS (možnost vnitřní ochrany). Touto posloupností tak bude dodržena rovnice pronásledování = závažná újma + selhání vnitrostátní ochrany.¹⁰

1.1 TRANSPOZICE PRVKU ZÁVAŽNÉ ÚJMY (ČL. 9 KS)

Článek 9 odst. 1 KS ve skutečnosti obsahuje dvě samostatné alternativní definice prvku závažné újmy: (1) svou povahou nebo opakováním dostatečně závažné jednání představující vážné porušení základních lidských práv; a (2) tzv. pronásledování na kumulativním základě. Jeho přesné znění je následující:

„Za pronásledování ve smyslu čl. 1 odst. A Ženevské úmluvy je považováno jednání, které je:

a) svou povahou nebo opakováním dostatečně závažné, aby představovalo vážné porušení základních lidských práv, zejména

sp. zn. 1 Azs 8/2003; či z poslední doby usnesení NSS ze dne 17. 12. 2007, sp. zn. 6 Azs 48/2007. Na druhou stranu srov. čerstvý rozsudek NSS ze dne 15. 8. 2008, sp. zn. 5 Azs 24/2008.

⁹ Blíže srov. KOSAŘ, D.: Pojem „pronásledování“ v Ženevské úmluvě o uprchlících z roku 1951, *Právník*, č. 5/2005, str. 474-493.

¹⁰ Blíže srov. tamtéž, str. 474-475.

práv, od nichž se podle čl. 15 odst. 2 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod nelze odchýlit; nebo

b) souběhem různých opatření, včetně porušování lidských práv, který je dostatečně závažný k tomu, aby postihl jednotlivce způsobem podobným uvedenému v písmenu a).“¹¹

Již na první pohled je tedy zřejmé, že český zákonodárce do definice pojmu pronásledování v § 2 odst. 8 AZ ani zdaleka netransponoval čl. 9 odst. 1 v celém jeho rozsahu.

Ustanovení § 2 odst. 8 AZ stanoví pouze, že „[z]a pronásledování se ... považuje *závažné porušení lidských práv*, jakož i opatření působící psychický nátlak nebo jiná obdobná jednání“. Jelikož druhá část úryvku „jakož i opatření působící psychický nátlak nebo jiná obdobná jednání“ se týká spíše forem pronásledování (k tomu viz čl. 9 odst. 2 KS níže) a ne samotné definice prvku závažné újmy, tak prvek závažné újmy je definován v § 2 odst. 8 AZ pouze jako „závažné porušení lidských práv“, což je oproti definici v čl. 9 odst. 1 KS definice poněkud „minimalistická“. Ustanovení § 2 odst. 8 AZ nikde nezdůrazňuje, že jednání lze považovat za pronásledování, pokud je dostatečně závažné buď svou povahou nebo opakováním, ani explicitně neodkazuje¹² na čl. 15 odst. 2 EÚLP.¹³ Stejně tak § 2 odst. 8 AZ naprosto ignoruje pronásledování na kumulativním základě [čl. 9 odst. 1 písm. b) KS].

¹¹ Čl. 9 odst. 1 KS (důraz doplněn autorem).

¹² Což je o to nešťastnější, poněvadž „odkaz na Evropskou úmluvu vede ke zvýraznění role judikatury ESLP při rozhodování o přiznání uprchlického statusu, což, vzhledem k jejímu množství a kvalitě, nelze než hodnotit kladně“ (VĚTROVSKÝ, J.: Vliv kvalifikační směrnice na interpretaci pojmu pronásledování v řízení o mezinárodní ochraně, Hostis, č. 1/2007, str. 8) a při absenci explicitního odkazu mohou české soudy a MV judikaturu ESLP lehce přehlížet (popř. jí alespoň nevěnovat patřičnou pozornost).

¹³ To samozřejmě neznamená, že intenzity pronásledování ve smyslu čl. 9 odst. 1 písm. a) KS může dosáhnout pouze porušení práv vyjmenovaných v čl. 15 odst. 2 EÚLP. Právě naopak, slovo „zejména“ znamená, že i porušení jiných než nederogovatelných práv je způsobilé dosáhnout intenzity pronásledování. Explicitní odkaz na čl. 15 odst. 2 EÚLP tak pouze „prioritizuje“ nederogovatelná lidská práva, a to plně v souladu s Hathawayovou hierarchií lidských práv, lidskoprávním kontinuem i „teorií tří vah“ Jean-Yves Carliera; srov. CARLIER, J.-Y.: The ‘Theory of the Three Scales’. In: NICHOLSON, F., TWOMEY, P. (eds.): *Refugee Rights and Realities*. Cambridge, 1999, str. 41.

Podobný přístup zaujal český zákonodárce i při transpozici čl. 9 odst. 2 KS, jenž obsahuje demonstrativní výčet forem, které pronásledování může nabývat. Ve skutečnosti transpozice čl. 9 odst. 2 KS do § 2 odst. 8 AZ byla ještě skoupější než u čl. 9 odst. 1 KS. Ustanovení § 2 odst. 8 AZ stanoví, kromě pro účely čl. 9 odst. 2 KS nic neříkající formulace „závažné porušení lidských práv“ – což není specifická forma pronásledování, nýbrž konstitutivní znak pronásledování (prvek závažné újmy), jako specifickou formu pronásledování pouze „opatření působící psychický nátlak nebo jiná obdobná jednání“. Tím byla ale do AZ transponována sotva první odrážka [písm. a) čl. 9 odst. 2 KS] z výčtu uvedeného v čl. 9 odst. 2 KS¹⁴ („použití fyzického nebo psychického násilí, včetně sexuálního násilí“), a to ještě nepřesně.¹⁵ Neobstojí ani námitka, že obecná formulace „nebo jiná obdobná jednání“ zahrnuje všechny ostatní formy pronásledování uvedené pod písm. b) až f) čl. 9 odst. 2 KS.

Ustanovení čl. 9 odst. 3 KS stanoví povinnost prokázat kauzální nexus mezi pronásledováním a důvody pronásledování. Ani toto ustanovení nebylo do zákona o azylu transponováno. V tomto konkrétním případě je to ale vzhledem k nešťastné formulaci čl. 9 odst. 3 KS¹⁶ paradoxně spíše k užitku než ke škodě.¹⁷ Nyní se tedy

¹⁴ Čl. 9 odst. 2 KS zní následovně: „Za pronásledování ve smyslu odstavce 1 mohou být mimo jiné považována tato jednání:

- a) použití fyzického nebo psychického násilí, včetně sexuálního násilí;
- b) právní, správní, policejní nebo soudní opatření, která jsou sama o sobě diskriminační nebo jsou prováděna diskriminačním způsobem;
- c) nepřiměřené nebo diskriminační trestní stíhání nebo trestání;
- d) odepření soudní ochrany, které vede k nepřiměřenému nebo diskriminačnímu trestu;
- e) trestní stíhání nebo trest za odepření výkonu vojenské služby za konfliktu, jestliže by výkon vojenské služby zahrnoval zločiny nebo jednání spadající do doložek o vyloučení uvedených v čl. 12 odst. 2;
- f) jednání namířená proti osobám určitého pohlaví nebo proti dětem.“

¹⁵ Přístup mnoha členských států EU je právě opačný. Tyto státy se snaží jednotlivé formy pronásledování ještě blíže specifikovat; např. za jakých okolností trest za „účast nebo neúčast na formálních náboženských obřadech“ [čl. 10 odst. 1 písm. b) KS] představuje pronásledování.

¹⁶ Čl. 9 odst. 3 KS zní následovně: „V souladu s čl. 2 písm. c) [tj. v souladu s definicí uprchlíka] musí existovat souvislost mezi důvody uvedenými v článku 10 [tj. mezi taxativními důvody pronásledování] a jednáním kvalifikovaným v odstavci 1 [čl. 9 KS] jako pronásledování.“

můžeme přesunout k článkům kvalifikační směrnice, které se věnují prvku selhání vnitrostátní ochrany.

1.2 TRANSPOZICE PŮVODCŮ PRONÁSLEDOVÁNÍ (ČL. 6 KS)

Ustanovení čl. 6 KS definuje původce pronásledování. Transpozice čl. 6 KS je neúplná hned ze dvou důvodů. Za prvé, relevantní část § 2 odst. 8 AZ¹⁸ se v rozporu s čl. 6 KS vztahuje pouze na „pronásledování“ jako konstitutivní prvek definice uprchlíka, a nikoliv na „vážnou újmu“ jako konstitutivní prvek definice osoby mající nárok na doplňkovou ochranu.¹⁹ Zákododárce zde patrně aplikovatelnost čl. 6 KS i na doplňkovou ochranu presumuje *ex definitio*, nicméně explicitní zmínku by si tato presumpce v zákoně o azylu určitě zasloužila.

Za druhé, druhá věta § 2 odst. 8 AZ věnující se pronásledování ze strany soukromých osob stanoví, že pronásledování nastává pouze tehdy, pokud poskytovatelé ochrany „nejsou *schopny*“ poskytnout ochranu. Takové znění je však v rozporu jak se Ženevskou úmluvou o uprchlících z roku 1951 (dále jen „ŽÚ1951“) ²⁰, tak s čl. 6 písm. c) KS a českou doktrínou, jež za pronásledování považují i situaci, kdy poskytovatelé ochrany „nejsou *ochotní*“ zajistit ochranu v zemi

¹⁷ Pro splnění podmínky spojitosti mezi pronásledováním a azylově relevantními důvody postačí, pokud není z azylově relevantních důvodů poskytnuta ochrana před vážnou újmou, přičemž není nutné, aby samotná vážná újma byla (rovněž) způsobena z důvodu náboženství, rasy, národnosti, politického názoru nebo příslušnosti k určité sociální skupině.

¹⁸ „Za pronásledování se ... považuje závažné porušení lidských práv ... nebo jiná obdobná jednání, pokud jsou prováděna, podporována nebo trpěna státními orgány, stranami nebo organizacemi ovládajícími stát nebo podstatnou část jeho území ve státě.... Za pronásledování se považuje i jednání soukromých osob podle věty první, pokud lze prokázat, že stát, strany nebo organizace, včetně mezinárodních organizací, kontrolující stát nebo podstatnou část jeho území nejsou schopny odpovídajícím způsobem zajistit ochranu před takovým jednáním.“

¹⁹ Tato skutečnost je o to paradoxnější, že poslední věta § 2 odst. 8 AZ dodaná novelou č. 379/2007 Sb., která se věnuje možnosti vnitřní ochrany (k transpozici čl. 8 KS viz níže), již na koncept „vážné újmy“ pamatuje.

²⁰ Publikována ve Sbírce zákonů formou sdělení Ministerstva zahraničních věcí (MZV) pod č. 208/1993 Sb.

původu. Proti explicitnímu začlenění slovního spojení „nejsou schopni či ochotní“ lze sice namítnout, že spojení „nejsou schopní“ již v sobě obsahuje i neochotu poskytnout ochranu, ale jak správně podotýká Jaroslav Větrovský,

„[p]ojmy „být ochoten“ a „být schopen“ ... nejsou synonymní. Zatímco [termín] „schopen“ ignoruje subjektivní vztah státu k poskytování ochrany a týká se pouze jeho objektivní možnosti tak učinit, pojem „ochoten“ se váže výhradně k jeho vůli ochranu poskytnout. Termín „ochoten“ tak logicky dopadá na odlišné pole případů, neboť zohledňuje i situaci, kdy stát je sice fakticky schopen ochranu poskytnout, avšak z důvodů rozličných, nicméně vždy závislých na jeho vůli, tak nečiní.“²¹

Tento rozdíl mezi výrazy „nejsou ochotní“ a „nejsou schopní“ si nepochybně uvědomovali i tvůrci kvalifikační směrnice (tvůrci ŽÚ1951); jinak by pro oba standardy v definici nestátních původců pronásledování nebylo místo.

1.3 TRANSPOZICE POSKYTOVATELŮ OCHRANY (ČL. 7 KS)

Na čl. 6 KS bezprostředně navazuje čl. 7 KS, jenž se věnuje poskytovatelům ochrany (odst. 1 a 3) a požadované úrovni vnitrostátní ochrany způsobilé eliminovat hrozby závažné újmy (odst. 2). Pokud jde o poskytovatele ochrany, ani zde není transpozice kvalifikační směrnice přesná, byť v tomto případě ve prospěch žadatelů o mezinárodní ochranu. Podle § 2 odst. 8 AZ připadají nestátní poskytovatelé ochrany v úvahu pouze v případech, kdy původcem pronásledování je nestátní subjekt. Takové omezení aplikace nestátních poskytovatelů ochrany však čl. 7 odst. 1 KS nezná, byť se kritici tohoto konceptu snaží tvrdit opak.²²

Podobně jako v případě transpozice čl. 6 KS ani v § 2 odst. 8 AZ ani jinde v zákoně o azylu nenajdeme ustanovení, které by stanovilo

²¹ VĚTROVSKÝ, J.: Vliv kvalifikační směrnice na interpretaci pojmu pronásledování v řízení o mezinárodní ochraně, *Hostis*, č. 1/2007, str. 6-7.

²² Tamtéž, str. 7.

aplikaci nestátních poskytovatelů ochrany i na doplňkovou ochranu. Druhá věta § 2 odst. 8 AZ totiž hovoří pouze o „pronásledování“ a nikoliv o „vážné újmě“, a tudíž můžeme *a contrario* dovozovat netranspozici čl. 7 odst. 1 KS pro doplňkovou ochranu. Z důvodu chybné transpozice čl. 7 odst. 1 a nemožnosti v takovém případě použít vertikální přímý účinek v neprospěch jednotlivce²³ tak rozhodovací orgány nemohou vztáhnout nestátní poskytovatele ochrany ani na doplňkovou ochranu ani na případy, kdy původcem pronásledování není nestátní subjekt.

V případě čl. 7 odst. 2 a odst. 3 KS je posouzení transpozice jednodušší, neboť k žádné transpozici těchto ustanovení nedošlo. Zejména v případě stanovení standardu účinné ochrany (čl. 7 odst. 2 KS) můžeme hovořit o zásadním pochybení zákonodárce, které může v praxi mít bez znalosti kvalifikační směrnice (a bez její přednostní aplikace) dalekosáhlé důsledky pro žadatele o mezinárodní ochranu. Toto ustanovení je sice poměrně vágní, přesto ale neobstojí námitka uvedená v důvodové zprávě, že čl. 7 odst. 2 KS představuje pouze „interpretační pravidlo“, a tudíž jej není nutné explicitně transponovat.²⁴ Tento závěr předkladatele novely č. 165/2006 Sb. je o to nešťastnější, že česká rozhodovací praxe v otázce úrovně účinné ochrany tápe a jakékoliv vodítko by nanejvýš potřebovala. Není tedy třeba dodávat, že čl. 7 odst. 2 KS musí být v souladu s doktrínou nepřímého (příp. i přímého) účinku směrnic ES aplikován i přes netranspozici do zákona o azylu.

Pro úplnost čl. 7 odst. 3 KS stanoví povinnost řídit se pokyny Rady EU při posuzování, zda-li určitá mezinárodní organizace ovládá stát nebo podstatnou část jeho území a poskytuje účinnou ochranu dle odst. 2 téhož článku. V tomto případě lze o nutnosti explicitní transpozice oprávněně polemizovat, neboť je možné

²³ Srov. rozsudky ESD ve věcech 152/84 *Marshall I* [1986] ECR 723; 80/86 *Kolpinghuis* [1987] ECR 3969; a C-91/92 *Faccini Dori* [1994] ECR I-3325. Pro detailnější rozbor, srov. PRECHAL, S.: *Directives in EC Law*, 2. vyd., Oxford University Press, 2005, str. 55-58 a 260-261.

²⁴ Důvodová zpráva k zákonu č. 165/2006 Sb. na str. 5 uvádí: „Vzhledem k charakteru citovaného odstavce – interpretační pravidlo – se jeví jako dostačující ponechat v normativním textu použitý termín „odpovídajícím způsobem zajistit ochranu“, neboť toto slovní spojení je dostatečně extenzivní a pokrývající skutečnosti uváděné v ... čl. 7 odst. 2 [KS]“.

argumentovat, že soulad s pokyny Rady EU je zajištěn čl. 10a Ústavy, jež umožňuje přenos některých pravomocí orgánů České republiky (nejen) na Evropská společenství.

1.4 TRANSPOZICE MOŽNOSTI VNITŘNÍ OCHRANY (ČL. 8 KS)

Na rozdíl od čl. 6 a 7 KS představuje čl. 8 KS dispozitivní ustanovení, a Česká republika tudíž mohla, ale nemusela, tento institut do českého právního řádu transponovat. Český zákonodárce se rozhodl pro první variantu a možnost vnitřní ochrany zakotvil v třetí větě § 2 odst. 8 AZ, byť tak učinil s jistým zpožděním až v novele č. 379/2007 Sb. Ve skutečnosti však možnost vnitřního útěku pro české azylové právo nepředstavuje žádné novum, neboť možnost nalézt účinnou ochranu v jiné části země původu představovala až do novely č. 379/2007 Sb. důvod pro zamítnutí žádosti o mezinárodní ochranu jako zjevně nedůvodné [§ 16 odst. 1 písm. i) AZ]. Vynětí posuzování možnosti vnitřního útěku z režimu zjevné nedůvodnosti do samotné definice pojmu pronásledování (a tudíž do klasického řízení podle § 12 AZ) nelze než pozitivně kvitovat.²⁵

Přesto ani transpozice čl. 8 KS není bezproblémová. V první řadě je zajímavé, že první dvě věty § 2 odst. 8 AZ jsou věnovány výhradně definici pojmu pronásledování (a o vážné újmě mlčí), a tudíž se nevztahují na doplňkovou ochranu. Třetí věta § 2 odst. 8 AZ však jako jediná explicitně zmiňuje pronásledování i vážnou újmu, z čehož lze dovozovat, že možnost vnitřního útěku je aplikovatelná i na doplňkovou ochranu. Kromě této poznámky, jež kritizuje spíše systematiku definice pronásledování v § 2 odst. 8 AZ však transpozice čl. 8 trpí i dalšími neduhy.

Za prvé, čl. 8 odst. 1 KS nebyl transponován v plném rozsahu, poněvadž třetí věta § 2 odst. 8 AZ vynechává standard „důvodných

²⁵ Posuzování možnosti vnitřní ochrany v režimu zjevné nedůvodnosti by bylo ostatně v rozporu s procedurální směrnicí. Srov. KOSAR, D.: Zjevně nedůvodné žádosti o azyl (mezinárodní ochranu) a jejich soudní přezkum, in: JÍLEK, D., KLEČKOVÁ, R., KOSAR, D., TOMISOVÁ, M. (eds.): *Společný evropský azylový systém: procedurální směrnice*, Brno, 2006, kapitola 5.3.

obav“ u pronásledování a „reálného nebezpečí“ u vážné újmy.²⁶ Dále slovo „zřejmě“ ve spojení „se ... zřejmě vztahuje pouze na část státu“ působí zavádějícím dojmem, neboť čl. 8 odst. 1 KS říká, že se „v [jiné] části země původu nevyskytují *žádné případy* odůvodněných obav z pronásledování ani reálné nebezpečí způsobení vážné újmy“. Příslovce „zřejmě“ tak nelze vykládat jako „možná“, nýbrž jako „jednoznačně“. Nejlepší by ale bylo slovo „zřejmě“ při některé z budoucích novelizací zákona o azylu vypustit úplně. Konečně čl. 8 odst. 1 KS *in fine* stanoví standard „rozum[ě]ho] očekáv[ání], že žadatel bude v dotyčné části země pobývat“, jenž nebyl do zákona o azylu transponován vůbec.

Nedostatečné transpozici neunikl ani čl. 8 odst. 2 KS, jenž vyžaduje, aby při posuzování možnosti vnitřního útěku členské státy přihlížely „k celkové situaci panující v dotyčné části země a k osobní situaci žadatele“.²⁷ Třetí věta § 2 odst. 8 AZ však vyžaduje pouze přihlídnutí k osobní situaci žadatele a opomíjí vzít v potaz rovněž celkovou situaci panující v té části země, kam se žadatel údajně mohl přesunout. Čl. 8 odst. 3 KS nebyl transponován vůbec, což však nepředstavuje z hlediska implementace kvalifikační směrnice žádný problém, neboť se jedná o dispozitivní ustanovení, jehož transpozice členskými státy ES není povinná. Z této volby českého zákonodárce lze tedy *a contrario* dovozovat, že v případě existence technických překážek návratu do země původu nelze možnost vnitřního útěku aplikovat.

1.5 ZÁVĚR K TRANSPOZICI ČL. 6-9 KS

Z výše uvedených řádek vyplývá, že český zákonodárce zvolil tzv. minimalistickou variantu transpozice čl. 6-9 KS. Tato minimalistická varianta spočívá pouze v drobných úpravách definice pronásledování v § 2 odst. 8 AZ, přičemž většina odstavců z čl. 6-9 KS byla prohlášena za interpretační pravidla, jež není třeba transponovat (nehledě na skutečnost, že i ty odstavce, které

²⁶ Pro rozdíly mezi oběma důkazními standardy, srov. rozsudek NSS ze dne 26. 3. 2008, č. j. 2 Azs 71/2006-82 a rozsudek NSS ze dne 21. 5. 2008, č. j. 2 Azs 48/2007-71 (oba dostupné na www.nssoud.cz).

²⁷ Důraz doplněn.

explicitně transponovány byly, byly transponovány nepřesně či neúplně). Představa, že lze vměstnat čtyři články kvalifikační směrnice skládající se z deseti odstavců, někdy velmi rozsáhlých, do jednoho odstavce v zákoně o azylu (§ 2 odst. 8 AZ), je ale mylná.

Lze sice namítnout, že korektní a úplná transpozice kvalifikační směrnice by vyžadovala zásadnější zásah do struktury a systematiky zákona o azylu – například vložení několika samostatných paragrafů upravujících společná ustanovení pro azyl a doplňkovou ochranu *před* § 12 AZ a přesunutím definice pronásledování z § 2 odst. 8 *za* § 12 AZ.²⁸ Tato námitka však neobstojí, neboť byť mají členské státy volnost při volbě prostředků, jakými směrnice ES transponují do svého právního řádu, nemohou se uchýlit k takové transpozici, jež svou neurčitostí a neúplností vzbuzuje pochybnosti o přiznání práv garantovaných danou směrnicí.²⁹

2. JUDIKATURA ČESKÝCH SOUDŮ K POJMU „PRONÁSLEDOVÁNÍ“

K pojmu pronásledování jako takovému se váže bezpočet rozhodnutí Vrchního soudu v Praze, krajských soudů a NSS. Níže uvedený souhrn judikatury nemá ambice stát se výčtem vyčerpávajícím, nicméně pokouší se upozornit na některé výkladové problémy, které se v české rozhodovací praxi v souvislosti s definicí pronásledování opakovaně objevují. Tato kapitola rovněž nepostihuje všechny prvky definice pronásledování (jakými jsou pronásledování na kumulativním základě, poskytovatelé ochrany či možnost vnitřní ochrany). Zbývá dodat, že i v průběhu této kapitoly vycházím z definice „pronásledování = závažná újma + selhání vnitrostátní ochrany“.³⁰

²⁸ Např. § 11a AZ by se věnoval posuzování skutečností a okolností (čl. 4 KS), § 11b AZ potřebě mezinárodní ochrany *sur place* (čl. 5 KS), § 11c AZ původcům pronásledování (čl. 6 KS), § 11d AZ poskytovatelům ochrany a standardu účinné ochrany (čl. 7 KS), § 11e možnosti vnitřní ochrany (čl. 8 KS), § 12a definici pronásledování, (čl. 9 KS) § 12b důvodům pronásledování (čl. 10 KS) atd.

²⁹ Srov. PRECHAL, S.: *Directives in EC Law*, 2. vyd., Oxford University Press, 2005, zejména str. 31-36 a 73-91.

³⁰ Srov. blíže KOSAŘ, D.: Pojem „pronásledování“ v Ženevské úmluvě o uprchlících z roku 1951, *Právník*, č. 5/2005, str. 474-475.

2.1 PRVEK „ZÁVAŽNÉ ÚJMY“

Pokud jde o prvek „závažné újmy“, ustálená rozhodovací praxe dává jednoznačně najevo, že ne každá újma dosahuje intenzity pronásledování. Jak správně konstatoval již Vrchní soud,

„je známým jevem v každé zemi (byť v některé více a v jiné méně, nicméně i v zemích nejvyššího standardu ochrany lidských práv a důsledné demokracie), že příslušníci určité rasy, národnosti, náboženského vyznání, sociální skupiny nebo politického přesvědčení se mohou stát u svých spoluobčanů právě pro tyto vlastnosti terčem ústrků, slovních i fyzických útoků, diskriminačních postupů při přístupu ke vzdělání, k výkonu určitých povolání, ba dokonce i přístupu na určitá místa nebo užívání veřejného majetku.“³¹ Z tohoto důvodu „xenofobie, animozita, závist, msta za dřívější příkoří domnělá i skutečná, důvodná i nedůvodná obava o bezpečnost, náboženské důvody, strach z ohrožení sociálních jistot ... samo o sobě není ještě pronásledování ve smyslu ustanovení § 12 [AZ]“.³²

Vrchní soud se rovněž pokusil vymezit rozdíl mezi pronásledováním a terorismem:

„I v moderních, nesporně demokratických státech s vysokou úrovní právní kultury se v poslední době stávají zcela anonymní, nevinní a apolitičtí občané (bez zřetele na jejich náboženství, sociální původ, národnost, politické přesvědčení atd.) cílem masových ozbrojených útoků náboženských nebo politických extremistů a právem se mohou v některých zemích či oblastech cítit ohroženi. Tento fakt je ovšem prakticky pojmovým znakem terorismu jako násilného a ozbrojeného projevu politického a náboženského extremismu. Takový stav ale není azylově významným „pronásledováním“.“³³ Tuto tezi bohužel rozvinul NSS nesprávným

³¹ Rozhodnutí Vrchního soudu ze dne 6. 2. 2002, sp. zn. 5 A 758/2000-35.

³² Tamtéž.

³³ Rozhodnutí Vrchního soudu ze dne 30. 4. 2002, sp. zn. 6 A 709/2001-21. Toto rozhodnutí Vrchního soudu však dnes již ve světle čl. 6 KS neobstojí; srov. „potranspoziční“ judikaturu k nestátním původcům pronásledování v ostatních členských zemích EU zmíněnou in: UNHCR: *Asylum in the European Union: A*

směrem, když konstatoval, že „*stěžovatelem uváděný důvod, tedy strach vrátit se do Ruské federace z obavy před teroristickými akty prováděnými čečenskými teroristy, není z důvodu, že je (teroristické akty) v tomto případě nevykonává státní moc, podřaditelný pod ustanovení zákona o azylu, neboť zákonodárce do zákona o azylu implementoval ustanovení čl. 1 odst. 2 [ŽÚ1951], ze kterých zřetelně vyplývá, že se musí jednat o represí ze strany státu*“.³⁴

Jak správně podotkl Pavel Molek, kontury prvku závažné újmy lze z české judikatury určit nejlépe ze zkoumání jednání, které soudy nepovažují za pronásledování³⁵ (ať už z důvodu, že nejsou dostatečně intenzivní či pro účely mezinárodní ochrany naprosto nerelevantní). Začneme judikaturou Vrchního soudu v Praze, jenž konstatoval, že

„*pronásledováním ... samo o sobě není, stane-li se žadatelka (původně muž) pro svou odlišnou sexuální orientaci v zemi svého původu terčem slovního a fyzického napadání, ústrků a posměšků. Takovým pronásledováním není ani samotný fakt, že lékaři v zemi původu žalobkyně jí odmítli provést chirurgický zákrok ke změně pohlaví z důvodu obav ze zdravotních komplikací (zde: žloutenka typu C)... (ani) skutečnost, že žalobkyně byla ve složité životní situaci, byla ve stresu a nyní chce žít v prostředí, které by bylo vlivné, chápavé a důstojné*“.³⁶

Podle Vrchního soudu není pronásledováním ani pouhé „*povolávání vlastních občanů k výkonu vojenské služby, byť i způsoby nevybíravými, popřípadě i vnitřní zákonodárství státu*

Study of the Implementation of the Qualification Directive, Brussels, November 2007, str. 42-46. Srov. rovněž KLEČKOVÁ, R.: Článek 1F Úmluvy o právním postavení uprchlíků a terorismus. *Správní právo*, č. 6/2005, str. 352-368.

³⁴ Rozsudek NSS ze dne 22. 10. 2003 sp. zn. 4 Azs 14/2003-48 (publ. pod č. 115/2004 Sb. NSS).

³⁵ Srov. MOLEK, P.: Pojem a subjekty pronásledování v judikatuře NSS, In: JÍLEK, D., BUKVALDOVÁ, J., KLEČKOVÁ, R., KOSAŘ, D., TOMISOVÁ, M.: (ed.): *Společný evropský azylový systém: právní pojem pronásledování*, Brno, Doplněk, 2005, str. 65.

³⁶ Rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 14. 3. 2002, sp. zn. 7 A 716/2001.

*porušujícími“.*³⁷ Podle krajských soudů pak za pronásledování nelze požadovat nezaplacení daňového výměru, neboť skutečnost, „že částka předepsaná finančním úřadem byla vymáhána, nelze posuzovat jako pronásledování ze strany státních orgánů [protože t]ato povinnost stihá každého občana i ve vyspělých demokratických zemích“.³⁸

Nejbohatší judikaturu k negativnímu definičnímu vymezení pojmu „pronásledování“ má však nepochybně NSS. Za pronásledování podle NSS³⁹ nelze pokládat například „verbální útoky rodičů vůči žadatelce o azyl, jejichž důvodem byla známost a plánovaný sňatek žadatelky s partnerem jiného náboženského vyznání“;⁴⁰ „neshody stěžovatele s příbuznými z náboženských důvodů, o kterých státní úřady vůbec nevěděly“;⁴¹ skutečnost, že „při nelegální činnosti se žadatel o azyl dostal do styku s muslimskými skupinami a sám je ateistou“;⁴² „skutečnost, že cizinec nezískal po návratu z České republiky, kde se zdržoval na základě povolení k dlouhodobému pobytu, zpět svoje původní zaměstnání, protože se vrátil o několik let později než měl, a skutečnost, že byl také vyloučen z komunistické strany“;⁴³ to, že „byl žadatel o udělení azylu na veřejnosti ze strany věřitele vyzýván k uhrazení dluhu“;⁴⁴ „skutečnost, že zastupitelský úřad domovského státu žadatelky o azyl, odmítl žadatelce vystavit cestovní pas „na dálku“ z České republiky s poukazem, že k vystavení pasu je třeba požádat osobně přímo v Arménii“;⁴⁵ „strach vrátit se na Ukrajinu kvůli potížím s věřiteli ve

³⁷ Rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 29. 7. 1994, sp. zn. 6 A 502/94.

³⁸ Rozsudek Krajského soudu v Českých Budějovicích ze dne 25. 6. 2003, sp. zn. 10 Az 74/2003.

³⁹ Tento výčet z velké části, nikoliv však výhradně, vychází z prací Pavla Molka (MOLEK, P.: Judikatura Nejvyššího správního soudu: věci azylové, *Soudní rozhledy*, č. 5/2004, str. 166; či MOLEK, P.: Pojem a subjekty pronásledování v judikatuře NSS, In: JÍLEK, D., BUKVALDOVÁ, J., KLEČKOVÁ, R., KOSAŘ, D., TOMISOVÁ, M.: (eds.): *Společný evropský azylový systém: právní pojem pronásledování*, Brno, Doplněk, 2005, str. 69-71).

⁴⁰ Rozsudek NSS ze dne 2. 3. 2005, sp. zn. 4 Azs 271/2004.

⁴¹ Rozsudek NSS ze dne 5. 5. 2004, sp. zn. 2 Azs 15/2004.

⁴² Rozsudek NSS ze dne 26. 2. 2004, sp. zn. 5 Azs 45/2003.

⁴³ Rozsudek NSS ze dne 18. 12. 2003, sp. zn. 2 Azs 51/2003.

⁴⁴ Rozsudek NSS ze dne 24. 2. 2005, sp. zn. 8 Azs 13/2005.

⁴⁵ Rozsudek NSS ze dne 16. 2. 2005, sp. zn. 2 Azs 16/2005.

vztahu k neuhrazenému dluhu ... manžela“;⁴⁶ „obava z policejního pronásledování pro obvinění z vraždy, o níž žadatel tvrdí, že ji nespáchal a že obvinění je vykonstruováno mukačevskou mafii ve spojení s Nacionálně osvobozeneckou armádou Ukrajiny a policií Ukrajiny, a obava z toho, jaké nebezpečí žadateli hrozí jak ze strany podsvětí, tak ze strany ukrajinské policie, bude-li na Ukrajinu vydán“;⁴⁷ „opakovaně uváděné ekonomické důvody (nedostatek finančních prostředků, nemožnost sehnat práci) a skutečnost, že politický režim v jeho domovském státě neumožnil žadateli jeho politický rozvoj,... jestliže žadatel nebyl nikdy členem politické organizace a ani jinak se politicky neangažoval“;⁴⁸ „několik předvolání stěžovatele na národní výbor za účelem podání vysvětlení“;⁴⁹ „špatná ekonomická situace ve Vietnamu, nízká mzda, existenční problémy, eventuelně problémy se soukromým zaměstnavatelem“;⁵⁰ situace kdy „byl stěžovatel na veřejnosti ze strany věřitele vyzýván k uhrazení dluhu“;⁵¹ „ekonomické problémy žadatelky o azyl a nečinnost policie při řešení jejích problémů s manželem s kriminálními sklony“;⁵² „jednorázové potíže s policisty v jednom konkrétním případě“;⁵³ „obecná tvrzení o pronásledování v domovské zemi z důvodu odlišné národnosti (zde: ruská národnost v Kazachstánu) žadatelky o azyl ve spojení s tím, že v domovské zemi dochází k upřednostňování občanů domovské národnosti“;⁵⁴ „obtíže žadatele o azyl stran obživy či možností seberealizace ... bez přistoupení dalších okolností hodných zvláštního zřetele“.⁵⁵

⁴⁶ Rozsudek NSS ze dne 18. 12. 2003, sp. zn. 6 Azs 45/2003.

⁴⁷ Rozsudek NSS ze dne 4. 12. 2003, sp. zn. 4 Azs 25/2003.

⁴⁸ Rozsudek NSS ze dne 30. 10. 2003, sp. zn. 3 Azs 20/2003.

⁴⁹ Rozsudek NSS ze dne 20. 4. 2004, sp. zn. 3 Azs 64/2004 (publ. pod č. 642/2005 Sb. NSS).

⁵⁰ Rozsudek NSS ze dne 24. 8. 2005, sp. zn. 4 Azs 524/2004.

⁵¹ Rozsudek NSS ze dne 24. 2. 2005, sp. zn. 8 Azs 13/2005.

⁵² Rozsudek NSS ze dne 28. 11. 2003, sp. zn. 4 Azs 24/2003.

⁵³ Rozsudek NSS ze dne 22. 12. 2005, sp. zn. 6 Azs 479/2004.

⁵⁴ Rozsudek NSS ze dne 27. 6. 2005, sp. zn. 4 Azs 377/2004; souladně rozsudek NSS ze dne 27. 6. 2005, sp. zn. 4 Azs 395/2004; a rozsudek NSS ze dne 10. 2. 2006, sp. zn. 4 Azs 129/2005.

⁵⁵ Rozsudek NSS ze dne 18. 12. 2003, sp. zn. 2 Azs 51/2003; srov. rovněž rozsudek NSS ze dne 27. 8. 2003, sp. zn. 5 Azs 3/2003.

Pronásledováním není ani nezakotvení práva odepřít výkon vojenské služby v katalogu základních práv v zemi původu (v tomto případě v Srbsku a Černé Hoře), byť je toto právo chráněno LZPS, a to s následujícím odůvodněním:

„Důvodem poskytnutí azylu podle § 12 zákona o azylu samo o sobě není, chybí-li v právním řádu země původu žadatele obdoba článku 15 odst. 3 Listiny základních práv a svobod. Toto právo je totiž spíše součástí nadstandardní ochrany lidských práv dané relativní moderností Listiny než součástí základních a státem nezczizitelných lidských práv ve smyslu mezinárodního, či spíše evropského, konsenzu. Pronásledování či odůvodněný strach z pronásledování z příčin taxativně vymezených v § 12 zákona o azylu proto musí mít oporu ve faktické situaci v zemi původu; pouhá absence zákonné ochrany proti potenciálnímu vzniku takové faktické situace rozhodně nedostačuje.“⁵⁶

To ale rozhodně neznamená, že odpírači vojenské služby nemají nikdy šanci překročit práh nutný pro dosažení intenzity pronásledování.⁵⁷

Situaci, které soudy identifikovaly jako pronásledování (a tudíž splňující prvek „závažné újmy“), existuje naopak poskrovnu. Jedním z mála případů je rozsudek Vrchního soudu v Praze, jenž v kauze odpíračů vojenské služby konstatoval, že

⁵⁶ Rozsudek NSS ze dne 10. 10. 2003, sp. zn. 2 Azs 15/2003 (publ. ve Sb. NSS pod číslem 77/2004). Pro detailnější rozbor této kauzy srov. MOLEK, P.: Pojem a subjekty pronásledování v judikatuře NSS, In: JÍLEK, D., BUKVALDOVÁ, J., KLEČKOVÁ, R., KOSAŘ, D., TOMISOVÁ, M.: (ed.): *Společný evropský azylový systém: právní pojem pronásledování*, Brno, Doplněk, 2005, str. 67-68. Souladně, rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 29. 7. 1994, sp. zn. 6 A 502/94: „Povolávání vlastních občanů k výkonu vojenské služby, byť i způsoby nevybíravými, popřípadě i vnitřní zákonodárství státu porušujícími, samo o sobě, bez přistoupení dalších skutečností, není ještě pronásledováním ...”.

⁵⁷ Srov. čl. 9 odst. 2 písm. e) KS; MOLEK, P.: Pojem a subjekty pronásledování v judikatuře NSS, In: JÍLEK, D., BUKVALDOVÁ, J., KLEČKOVÁ, R., KOSAŘ, D., TOMISOVÁ, M.: (ed.): *Společný evropský azylový systém: právní pojem pronásledování*, Brno, Doplněk, 2005, str. 68 (a zejm. pozn. č. 21).

„odmítnutí podílet se na bojových akcích, z hlediska přirozenoprávního mezinárodním společenstvím obecně odmítaných (jako např. genocida, etnické čistky, kruté vedení války proti civilnímu obyvatelstvu, vraždění zajatců ap.) právě z těchto důvodů (a nikoli z pouhé averze k vojenské službě nebo ze strachu o život)“,⁵⁸

je pronásledováním, a to tehdy, pokud za odmítnutí hrozil neúměrný či nezákonný trest.⁵⁹

Dalším takovým modelovým případem je *„nedobrovolné umístění v psychiatrické léčebně, neboť v Rusku je i nadále psychiatrie zneužívána, čímž je naplněna podmínka pro udělení azylu tj. existence pronásledování“*.⁶⁰ U jiného žadatele o azyl z Afghánistánu shledal NSS jeho vyhoštění dokonce v rozporu s čl. 2 EÚLP,⁶¹ a tudíž lze *a fortiori* tvrdit, že *„trest smrti z důvodu aktivního šíření jiných názorů, než jaké zastávala drtivá většina obyvatel Afghánistánu“*⁶² podložený zatýkacím rozkazem bohatě postačuje i na dosažení intenzity pronásledování pro účely definice uprchlíka. Obdobně, *„tzv. politika jednoho dítěte uplatňovaná čínskou vládou ... může být podle okolností považována za pronásledování“*.⁶³

Ve skutkově velmi zajímavé kauze homosexuála z Arménie NSS konstatoval, že *„[ú]jma hrozící žadateli o azyl v důsledku opatření působících psychický nátlak ... nemusí být obdobně závažná jako újmy spočívající v ohrožení života nebo svobody, musí však být s nimi aspoň typově srovnatelná“*.⁶⁴ V řadě dalších kauz pak NSS

⁵⁸ Rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 19. 8. 1994, sp. zn. 6 A 509/94.

⁵⁹ Souladně (byť za konkrétních skutkových okolností v neprospěch žadatele o azyl) i rozsudek NSS ze dne 10. 10. 2003, sp. zn. 2 Azs 15/2003 (publ. ve Sb. NSS pod číslem 77/2004).

⁶⁰ Rozsudek Krajského soudu v Praze ze dne 8. 4. 2002, č. j. 46 Az 397/2003-34. NSS následnou kasační stížnost MV zamítl [rozsudek NSS ze dne 29. 10. 2003, sp. zn. 4 Azs 4/2003].

⁶¹ NSS v této věci neposuzoval (a ani posuzovat nemohl) důvody pro udělení azylu, neboť stěžovatelovo azylové řízení bylo v souladu § 25 písm. g) AZ zastaveno z důvodu jeho pokusu překročit hranice do Německa.

⁶² Rozsudek NSS z 14. 6. 2007, sp. zn. 9 Azs 23/2007.

⁶³ Rozsudek NSS ze dne 16. 8. 2005, sp. zn. 5 Azs 120/2005 (publ. pod č. 1205/2007 Sb. NSS).

⁶⁴ Rozsudek NSS ze dne 5. 10. 2006, sp. zn. 2 Azs 66/2006 (publ. pod č. 1066/2007 Sb. NSS).

zrušil rozsudky krajských soudů z jiných důvodů (např. nesprávné zjištění skutečného stavu věci ze strany OAMP), a tudíž se k posuzování pronásledování v jinak skutkově velmi zajímavých kauzách nedostal.⁶⁵

2.2 PRVEK „SELHÁNÍ VNITROSTÁTNÍ OCHRANY“

Pokud jde o prvek „selhání vnitrostátní ochrany“, zaměříme se z důvodu omezeného prostoru pouze na „neuralgický bod české azylové reality“⁶⁶ – (nestátní) původce pronásledování. Nestátní původci pronásledování představují „evergreen“ české rozhodovací praxe a k této otázce toho bylo napsáno již mnoho,⁶⁷ a proto se na tomto místě omezíme pouze na omezený rozbor klíčové judikatury NSS. V roce 2005⁶⁸ autor tohoto článku napsal, že se nemůže ztotožnit s názorem NSS, že „rozhodovací praxe soudů je ustálena,

⁶⁵ Srov. např. rozsudek NSS z 25. 4. 2007, sp.zn. 4 Azs 250/2006, jenž se týkal žadatelky o azyl z Běloruska, jež byla členkou opozičního hnutí ZUBR.

⁶⁶ MOLEK, P.: Pojem a subjekty pronásledování v judikatuře NSS, In: JÍLEK, D., BUKVALDOVÁ, J., KLEČKOVÁ, R., KOSAŘ, D., TOMISOVÁ, M.: (ed.): *Společný evropský azylový systém: právní pojem pronásledování*, Brno, Doplněk, 2005, str. 69.

⁶⁷ Srov. např. JÍLEK, D.: Uprchlíctví v České republice v legislativních a migračních souvislostech, *Časopis pro právní vědu a praxi*, č. 4/1999, str. 334, čl. 3.4.6; JÍLEK, D.: The Czech Republic. In BYRNE, R., NOLL, G., VEDSTED-HANSEN, J. (eds.): *New Asylum countries?* Hague, Kluwer Law International, 2002, str. 89, čl. 2.III.B.7.; JURNÍKOVÁ, J.: Problematika přiznání statusu uprchlíka z hlediska českého právního řádu, *Správní právo*, č. 1/2000, str. 9; JURNÍKOVÁ, J.: Povinnost tvrzení v řízení o azylu, *Jurisprudence*, č. 2/2004, str. 39; KOSAŘ, D.: Pojem „pronásledování“ v Ženevské úmluvě o uprchlících z roku 1951, *PRÁVNÍK*, č. 5/2005, str. 485-488 a 491-493; KOSAŘ, D.: Nestátní původci pronásledování, In: JÍLEK, D., BUKVALDOVÁ, J., KLEČKOVÁ, R., KOSAŘ, D., TOMISOVÁ, M.: (eds.): *Společný evropský azylový systém: právní pojem pronásledování*, Brno, Doplněk, 2005, str. 125-148. Srov. rovněž MOLEK, P.: Pojem a subjekty pronásledování v judikatuře NSS, In: tamtéž, str. 69-71; a NAVRÁTIL, P.: Nestátní původci pronásledování a interpretace pojmu příslušnost k určité sociální skupině z hlediska kvalifikační směrnice a interpretace v české soudní praxi, In: tamtéž, str. 80-87.

⁶⁸ KOSAŘ, D.: Nestátní původci pronásledování, in: JÍLEK, D., BUKVALDOVÁ, J., KLEČKOVÁ, R., KOSAŘ, D., TOMISOVÁ, M.: (ed.): *Společný evropský azylový systém: právní pojem pronásledování*, Brno, Doplněk, 2005, str. 144.

existuje bohatá judikatura k výkladu nejdůležitějších ustanovení azylového zákona⁶⁹. Toto tvrzení bohužel platí i dnes, tj. o tři roky později a navíc po transpozici kvalifikační směrnice.

Při letmém přehlednutí judikatury předchůdce NSS, Vrchního soudu v Praze, zjistíme, že v některých případech je vyžadována „důvodná obava z pronásledování ... ze strany státu“⁷⁰, jindy musí jít o „součást státní politiky, tj. o jevy státní mocí buď přímo vyvolané, tajně podporované, státními orgány vědomě trpěné či státní mocí záměrně nedostatečně potlačované“⁷¹ či obdobně „za pronásledování lze považovat ... výjimečně i situaci, kdy takové jednání lze připisovat soukromým osobám, zůstává-li státní moc proti takovým útokům záměrně nečinná nebo je přímo či nepřímo podporuje“.⁷²

Restriktivní pohled doplňuje postoj v případě kolapsu státní moci v průběhu občanského konfliktu, kdy „uprchlíkem není ten, kdo tvrdí, třeba i věrohodně, že je pronásledován nestátními nelegálními strukturami, má z jejich perzekuce odůvodněnou obavu, a státní moc, přes zřejmé a průkazné úsilí nezákonné aktivity potlačit, toho není z objektivních důvodů schopna.“⁷³

Naopak, jiná rozhodnutí Vrchního soudu obsahují spíše „lidskoprávní pojetí“. Vrchní soud například v jednom rozhodnutí konstatoval, že

„Zpráva ZÚ ... hovoří i o tom, že v Monrovii sice formálně platí zákony z doby před občanskou válkou, státní aparát se však soustřeďuje na udržení základních funkcí. Ani s touto ... informací se správní orgán ... nijak nevypořádal, a to zejména z hlediska tvrzení žalobce, že se nemohl obrátit se žádostí o pomoc proti svému

⁶⁹ Nejvyšší správní soud: Správní soudnictví ve věcech azylových. Rozbor recentního a současného stavu u NSS, S22/2005, z 8.2.2005, str. 2.

⁷⁰ Rozhodnutí Vrchního soudu, ze dne 29.1.2002, sp. zn. 5 A 731/2000; a rozhodnutí Vrchního soudu, ze dne 19.2.2002, sp. zn. 5 A 776/2000.

⁷¹ Rozhodnutí Vrchního soudu ze dne 14.3.2002, sp. zn. 7 A 716/2001, publikováno též v časopise Správní judikatura, č. 4/2002, str. 283–287; a rozhodnutí Vrchního soudu, ze dne 6.2.2002, sp. zn. 5 A 758/2000.

⁷² Rozhodnutí Vrchního soudu ze dne 30.4.2002, sp. zn. 6 A 726/2000.

⁷³ Rozhodnutí Vrchního soudu ze dne 29.3.2000, sp. zn. 6 A 518/97.

pronásledování ze strany příslušníků "rebelů" (jiného kmene) na státní orgány, neboť tuto pomoc mu nebyly schopny poskytnout".⁷⁴

V jiném rozhodnutí pak dodal, že pojem „pronásledování“ sice „v sobě obvykle zahrnuje aktivitu státní moci ... popřípadě záměrnou či objektivně vynucenou pasivitu státní moci domovského státu, která představuje přímou nebo nepřímou podporu i pronásledování nepohodlných jedinců někým jiným“,⁷⁵ ale zároveň zdůraznil, že „nelze zcela apriorně vyloučit také aktivity nestátních uskupení a tedy poskytnutí azylu tam, kde státní moc je výjimečně natolik slabá či nefunkční či vůbec neexistující.“⁷⁶

Stejně tak rozporuplně se k otázce nestátních původců pronásledování staví NSS, když na jedné straně tvrdí, že ze Ženevské úmluvy z roku 1951 a Newyorského protokolu z roku 1967 „zřetelně vyplývá, že se musí jednat o represi ze strany státu“,⁷⁷ „orgány státu musí ... činnost ze strany obyvatelstva vědomě schvalovat“,⁷⁸ „má-li být splněna podmínka odůvodněného strachu z pronásledování z některého z důvodů uvedených v § 12 odst. 1 [AZ], musí docházet k tomuto pronásledování přímo ze strany veřejné a to státní moci“,⁷⁹ „pronásledováním není ani případný masový výskyt určitých negativních ... za předpokladu, že nejde o součást státní politiky“,⁸⁰ a na druhé straně zastává názor, že „nositeli pronásledování mohou být i soukromé osoby či nelegální struktury, nejen složky státní moci“⁸¹ a že

„[je rozhodující] existence odůvodněného strachu z pronásledování směřujícího vůči žadateli o azyl ... jež podnikají úřady země, případně vychází od některých složek obyvatelstva, které

⁷⁴ Rozhodnutí Vrchního soudu ze dne 29. 12. 1997, sp. zn. 7 A 537/95.

⁷⁵ Rozhodnutí Vrchního soudu ze dne 30.4.2002, sp. zn. 6 A 709/2001.

⁷⁶ Tamtéž.

⁷⁷ Rozsudek NSS ze dne 22.10.2003, sp. zn. 4 Azs 14/2003 (publ. pod č. 115/2004 Sb. NSS). Nutno podotknout, že samotná právní věta uveřejněná ve Sbírce NSS již nezní tak necitlivě.

⁷⁸ Rozsudek NSS ze dne 31. 3. 2005, sp. zn. 4 Azs 331/2004.

⁷⁹ Rozsudek Krajského soudu v Českých Budějovicích ze dne 25. 6. 2003 sp. zn. 10 Az 74/2003.

⁸⁰ Rozsudek NSS ze dne 15. 2. 2005, sp. zn. 4 Azs 270/2004.

⁸¹ Rozsudek NSS ze dne 20. 3. 2006, sp. zn. 4 Azs 46/2005.

nerespektují normy stanovené v zákonech dotyčné země a úřady vědomě takové jednání tolerují nebo odmítají, či jsou neschopné zajistit účinnou ochranu“.⁸²

Patrně největší rezistenci české soudy projevily vůči typové situaci, kdy se státní orgány v zemi původu snaží pronásledování čelit, nicméně nejsou schopny poskytnout ochranu. Například ve věci sp. zn. 7 Azs 38/2003 NSS konstatoval, že: *„za pronásledování je nutno považovat pouze takové ohrožení života či svobody, které je trpěné, podporované či prováděné státní mocí, nikoliv takové negativní jevy, které státní orgány cíleně potírají a čelí jim.“⁸³*

Ve stejném duchu pokračoval NSS i o dva roky později:

„Nejvyšší správní soud k tomu dodává, že ve své stabilní rozhodovací praxi vychází z toho, že má-li být splněna podmínka odůvodněného strachu z pronásledování z některého z důvodů uvedených v § 12 odst. 1 zákona o azylu, musí k tomuto pronásledování docházet zásadně přímo ze strany veřejné, a to státní mocí; za takové pronásledování lze však považovat i pronásledování nepřímé (a to stále ze zákona vypočtených důvodů) i nelegálními strukturami za situace, kdy státní moc takovou perzekuci trpí, mlčky jí přihlíží či ji svou úmyslnou pasivitou umožňuje. Azylantem však není ten, kdo tvrdí, třeba i věrohodně, že je pronásledován nestátními nelegálními strukturami, má z jejich perzekuce odůvodněnou obavu, a státní moc, přes zřejmé a průkazné úsilí nezákonné aktivity otlačit, toho není z objektivních důvodů schopna.“⁸⁴

⁸² Rozsudek NSS ze dne 19. 5. 2004, sp. zn. 5 Azs 63/2004 (publ. pod č. 364/2004 Sb. NSS). Srov. rovněž rozsudek NSS ze dne 26. 8. 2004, sp. zn. 5 Azs 187/2004 (publ. pod č. 401/2004 Sb. NSS).

⁸³ Rozsudek NSS ze dne 19. 2. 2004, sp. zn. 7 Azs 38/2003; souladně např. rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 21. 10. 2003 sp. zn. 10 Az 102/2003; rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 7. 5. 1996, sp. zn. 6 A 571/94; či rozsudek NSS ze dne 19. 2. 2004, sp. zn. 7 Azs 38/2003. Srov. rovněž rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 28. 3. 1997, sp. zn. 6 A 505/95: *„Uprchlíkem ... není ten, kdo je pronásledován příslušníky nestátních struktur, má z jejich perzekuce odůvodněnou obavu, a státní moc, přes zřejmé a očividně úsilí nezákonné aktivity potlačit, toho není z objektivních důvodů schopna“.*

⁸⁴ Rozsudek NSS ze dne 19. 1. 2006 sp. zn. 6 Azs 65/2005.

Jak správně upozornil již Jaroslav Větrovský, „*odklon od ...[této] „stabilní rozhodovací praxe“ bude nevyhnutelný*“.⁸⁵ Snažení státu zabránit pronásledování je totiž pro posouzení otázky původců pronásledování irelevantní.

Na základě výše uvedených judikátů můžeme učinit následující závěry. České soudy všeobecně akceptují variantu 1), tj. že pronásledování *podněcované, podporované* nebo *tolerované* státem spadá pod definici pronásledování v ŽÚ1951. Ohledně varianty 2) si nejsem vědom, že by se české soudy dosud obšírněji zabývaly existencí *de facto* či kvazi-státních subjektů v zemi původu, popřípadě že by stanovily podmínky pro jejich existenci. Jádrem sporu tak zůstává varianta 3), kdy stát pronásledování nestátními původci nepodporuje ani netoleruje, ale přesto k němu dochází, protože stát původu *odmítá* nebo *není schopen* poskytnout adekvátní ochranu. V tomto bodě se rozchází judikatura Vrchního soudu i NSS. V případě varianty 4) se pak zdá, že české soudy v případě zhroucených států a z toho vyplývající *objektivní neschopnosti* státu zabránit pronásledování nestátními subjekty status uprchlíka udělit odmítají.

Výše uvedené klasifikaci se zcela vymyká linie judikatury NSS, založená výše citovaným rozsudkem NSS z 22.10.2003.⁸⁶ Relevantní část tohoto rozsudku zní následovně:

„Ostatně stěžovatelem uváděný důvod, tedy strach vrátit se do Ruské federace z obavy před teroristickými akty prováděnými čečenskými teroristy, není z důvodu, že je (teroristické akty) v tomto případě nevykonává státní moc, podřaditelný pod ustanovení zákona o azylu, neboť zákonodárce do zákona o azylu implementoval ustanovení čl. 1 odst. 2 Úmluvy o právním postavení uprchlíků, přijaté v Ženevě dne 28. 7. 1951 a ustanovení Protokolu týkajícího se právního postavení uprchlíků, přijatého v New Yorku dne 31. 1.

⁸⁵ VĚTROVSKÝ, J.: Vliv kvalifikační směrnice na interpretaci pojmu pronásledování v řízení o mezinárodní ochraně, *Hostis*, č. 1/2007, str. 7.

⁸⁶ Rozsudek NSS ze dne 22.10.2003, sp. zn. 4 Azs 14/2003, publ. ve Sbírce NSS, 2/2004, pod číslem 115/2004.

*1967, ze kterých zřetelně vyplývá, že se musí jednat o represí ze strany státu.*⁸⁷

V tomto případě si dovoluji tvrdit, že se jedná o exces NSS. Takto kategorický závěr nemá totiž oporu ani v Ženevské úmluvě z roku 1951 a/nebo v Newyorském protokolu z roku 1967, ani v judikatuře žádné z vyspělých zemí a je navíc v rozporu nejen s legální definicí pronásledování v českém zákoně o azylu a kvalifikační směrnici (v roce 2008 již navíc), ale i s předchozí judikaturou Vrchního soudu a se závěry české právní vědy.⁸⁸ Jak napovídá první věta tohoto odstavce, nejedná se ale bohužel o exces ojedinělý, nýbrž o celou linii judikatury, která navíc zdá se nebyla zcela opuštěna.⁸⁹ V této souvislosti je nutné zdůraznit, že § 75 odst. 1 s. ř. s.⁹⁰ představuje pouze chabou výmluvu.

Co ale vedlo NSS k tak dogmatickému setrvání na zjevně neudržitelné pozici? Nelze se ubránit dojmu, že restriktivní judikatura NSS (či jedna její linie) byla vedena do jisté míry pragmatickými úvahami a reagovala na nejčastější typové situace napadající na NSS v počátcích jeho existence. Jak trefně podotkl Pavel Molek,

„[o]tázka původců tvrzeného pronásledování je v současné „azylové realitě“ [psáno v roce 2005 (pozn. autora)] aktuální už z toho důvodu, že tvoří neuralgický bod nejobvyklejšího scénáře nejpočetnější skupiny žadatelů o azyl. Hlavní otázkou zde totiž je, za jaké situace je možno tvrzené selhání orgánů státní moci při poskytování ochrany osobám pronásledovaným soukromými subjekty (mafii, vyděrači požadujícími dlužné částky či „výpalné“), považovat

⁸⁷ Tamtéž.

⁸⁸ Srov. KOSAŘ, D.: Pojem „pronásledování“ v Ženevské úmluvě o uprchlících z roku 1951, *Právník*, č. 5/2005, str. 491-492.

⁸⁹ Srov. např. rozsudek NSS z 31. 1. 2007, sp. zn. 8 Azs 18/2006, jenž redukuje všech důvodů pronásledování na určitou sociální skupinu představuje exces na druhou: „zákonodárce v ustanovení § 12 [AZ] implementoval ustanovení čl. 1 odst. 2 [ŽÚ1951], z něhož vyplývá, že se musí jednat o represí ze strany státu z důvodu příslušnosti k určité sociální skupině.“ (důraz doplněn)

⁹⁰ Srov. pozn. č. 4.

za důvod přičitatelnosti pronásledování samotným těmto orgánům“.⁹¹

Z tohoto důvodu považujeme za nezbytné vypořádat se s modelovým případem pronásledování ze strany „mafie“⁹² či věřitelů⁹³ pro neschopnost splácet dluh. Ve zkratce řečeno, ačkoliv se ztotožňujeme se závěry NSS v těchto kauzách, nemůžeme souhlasit s jejich *odůvodněním*. V drtivé většině případů opravdu asi nepůjde o pronásledování ve smyslu ŽÚ1951, ale rozhodně ne z důvodu, že se v roli pronásledovatele objevuje nestátní subjekt. Dále lépe lze argumentovat např. tím, že (1) nejde o *systematické a opakované* porušení *základních* lidských práv; (2) žadatel o azyl se nepokusil vyhledat ochranu v zemi původu; (3) jedná se pouze o běžnou kriminalitu; (4) zde existuje reálná možnost vnitřního přesídlení; (5) předmětné jednání může být částečně diskriminační, ale nedosahuje intenzity pronásledování; popř. (6) chybí nexus s důvody pronásledování.⁹⁴

Lze si totiž lehce představit, že v praxi nastanou případy, kdy k pronásledování nestátními subjekty opravdu dojde. Namátkou lze

⁹¹ MOLEK, P.: Pojem a subjekty pronásledování v judikatuře NSS, In: JÍLEK, D., BUKVALDOVÁ, J., KLEČKOVÁ, R., KOSAŘ, D., TOMISOVÁ, M.: (ed.): *Společný evropský azylový systém: právní pojem pronásledování*, Brno, Doplněk, 2005, str. 69.

⁹² Srov. např. rozsudek NSS ze dne 18.12.2003, sp. zn. 4 Azs 38/2003.

⁹³ Srov. rozsudek NSS ze dne 18.12.2003, sp. zn. 6 Azs 45/2003.

⁹⁴ Což správně několikrát odlišil i NSS; srov. rozsudek NSS ze dne 31.3.2005, sp. zn. 4 Azs 331/2004: „potíže se soukromými osobami v domovském státě, spočívající např. ve vydírání, vyhrožování apod., nelze považovat za důvody pro udělení azylu vymezené v § 12 uvedeného zákona“; či rozsudek NSS ze dne 18.12.2003, sp. zn. 6 Azs 45/2003: „Ostatně stěžovatelkou uváděný důvod, tedy strach vrátit se na Ukrajinu kvůli potížím s věřiteli ve vztahu k neuhrazenému dluhu jejího manžela, není důvodem, který je podřaditelný pod ustanovení zákona o azylu, neboť uváděné problémy se soukromými osobami nebyly zapříčiněny důvody pro azylové řízení významnými, tedy její rasou, národností, náboženstvím, příslušností k určité sociální skupině, či zastávanými politickými názory, ale snahou o vrácení dlužné částky.“ Srov. rovněž MOLEK, P.: Pojem a subjekty pronásledování v judikatuře NSS, In: JÍLEK, D., BUKVALDOVÁ, J., KLEČKOVÁ, R., KOSAŘ, D., TOMISOVÁ, M.: (ed.): *Společný evropský azylový systém: právní pojem pronásledování*, Brno, Doplněk, 2005, str. 71.

jmenovat pronásledování Romů ze strany hnutí skinheads,⁹⁵ nucené sňatky žen či jejich upalování společně se zesnulým manželem (některé muslimské země), obřízka či jiný zákrok zohavující ženské pohlavní orgány vynucený vlastním kmenem či rodinou (některé země v Africe),⁹⁶ domácí násilí, pronásledování homosexuálů a lesbiček ze strany části společnosti, či pronásledování, za nímž stojí jednotlivé vojenské klany v Somálsku.

V této souvislosti stojí za zmínku, že i vydírání ze strany mafie bylo v zahraničí v odůvodněných případech shledáno jako pronásledování pro účely ŽÚ1951.⁹⁷ Zdá se, že absolutní vyloučení pronásledování mafie neakceptuje už ani NSS: „*Nikoliv původci pronásledování* (členové mafie rozhodně pronásledovateli být mohou, *pokud státní moc není schopna a ochotna poskytnout občanu ochranu*), *ale důvody jejich počinání, jež u stěžovatelů vyvolává obavy o život, jsou pro rozhodnutí o udělení azylu podstatné.*”⁹⁸

Alternativním důvodem (oproti důvodům pragmatickým) pro restriktivní judikaturu může být nikoliv vědomé přijetí „odpovědnostního pojetí“ pronásledování, ale nedodržování zásady, že jednotlivé prvky definice uprchlíka musí být posuzovány samostatně⁹⁹, popř. promítnutí závěrů učiněných k celkové důvodnosti kasační stížnosti do prvku pronásledování (v ranné judikatuře NSS typicky představovaném nestátními původci pronásledování). Takové „globální“ posouzení žádosti spočívalo v prostudování dané kauzy, následovalo shledání této kauzy

⁹⁵ Srov. kauzu Karchňák popsanou in: TOMISOVÁ, M.: Diskriminace a pronásledování, In: JÍLEK, D., BUKVALDOVÁ, J., KLEČKOVÁ, R., KOSAŘ, D., TOMISOVÁ, M.: (ed.): Společný evropský azylový systém: právní pojem pronásledování, Brno, Doplněk, 2005, str. 196-198.

⁹⁶ Srov. *Secretary of State for the Home Department v. K; Fornah v. Secretary of State for the Home Department*, [2006] UKHL 46.

⁹⁷ Srov. UNHCR: Asylum in the European Union: A Study of the Implementation of the Qualification Directive, Brussels, November 2007, str. 44-45.

⁹⁸ Rozsudek NSS ze dne 20. 3. 2006, sp. zn. 4 Azs 46/2005.

⁹⁹ Jako příklad smíšení otázky nestátních původců pronásledování a posouzení účinnosti vnitrostátní ochrany poslouží rozsudek NSS ze dne 31.3.2005, sp. zn. 4 Azs 331/2004: „*orgány státu musí tuto činnost ze strany obyvatelstva vědomě schvalovat. Za takové schvalování nelze označit (sice poněkud laxní) postup policie, která údajně sdělila stěžovatelce, že pokud nemá ohledně vyhrožování ze strany svého druhu žádné svědky, nelze s případem nic dělat.*”

nedůvodnou, a poté hledání nejjednodušší cesty, jak takovou kasační stížnost zamítnout. „První po ruce“ byli často právě nestátní původci pronásledování.

Ať už však byla motivace restriktivního přístupu k nestátním původcům pronásledování jakákoliv, NSS by každopádně měl co nejdříve k otázce nestátních původců pronásledování zaujmout jednoznačné stanovisko, a to nejlépe v rozšířeném senátu (přičemž je nepodstatné, zda-li to tak bude učiněno z důvodu nutnosti judikatorního odklonu nebo „jen“ z důvodu nutnosti sjednocení rozporné judikatury). Jako vzorový příklad může posloužit švýcarská zkušenost, kde *Commission suisse de recours en matière d'asile/Schweizerische Asylrekurskommission* (CRA-ARK) provedla v roce 2006 explicitní „judikatorní odklon“ od „odpovědnostního“ pojetí pronásledování.¹⁰⁰

Po nabytí účinnosti kvalifikační směrnice už není pro takový krok ani potřeba sahát k podpůrným argumentům, jakým je odklon většiny zastánců „odpovědnostního“ pojetí pronásledování směrem k širšímu „lidskoprávnímu“ výkladu; dostatečné racionální zdůvodnění a přesvědčivost změny judikatury,¹⁰¹ či přihlédnutí k „lidskoprávní dimenzi sledované problematiky, kdy v některých věcech (zejména z oblasti veřejného práva) by měl být upřednostněn výklad více šetřící podstatu a smysl základních práv a svobod“.¹⁰² Postačí jednoduše poukázat na čl. 6 písm. c) KS.

3. ZÁVĚR

Kapitola č. 1 tohoto příspěvku poukázala na skutečnost, že český zákonodárce zvolil minimalistickou transpozici čl. 6-9 KS. Výsledkem tohoto způsobu transpozice kvalifikační směrnice do zákona o azylu je situace, kdy v podstatě nelze rozhodnout žádnou věc o mezinárodní ochraně pouze na základě zákona o azylu. Rozhodující orgán tak musí mít vždy kvalifikační směrnici po ruce. To by mohlo mít sice na jedné straně pozitivní výchovné účinky pro práci s komunitární legislativou, na druhou stranu lze těžko očekávat,

¹⁰⁰ Rozhodnutí CRA-ARK z 8. 6. 2006.

¹⁰¹ Srov. ŠIMÍČEK, V.: Předvídatelnost soudního rozhodování, *Jurisprudence*, č. 5/2004, str. 8-9.

¹⁰² Tamtéž, str. 10.

že všichni rozhodci OAMP a další subjekty zúčastněné na řízení o mezinárodní ochraně (tj. zejména právní zástupci a soudci) zaregistrovaly kvalifikační směrnici a budou schopni postihnout všechny nuance kvalifikační směrnice¹⁰³ bez výslovné změny zákona o azylu.¹⁰⁴

To v důsledku povede v lepším případě „jen“ k nejednotnosti rozhodovací praxe korigované Nejvyšším správním soudem.¹⁰⁵ V horším případě se pak rozhodovací praxe „jako jeden muž“ vydá nesprávným směrem. Kapitola č. 2 navíc jasně ukázala, že česká rozhodovací praxe zdaleka není ve všech ohledech s kvalifikační směrnicí konformní, a tudíž je třeba nejen dávat pozor při řešení dosud neprejudikovaných otázek, ale rovněž korigovat „předtranspoziční“ judikaturu. České správní soudy tedy čeká ještě hodně práce...

Kontaktní údaje na autora – email:

david.kosar@nssoud.cz

¹⁰³ Například návaznost a potenciální rozdíly mezi ŽÚ1951 a kvalifikační směrnicí či rozdíl mezi mandatorními, dispozitivními a podmíněně mandatorními ustanoveními kvalifikační směrnice.

¹⁰⁴ Což se bohužel v praxi ukazuje jako velmi reálná hrozba.

¹⁰⁵ Korekce ze strany NSS je navíc od novely č. 350/2005 Sb. výrazně omezena zavedením institutu nepřijatelnosti (§ 104a s. ř. s.). Na NSS je tak kladena obrovská odpovědnost, aby identifikoval všechny nesoulady zákona o azylu s kvalifikační směrnicí a podřadil je pod jeden z důvodů přijatelnosti v souladu s pilotním rozhodnutím k institutu nepřijatelnosti ze dne 26. 4. 2006 (usnesení č. j. 1 Azs 13/2006 – 39, publikované pod č. 933/2006 Sb. NSS), ať už pod kautelu nejednotných otázek, judikatorního odklonu (v tomto případě bude muset být věc automaticky postoupena rozšířenému senátu) či rozporné rozhodovací praxe (v tomto případě bude muset být věc postoupena rozšířenému senátu jen tehdy, pokud existuje rozporná rozhodovací praxe mezi jednotlivými senáty NSS). Dalším problémem, před kterým NSS stojí, je jakým způsobem se vypořádat s těmi ustanoveními zákona o azylu, jejichž znění zůstalo po transpozici kvalifikační směrnice nezměněno, nicméně kvalifikační směrnice vyžaduje odklon od stávající (rozuměj „předtranspoziční“) judikatury – jedna možnost spočívá v předkládání každé takové věci podle § 17 s. ř. s. do rozšířeného senátu, druhá možnost spočívá v nakládání s kvalifikační směrnicí jako s novou právní skutečností (rovnocennou s novelou zákona o azylu), na základě níž není nutné rozšířený senát aktivovat. Každé řešení má své výhody, nicméně NSS se zdá se zatím přiklonil k variantě druhé; srov. čerstvé rozsudky NSS ze dne 15. 8. 2008, sp. zn. 5 Azs 24/2008; a ze dne 13. 8. 2008, sp. zn. 2 Azs 45/2008.

Implementace evropského systému uznávání profesních kvalifikací do českého práva

Mgr. Veronika Kudrová

**Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Katedra
mezinárodního a evropského práva, Česká republika**

Abstract:

There are four basic freedoms set up to help the European Union to become the most developed economic and knowledge society in the World. Withdrawing the limits of free movement and free residence of persons is not enough to achieve the efficient allocation of the human resources. There are also some more obstructions springing from natural matters. One of them is the diversity of national education systems, which provides different form, range or quality of education corresponding to the national requirements. So that obtaining a thesis improves qualification towards certain professions in domestic state could become a problem for access to the same profession in the host state. That is why it has become necessary to have a system ensuring the mutual recognition of qualifications within the European Union in order to be admitted to practise a regulated profession in a non-domestic state.

Once the Czech Republic is a part of the European Union, it is ought to follow the European law and policy, so it is also supposed to transpose the European system on recognition of qualifications into the Czech law.

The contribution deals with the impact of the European system of recognition of qualifications to the domestic Czech law, including the way, how is the Czech law coping with its recent changes.

1. Úvod

Přistoupením ke smlouvám, na nichž je založena Evropská unie, se pro Českou republiku změnilo leccos. Z pohledu vnitrostátního byl do českého právního řádu zaveden nový pramen práva (nařízení) přímo regulující právní vztahy (nejen) jednotlivců, ve vztahu

k ostatním státům Evropské unie pak České republice vznikla povinnost plnit závazky jí vyplývající z „členství v Evropské unii“.¹

Mezi jeden z těchto závazků patří též implementace evropského systému uznávání kvalifikací do českého právního řádu, nebo též do „českého prostoru jednotného trhu“.

V následujícím textu bude pojednáno o systému uznávání profesních kvalifikací na poli Evropské unie a o jeho ovlivnění českého právního prostředí.

2. Evropská úprava uznávání kvalifikací

Jednotný vnitřní trh Evropského společenství (dále též jen „Společenství“) je založen na čtyřech základních svobodách, mezi něž patří i volný pohyb osob a volný pohyb služeb. Pro efektivní alokování lidských zdrojů v rámci jednotného trhu však nepostačuje odstranění fyzických bariér volného pohybu a pobytu osob a služeb, bylo třeba vyřešit též další překážky, často vycházející z přirozeného uspořádání věcí.² K tomu, aby se získání kvalifikace ve vzdělávací instituci domovského státu nestalo omezením v přístupu k výkonu některého z regulovaných povolání³ ve státě hostitelském, bylo třeba

¹ Pozn.: Evropská unie nemá na rozdíl od mezinárodních organizací právní subjektivitu, proto s ohledem na právní teorii není korektní mluvit o „vstupu do Evropské unie“, byť je toto úsloví hojně používáno ve všech možných oblastech lidského života. Přesto – z praktických důvodů – bude v tomto textu dotyčný nonsens použit, a to jako zkratka pro „přistoupení ke smlouvám, na nichž je založena Evropská unie.“

² Typicky jde o rozdíly ve vzdělání poskytovaném institucemi působícími v různých členských státech, neboť jeho obsah a úroveň dlouhodobě odpovídala a v mnoha aspektech stále odpovídá požadavkům národních trhů (vč. místních právních předpisů).

³ Regulovaným povoláním se rozumí odborná činnost nebo soubor činností, u níž je přístup k ní nebo její výkon nebo jeden ze způsobů jejího výkonu v členském státě vyhrazen přímo nebo nepřímo na základě právních a správních předpisů držitelům určité odborné kvalifikace; zejména používání odborného titulu omezené právními nebo správními předpisy na držitele určité odborné kvalifikace vymezuje způsob výkonu. (Kudrová, V. Uznávání kvalifikace z pohledu Evropského práva, rukopis. Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 33.)

vytvořit mechanismus zajišťující uznávání takto získané kvalifikace: systém vzájemného uznávání profesních kvalifikací.⁴

Právní úprava profesního uznávání kvalifikací vychází z primárního práva, a to článků 39 Smlouvy o založení Evropského společenství (dále též jen „Smlouva ES“) a násl., jimiž je zajištěn volný pohyb pracovníků a osob samostatně výdělečně činných a článku 49 Smlouvy ES, který zakazuje omezení volného pohybu služeb. Na jejich základě, za účelem zjednodušení volného pohybu osob a služeb, vydalo Společenství řadu směrnic o uznávání odborných kvalifikací.⁵ V průběhu času se však ukázalo, že správa

⁴ Profesní uznávání kvalifikací se zaměřuje na posouzení znalostí a schopností konkrétního jedince, které mohou být prokázány jak dokladem o vzdělání či odborné přípravě, tak i dokladem o faktickém výkonu dané činnosti (dokladem o praxi) či jinými doklady. Výsledkem procesu profesního uznávání je rozhodnutí, zda má (či nemá) dotyčná osoba dostatečné schopnosti a znalosti, aby mohla vykonávat konkrétní povolání. Součástí rozhodnutí může být i uznání titulu nebo profesního označení. (Uznávání odborných kvalifikací v Evropské unii, Brusel: Evropská komise, rok neuveden, s. 2.)

⁵ Byly jimi jednak směrnice obecného systému vzájemného uznávání odborných kvalifikací, zejména směrnice Rady 89/48/EHS o obecném systému pro uznávání vysokoškolských diplomů vydaných po ukončení nejméně tříletého odborného vzdělávání a přípravy, směrnice Rady 92/51/EHS o druhém obecném systému pro uznávání odborného vzdělávání a přípravy a směrnice Evropského parlamentu a Rady 1999/42/ES, kterou se zavádí postup pro uznávání dokladů o dosažené kvalifikaci pro profesní činnosti upravené směrnicemi o liberalizaci a o přechodných opatřeních a kterou se doplňuje obecný systém uznávání dokladů o dosažené kvalifikaci.

Pro některá povolání pak platila zvláštní úprava, tzv. oborové (nebo též sektorové) směrnice: směrnice Rady 77/249/EHS o usnadnění účinného výkonu volného pohybu služeb advokátů, směrnice Rady 77/452/EHS o vzájemném uznávání diplomů, osvědčení a jiných dokladů o dosažené kvalifikaci zdravotních sester a ošetřovatelů odpovědných za všeobecnou péči, obsahující opatření pro usnadnění účinného výkonu práva usazování a volného pohybu služeb; směrnice Rady 78/686/EHS o vzájemném uznávání diplomů, osvědčení a jiných dokladů o dosažené kvalifikaci zubních lékařů obsahující opatření k usnadnění účinného výkonu práva usazování a volného pohybu služeb; směrnice Rady 78/1026/EHS o vzájemném uznávání diplomů, osvědčení a jiných dokladů o dosažené kvalifikaci veterinárních lékařů obsahující opatření k usnadnění účinného výkonu práva usazování a volného pohybu služeb; směrnice Rady 80/154/EHS o vzájemném uznávání diplomů, osvědčení a jiných dokladů o dosažené kvalifikaci porodních asistentek a o opatřeních pro usnadnění účinného výkonu práva usazování a volného pohybu služeb; směrnice Rady 85/384/EHS o vzájemném uznávání diplomů, osvědčení a jiných dokladů o dosažené kvalifikaci v oboru architektury obsahující

obecného systému a různých zvláštních systémů uznávání vytvořených oborovými směrnici je těžkopádná a složitá, bylo proto nutné správu zjednodušit a směrnice aktualizovat tak, aby byl mj. zohledněn vědecký a technický pokrok, zejména pokud jsou minimální požadavky na odbornou přípravu koordinovány s ohledem na automatické uznávání kvalifikací.⁶ Většina uznávacích směrnic byla proto nahrazena – sloučena – do jediné směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/36/ES o uznávání odborných kvalifikací (dále též jen „Směrnice“).

3. Směrnice o uznávání odborných kvalifikací

Směrnice se vztahuje na každého státního příslušníka členského státu, který chce vykonávat tzv. regulované povolání v jiném členském státě, než ve kterém získal svou odbornou kvalifikaci; a to buď jako osoba samostatně výdělečně činná nebo jako zaměstnanec.⁷ Důležitým předpokladem přitom je, aby státní příslušník byl pro výkon regulovaného povolání již kvalifikován (nikoli se teprve na regulované povolání soustavně připravoval) – teprve na základě „hotové kvalifikace“ může uplatňovat nároky ze Směrnice vyplývající.

Směrnice o uznávání odborných kvalifikací upravuje jak podmínky specifické pro některá jednotlivá regulovaná povolání (téměř pokrývající bývalé sektorové směrnice) – povolání lékaře, zdravotních sester a ošetřovatelů odpovědných za všeobecnou péči,

opatření k usnadnění účinného výkonu práva usazování a volného pohybu služeb; směrnice Rady 85/432/EHS o koordinaci právních a správních předpisů ohledně některých činností v oblasti farmacie; Směrnice Rady 93/16/EHS o usnadnění volného pohybu lékařů a vzájemného uznávání jejich diplomů, osvědčení a jiných dokladů o dosažené kvalifikaci; a Směrnice Evropského parlamentu a Rady 98/5/ES o usnadnění trvalého výkonu povolání advokáta v jiném členském státě než v tom, ve kterém byla získána kvalifikace.

⁶ Bod 34 Preambule Směrnice o uznávání odborných kvalifikací.

⁷ Neupravuje ovšem to, zda mají členské státy uznávat rozhodnutí jiných členských států o uznání v souladu s touto směrnicí, a tedy osoby, jejichž odborná kvalifikace byla uznána v souladu s touto směrnicí, se nemohou odvolávat na toto uznání za účelem získání v členském státě, ze kterého pocházejí, práv, která nevyplývají z odborné kvalifikace získané v tomto členském státě, pokud neprokážou, že získaly doplňující odbornou kvalifikaci v hostitelském členském státě.

zubního lékaře, veterinárního lékaře, porodní asistentky, farmaceuta a architekta, tak i podmínky pro ostatní regulovaná povolání, pro něž neplatí zvláštní úprava.

3.1 Volné poskytování služeb

Z logiky věci a navíc i faktu, že směrnice Evropského parlamentu a Rady 2006/123/ES o službách na vnitřním trhu přinášející do oblasti služeb značné změny směrem k jejich liberalizaci sama ze své působnosti vylučuje otázky související s odbornými kvalifikacemi, obsahuje směrnice o uznávání odborných kvalifikací i speciální úpravu týkající se uznávání kvalifikací v oblasti poskytování služeb.

Aby došlo k liberalizaci služeb i navzdory překážkám souvisejícím s existencí různě získaných kvalifikací, bylo třeba jednak stanovit zvláštní pravidla pro rozšíření možnosti vykonávat činnosti pod původním profesním označením, a dále, vzhledem k různým systémům pro dočasné nebo příležitostné přeshraniční poskytování služeb, bylo nezbytné vyjasnit kritéria pro rozlišování mezi těmito dvěma koncepty v případě přestěhování poskytovatele služeb na území hostitelského členského státu.

3.2 Obecný systém uznávání dokladů o odborné kvalifikaci

Přes úpravu v jednom společném dokumentu fakticky zůstává materiálně zachováno dělení na obecný systém úpravy kvalifikací, který se uplatní vždy, když jde o regulované povolání, které není upraveno samostatně nebo, nově oproti předchozí úpravě, pokud žadatel ze zvláštních a výjimečných důvodů nesplňuje některé podmínky dané úpravou speciální, a na úpravu speciální pro jednotlivé výše uvedené obory.

Podstatou obecného je vzájemná důvěra mezi členskými státy v to, že členský stát, v němž dotyčný získal odbornou kvalifikaci, nestanovil příliš měkké podmínky k jejímu získání, a tím nedopustil, aby regulované povolání mohla vykonávat osoba, jejíž kvalifikace není dostatečná, čímž by mohlo dojít ke škodám na majetku, životu či zdraví.

Pokud je v hostitelském členském státě přístup k regulovanému povolání nebo jeho výkon podmíněn držením zvláštní odborné kvalifikace, povolí příslušné orgány tohoto členského státu přístup k tomuto povolání a jeho výkon za stejných podmínek, jaké se vztahují na jeho vlastní státní příslušníky, žadatelům, kteří jsou držiteli osvědčení způsobilosti nebo dokladu o dosažené kvalifikaci, který jiný členský stát požaduje k získání přístupu k tomuto povolání a jeho výkonu na svém území. Stejně tak se přiznává přístup k povolání a jeho výkon rovněž žadatelům, kteří vykonávali takové povolání na plnou pracovní dobu po dobu dvou let během předchozích deseti let v jiném členském státě, ve kterém toto povolání není regulováno, a to za předpokladu, že jsou držiteli jednoho nebo více osvědčení způsobilosti nebo dokladů o dosažené kvalifikaci.

Hostitelskému státu je také dovoleno za určitých podmínek požadovat po žadateli tzv. vyrovnávací opatření spočívající buď v absolvování adaptačního období nepřesahující tři roky, nebo složení zkoušky způsobilosti; v zásadě podle výběru žadatele. Od těchto vyrovnávacích opatření je však třeba upustit, existují-li pro určitou odbornou kvalifikaci tzv. společné platformy – soubory kritérií pro odborné kvalifikace, která jsou schopná vyrovnat podstatné rozdíly (stanovené srovnáním délky a obsahu odborné přípravy) zjištěné u požadavků na odbornou přípravu u daného povolání v různých členských státech.

Směrnice dále provádí vlastní klasifikaci kvalifikací, a to do pěti kategorií odvozených dle vzdělání.⁸

⁸ První z nich je osvědčení způsobilosti vydané příslušným orgánem domovského členského státu určeným podle právních a správních předpisů tohoto státu na základě studijního programu nebo zvláštní zkoušky bez předchozí odborné přípravy; nebo výkonu povolání v členském státě po určitou dobu a v určitém rozsahu; nebo na základě obecného základního nebo středoškolského vzdělání, které potvrzuje, že držitel získal obecné znalosti.

Druhá úroveň je taková, jejímž výstupem je osvědčení prokazující úspěšné ukončení středoškolského studia obecné povahy, doplněného studiem nebo odbornou přípravou nebo zkušební či odbornou praxí vyžadovanou navíc k tomuto studiu; nebo technické či odborné povahy, případně doplněného obdobným studiem nebo odbornou přípravou nebo zkušební či odbornou praxí vyžadovanou navíc k tomuto studiu.

Úroveň třetí odpovídá diplomu, který prokazuje úspěšné ukončení odborné přípravy na terciární úrovni v délce nejméně jednoho roku, u níž je zpravidla jednou z

3.3 Uznávání odborné praxe a jiné způsobilosti

Vzhledem k nutnosti zjednodušení pravidel povolujících přístup k řadě průmyslových, obchodních a řemeslných činností v členských státech, ve kterých jsou tato povolání regulována, pokud byly tyto činnosti vykonávány po přiměřeně dlouhou a nepřilíši vzdálenou dobu v jiném členském státě, je třeba vedle uznávání dokladů o odborné kvalifikaci vytvořit i systém automatického uznávání na základě odborné praxe. Tuto povinnost stanoví a konkretizuje kapitola druhá hlavy třetí.

Praktické zkušenosti ukázaly, že přístup k výkonu ekonomické aktivity mohou komplikovat i další překážky, výše zatím neuvedené.⁹ Směrnice pro tyto důkazy v zásadě stanoví povinnost hostitelského státu uznat za dostatečný důkaz dokumenty vydávané a uznávané za tímto účelem na území (popř. orgánem) domovského členského. Benevolentnější je úprava pro dvě posledně zmíněné podmínky, a to v tom, že postačí osvědčení vydané bankami a pojišťovnami jiného státu (ne tedy nutně domovského).

podmínek přijetí úspěšné ukončení středoškolského studia, nebo dokončení školní docházky na úrovni druhého cyklu střední školy, a také odborná příprava, která může být požadována navíc k uvedenému postsekundárnímu studiu; nebo v případě regulovaného povolání odborné přípravy se zvláštní strukturou zajišťuje srovnatelnou odbornou úroveň a připravuje uchazeče o vzdělání na srovnatelnou úroveň povinností a funkcí.

Na úrovni čtvrté je již vyžadován vysokoškolský diplom potvrzující ukončení odborné přípravy na terciární úrovni v délce tří až čtyř let, a také ukončení odborné přípravy, která může být požadována navíc k uvedenému postsekundárnímu studiu. Magisterský stupeň vysokoškolského studia je pak zřejmě požadován k zařazení na nejvyšší úroveň kvalifikace, neboť jejím předmětem je diplom prokazující úspěšné ukončení terciárního studia v délce nejméně čtyř let, a v případě potřeby také potvrzení o úspěšném ukončení odborné přípravy, která může být požadována navíc k takovému studiu.

⁹ Jde o důkazy dobré pověsti, že na majetek příslušného uchazeče nebyl prohlášen konkurz, že nedošlo k pozastavení nebo zákazu výkonu povolání z důvodu závažného nesprávného počínání při jeho výkonu nebo na základě spáchání trestného činu, fyzické nebo psychické způsobilosti žadatele, finanční situaci žadatele; či že žadatel je pojištěn proti finančním rizikům vyplývajícím z jeho profesní odpovědnosti v souladu s platnými právními a správními předpisy hostitelského členského státu týkajícími se podmínek a rozsahu pojištění.

3.4 Užívání akademických titulů a profesních označení

Hostitelské členské státy přiznávají za určitých podmínek dotyčným osobám právo užívat jejich akademické tituly přiznané v domovských členských státech a popřípadě zkratky těchto titulů v jazyce domovského členského státu.

Pro užívání profesního označení lékaře, zdravotních sester a ošetřovatelů odpovědných za všeobecnou péči, zubního lékaře, veterinárního lékaře, porodní asistentky, farmaceuta a architekta, pak platí spíše povinnost používat ho v hostitelském členském státě.

3.5 Zvláštní úprava pro některá povolání

Jak již bylo zmíněno, kvalifikační požadavky na některá povolání jsou natolik významné a odlišné, že je právo Společenství až donedávna upravovalo nejen materiálně odlišně od povolání ostatních, ale i formálně – byly předmětem tzv. oborových směrnic. Po převedení materie do jedné směrnice, tedy až na směrnice o advokátech, se však ani v této oblasti koncepčně příliš nezměnilo.

Společným rysem speciální úpravy, výrazně ji odlišujícím od obecného systému, je harmonizace minimálního obsahu studia, přesněji minimální délky vzdělávání, jeho obsahové náležitosti a v neposlední řadě také konkrétní výstupy z učení, jež musí studium za účelem oborového povolání naplňovat. Pro porodní asistentky a farmaceuty směrnice stanoví také přímé právo (a povinnost členských států ho zajistit) na přístup ke stanoveným činnostem a na jejich výkon. Z podstaty věci je součástí úpravy velké množství přechodných ustanovení.

I pro jednotlivé speciálně upravené obory platí společná zásada automatického uznávání spočívající v povinnosti každého členského státu uznat doklady o dosažené kvalifikaci zajišťující přístup k odborným činnostem, pokud splňují minimální požadavky na odbornou přípravu, a za účelem přístupu k odborným činnostem a jejich výkonu přiznává těmto dokladům na svém území stejné účinky, jaké mají doklady o dosažené kvalifikaci, které sám vydává.

Základní lékařská odborná příprava zahrnuje nejméně šest let studia nebo 5500 hodin teoretické a praktické výuky na vysoké škole

nebo pod dohledem vysoké školy a má zaručit, že dotyčná osoba získala blíže specifikované znalosti a dovednosti. Specializovaná lékařská odborná příprava, která navazuje na základní, zahrnuje teoretickou a praktickou výuku na vysoké škole nebo ve fakultní nemocnici nebo případně v zařízení zdravotní péče schváleném k tomuto účelu příslušnými orgány nebo subjekty. Její minimální délka se v závislosti na konkrétním oboru pohybuje mezi třemi až pěti lety. Zvláštní odborná příprava ve všeobecném lékařství navazující na základní odbornou přípravu pak vede k vydání dokladu o dosažené kvalifikaci vydanému před 1. lednem 2006 po nejméně dvou letech řádného studia a v případě dokladů o dosažené kvalifikaci vydaných po tomto dni a po absolvování řádného studia nejméně tříletého. Představuje řádné studium vykonávané pod kontrolou příslušných orgánů nebo subjektů a má spíše praktickou než teoretickou povahu.

Odborná příprava zdravotních sester a ošetrovatelů odpovědných za všeobecnou péči představuje řádné studium v délce nejméně tří let nebo 4600 hodin teoretického a klinického výcviku a musí zahrnovat řadu předmětů stanovených přímo směrnicí z oblasti teoretické i praktické výuky. Z organizačního hlediska je z pohledu vysokých škol poskytujících tento typ vzdělání důležité, že výuka směrnicí určených předmětů může být poskytnuta v rámci jiných oborů nebo v souvislosti s nimi.

Celková doba základní lékařské odborné přípravy v oboru zubního lékařství zahrnuje nejméně pět let řádné teoretické a praktické výuky pro níž jsou opět směrnicí stanovené předepsané předměty na vysoké škole, ve vyšším vzdělávacím zařízení s uznanou vysokoškolskou úrovní nebo pod dohledem vysoké školy. Na ní navazující specializovaná lékařská odborná příprava v oboru zubního lékařství pak zahrnuje teoretickou a praktickou výuku ve vysokoškolském středisku, v léčebném výukovém nebo výzkumném středisku nebo popřípadě v zařízení zdravotní péče schváleném k tomuto účelu příslušnými orgány nebo subjekty.

Pro odbornou přípravu v oboru veterinárního lékařství platí, že zahrnuje nejméně pět let řádné denní teoretické a praktické výuky předmětů, které jsou opět stanoveny směrnicí, ve vyšším vzdělávacím zařízení s uznanou vysokoškolskou úrovní nebo pod dohledem vysoké školy.

Na dva různé směry je potom rozdělena kvalifikace porodních asistentek: Pro směr I zahrnuje odborná příprava porodních asistentek nejméně tříletou řádnou speciální odbornou přípravu pro porodní asistentky zahrnující teoretickou a praktickou výuku a pro směr II zahrnuje odborná příprava porodních asistentek nejméně 18 měsíční řádnou speciální odbornou přípravu pro porodní asistentky, zahrnující předměty studijního plánu dané směrnicí, pokud již nebyly předmětem rovnocenné výuky zdravotních sester a ošetrovatelů odpovědných za všeobecnou péči. U porodních asistentek je navíc kladen zvláštní důraz na výčet minimálních činností, k nimž musí členské státy udělit asistentkám přístup.

Odborná příprava farmaceutů zahrnující stanovené předměty v trvání nejméně pěti let musí zahrnovat nejméně čtyři roky řádné denní teoretické a praktické výuky na vysoké škole, ve vyšším vzdělávacím zařízení s uznanou vysokoškolskou úrovní nebo pod dohledem vysoké školy a nejméně šest měsíců praktického výcviku v lékárně otevřené pro veřejnost nebo v nemocnici pod dohledem farmaceutického oddělení uvedené nemocnice.

Celková délka odborné přípravy architekta zahrnuje nejméně čtyři roky řádného studia na vysoké škole nebo ve srovnatelné vzdělávací instituci nebo nejméně šest let studia na vysoké škole nebo ve srovnatelné vzdělávací instituci; z toho nejméně tři roky ve formě řádného studia. Musí být zakončena úspěšným složením zkoušky vedoucí k získání titulu.

4. Zavedení systému uznávání kvalifikací do českého právního prostředí

Právo na vzdělání je obecně považováno za základní lidské právo, jehož realizací dochází mj. k duševnímu rozvoji člověka. Vzdělání, nebo šířeji příprava na budoucí povolání, je ale též institutem s významem celospolečenským, neboť právě jeho prostřednictvím získávají jednotlivci kvalifikaci nezbytnou k výkonu tzv. regulovaných povolání, jimiž jsou zabezpečovány společenské potřeby. Důvodem regulace přístupu k některým povoláním¹⁰ je

¹⁰ V ČR jde o více, než 600 různých povolání. (Pavelková, L. Zákon o uznávání odborné kvalifikace s komentářem. Praha: Sondy, 2004, s. 7.)

přítom zajištění kvality jejich výkonu, a to zejména s ohledem na ochranu obyvatelstva, pro něhož jsou výrobky či služby určeny.

Systém regulovaných povolání by nemohl fungovat bez stejně objemného systému vzdělávacích institucí, které získání potřebné kvalifikace poskytují, a to pochopitelně podle požadavků, které jsou na jednotlivé kvalifikace kladeny. Tento model může velmi úspěšně fungovat v rámci jednoho státu, v němž občané státu získávají prostřednictvím státem zřizovaných či aprobovaných institucí potřebnou kvalifikaci, aby jí potom prokázali svou způsobilost k výkonu regulovaného povolání na domácím trhu. Nejeví se ovšem bez dalšího jako udržitelný ve chvíli, kdy vlivem politických a později též právních rozhodnutí dochází k situaci, že pracovní trh, popř. trh se službami, již nemá a priori domácí rozměr; naopak tento ustupuje do pozadí rozměru mezinárodnímu, přesněji evropskému...

Vstup České republiky do Evropské unie, byl v oblasti právní podmíněn zejména vytvořením právních nástrojů k plnění členských povinností v době po přistoupení a dosažením souladu českého práva s právem společenství. Proto též pokud jde o systém uznávání kvalifikací, bylo nezbytné, aby k 1. květnu 2004 byly uznávací směrnice implementovány do českého práva.

Tento požadavek Česká republika splnila, když za účelem implementace směrnic obecného systému přijala zcela nový zákon č. 18/2004 Sb., o uznávání odborné kvalifikace a jiné způsobilosti státních příslušníků členských států Evropské unie a novelizaci některých dalších zákonů a o změně některých zákonů (dále jen „Zákon o uznávání odborné kvalifikace“ či též jen „Zákon“) a odvětvové směrnice provedla zákonem č. 228/2002 Sb., zákonem č. 224/2003 Sb. a zákonem č. 316/2004 Sb., které představovaly potřebné novelizace zákona č. 95/2004 Sb., o podmínkách získávání a uznávání odborné způsobilosti a specializované způsobilosti k výkonu zdravotnického povolání lékaře, zubního lékaře a farmaceuta (dále jen „Zákon o lékařích a farmaceutech“) a zákona č. 96/2004 Sb., o nelékařských zdravotnických povoláních, zákona č. 85/1996 Sb., o advokacii, zákona č. 360/1992 Sb., o výkonu povolání autorizovaných architektů a o výkonu povolání autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě (dále jen „Zákon o autorizovaných architektech a inženýrech“) a zákona č. 166/1999 Sb., veterinární zákon. V době vstupu, resp. před vstupem do

Evropské unie tedy Česká republika přijala potřebnou právní úpravu týkající se vzájemného uznávání kvalifikací, čímž svým závazkům dostála.

4.1 Nová úprava uznávání kvalifikací

Jak bylo uvedeno výše, za účelem zefektivnění uznávání kvalifikací na trhu Společenství, nahradila drtivou většinu zmíněných směrnic starého systému směrnice nová (aniž by však byly dotčeny právní předpisy vydané na základě starých směrnic). Vydána byla dne 6. července 2005 s tím, že závazné datum jejího provedení bylo stanoveno na datum o více než 2 roky pozdější: do 20. října 2007.

Česká republika však ani po takto poměrně dlouhou dobu nesplnila svou povinnost transponovat směrnici do českého právního řádu, čímž se dne 21. října 2007 dostala Směrnice do režimu směrnice včas neprovedené se všemi účinky, které marné uplynutí lhůty k transpozici vyvolává. Autorce však není znám žádný konkrétní případ, kdy by se jednotlivec dovolával přímého účinku Směrnice, popř. kdy by za pozdní provedení Směrnice byla Česká republika sankcionována.

Tento nežádoucí stav však již skončil, a to k 1. červenci 2008, kdy se stal účinným zákon č. 189/2008 Sb., kterým se mění zákon č. 18/2004 Sb., o uznávání odborné kvalifikace a jiné způsobilosti státních příslušníků členských států Evropské unie a o změně některých zákonů (zákon o uznávání odborné kvalifikace), ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony novela promítající potřebné změny do příslušných zákonů (dále též jen „novela“). Předmětem dalšího zkoumání bude zejména posouzení, jak důsledně byla směrnice provedena, a to především se zaměřením na zákon o uznávání odborné kvalifikace.

4.2 Zákon o uznávání odborné kvalifikace

Zcela v souladu s požadavkem směrnice je hned v úvodních ustanoveních zpracován požadovaný odkaz na ní. Pokud jde ovšem o věcnou působnost zákona, ve stejném § lze spatřovat i jistou odchylku od požadavků daných Směrnicí, a to když je působnost Zákona omezena pouze na postup správních úřadů, profesních komor

a veřejnoprávních zaměstnavatelů při uznání odborné kvalifikace. Na první pohled deklaratorní ustanovení, znamená však, že soukromoprávní zaměstnavatele nejsou povinni uznat kvalifikaci, která vyhovuje požadovaným nárokům?! Je třeba upozornit, že Směrnice, jejímž účelem je snižování přirozených překážek při volném pohybu osob za účelem výdělečné činnosti, má poskytovat zcela konkrétní záruky osobám, které získaly kvalifikaci v některém z členských států, a to záruky přístupu ke stejnému povolání i v jiném členském státě. Tyto záruky nejsou ve směrnici nijak omezeny na povolání, jehož poskytovateli jsou veřejnoprávní zaměstnavatelé, úvodní ustanovení Zákona však právě k takovému výkladu nepřímě nabádá. V případě sporu by zřejmě na tomto místě musel přijít na řadu nepřímý účinek směrnice, kdy by působnost musela být vykládána v souladu se směrnicí – tedy vztahovat se i na soukromoprávní zaměstnavatele.

Další poměrně zbytečnou komplikací může být samotná definice ústředního pojmu „odborná kvalifikace“. Zatímco směrnice starého systému tento pojem přímo nedefinovaly, aktuální směrnice o uznávání odborných kvalifikací již jeho definici obsahuje. Zaměřila se v ní na spíše na formální rovinu a odbornou kvalifikaci definuje jako kvalifikaci doloženou dokladem o dosažené kvalifikaci, osvědčení způsobilosti nebo odbornou praxí. Naproti tomu česká právní přijala definici, která chápe kvalifikaci v rovině materiální: „odbornou kvalifikací se rozumí způsobilost fyzické osoby k výkonu regulované činnosti“. Přestože nesoulad obsahu obou pojmů není v tuto chvíli nikterak drakonický, přesto by mohl v aplikační praxi vyvolat jisté problémy, a to právě s ohledem na to, že definice pojmu ve směrnici jistě není náhodná a má v ní své místo právě proto, že ostatní právní úprava jí požadovaná je právě k obsahu tohoto pojmu vázána. Ostatní definice pojmů se nezdají vykazovat rozpor s textem směrnice.

Osobní rozšíření působnosti zákona na další skupiny osob, k jejichž prospěchu může sloužit, jistě není Směrnicí a jí sledovanému cíli na překážku.

Pokud jde o účinky uznání, Zákon souladně se Směrnicí konstatuje přístup oprávněná osoby ke stejnému povolání, pro které získala kvalifikaci v domovském členském státě, a vykonávala je v

hostitelském členském státě za stejných podmínek jako jeho státní příslušníci.

Protože v předchozím znění Zákona zcela chyběla úprava dočasného a příležitostného poskytování služeb, zavádí novela v návaznosti na Směrnici úpravu zcela novou, a to hlavou VIII nazvanou Dočasný nebo příležitostný výkon regulované činnosti na území České republiky v rámci svobody poskytování služeb. Přestože tato úprava v mnohém dostatečně reaguje na požadavky stanovené směrnicí, lze v ní najít ne zcela opomenutelný odklon od požadavků stanovených směrnicí (požadavků ve prospěch oprávněných). Česká právní úprava stanoví pro dočasný nebo příležitostný výkon regulované činnosti na území České republiky tzv. oznamovací povinnost. Tu je třeba splnit ještě před tím, než začne dotýčný subjekt služby poskytovat, a pak opakovaně (vždy po dvanácti měsících) po dobu, během níž bude regulovanou činnost dále vykonávat. Součástí oznámení je též průkaz totožnosti, doklad osvědčující státní příslušnost uchazeče, doklad potvrzující, že je uchazeč usazen v členském státě původu a v souladu s jeho právními předpisy vykonává předmětnou činnost a že mu oprávnění k výkonu předmětné činnosti v členském státě původu nebylo odejmuto ani dočasně pozastaveno, doklad o odborné kvalifikaci, a též doklad o pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu regulované činnosti, pakliže to zvláštní zákon požaduje jako podmínku pro výkon regulované činnosti. Jmenované doklady, které je možno požadovat, v zásadě odpovídají možnostem daným Směrnicí, problémem je ovšem nerespektování jasně daného omezení, že takové předběžné oznámení je možné vyžadovat pouze v případě, že se poskytovatel služby poprvé přestěhuje z jednoho členského státu do státu jiného. Protože takovéto „omezení omezení“ volného pohybu služeb v české právní úpravě dotýčného institutu chybí, lze se domnívat, že v této konkrétní věci nedošlo ke správnému provedení Směrnice.

Ustanovení o správní spolupráci orgánů členských států, které směrnice zdůrazňuje, již byla v zákoně zavedena dříve, přesto byla tato ustanovení rozšířena, aby lépe reflektovala aktuální situaci.

Směrnice zavádí další stupeň kvalifikace, který je třeba rozlišovat. Zatímco předchozí úprava rozeznávala pouze čtyři stupně, novela je poměrně technicky rozšířila ještě o stupeň pátý, resp. první

(nejnižší), k jehož dosažení postačuje pouze vzdělání na základní škole.

Samotné podmínky uznávání, včetně limitů stanovených pro užití tzv. kompenzačních opatření, byly do Zákona provedeny velmi obratně, pokud jde o postup správního orgánu, jde dokonce česká právní úprava nad požadavky Směrnice, když namísto tříměsíční, popř. čtyřměsíční lhůty pro vydání rozhodnutí zavádí pouze jednu lhůtu, a to dvouměsíční. V tomto směru jistě úprava zohlednila běžně kladené časové nároky na vydání rozhodnutí ve správním řízení, z pohledu volného pohybu osob a služeb jde však také o významný prvek přispívající k jejich usnadnění.

Též v případě uznávání tzv. jiné způsobilosti, o níž bylo pojednáno již výše, vč. uznání dokladů totožnosti, splňuje zákon zásadu zákazu (nepřímé) diskriminace, neboť stanoví doklady vydané orgány členských států za dostačující, v případě, že členské státy takové doklady nevydávají, postačuje k prokázání předmětných skutečností též čestné prohlášení.

Dostatečná je též úprava profesního označení (platí zásada používání označení stanoveného hostitelským státem) a užívání akademických titulů.

4.3 Uznávání na základě koordinace minimálních požadavků na odbornou přípravu

Jak bylo již uvedeno, jednotlivá povolání speciálně regulovaná směrnici jsou v českém právu upravena v několika málo zákonech,¹¹ a to v Zákoně o lékařích a farmaceutech, Zákoně o nelékařských zdravotnických povoláních, Zákoně o autorizovaných architektech a inženýrech a Veterinárním zákoně; tyto zákony potom obsahují další zmocnění k vydání podzákonných aktů. Dále budou naznačeny způsoby, jakým se české právo vyrovnalo s požadavky na odbornou přípravu, přesněji řečeno, jak je blíže konkretizovalo či jak důsledně je provedlo. Pro lepší doplnění úvodu do problematiky je třeba

¹¹ Pozn.: To ovšem neznamená, že by dopad nové směrnice o uznávání odborných kvalifikací byl jen do zmíněných zákonů – lze zmínit např. zákon o rostlinolékařské péči, zákon o péči o zdraví lidu či zákon o státní památkové péči.

upozornit na skutečnost, že směrnice obsahuje pro tato blíže specifikovaná ustanovení přechodnou úpravu nazvanou „nabytá práva“, dle níž pro splnění dotyčné kvalifikace stačí určité mírnější požadavky, ovšem za předpokladu, že byly splněny v některém stanoveném předchozím období; v některých případech jsou též doplněny praxí.

4.3.1 Lékaři

Již původní znění zákona obsahovalo dostatečně určené nároky na odbornou lékařskou přípravu: šestileté vysokoškolské prezenční studium, na jehož kvalitu z podstaty věci¹² dohlíží akreditační komise a požadavky pro nějž stanoví Ministerstvo zdravotnictví. Akreditační komisí schválený studijní program, jehož součástí je též studijní plán, má zaručit, aby dotyčná osoba získala při nejmenším směrnici požadované znalosti a dovednosti. Specializační odborná příprava pak nejen, že musí být provedena v dostatečném rozsahu, jenž stanoví v návaznosti na směrnici vyhláškou Ministerstvo zdravotnictví, ale její podmínkou je též zakončení atestační zkouškou. Požadavky na zvláštní odbornou přípravu tak, jak ji rozlišuje Směrnice, nebyly do zákona zavedeny z důvodů, které nejsou zřejmé.

4.3.2 Zdravotní sestry a ošetřovatelé odpovědní za všeobecnou péči

Zdravotnické pracovníky rozděljuje česká právní úprava do mnoha podskupin,¹³ pro něž stanoví různé požadavky na jejich vzdělání. Ty ovšem dostatečně odpovídají požadavkům směrnice na nejméně tříletou odbornou přípravu, byť vykonávanou ve vzdělávacích zařízeních různých stupňů (pro některé kvalifikace je potřebné vysokoškolské vzdělání, pro jiné stačí vzdělání z vyšší odborné školy; do určitých období je za dostatečné považováno též vzdělání

¹² Přesněji řečeno s ohledem na právní úpravu vysokého školství provedenou zákonem č. 111/1998 Sb. o vysokých školách.

¹³ Jde o desítky různých „specializací“.

na středních školách). Podrobnosti jsou stanoveny vyhláškou Ministerstva zdravotnictví.¹⁴

4.3.3 Zubní lékaři

Úprava požadavků na základní i speciální odbornou přípravu, včetně zvolené legislativní techniky, je velmi podobná úpravě požadavků v případě lékaře: pro základní odbornou přípravu je třeba nejméně pětileté¹⁵ prezenční studium, které zahrnuje jak teoretickou, tak i praktickou výuku v akreditovaném zdravotnickém magisterském studijním programu, pro speciální přípravu pak též platí zmocnění ke stanovení časových a obsahových požadavků Ministerstvem zdravotnictví, a stejně tak povinná atestační zkouška.

4.3.4 Veterinární lékaři

Do Veterinárního zákona nepřinesla novela žádné změny, lze se proto domnívat, že dle názoru zákonodárců již zatimní stav vyhovoval požadavkům směrnice na odbornou přípravu. Při bližším zkoumání je patrné, že kromě požadavku na pětileté vysokoškolské studium (nebo pod dohledem vysoké školy), které ladí s požadavky na koordinaci odborné přípravy danými Směrnicí, se lze setkat též s vlastní úpravou uznávání kvalifikace, když Veterinární zákon považuje za veterinárního lékaře též osoby, které jsou držiteli diplomu, vysvědčení nebo jiného dokladu o dosažení požadovaného vzdělání vydaného příslušným orgánem jiného členského státu, či kterým příslušný orgán členského státu osvědčuje, že diplom, vysvědčení nebo jiný doklad o požadovaném vzdělání je v souladu s určitými požadavky.

4.3.5 Porodní asistentky

¹⁴ Vyhláška č. 39/2005 Sb., kterou se stanoví minimální požadavky na studijní programy k získání odborné způsobilosti k výkonu nelékařského zdravotnického povolání.

¹⁵ V současné době probíhá vzdělání v oboru zubního lékařství jako vzdělání pětileté, v nedávné době ovšem byl magisterský studijní program v oboru stomatologie akreditován ještě jako šestiletý.

Porodní asistentky jsou v systematice českého práva zařazeny mezi ostatní zdravotnické pracovníky, lze proto k úpravě požadavků na jejich kvalifikaci v zásadě odkázat na zmínku o zdravotnických pracovnících.

4.3.6 Farmaceuti

Získání odborné způsobilosti pro výkon povolání farmaceuta je v českém právním řádu do budoucna podmíněno absolvováním nejméně pětiletého prezenčního studia v akreditovaném zdravotnickém magisterském studijním programu farmacie obsahujícím teoretickou a praktickou výuku, z čehož nejméně 6 měsíců tvoří praxe v lékárně.

4.3.7 Architekti

Pro architekty v českém právním prostředí platí, že kromě vzdělání (jehož podmínky jsou v souladu s požadavky danými směnicí) je k výkonu jejich povolání potřebná ještě autorizace Českou komorou architektů. K autorizaci musí žadatel splnit několik různých podmínek, pokud jde ovšem o státní příslušnost, je v příslušném zákoně uvedeno, že jí je též státní příslušnost některého z členských států Evropské unie.

5. Závěr

Nebýt členství v Evropské unii, český právní řád by zřejmě neobsahoval žádnou komplexnější úpravu uznávání profesních kvalifikací, a to jak pokud jde o uznávání jako cílevědomý proces, tak též o synchronizaci požadavků na odbornou přípravu, díky nimž jsou si získané kvalifikace obsahově a náročnostně rovny, alespoň pokud jde o nezbytné požadavky, jejichž splnění má sloužit ochraně příjemců služeb či výrobků. V tomto směru byl tedy vývoj českého práva zcela nepochybně ovlivněn právem evropským.

Na rozdíl od států, které se staly členy Evropské unie již před Českou republikou, a které měly nejméně desetileté období¹⁶ na vyzkoušení právní úpravy provedené starým systémem, se však

¹⁶ Od posledního předchozího rozšíření k 1. lednu roku 1995.

trochu hůře vyrovnávala s tak rychlou změnou, kterou přineslo právě zavedení nové směrnice. Zřejmě proto, a jistě také kvůli aktuální politické situaci v zemi, kdy vládní koalici přináležejí ve schvalovacím orgánu jen velmi křehká většina, často ani ta ne, nedokázala Česká republika včas transponovat novou směrnici do svého práva. Přesto nebylo neprokázáno, že několik měsíců, s nimiž byla Česká republika v implementaci pozadu, mělo zásadně negativní efekt na jednotný trh Společenství, a autorce není znám žádný případ, kdy by se někdo dovolával přímého účinku směrnice v nalézacím řízení.¹⁷

Za pozitivní lze však označit, že očekávaná novelizace příslušných právních předpisů byla důsledná, v drtivé většině případů plně vyhovující požadavkům stanoveným Směrnicí; pakliže nebyl již předchozí stav *de facto* v souladu s novou směrnicí, jak tomu ve většině požadavků na odbornou přípravu vybraných povolání.

Kontaktní údaje na autora – email:

veronikakudrova@gmail.com

¹⁷ Tato informace může být ovšem zkreslená, neboť je velká pravděpodobnost, že i kdyby se přímého účinku neprovedené směrnice někdo dovolával, šance, že se o tom autorka dozví, bude jen velmi mizivá.

K otázce přeshraničního rozdělení sloučením (se vznikem nových obchodních společností)

Mgr. Jan Lasák

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Katedra obchodního práva, Česká republika

Abstract:

This contribution deals with legal aspects of cross-border division within the European Community as cross-border division operations, like other company reorganizations, respond to the needs for transformation of companies established in different Member States.

In 2005, the European Court of Justice delivered a breakthrough judgment in the SEVIC Systems AG case. This case is certainly a breakthrough in the right of establishment, namely in terms of cross-border mergers within the Common European Market but also with respect to cross-border divisions.

Right of establishment, a fundamental right set forth in European Union law, guarantees the free movement of EU businesses and entrepreneurs within the EU territory. This right dates to the founding of the 1957 Treaty of Rome, the seminal document that underpins the development of European law. It covers all measures that permit or even facilitate access to another Member State and it also covers the pursuit of an economic activity in that State by allowing the persons concerned to participate in the economic life of the country effectively and under the same conditions as national operators.

In the SEVIC case, the European Court of Justice held that Articles 43 EC and 48 EC preclude registration in the national commercial register of the merger by dissolution without liquidation of one company and transfer of the whole of its assets to another company from being refused in general in a Member State where one of the two companies is established in another Member State. This judgment (along with recent Cartesio case) will greatly impact the legislation of the EU Members States governing cross-border

transformations as I submit in the text with respect to cross-border divisions.

Úvodem

Komunitární právo společností je v poklusu. Na konci roku 2005 vydal Evropský soudní dvůr rozhodnutí ve věci C-411/03 SEVIC Systems AG (dále i jen „SEVIC Systems“), kterým otevřel na poli komunitárního práva společností celou řadu nových témat spjatých se svobodou usazování. Spadá například pod rozsah komunitární svobody usazování přeshraniční rozdělení sloučením popřípadě přeshraniční rozdělení se vznikem nových společností, pokud jsou všechny zúčastněné subjekty společnostmi ve smyslu čl. 48 Smlouvy o založení Evropských společenství (dále jen „Smlouvy o ES“)?

Uvedená otázka plynoucí z nedávné judikatury Evropského soudního dvora nabývá v tuzemských podmínkách na významu zejména v souvislosti s přijetím zákona č. 125/2008 Sb., o přeměnách obchodních společností a družstev (dále jen „zákon o přeměnách“ nebo „ZPřem“), který do českého právního řádu transponuje směrnici Rady č. 2005/56/ES, o přeshraničních fúzích kapitálových společností (dále jen „směrnice 2005/56/ES“). Přestože zákon o přeměnách upravuje přeshraniční fúze (§ 180 až § 242 ZPřem)¹ a nedostatečným způsobem též přeshraniční převod jmění (§ 3 odst. 2 a § 337 a násl. ZPřem)², pomíjí zhusta nadnárodní

¹ Podle ustanovení § 68 ZPřem se přeshraniční fúzí rozumí fúze jedné nebo více obchodních společností nebo družstev s jednou nebo více zahraničních korporací. Zahraniční korporaci vymezuje pro účely přeshraničních fúz ustanovení § 181 písm. b) ZPřem jako „zanikající nebo nástupnickou korporaci obchodní společnost nebo družstvo, která má právní subjektivitu a vlastní majetek, řídí se právním řádem jiného členského státu než České republiky a může se v souladu s požadavky práva Evropských společenství podle právních předpisů členského státu, jehož právním řádem se řídí, zúčastnit přeshraniční fúze.“

² Podle ustanovení § 337 ZPřem mohou „za podmínek stanovených u jednotlivých forem obchodních společností společníci nebo příslušný orgán obchodní společnosti rozhodnout, že se obchodní společnost zrušuje bez likvidace a že jmění obchodní společnosti včetně práv a povinností z pracovněprávních vztahů převezme jeden přejímající společník.“ Z ustanovení 3 odst. 2 ZPřem dále plyne, že „přejímajícím společníkem se pro účely tohoto zákona rozumí společník obchodní společnosti se sídlem nebo bydlištěm na území kteréhokoli z členských států, který přejímá veškeré jmění zanikající obchodní společnosti postupem podle tohoto zákona.“

reorganizaci formou přeshraničního rozdělení. Naskýtá se tak otázka, zda není v rozporu komunitárním právem postup, kdy český obchodní rejstřík z důvodu absence zákonného podkladu zabrání realizaci přeshraničního rozdělení.³

Komunitární základ přeshraničního rozdělení společností

Úprava rozdělení společností je na úrovni sekundárního komunitárního práva upravena Šestou směrnicí Rady č. 82/891/EHS, založené na čl. 54 odst. 3 písm. g) Smlouvy, o rozdělení akciových společností (dále jen „Šestá směrnice“). Uvedená směrnice se na základě Smlouvy o přistoupení České republiky k EU vztahuje na akciové společnosti, avšak pouze na jejich vnitrostátní rozdělení, nikoliv rozdělení přeshraniční.⁴ Zatímco tak úprava přeshraničních fúzí kapitálových společností má svou směrniceovou úpravu (směrnice 2005/56/ES),⁵ přeshraniční rozdělení společností dnes žádnou evropskou směrnicí upraveno není.

Právo uskutečnit reorganizaci docilující shodného výsledku s přeshraničním rozdělením však částečně plyne ze sekundárního komunitárního práva již dnes. Na základě Šesté

³ Pro zajímavost však uvádím, že na rozdíl od zákona o přeměnách vyhláška Ministerstva spravedlnosti č. 250/2005 Sb., o závazných formulářích na podávání návrhů na zápis do obchodního rejstříku, s realizací přeshraničního rozdělení (odštěpením) počítá. Viz Přehled příloh č. 17 vyhlášky 250/2004 Sb.

⁴ Srov. čl. 1 odst. 1 Šesté směrnice, podle které platí, že pokud členské státy dovolí u společností uvedených v čl. 1 odst. 1 směrnice 78/855/EHS, které se řídí jejich právem, rozdělení sloučením stanovené v článku 2 této směrnice, použijí na tuto operaci kapitulu I této směrnice. Jestliže členské státy dovolí u společností uvedených v odstavci 1 rozdělení se založením nových společností, vymezené v článku 21, použijí na tuto operaci kapitulu II (čl. 1 odst. 2 Šesté směrnice). Konečně podle čl. 1 odst. 3 Šesté směrnice platí, že pokud členské státy dovolí u společností uvedených v odstavci 1 operaci, ve které je rozdělení sloučením, vymezené v čl. 2 odst. 1, spojeno s rozdělením se založením jedné nebo více nových společností, vymezeným v čl. 21 odst. 1, použijí na tuto operaci kapitulu I a článek 22.

⁵ Srov. čl. 1 směrnice 2005/56/ES, podle kterého se „tato směrnice vztahuje na fúze kapitálových společností, které jsou založeny podle práva některého členského státu a mají sídlo, ústřední správu nebo hlavní provozovnu ve Společenství, pokud se alespoň dvě z nich řídí právními řády různých členských států (dále jen „přeshraniční fúze“).“

směrnice má společnost, která spadá pod osobní působnost směrnice, právo uskutečnit vnitrostátní přeměnu rozdělením. Například podle ustanovení § 243 ZPřem mohou obchodní společnosti uskutečnit rozdělení (odštěpením) sloučením, se vznikem nových společností, popřípadě kombinaci uvedených forem rozdělení. Nástupnická společnost, spadá-li pod osobní rozsah čl. 2 směrnice 2005/56/ES,⁶ má následně právo uskutečnit přeshraniční fúzi s jinou kapitálovou společností ve smyslu čl. 2 směrnice 2005/56/ES z jiného členského státu a docílit tak efektu přeshraničního rozdělení sloučením. Smyslu přeshraničního rozdělení se založením nové společnosti v jiném členském státě může být (být složitě) dosaženo přeshraniční fúzí (následující předchozí vnitrostátní rozdělení) se společností, která bude pro uvedený účel v jiném členském státě založena na základě svobody usazování dle čl. 43 Smlouvy o ES. V obou případech se však jedná o ekonomicky nevhodný proces, který neodůvodněně zvyšuje transakční náklady uvedené přeměny.⁷

Byť směrnice právo přímé přeshraniční rozdělení neupravuje, působí na území členských států též právo primární. Proto je otázkou, zda odepření realizace přeshraničního rozdělení není v rozporu se svobodou usazování, jež se zakládá na čl. 43 a násl. Smlouvy o ES.

Čl. 43 Smlouvy o ES zapovídá „omezení svobody usazování pro příslušníky jednoho členského státu na území státu druhého.“ Stejně tak jsou zakázána omezení při zřizování zastoupení, poboček nebo dceřiných společností příslušníky jednoho členského státu na území druhého státu. Ustanovení čl. 43 odst. 2 Smlouvy o ES zakládá zásadu stejného zacházení s příslušníky jiného členského státu EU jako s tuzemskými subjekty. Na základě ustanovení čl. 48 Smlouvy o

⁶ Podle čl. 2 odst. 1 směrnice 2005/56/ES se kapitálovou společností pro účely směrnice rozumí: a) společnost uvedená v článku 1 směrnice 68/151/EHS; b) společnost se základním kapitálem, která má právní subjektivitu a disponuje samostatným majetkem, kterým jako jediným ručí za své závazky, a která musí podle vnitrostátního práva, kterým se řídí, splňovat podmínky týkající se ručení stanoveného směrnicí 68/151/EHS na ochranu zájmů společníků a třetích osob.

⁷ Je přitom již notorií, že úprava korporátního práva by vždy měla sledovat ekonomicky co možná nejefektivnější řešení. Srov. *Knapp, Ch. L., Crystal, N. M., Prince, H. G. Problems in Contract Law: cases and materials. 6th edition. New York, Aspen Publishers, 2007, s. 13 – 14* nebo *Kuhn, P. Úvod do ekonomické analýzy společenstevního práva. Common Law Review, Vol. 8, Issue 9, s. XV* a násl.

ES jsou členské státy povinny se společnostmi založenými podle občanského nebo obchodního práva některého členského státu, jež mají své statutární sídlo, svou hlavní správu nebo hlavní místo své podnikatelské činnosti uvnitř Společenství, zacházet stejně jako s osobami, které jsou jeho státními příslušníky.⁸

Vzhledem k tomu, že čl. 43 Smlouvy o ES hovoří toliko o zřizování poboček a zakládání dceřiných společností na území jiného členského státu, je otázkou, zda přeshraniční rozdělení představuje modalitu svobody usazování ve smyslu komunitárního práva. Evropský soudní dvůr v předeslané souvislosti konstatoval, že *„rozsah působnosti svobody usazování se vztahuje na jakékoliv opatření, které umožňuje nebo usnadňuje přístup na území jiného členského státu a vykonávat zde hospodářskou činnost tím, že zajišťuje účast podnikatelů na hospodářském životě dotčeného členského státu za stejných podmínek jako domácí podnikatelské subjekty.“*⁹ Na jiném místě Evropský soudní dvůr uvedl, že ustanovení čl. 43 Smlouvy o ES je pouze demonstrativním, nikoliv taxativním, výčtem způsobů, jakými lze sekundární svobodu usazování v Evropském společenství realizovat.¹⁰

Jelikož Evropský soudní dvůr v rozhodnutí SEVIC Systems pod rozsah svobody usazování ve smyslu čl. 43 Smlouvy o ES podřadil realizaci přeshraničních fúzí, spadá z funkčního hlediska přeshraniční rozdělení též pod věcný rozsah svobody usazování, přestože v konečné instanci může o logické souvislosti

⁸ Blíže viz například Pauknerová, M. Svoboda usazování obchodních společností a mezinárodní právo soukromé ve světle novějších rozhodnutí Evropského soudního dvora. Právník, 2004, č. 12, s. 1162. Uvedený čl. 43 i čl. 48 Smlouvy o ES jsou nadány přímým účinkem, což bylo Evropským soudním dvorem potvrzeno například v rozhodnutích Evropského soudního dvora ze dne 21. června 1974, ve věci C-2/74 (*J. Reyners v. Belgian State*) nebo rozhodnutí Evropského soudního dvora ze dne 28. dubna 1977, ve věci C-71/76 (*Jean Thieffry v. Rada advokátů Soudu v Paříži*).

⁹ Srov. SEVIC Systems, bod 18 odůvodnění a stanovisko generálního advokáta k případu SEVIC Systems, ze dne 7. července 2005, bod 30 odůvodnění. K argumentaci generálního advokáta srov. např. rozhodnutí Evropského soudního dvora ze dne 5. listopadu 2002, ve věci C-208/00 (Übberseering).

¹⁰ Rozhodnutí Evropského soudního dvora ze dne 4. prosince 1986, ve věci C-205/84 (Commission v. Germany), bod 21 odůvodnění. Srov. stanovisko generálního advokáta ve věci SEVIC Systems, bod 39 odůvodnění.

přeshraničního rozdělení a svobody usazování rozhodnout jedině Evropský soudní dvůr, neboť se jedná o interpretaci komunitárního práva. Nicméně, Evropský soudní dvůr již v rozhodnutí ve věci SEVIC Systems, bod 19 odůvodnění, uvedl, že „*přeshraniční fúze, podobně jako jiné přeměny společností, odpovídají potřebám spolupráce a reorganizace společností usazených v různých členských státech. Představují zvláštní způsoby výkonu svobody usazování, které jsou důležité pro řádné fungování vnitřního trhu, a patří tedy k hospodářským činnostem, u nichž jsou členské státy povinny respektovat svobodu usazování upravenou v článku 43 ES.*“ Z uvedeného plyne, že i Evropský soudní dvůr vnímá přeshraniční rozdělení coby přeměnu spadající pod věcný rozsah svobody usazování.¹¹

I. Přeshraniční rozdělení (odštěpením) sloučením

V případě přímého přeshraničního rozdělení (odštěpením) sloučením může překážky uvedené reorganizaci klást jak země, kterým se řídí zanikající popřípadě rozdělovaná společnost („odletová země“), tak i právní řád členské země, jímž se řídí nástupnická společnost („příletová země“).

Rozdělení (odštěpením) sloučením představuje realizaci svobody usazování zahraniční nástupnické společnosti, a to na území členského státu, kde se nachází oddělovaná část rozdělované (zanikající) společnosti za situace, kdy odštěpovanou částí je organizačně samostatná jednotka ve smyslu čl. 43 Smlouvy o ES.¹²

¹¹ Případnou námitku, že se v případě rozdělení (odštěpením) sloučením nebo se vznikem nových společností nejedná o realizaci svobody usazování, neboť rozdělovající se společnost v důsledku přeměny zaniká, je nutno odmítnout s poukazem na závěry rozhodnutí Evropského soudního dvora ve věci SEVIC Systems. V daném případě měla zanikající lucemburská společnost rovněž přestat realizací přeshraniční fúze existovat coby lucemburská společnost, což Evropskému soudnímu dvoru nebránilo, aby konstatoval, že se v daném případě jedná o projev svobody usazování. Bližší viz rozhodnutí SEVIC Systems, bod 31 odůvodnění a stanovisko generálního advokáta ve věci SEVIC Systems, bod 25 a násl. odůvodnění.

¹² V případě SEVIC Systems posoudil ESD zanikající společnost posoudil jako pobočku nástupnické německé společnosti. Z pohledu německé nástupnické

Nástupnická společnost z jiného členského státu může realizovat „*hospodářskou činnost prostřednictvím stálé provozovny* [odštěpované části rozdělované (zanikající) společnosti, jež je nástupnickou společností prostřednictvím sloučení přejímána, pozn. J.L.] *v tomto členském státě po neurčitou dobu,*“¹³ a může se jejím prostřednictvím podílet „*trvale a nepřetržitě na hospodářském životě jiného členského státu.*“¹⁴ Uvedený závěr nelze vyslovit v případě, že odštěpovaná část zanikající (rozdělované) společnosti není stálou provozovnou ve smyslu „*pobočky, zastoupení nebo dceřiné společnosti*“ dle čl. 43 Smlouvy o ES, neboť v takovém případě nedochází k realizaci sekundární svobody usazování nástupnické společnosti ve státě rozdělované nebo zanikající společnosti. Postačí však pokud by měl v odletové zemi zůstat určitý majetek, personál a jiné výrobní prostředky odštěpené části rozdělované nebo zanikající společnosti, který nemusí být ve svém celku nadán právní subjektivitou. I z uvedeného důvodu hovoří čl. 43 Smlouvy o ES i o pobočce nebo zastoupení.¹⁵

V uvedených případech se tedy optikou rozhodnutí Evropského soudního dvora ve věci SEVIC Systems jedná o realizaci svobody usazování nástupnické společnosti ve státě rozdělované nebo zanikající společnosti (odletovém státu) ve smyslu čl. 43 a čl. 48 Smlouvy o ES, kterému nelze v souladu se závěry Evropského soudního dvora ve věci SEVIC Systems bránit. Z pohledu rozdělované nebo zanikající společnosti, která uskutečňuje přeshraniční rozdělení (odštěpením) sloučením, lze uvažovat navíc o usazení společníka rozdělované nebo zanikající společnosti v zemi nástupnické společnost získá-li v nástupnické společnosti „*vliv, který*

společnosti tak přeshraniční fúze představovala realizaci sekundární svobody usazování německé nástupnické společnosti v Lucembursku. Srov. Hansen, Lone L. Merger, Moving and Division Across National Borders - When Case Law Breaks Through Barriers and Overtakes Directive, European Business Law Review, 2007, No. 1, s. 193.

¹³ Viz rozhodnutí Evropského soudního dvora 25. července 1991, ve věci C-221/89 (Factortame and Others), bod 20 odůvodnění nebo rozhodnutí ze dne 12. září 2006, ve věci C-196/04 (Cadbury Schweppes), bod 54 odůvodnění.

¹⁴ Stanovisko generálního advokáta ve věci SEVIC Systems, bod 29 odůvodnění.

¹⁵ Srov. stanovisko generálního advokáta ve věci SEVIC Systems, bod 36 až 38 odůvodnění.

mu dovolí určovat její činnost“¹⁶ V uvedeném případě lze vnímat nástupnickou společnost jako „*zastoupení, pobočku nebo dceřinou společnost*“ společnosti rozdělované (zanikající) společnosti v jiném členském státě ve smyslu čl. 43 a čl. 48 Smlouvy o ES. Objevují se dokonce názory, že i v situacích, kdy by společník rozdělované nebo zanikající společnosti získal v nástupnické společnosti toliko minoritní postavení, lze takovou přeshraniční reorganizaci podřadit pod svobodu usazování, případně pod volný pohyb kapitálu.¹⁷ Konečnou odpověď však může v konkrétní věci nabídnout jen Evropský soudní dvůr, a to na základě předběžné otázky dle čl. 234 Smlouvy o ES.

Zejména v situaci, kdy odštěpovaná část rozdělované (zanikající) společnosti představuje zastoupení, pobočku nebo dceřinou společnost ve smyslu čl. 43 Smlouvy o ES však mám za to, že ani příletová země ani odletová země nemůže paušálně uvedenému rozdělení (odštěpením) bránit. V případě paušálního zákazu přeshraničního rozdělení (odštěpením) sloučením v příletové nebo odletové zemi by se jednalo o zásah do komunitární svobody usazování ve smyslu čl. 43 a 48 Smlouvy o ES, aniž je třeba zkoumat, zda je uvedeným zákazem sledována ochrana hodnot uvedených v čl. 46 Smlouvy o ES případně kategorických požadavků (např. ochrana věřitelů, menšinových společníků nebo zaměstnanců), neboť by z povahy věci docházelo k zásahu do svobody usazování i v případě, kdy chráněné hodnoty ohroženy nejsou.¹⁸

¹⁶ Rozhodnutí Evropského soudního dvora ze dne 13.4.2000, ve věci C-251/98 (Baars), bod 21 a 22 odůvodnění.

¹⁷ Hansen, Lone L. Op. cit. sub 7, s. 193-195 a stanovisko generálního advokáta A. Tizzana přednesené dne 7. července 2005 ve věci SEVIC Systems, poznámka pod čarou č. 15.

¹⁸ Srov. např. rozhodnutí SEVIC Systems, bod 30 odůvodnění nebo stanovisko generálního advokáta ve věci SEVIC Systems, bod 66 odůvodnění. Omezení svobody usazování může být podle Evropského soudního dvora ospravedlněno důvody veřejného zájmu (tzv. kategorickými požadavky), které nejsou v ustanovení čl. 46 Smlouvy o ES uvedeny (srov. rozhodnutí Evropského soudního dvora ze dne 30. listopadu 1995, ve věci C-55/94 (Gebhard), bod 37 odůvodnění). Evropský soudní dvůr ve svých rozhodnutích uvedl, že naléhavými důvody obecného zájmu jsou například ochrana zájmů věřitelů, menšinových společníků a zaměstnanců (viz rozsudek ze dne 5. listopadu 2002, ve věci C-208/00 (Überseering), bod 92 odůvodnění nebo rozhodnutí ze dne 13. prosince 2005, ve věci 411/03 (SEVIC

II. Přeshraniční rozdělení (odštěpením) se vznikem nových společností

V případě přeshraničního rozdělení (odštěpením) se vznikem nových společností v jiném členské státě může překážky uvedené reorganizací klást opět jak země, kterým se řídí zanikající popřípadě rozdělovaná společnost („odletová země“), tak i právní řád členské země, jímž se má řídit společnost vzniklá přeshraničním rozdělením (odštěpením) se vznikem nových společností („přiletová země“).

Pokud by přiletová země paušálně zapovídala realizaci uvedené reorganizaci, nastával by po mém soudu rozpor s čl. 43 a násl. Smlouvy o ES. V daném případě nástupnická společnost, která vzniká v důsledku rozdělení (odštěpením) v jiném členském státě, bezpochyby naplňuje požadavky na „*zastoupení, pobočku nebo dceřinou společnost*“ ve smyslu čl. 43 a čl. 48 Smlouvy o ES. Společník rozdělované nebo zanikající společnosti může skrze nově zakládanou společnost v jiném členském státě ve smyslu svobody usazování vykonávat „*hospodářskou činnost v tomto členském státě po neurčitou dobu*“,“¹⁹ získá-li v nástupnické společnosti „*vliv, který mu dovolí určovat její činnost*“²⁰ Realizují-li (zejména většinou) společníci rozdělované nebo zanikající společnosti oprávnění plynoucí ze svobody usazování cestou přeshraničního rozdělení (odštěpením) se vznikem nových společností, nemůže uvedené reorganizaci paušálně bránit právní řád přiletové země, neboť by tím zamezil realizaci „*právní operace ... spojené se zřizováním společností*.“²¹ Svoboda usazování společností zahrnuje „*zřízení a*

Systems), bod 28 odůvodnění), případně zachování účinnosti daňových kontrol a poctivosti obchodních transakcí (viz rozsudek ze dne 30. září 2003, ve věci C-167/01 (Inspire Art), bod 132 odůvodnění.

¹⁹ Viz rozhodnutí Evropského soudního dvora ze dne 25. července 1991, ve věci C-221/89 (Factortame and Others), bod 20 odůvodnění nebo rozhodnutí ze dne 12. září 2006, ve věci C-196/04 (Cadbury Schweppes), bod 54 odůvodnění.

²⁰ Rozhodnutí Evropského soudního dvora ze dne 13. dubna 2000, ve věci C-251/98 (Baars), bod 21 a 22 odůvodnění. Generální advokát A. Tizzano však ve stanovisku k rozhodnutí ve věci SEVIC Systems uvedl, že získání podílu, který takový vliv nepříznává se přesto nevymyká použití ustanovení Smlouvy o ES, neboť se na něj vztahují pravidla o volném pohybu kapitálu. Viz stanovisko generálního advokáta ve věci SEVIC Systems, poznámka pod čarou č. 15.

²¹ Stanovisko generálního advokáta ve věci SEVIC Systems, bod 33 odůvodnění.

řízení společnosti za podmínek stanovených právem státu usazení pro vlastní společnosti.“²² Přeshraniční rozdělení se vznikem nových společností přitom z pohledu společníků rozdělované (zanikající) společnosti představuje operaci odpovídající originárnímu založení společnosti v příletové zemi, a to na základě čl. 43 a násl. Smlouvy o ES.

Pokud by příletová země bránila přeshraničním rozdělení se vznikem nových společností, jedná se o opatření, které brání výkonu svobody usazování, a může tak učinit pouze s poukazem na čl. 46 Smlouvy o ES nebo ochranu naléhavých důvodů obecného zájmu.²³ Paušální zákaz přeshraničního rozdělení (odštěpením) se vznikem nových společností by však byl v rozporu s komunitární svobodou usazování vždy, aniž je třeba zkoumat, zda je uvedeným zákazem sledována ochrana hodnot uvedených v čl. 46 Smlouvy o ES případně naléhavých důvodů obecného zájmu (např. ochrana věřitelů, menšinových společníků nebo zaměstnanců).²⁴

Překážku přeshraničnímu rozdělení (odštěpením) se vznikem nových společností může klást i právní řád členské země, jejímž právním řádem se řídí rozdělovaná nebo zanikající společnost. Oproti přeshraničnímu rozdělení (odštěpením) sloučením se uvedené přeměny neúčastní existující nástupnická společnost, která by se prostřednictvím přeshraničního rozdělení (odštěpením) ve smyslu čl. 43 Smlouvy o ES usazovala v odletové zemi. Nicméně lze uvažovat o usazení společníka rozdělované nebo zanikající společnosti v státě nástupnické společnosti, získá-li v nástupnické společnosti „*vliv, který mu dovolí určovat její činnost*“²⁵, kterému by odletový stát

²² Rozhodnutí SEVIC Systems, bod 17 odůvodnění.

²³ Viz např. rozhodnutí Evropského soudního dvora ze dne 30. listopadu 1995, ve věci C-55/94 (Gebhard), bod 37 odůvodnění, případně rozhodnutí ze dne 5. října 2004, ve věci C-442/02 (CaixaBank France), body 11 a 17 odůvodnění. Naléhavým důvodem obecného zájmu jsou např. ochrana věřitelů, případně menšinových akcionářů. Viz např. rozhodnutí ve věci SEVIC Systems, bod 28 odůvodnění.

²⁴ Srov. např. rozhodnutí SEVIC Systems, bod 30 odůvodnění. Srov. též stanovisko generálního advokáta ve věci SEVIC Systems, bod 66 odůvodnění.

²⁵ Rozhodnutí Evropského soudního dvora ze dne 13. dubna 2000, sp. zn. C-251/98 (Baars), bod 21 a 22 odůvodnění.

odepřením realizace rozdělení (odštěpením) se vznikem nových společností bránil.²⁶

Náznak dodatečné argumentační linie plyne z nedávného rozhodnutí Evropského soudního dvora ze dne 16. prosince 2008, ve věci C-210/06 Cartesio (dále jen „Cartesio“). Skutkově ve věci Cartesio o přeshraniční rozdělení (odštěpením) se vznikem nových společností nešlo, nýbrž o přemístění sídla maďarské společnosti na území Itálie.²⁷ Evropský soudní dvůr se v dané věci zabýval mimo jiné otázkou, zda „*články 43 a 48 Smlouvy o ES musí být vykládány tak, že brání právní úpravě členského státu, která nedovoluje společnosti založené podle vnitrostátního práva tohoto členského*

²⁶ Jak již bylo uvedeno výše, objevují se dokonce i názory, že i v případech, kdy společníky nabývá v nástupnické společnosti toliko minoritní postavení, lze uvedenou reorganizaci podřadit pod svobodu usazování, případně volný pohyb kapitálu. Viz Hansen, Lone L. Op. cit. sub 7, s. 193-195 a stanovisko generálního advokáta A. Tizzana přednesené dne 7. července 2005 ve věci SEVIC Systems, poznámka pod čarou č. 15.

²⁷ Společnost Cartesio byla založena dne 20. května 2004 v právní formě „betéti társaság“ (komanditní společnost) podle maďarského práva a do obchodního rejstříku byla zapsána dne 11. června 2004. Následně začala podnikat zejména v oblasti lidských zdrojů, překladatelských služeb, výuky a vzdělávání. Sídlo společnosti bylo umístěno do maďarského města Baja. Společníky společnosti Cartesio byly dvě fyzické osoby, a to komanditista – tj. osoba, která se zavazuje pouze ke vkladu do základního kapitálu – a komplementář – tj. osoba, která ručí za závazky společnosti celým svým majetkem. Oba společníci měli své bydliště na území Maďarska. Dne 11. listopadu 2005 podala společnost Cartesio k rejstříkovému soudu v u Bács-Kiskun návrh na zápis přemístění sídla do Gallarate v Itálii, kam společnost hodlala přesunout svou hlavní správu (své skutečné sídlo). I nadále však společnost Cartesio hodlala být zapsaná v maďarském rejstříku a řídit se maďarským právem. Rozhodnutím rejstříkového soudu ze dne 24. ledna 2006 byl návrh společnosti Cartesio na zápis změny zapsaného sídla do obchodního rejstříku zamítnut s odůvodněním, že platná maďarská právní úprava neumožňuje, aby obchodní společnost založená podle maďarského práva přemístila své sídlo do zahraničí a zároveň se i nadále řídila maďarským právem. Společnost Cartesio podala proti uvedenému rozhodnutí rejstříkového soudu odvolání k Szegedi Ítéltábla (vrchní soud v Szegedu). S odvoláním na rozhodnutí Evropského soudního dvora ze dne 13. prosince 2005, C-411/03 (SEVIC Systems), v řízení u odvolacího soudu uvedla, že maďarské právo odporuje článkům 43 a 48 Smlouvy o ES v rozsahu, v němž klade rozdílná měřítká na obchodní společnosti podle toho, v jakém členském státě se nachází jejich sídlo. Podle společnosti Cartesio brání čl. 43 a čl. 48 Smlouvy o ES, aby maďarské právo nutilo společnost založenou podle maďarského práva zvolit si své sídlo na území Maďarska.

státu přemístit své sídlo do jiného členského státu a zároveň být považována nadále za společnost, která se řídí vnitrostátním právem členského státu, podle jehož právního řádu byla založena.“²⁸ Jinými slovy se Evropský soudní dvůr zabýval otázkou, zda odletový stát může bránit společností, které se řídí jeho právním řádem, přemístit své sídlo do jiného členského státu při zachování jejich osobního statutu.²⁹

Byť Evropský soudní dvůr ve věci *Cartesio* navázal na své rozhodnutí ve věci *C-81/87 the Queen v. H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*), a uvedl, že čl. 43 a 48 Smlouvy o ES „*musí být za současného právního stavu vykládány tak, že nebrání právní úpravě členského státu, která nedovoluje společnosti založené podle vnitrostátního práva tohoto členského státu přemístit své sídlo do jiného členského státu a zároveň být považována i nadále za společnost, která se řídí vnitrostátním právem členského státu, podle jehož právní úpravy byla založena,*“ dotkl se Evropský soudní dvůr v rozhodnutí *Cartesio* otázky, která se k přeshraničním rozdělení (odštěpení) se vznikem nových společností vztahuje.

V rozhodnutí ve věci *Cartesio* Evropský soudní dvůr předeslal, že „*přemístění sídla společnosti založené podle práva určitého členského státu do jiného členského státu beze změny práva, kterým se řídí, musí být odlišen od případu, kdy dochází k přemístění společnosti z určitého členského státu do jiného členského státu se změnou použitelného vnitrostátního práva, přičemž se společnost změní na společnost určité formy upravené vnitrostátním právem členského státu, do něhož se přesunula.*“³⁰

V následujících bodech odůvodnění Evropský soudní dvůr stanovil, že je v rozporu s komunitární svobodou usazování, aby členský stát uložením povinnosti „*zrušit a zlikvidovat společnost zabránil této společnosti přeměnit se na společnost podle vnitrostátního práva jiného členského státu, pokud to jeho právní předpisy dovolují. Uvedená překážka v uskutečnění přeměny, bez*

²⁸ Viz rozhodnutí *Cartesio*, bod 99 odůvodnění.

²⁹ Blíže k rozhodnutí *Cartesio* viz *Lasák, J. CARTESIO: přemístění sídla společnosti „reloaded“*. Jurisprudence, 2009 [v tisku].

³⁰ Viz bod 111 odůvodnění.

předchozího zrušení a likvidace, takovéto společnosti na společnost podle vnitrostátního práva členského státu, do něhož se společnost hodlá přemístit, by byla omezením svobody usazování dotyčné společnosti, které je zakázáno článkem 43 ES, ledaže by bylo odůvodněno naléhavým důvodem obecného zájmu (viz v tomto smyslu zejména rozsudek CaixaBank France, body 11 a 17).“³¹

Evropský soudní dvůr vymezil následující podmínky, za kterých nemůže odletová země společnosti podřízené jeho právnímu řádu v realizaci svobody usazování bránit:

- společnost nabývá právní formu nástupnické společnosti,
- mění se její osobní status,
- právní předpisy příletové země uvedenou přeměnu povolují,
- nejsou dány naléhavé důvody obecného zájmu opravňující členský stát omezit svobodu usazování.

Pod rozsah uvedených bodů 111 a 112 odůvodnění ve věci *Cartesio* lze podle mého názoru přeshraniční rozdělení (odštěpením) sloučením se vznikem nových společností do jiného členského státu zahrnout, přestože konečnou odpověď může poskytnout až Evropský soudní dvůr v rámci institutu předběžné otázky dle čl. 234 Smlouvy o ES.

Ad 1) a 2) Odštěpovaná část rozdělované (zanikající) společnosti nabývá v důsledku rozdělení právní formu upravenou vnitrostátním

³¹ *Cartesio*, bod 112 a 113 odůvodnění. Viz rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 5. října 2004 ve věci C-442/02 *CaixaBank France v. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*. V bodě 11 citovaného rozsudku se uvádí že článek 43 Smlouvy o ES předepisuje odstranění omezení svobody usazování. Za taková omezení musí být považována všechna opatření, která výkon této svobody zakazují, tvoří překážku pro tento výkon nebo jej činí méně atraktivním (viz zejména rozsudky ze dne 30. listopadu 1995, *Gebhard*, C-55/94, Recueil, s. I-4165, bod 37, ze dne 1. února 2001, *Mac Quen a další*, C-108/96, Recueil, s. I-837, bod 26, a ze dne 17. října 2002, *Payroll a další*, C-79/01, Recueil, s. I-8923, bod 26). V bodě 17 se dále uvádí, že z ustálené judikatury vyplývá, že jestliže takové opatření platí pro všechny osoby nebo podniky vykonávající činnost v přijímajícím členském státu, pak může být odůvodněno, pokud odpovídá naléhavým důvodům obecného zájmu a za předpokladu, že je způsobilé zaručit uskutečnění cíle, který sleduje, a nepřekračuje rámec toho, co je nezbytné k jeho dosažení (viz zejména rozsudky ze dne 4. července 2000, *Haim*, C-424/97, Recueil, s. I-5123, bod 57, *Mac Quen a další*, uvedený výše, bod 26, a ze dne 15. ledna 2002, *Komise v. Itálie*, C-439/99, Recueil, s. I-305, bod 23).

právem příletového členského státu, který současně předurčuje její osobní statut. Přestože Evropský soudní dvůr hovoří o přeměně společnosti a jejím podřízení se právnímu řádu jiného členského státu coby celku, není po mém soudu důvod nevztáhnout (*a maiori ad minus*) uvedenou argumentaci též na situace, kdy právní formu příletového státu nabývá pouze odštěpená část rozdělované (zanikající) společnosti podřízené právnímu řádu odletového státu, a získává tím osobní statut odlišný od zanikající (rozdělované) společnosti.

Ad 3) Požadavek vyslovený Evropským soudním dvorem ve věci *Cartesio*, aby právní předpisy příletového státu uvedenou přeměnu umožňovaly, musí být nutně vykládán ve světle čl. 43 a čl. 48 Smlouvy o ES a závěrů vyslovených v rozhodnutí Evropského soudního dvora ve věci *SEVIC Systems*. V předchozí části textu jsem dospěl k závěru, že právní řád příletové země nemůže uvedené reorganizaci paušálně bránit. Uvedenou optikou je po mém soudu nutno nahlížet na vyslovenou podmínku, aby právní předpisy příletové země přeshraniční rozdělení (odštěpením) se vznikem nových společností povolovaly. Lze dokonce uvažovat o interpretaci, že pokud příletový stát povoluje rozdělení (odštěpením) se založením nových společností ve vnitrostátním měřítku, musí povolit uvedenou přeměnu i v přeshraničním rozměru.

Ad 4) Smlouva o založení Evropských společenství stanoví v čl. 46 Smlouvy o ES konkrétní důvody, při jejichž splnění může být členskými státy přijato opatření vedoucí k omezení svobody usazování ve smyslu čl. 43 a násl. Smlouvy o ES. Jedná se o ochranu veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti a ochrany zdraví. Z uvedených důvodů může členský stát přijmou diskriminující omezení svobody usazování, je-li prokázána existence skutečného a dostatečně závažného ohrožení, kterým by byl dotčen předeslaný základní zájem společnosti (srov. např. rozhodnutí Evropského soudního dvora ze dne 22. prosince 2008, ve věci C-161/07 (*Komise v. Rakousko*), bod 32 odůvodnění, rozsudek ze dne 13. prosince 2007, ve věci C-465/05 (*Komise v. Itálie*, bod 49 odůvodnění nebo stanovisko generálního advokáta ze dne 7. července 2005, ve věci C-411/03 (*SEVIC Systems AG*), bod 57 odůvodnění).

Evropský soud však již opakovaně judikoval, že omezení svobody usazování může být též ospravedlněno důvody veřejného zájmu (tzv. kategorickými požadavky), které nejsou v ustanovení čl. 46 Smlouvy o ES uvedeny (srov. rozhodnutí Evropského soudního dvora ze dne 30. listopadu 1995, ve věci C-55/94 (Gebhard), bod 37 odůvodnění). Evropský soudní dvůr ve svých rozhodnutích uvedl, že naléhavými důvody obecného zájmu jsou například ochrana zájmů věřitelů, menšinových společníků a zaměstnanců (viz rozsudek ze dne 5. listopadu 2002, ve věci C-208/00 (Überseering), bod 92 odůvodnění nebo rozhodnutí ze dne 13. prosince 2005, ve věci 411/03 (SEVIC Systems), bod 28 odůvodnění), případně zachování účinnosti daňových kontrol a poctivosti obchodních transakcí (viz rozsudek ze dne 30. září 2003, ve věci C-167/01 (Inspire Art), bod 132 odůvodnění).

V rozhodnutí ve věci Gebhard přitom Evropský soudní dvůr uvedl, že při posouzení, zda je omezení svobody usazování ospravedlnitelné důvody veřejného zájmu, musí být splněny 4 podmínky:

- omezující opatření je uplatněno nediskriminujícím způsobem,
- omezující opatření je odůvodněno naléhavými důvody veřejného zájmu,
- omezující opatření je způsobile zajistit naplnění cíle, který je sledován (princip vhodnosti),
- omezující opatření nepřekračuje meze toho, co je k dosažení příslušného cíle nezbytné (princip přiměřenosti).³²

Právní předpisy příletové země nicméně takové reorganizaci ve smyslu rozhodnutí Cartesio bránit paušálně, neboť generální zákaz odporuje komunitární svobodě usazování, když nutně brání realizaci svobody usazování i v případech, kdy hodnoty chráněné základními smlouvami ohroženy nejsou.³³ Není tak ani třeba zkoumat, zda je

³² K uvedenému čtyřstupňovému testu viz např. rozsudky Evropského soudního dvora ze dne 4. července 2000, ve věci C-424/97 (Haim), Recueil, s. I-5123, bod 57 odůvodnění, rozhodnutí ze dne 1. února 2001, ve věci C-108/96 (Mac Quen), bod 26 odůvodnění, a ze dne 15. ledna 2002, ve věci C-439/99 (Komise v. Itálie), Recueil, s. I-305, bod 23 odůvodnění.

³³ Srov. *Ugliano, A.* The New Cross-Border Merger Directive: Harmonisation of European Company Law and Free Movement. *European Business Law Review*,

uvedeným zákazem sledována ochrana hodnot uvedených v čl. 46 Smlouvy o ES případně naléhavých důvodů obecného zájmu (např. ochrana věřitelů, menšinových společníků nebo zaměstnanců).³⁴

Závěr

V důsledku nedávných rozhodnutí Evropského soudního dvora se objevuje celá řada otázek, které jsou úzce spjaty s nadnárodními reorganizacemi. Jednou z nich je i otázka přeshraničního rozdělení (odštěpením) sloučením případně se vznikem nových společností, které není na poli směrnice práva upraveno jako přeshraniční fúze prostřednictvím směrnice 2005/56/ES.

S ohledem na přímý účinek čl. 43 a 48 Smlouvy o ES je otázkou, zda oprávnění uskutečnit přeshraniční rozdělení (odštěpením) neplyne z komunitární svobody usazování již dnes. Odpověď se v případě přeshraničního rozdělení (odštěpením) odvíjí od konkrétních skutkových okolností, na jejichž základě lze jediné povahu reorganizace v pojmosloví svobody usazování posuzovat. Přestože s konečnou platností může o podřazení přeshraničního rozdělení (odštěpením) sloučením a se vznikem nových společností pod rozsah komunitární svobody usazování rozhodnout pouze Evropský soudní dvůr, mám za to, že existuje celá řada náznaků, které kladné odpovědi nasvědčují.

Pokud by Evropský soudní dvůr dospěl skutečně k závěru, že přeshraniční rozdělení (odštěpením) spadá pod rozsah svobody usazování, měla by Komise začít připravovat směrnici o přeshraničním rozdělení, která by úpravu přeshraničního rozdělení harmonizovala napříč Evropským společenstvím obdobně jak tomu učinila v případě přeshraničních fúzí cestou směrnice 2005/56/ES.

Kontaktní údaje na autora – email:

jan.lasak@nsoud.cz

2007, Vol. 18, No. 3, s. 595. Srov. též stanovisko generálního advokáta ve věci SEVIC Systems, bod 36 odůvodnění, případně rozhodnutí SEVIC Systems, bod 30 odůvodnění.

³⁴ Srov. rozhodnutí SEVIC Systems, bod 30 odůvodnění. Srov. též stanovisko generálního advokáta ve věci SEVIC Systems, bod 66 odůvodnění.

Proliferace kolizních norem v instrumentech sekundárního evropského práva a jejich provedení v právu národním

JUDr. Petra Myšáková, LL. M.

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Katedra mezinárodního a evropského práva, Česká republika

Abstract

This contribution is dealing with the particular phenomenon of the European Private International Law which is often called “*proliferation of isolated conflict rules*”. This describes the situation where the conflict of laws rules are to be found in the directives and regulations as sources of European secondary law.

In the case of the regulations (and here in the area of applicable law especially the Regulations Rome I and Rome II) the situation is quite clear in relation to national law due to the direct effect doctrine. Nevertheless, the situation is much more complicated in the case of directives where one can speak about the direct effect only under certain circumstances and only if certain preconditions are fulfilled.

From the pure Czech perspective the directives are usually implemented while amending the Act on PIL, although this is not true for all the requirements that are brought by the directives. Czech legislator is often very reluctant and thus is the situation with determining the applicable law for contracts and non contractual obligations even more complicated.

Úvod

Nedostatek unifikace hmotněprávní je stále v Evropě kompenzován snahami o unifikaci alespoň v oblasti kolizní, a to se všemi nevýhodami, které s sebou tato metoda úpravy

soukromoprávních vztahů s mezinárodním prvkem přináší.¹ Tyto snahy pak ústí v přijímání stále nových instrumentů v oblasti evropského mezinárodního práva soukromého (vzhledem k výhodám těchto instrumentů, převážně nařízení), a to v důsledku změn, které umožnila Amsterodamská smlouva v roce 1999.²

Domnívat se dnes, že kolizní normy na evropské úrovni nalezneme pouze v nařízeních, by však bylo poněkud naivní. Nařízení v oblasti práva rozhodného pro závazky ze smluv (Nařízení Řím I – Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 593/2008, o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy) i nařízení v oblasti práva rozhodného pro závazky mimosmluvní (Nařízení Řím II – Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 864/2007, o právu rozhodném pro mimosmluvní závazkové vztahy) jsou sice základními kameny celé současné úpravy kolizního práva na úrovni evropské, nicméně tato nařízení (jakožto prameny evropského mezinárodního práva soukromého) nejsou v této oblasti prameny jedinými.

Do popředí tak vystupuje i problematika kolizních norem obsažených ve směrniciích. Dochází tak k jevu, který je dnes již běžně označován jako tzv. *proliferace* či *disperze kolizních norem*, tedy k situacím, kdy jsou kolizní normy obsaženy jak v nařízeních, tak i ve směrniciích. Tato skutečnost tak komplikuje nalezení toho „správného“ rozhodného práva pro konkrétní právní vztah. Spleť kolizních norem se tak stává pro orgány aplikující právo nepřehlednou a opět tak může docházet k situacím, kdy jsou stejné vztahy v různých členských státech posuzovány odlišně. V konečném důsledku je tedy výsledný efekt kolizní unifikace oslabován.

Z pohledu Římské úmluvy o právu rozhodném pro závazky ze smluv (pramen mezinárodního práva) jakožto přímého předchůdce Nařízení Řím I byla tato otázka řešena v jeho článku 20, který jednoznačně stanovil prioritu práva Společenství, které obsahuje

¹ Mezi nejvýraznější samozřejmě patří skutečnost, že tato metoda sama o sobě nepřináší odpovědi na otázku: „Jaká jsou práva a povinnosti stran?“, ale odkazuje na právní řád, který dané odpovědi poskytne.

² Za nejvýraznější v tomto smyslu je tzv. komunitarizace třetí pilíře, tedy jeho částečné přesunutí pod první Maastrichtský pilíř a možnost upravovat oblast evropského mezinárodního práva soukromého instrumenty sekundárního práva.

speciální úpravu ve zvláštních oblastech (a to zejména těch, kdy jde o ochranu tzv. slabších smluvních stran).³ Ve vztahu kolizních norem obsažených v nařízeních versus kolizních norem obsažených ve směrnících pak také do popředí vystupuje otázka přímého účinku těchto instrumentů sekundárního evropského práva. Roztříštění kolizních norem mezi několik instrumentů je jednoznačně v rozporu s požadavky konsistence a transparentnosti celého *acquis communautaire* v dané oblasti úpravy (klasickým příkladem je oblast práva spotřebitelského nebo pojistných smluv).

Jednoznačným cílem tohoto příspěvku je zhodnocení shora popsaného jevu jak z pozice práva evropského, tak i práva národního s analýzou toho, jak důsledný je český zákonodárce při implementaci požadavků vznesených kolizními normami, které jsou obsaženy ve směrnících.

Disperze – proliferace kolizních norem jako aplikační problém a jeho možná řešení

Nadále tak i po transformaci Římské úmluvy do Nařízení musíme čelit situacím, kdy jsou „evropské“ kolizní normy rozptýleny mezi nařízení a směrnice. Mezinárodní smlouvy již v tomto smyslu na evropské úrovni do hry nevstupují, když právě Římská úmluva byla po dlouhou dobu posledním instrumentem, který si podobu pramene mezinárodního práva zachovával.

Navrhovaná řešení daného problému

Veřejná debata nad problematikou disperze kolizních norem byla poprvé vyprovokována (nutno konstatovat, že bez reálného výsledku) zejména v rámci transformačního procesu Římské úmluvy o právu rozhodném pro závazky ze smluv do Nařízení Řím I. Tzv. Zelená kniha o transformaci předmětné úmluvy do podoby komunitárního instrumentu se dané problematice věnovala v rámci jedné z veřejnosti předložených otázek. Konkrétně se jednalo o

³ V podrobnostech k otázce střetů mezi prameny evropského mezinárodního práva soukromého například Paukerová, M.: *Evropské mezinárodní právo soukromé*. C. H. Beck, Praha 2008, s. 65 an.

otázku č. 3, která zněla takto: „*Jste si vědomi obtíží, které způsobuje proliferační norem ovlivňujících rozhodné právo mezi několika horizontálních a vertikálních instrumentů evropského sekundárního práva? Pokud ano, jaká je podle vás nejlepší cesta k nápravě daného stavu?*“⁴ Samotná Zelená kniha pak nabízela několik alternativních možností, jak daný problém řešit. Tato doporučení lze dle mého názoru rozdělit následovně:

- učinit stávající legislativu přehlednější, a to dodáním přílohy k Nařízení Řím I, která bude obsahovat veškeré směrnice obsahující kolizní normy mající vliv na rozhodné právo v dané oblasti,
- vytvoření nového, speciálního instrumentu, který bude veškeré zvláštní (ve vztahu k Nařízení Řím I nebo Řím II) kolizní normy obsahovat – tato možnost sama o sobě se jeví jako skutečná kodifikační činnost,
- modernizace Nařízení, a to zejména ve vztahu k ochraně tzv. slabších smluvních stran – jednoznačné vytvoření minimálního standardu ochrany pro tyto smluvní strany a eliminace kolizních norem v dalších instrumentech.

Obecně lze konstatovat, že jako ideální řešení se jeví první ze shora uváděných možností v kombinaci s vytvořením jednotných evropských minimálních standardů sloužících k ochraně tzv. slabších smluvních stran (spotřebitelů, zaměstnanců apod.). Jedině tato varianta se za dané situace jevila jako objektivně dosažitelná, intenzivnějším kodifikačním snahám totiž stále brání nejen právní, ale zejména politické, ekonomické a v neposlední řadě i sociální rozdíly mezi jednotlivými členskými státy.

Bohužel je třeba konstatovat, že k širšímu konsenzu v dané otázce mezi veřejností ani samotnými členskými státy nedošlo. Otázka proliferační tak nejen, že nebyla finálně vyřešena v souvislosti s přijetím nového nařízení Řím I, nelze však hovořit ani o dílčím pozitivním posunu směrem ke zlepšení nepřehledné situace. Kolizní

⁴ Zelená kniha dostupná z: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2002/com2002_0654en01.pdf.

normy jsou tak i nadále rozptýleny mezi množstvím instrumentů sekundárního práva, a to jak nařízení, tak i směrnice.⁵

Zejména jednotlivé členské státy se přikláněly ať k té či jiné ze shora uvedených možnosti s jasným cílem chránit své tradiční základy mezinárodního práva soukromého.

Například Velká Británie (v oblasti mezinárodního práva soukromé snad lze říci, že již dle očekávání) zastávala zcela ojedinělý názor na tuto problematiku mezi ostatními členskými státy.⁶ Za prvé zcela odmítala, že by samotná proliferace kolizních norem mezi instrumenty sekundárního práva způsobovala výraznější problémy při nalézání rozhodného práva, což lze jednoznačně spojit s původním odporem Velké Británie Římskou úmluvu do podoby komunitárního instrumentu vůbec transformovat. Poměrně skepticky se Velká Británie stavěla k možnostem uplatňování jednotných minimálních standardů na evropské úrovni, a to když zdůrazňovala zejména nutnost zachování pozitivních efektů jevu, který je označován jako *forum shopping*.

Někteří z respondentů (Max Planck Institut v Hamburku)⁷ však zároveň upozorňovali na terminologické rozdíly mezi jednotlivými instrumenty sekundárního práva, které je třeba rovněž eliminovat, protože k unifikovaným řešením nepřispívají. Klasickým příkladem může být požadavek „*vazby na teritorium členského státu*“, kdy některé směrnice vyžadují vazbu na „*jeden nebo více členských států*“⁸, jiné však pouze na „*členské státy*“⁹. V případě druhého z uvedených je pak otázkou, zda v situacích, kdy daná vazba bude existovat pouze na jeden členský stát, lze konkrétní směrnici použít.

Česká odpověď na danou otázku jako by předjímala laxnost a nedůslednost, s jakou český zákonodárce k provádění požadavků

⁵ Viz příloha tohoto příspěvku.

⁶ Odpověď dostupná z: http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/rome_i/doc/united_kingdom_en.pdf.

⁷ Odpověď dostupná z: http://www.mpipriv.de/shared/data/pdf/comments_romei_proposal.pdf.

⁸ Například Směrnice č. 97/7/ES, o ochraně spotřebitele v případě smluv uzavřených na dálku.

⁹ Například Směrnice č. 93/13/EHS, o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách.

kolizních norem obsažených ve směrnici přistupuje.¹⁰ Návrh řešení v podobě kodifikace všech evropských kolizních norem lze považovat za velice idealistický bez hlubšího reálného základu, a to zejména vezmeme-li do úvahy samotnou situaci v českém právu, kde zákon č. 97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním (dále ZMPS) není zdaleka jediným pramenem, kde se v našem právním řádu kolizní normy vyskytují,¹¹ jak bude demonstrováno v podrobnostech níže, a to zejména v souvislosti s prováděním příslušných směrnic do českého práva.

Teorie přímého účinku

Jaký je tedy důsledek dané situace pro jednotlivce, který se svých práv vyplývajících z nařízení a případně i směrnic před národními soudy domáhá? Jak a kdy se tedy může jednotlivce dovolat těchto práv? A zde se dostáváme k otázce *přímého účinku*¹² jako takového, který se budu ve stručnosti na následujících řádcích zabývat.¹³

¹⁰

Odpověď

dostupná

z:

http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/rome_i/doc/czech_republic_en.pdf.

¹¹ Kolizní normy lze mimo jiné nalézt i v těchto vnitrostátních pramenech práva: zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, zákon č. 191/1950 Sb., zákon směnečný a šekový, zákon č. 94/1963 Sb., zákon o rodině, zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, zákon č. 527/1990 Sb., o vynálezech a zlepšovacích návrzích, zákon č. 441/2003 Sb., o ochranných známkách, zákon č. 121/2000 Sb., autorský zákon apod.

¹² V souladu s některými autory je rovněž třeba odlišovat, zda se jedná o přímý účinek či tzv. přímou aplikovatelnost práva EU. Například prof. Pauknerová k rozlišení obou podává následující vysvětlení: „*Přímá aplikovatelnost práva ES je aplikační zásada, podle níž k aplikaci některých aktů práva ES orgány členských států není ani nutná ani přípustná jakákoliv recepce jejich vnitřním zákonodárstvím.*“ Viz Pauknerová, M.: Evropské mezinárodní právo soukromé. C. H. Beck, Praha 2008, s. 68. Naproti tomu přímý účinek je dle prof. Pauknerové „*aplikačním principem umožňujícím fyzickým nebo právníkům osobám dovolat se před příslušným soudem práva podle normy, na niž se takové právo zakládá, jakkoliv tyto osoby nejsou jejími adresáty.*“ Viz Svoboda, P., Madar, Z. a kolektiv: Právní slovník. 3. vydání. Linde, Praha 2002, s. 1206.

¹³ Komplexní pohled na tuto otázku z pohledu evropského práva nabízí například Craig, P., de Búrca, G.: EU Law – Texts, Cases and Materials. 2nd edition. Oxford University Press 1998, s. 163 an.

Přímý účinek obecně bývá tradičně vymezován takto: „*právní norma má přímý účinek, přiznává-li jednotlivcům práva nebo ukládá-li jim povinnosti, a to sama bez prostřednictví jiné normy.*“¹⁴ V souladu s notoricky známou judikaturou Evropského soudního dvora¹⁵ (dále jen ESD) je proto, aby konkrétní normě primárního práva mohl být přímý účinek přiznán nutné, aby byly kumulativně splněny následující podmínky:¹⁶

- obsah dané normy tak musí být jednoznačný a její aplikace bezpodmínečná (subjektům práva musí přímo stanovit práva a povinnosti),
- daná norma rovněž nevyžaduje implementaci do práva národního a nelze vůči ní učinit výhradu ze strany členských států,
- z hlediska vnitrostátního práva musí jít v každém případě o normu platnou.

V případě *nařízení* je situace jasná: samotný článek 249 stanoví, že „*nařízení jsou přímo použitelná v členských státech.*“¹⁷ samozřejmě za předpokladu, že jsou splněny výše uvedené podmínky. Pak se tedy jednotlivec může před soudy členského státu svých práv z nařízení vyplývajících domáhat. Tato otázka byla specifikována v rámci judikatury ESD – příkladem může být rozhodnutí ve věci *Fratelli Variola S.P.A. v. Amministrazione Italiana Delle Finance* (34/73), kde se ESD vyjádřil k dané otázce

¹⁴ Týč, V.: *Základy práva Evropské unie pro ekonomy*. 4. vydání. Linde, Praha 2004, s. 85

¹⁵ Těmito mám na mysli především rozhodnutí ve věcech 26/62 *Van Gend en Loos* (věnující se jak otázce přednosti práva EU, tak i přímého účinku norem SES) a 6/64 *Costa v. ENEL*, kde Evropský soudní dvůr konstatoval například následující: „*Povinnosti členských států vyplývající ze Smlouvy, které nejsou podrobeny zvláštním podmínkám a ani nevyžadují ke svému provedení zvláštního předpisu, jsou tedy z právního hlediska úplně – perfektní a jsou schopny produkovat přímý účinek ve vztahu členské státy – jednotlivci. Tento účinek je tak integrální součástí právního systému členských států...*“

¹⁶ V podrobnostech například Craig, P., de Búrca, G.: *EU Law – Texts, Cases and Materials*. 2nd edition. Oxford University Press 1998, s. 168 an.

¹⁷ Podrobněji k podobnosti či rozdílnosti pojmů „přímá použitelnost“ a „přímý účinek“ například Craig, P., de Búrca, G.: *EU Law – Texts, Cases and Materials*. 2nd edition. Oxford University Press 1998, s. 106 an.

takto: „...nařízení má přímý účinek a uděluje jednotlivcům práva, která jsou povinny národní soudy členských států ochraňovat...přímý účinek nařízení není závislý na jejich provedení v národním právu...a je základem evropského právního systému“.¹⁸

U směrnic je situace zásadně jiná – jsou určeny především členským státům a závazné jsou pouze co do výsledku. V souvislosti se směrnicovým právem se tak objevuje vícero koncepcí – přímý účinek (vertikální, horizontální),¹⁹ nepřímý účinek či náhrada škody způsobená jednotlivci v důsledku neprovedení požadavků směrnic. *Směrnice* pak může získat „přímý účinek“ pouze za splnění zcela specifických podmínek. Jednotlivec se směrnice může dovolat pouze za předpokladu, že uplynula lhůta pro její provedení v národním právu. Pak hovoříme o přímém účinku v případě směrnic jako o účinku „vertikálně vstupném“.²⁰ Tato doktrína byla rovněž vytvořena ESD a v této souvislosti nelze pominout například jedno z prvních rozhodnutí, které v zásadě možnost přímého účinku ani v případě směrnic nevylučuje. Jde o rozhodnutí ve věci *Yvonne van Duyn v Home Office* (41/74), kde ESD konstatoval mimo jiné toto: „...v každém individuálním případě je nutno posoudit charakter, strukturu a znění předmětného ustanovení ve vztahu k jeho možnému přímému účinku...“. Z dalších významných rozhodnutí pak nelze

¹⁸Případ dostupný z: http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61973J0034. V souladu s rozvojem další judikatury existují dvě výjimky, kdy se provedení do národního právního řádu u nařízení připouští: je-li prováděcí akt povinný nebo není-li toto provedení vyloučeno a ke správnému fungování nařízení je v podstatě toto provedení potřeba. V podrobnostech například Týč, V.: *Základy práva Evropské unie pro ekonomy*. 4. vydání. Linde, Praha 2004, s. 90.

¹⁹ V podrobnostech například Senyucel, O.: *The Direct Effect of Community Directives: The Effect of the Unilever Judgment*. In: *Ankara Law Review* 1/2005, s. 81 an nebo Pauknerová, M.: *Evropské mezinárodní právo soukromé*. C. H. Beck, Praha 2008, s. 74 an.

²⁰ Vertikální vztah jednatelce – členský stát. Možný horizontální účinek směrnic (vztah jednatelce – jednatelce) nebyl doposud směrnicím přiznán. V podrobnostech například rozhodnutí ve věci *M. H. Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)* (152/84): „...závazný charakter směrnice je dán pouze ve vztahu ke členským státům, kterým je adresován...směrnice tak nemůže přímo ukládat povinnosti jednotlivcům...a tito ji nemohu namítat ve vztahu k jiným jednotlivcům...“.

nezmínit rozhodnutí ve věci *Pubblico Ministero v. Tullio Ratti* (148/78), kde ESD poprvé zmínil nutnost uplynutí implementační lhůty, jakožto podmínku pro to, aby směrnice mohla případný přímý účinek získat: „...členské státy, které v předepsané lhůtě nepřijaly implementační opatření požadovaná směrnicí, se této nemohou vůči jednotlivcům dovolávat...naopak národní soud členského státu je povinen jednotlivci přiznat práva z této směrnice vyplývající...pokud jsou tato stanovena dostatečně určitě a nejsou ničím podmíněná...“. Podobně se ESD vyjádřil k otázce možného přímého účinku směrnic v případě *Ursula Becker v Finanzamt Münster-Innenstadt* (8/81): „...kdykoli je ustanovení směrnice nepodmíněné a dostatečně určité...může být namítnuto proti ustanovení národního práva, které je s požadavky dané směrnicí v rozporu...definuje-li práva jednotlivců, která lze uplatnit proti členskému státu...“. Naproti tomu pojem „nepřímý účinek“ je pak tradičně spojován s požadavky eurokonformního výkladu. Národní předpisy pak směrnici musí v rámci interpretace zohledňovat a upevňovat tak harmonizační efekt směrnic samotných.²¹ Posledním z možných důsledků neprovedení směrnice může být i požadavek na „náhradu škody“ způsobené jednotlivci.²²

Je tedy patrné, že tyto účinky jak u nařízení, tak směrnic platí i pro ty z nich, které obsahují kolizní normy či požadavky kolizního práva směrem k právu národnímu. V obou případech tak existují možnosti, jak se jich jednotlivec může před národními soudy dovolat.

Český přístup k implementaci požadavků vznesených směrnicemi v oblasti kolizního práva

V souladu s výše uvedeným se tak zásadně nemusí do národního práva provádět nařízení, která mají přímý účinek, pokud jsou splněny

²¹ V podrobnostech například rozhodnutí ve věcech *Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen* (14/83) nebo *Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentacion SA* (106/89).

²² V podrobnostech například spojené případy *Andrea Francovich and Danila Bonifaci a ostatní v Italská Republika* (6 a 9/90).

vymezené podmínky.²³ V případě směrnic je tomu tedy jinak, a proto je zajímavé sledovat, kolik takových směrnic je, v jakých oblastech a jak důsledně český zákonodárce požadavky vznesené těmito směrnicemi směrem ke koliznímu právu implementuje do práva národního.

Kolizní normy obsažené ve směrnicích jsou většinou vnitrostátně provedeny novelizací ZMPS. Zákonodárce však není důsledný, proto lze implementaci těchto směrnic najít i v jiných vnitrostátních předpisech.²⁴ Vnitřní roztržičnost je tak dobře patrná i na úrovni národní.

Celkem dle mého názoru lze rozlišit implementaci směrnic (kterých je na základě mého výzkumu *celkově 26, resp. 25 + 1!*) obsahujících kolizní normy nebo požadavky směrem ke koliznímu právu do následujících kategorií, přičemž u každé z nich se pokusím stručně popsat, jak byla do českého práva provedena:

Směrnice provedené do národního práva novelizací ZMPS

- První směrnice o jiném než životním pojištění č. 73/239/EHS, Druhá směrnice o jiném než životním pojištění č. 88/357/EHS, Třetí směrnice o jiném než životním pojištění č. 92/49 – směrnice v oblasti neživotního pojištění byly do českého právního řádu implementovány vložением nového §10a ZMPS a v souladu s požadavky stanovenými v těchto směrnicích je jakožto základního hraničního určovatele používáno umístění pojistného rizika s možností volby práva pro tyto pojistné smlouvy.
- Směrnice č. 2002/83/ES, o životním pojištění – v oblasti životního pojištění došlo k implementaci skrze vložení nového §10b ZMPS, kde je jakožto základního hraničního určovatele použito kritérium bydliště nebo sídla pojistníka, a to opět se zachovanou možností volby práva.

²³ V souladu s článkem 28 a 29 Nařízení Řím I se aplikuje na smlouvy uzavřené po 17. 12. 2009, Řím II je aplikován od 11. 1. 2009.

²⁴ V podrobnostech například Pauknerová, M.: Evropské mezinárodní právo soukromé. C. H. Beck, Praha 2008, s. 81 an.

- Směrnice č. 97/5/ES, o přeshraničních převodech a Směrnice č. 98/26/ES, o neodvolatelnosti zúčtování v platebních systémech a v systémech vypořádání obchodů s cennými papíry – v tomto případě proběhla implementace zákonem č. 125/2002 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím zákona o platebním styku a posléze další novelizací ZMPS, tentokrát vložení nového § 11a (příp. § 11b), kde je volba práva vyloučena ve prospěch právního řádu, kterým se řídí samotná smlouva o platebním systému.
- Směrnice č. 93/22/EHS, o investičních službách v oblasti cenných papírů ve znění směrnic č. 95/26/ES, č. 97/9/ES a č. 2000/64/ES a Směrnice č. 97/9/ES, o systémech odškodnění investorů – opět vložení nového § 11b ZMPS s vyloučením volby jiného práva, než kterým se řídí vztahy mezi samotnými účastníky vypořádacího systému.
- Směrnice č. 2001/17/ES, o reorganizaci a likvidaci pojišťoven, Směrnice č. 2002/47/ES, o dohodách a finančním zajištění a Směrnice č. 2002/87/ES, o doplňkovém dozoru nad úvěrovými institucemi, pojišťovnami a investičními podniky ve finančním konglomerátu – byly do českého právního řádu implementovány zákonem č. 377/2005 Sb., o finančních konglomerátech a posléze vloženy nových § 11c ZMPS (úpadek peněžní instituce), § 11d ZMPS (úpadek pojišťovny nebo zajišťovny) a § 11e ZMPS (finanční zajištění). Bohužel se tato nová ustanovení ZMPS jeví jako příliš komplikovaná a kazuistická. Do původní koncepce ZMPS tak na první pohled nezapadají.

Implementované směrnice v oblasti ochrany tzv. slabších smluvních stran

- Spotřebitelé
 - Směrnice č. 93/13/EHS, o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách, Směrnice č. 94/47/ES, o ochraně nabyvatelů ve vztahu k některým aspektům smluv o nabytí práva k dočasnému užívání nemovitostí

(timesharing)²⁵, Směrnice č. 97/7/ES, o ochraně spotřebitele v případě smluv uzavřených na dálku a Směrnice č. 2002/65/ES, o uvádění finančních služeb pro spotřebitele na trh na dálku – všechny tyto směrnice bylo do českého práva implementovány novelizací zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, a to zejména vložení § 51a, který na evropské normy v oblasti spotřebitelského práva odkazuje, požadavek na kolizní normy se pak promítá do §64, kde jde v podstatě o materializaci kolizní, tedy stanovení minimálního standardu v oblasti ochrany spotřebitele.

- o Směrnice č. 2000/31/ES, o určitých aspektech služeb informační společnosti, zejména elektronického obchodního styku v rámci vnitřního trhu – podobně jako v předchozím případě i zde proběhla implementace skrze výše zmíněnou novelizaci Občanského zákoníku, nicméně kromě tohoto je pak také nutno zmínit zákon č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti (běžně v praxi označován jako tzv. antispamový zákon), který rovněž implementoval další ze směrnic v této oblasti, a to Směrnicí č. 2002/58, o zpracování osobních údajů a ochraně soukromí v odvětví elektronických komunikací.
 - o Směrnice č. 99/44/ES, o některých aspektech prodeje spotřebního zboží a záruk na toto zboží – jde o zcela specifický případ směrnice z oblasti spotřebitelského práva, která byla implementována do českého práva §616/1 Občanského zákoníku.
 - o Směrnice č. 2006/123/ES, o službách na vnitřním trhu – v případě této směrnice doposud implementační lhůta neuplynula (stane se tak 28. 12. 2009), nicméně činnost českého zákonodárce je patrná a lze v tomto smyslu odkázat na usnesení vlády ČR č. 440/2007, k postupu při implementaci této směrnice.
- Zaměstnanci

²⁵ Pozor! Zde aktuálně nová směrnice 2008/122/ES, do níž je proveden krátký exkurz níže.

- o *Směrnice č. 96/71/ES, o ochraně vysílaných pracovníků v rámci poskytování služeb* – tato směrnice a požadavky z ní vyplývající byla původně implementována zákonem č. 1/1992 Sb., o mzdě, který však je od 1. 1. 2007 nahrazen nově platným zákoníkem práce (zákon č. 262/2006 Sb.). V rámci tohoto zákona nalezneme kolizní normy v § 319, který stanoví, v jakých ohledech se aplikuje na zaměstnance český právní řád jakožto *lex loci laboris*.
- o *Směrnice č. 2002/74/ES, o ochraně zaměstnance při platební nezpůsobilosti zaměstnavatele, která zavádí ustanovení pro přeshraniční případy (novela původní směrnice č. 80/987/EHS)* – požadavky této směrnice byly do českého práva provedeny zákonem č. 118/2000 Sb., o ochraně zaměstnanců při platební neschopnosti zaměstnavatele a o změně některých zákonů, ve znění zákona č. 436/2004 Sb. Odkázat je nutno na jeho §1, z pohledu kolizního práva pak zejména na § 2/2, který stanoví případy, kdy se tento zákon neaplikuje (v zásadě jde o situace, kdy je zaměstnavatel „umístěn“ mimo Evropskou unii).

Zbytková kategorie směrnic obsahujících kolizní normy

- Kulturní statky - *Směrnice č. 93/7/EHS, o navracení nezákonně vyvezených kulturních statků* – do českého práva provedena zákonem č. 101/2001 Sb., o navracení nezákonně vyvezených kulturních statků.
- Přeměny obchodních společností - *Směrnice č. 2005/56/ES, o příhraničních fúzích kapitálových společností* – do českého právního řádu proveden zákonem č. 125/2008 Sb., o přeměnách obchodních společností a družstev a zákonem č. 126/2008 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím zákona o přeměnách obchodních společností a družstev. Kolizní normy pak nalezneme v §240 zákona o přeměnách obchodních společností a družstev.

- Právní pomoc - *Směrnice č. 2003/8/ES, o zpřístupnění spravedlnosti v přeshraničních sporech stanovením minimálních společných pravidel pro právní pomoc v těchto sporech* – v tomto případě došlo k provedení do národního práva na základě zákona č. 629/2004 Sb., o zajištění právní pomoci v přeshraničních sporech v rámci Evropské unie a vyhlášky č. 279/2006 Sb., kterou se vydávají vzor žádosti o zajištění právní pomoci v přeshraničních sporech v rámci Evropské unie a vzor pro předávání žádosti o zajištění právní pomoci v přeshraničních sporech v rámci Evropské unie. V tomto případě je nutné mít na paměti, že se jedná o specifickou oblast mezinárodního evropského procesního práva, normy zde obsažené mají charakter procesní (nikoliv kolizní!).²⁶
- Odpovědnost za škodu - *Směrnice č. 72/166/EHS, o sblížování právních předpisů členských států týkajících se pojištění občanskoprávní odpovědnosti z provozu motorových vozidel a kontroly povinnosti uzavřít pro případ takové odpovědnosti pojištění, ve znění směrnice č. 72/430/EHS a směrnice č. 84/5/EHS, Druhá směrnice č. 84/5/EHS, o sblížování právních předpisů členských států týkajících se pojištění občanskoprávní odpovědnosti z provozu motorových vozidel, ve znění směrnice č. 90/232/EHS, Třetí směrnice 90/232/EHS, o sblížování právních předpisů členských států týkajících se pojištění občanskoprávní odpovědnosti z provozu motorových vozidel a Směrnice 2000/26/ES, o sblížování právních předpisů členských států týkajících se pojištění občanskoprávní odpovědnosti z provozu motorových vozidel a o změně směrnic Rady č. 73/239/EHS a č. 88/357/EHS* – do českého práva provedeny zákonem č. 168/1999 Sb., o pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou provozem vozidla a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o pojištění odpovědnosti z provozu vozidla). Kolizní normy jsou pak přítomny v § 6 tohoto zákona.

²⁶ Ve výčtu je tak uvádím jen pro jeho úplnost.

Vzhledem k rekodifikační činnosti a probíhajících pracích na novém zákoně o mezinárodním právu soukromém²⁷ se tak objevuje opět otázka, jak danou situaci řešit. Lze jen těžko předpokládat, že na evropské úrovni dojde ke konzervaci daného stavu a nové směrnice již přijímány nebudou. Zdá se, že nový zákon přijme možnost shora uvedenou pod bodem 1 – stabilní instrument, jehož přílohy obsahující směrnice v dané oblasti budou pravidelně novelizovány.²⁸ Situace se tak stane mnohem přehlednější, alespoň na úrovni vnitrostátního práva.

Závěr

Na první pohled je tak patrné, že situace spojená s jevem, který jsme označili jako disperze/proliferace kolizních norem (šířeji norem mezinárodního práva soukromého) je komplikovaná, a to jak na úrovni evropské, tak i na úrovni vnitrostátní. Zejména nepřehlednost norem odpovídajících na otázky rozhodného práva pak k právní jistotě účastníků právních vztahů nepřispívá a ani přispívat nemůže.

Na evropské úrovni se zdá se být za současné situace řešení této otázky nedosažitelné. Kolizní normy jsou roztržštěny jak v nařízeních, tak i směrnicích. Jejich aplikace je v mnohých případech značně složitá a kazuistická, vezmeme-li v potaz například oblast smluv pojistných.

Alespoň pro českého právníka zdá se být transparentnější řešení objektivně možné, a to v souvislosti s rekodifikací celého českého soukromého práva. Za současné situace nelze, než práce na novém zákoně o mezinárodním právu soukromém přivítat, když ten současný (z roku 1963) již v některých ohledech neodpovídá dnešní realitě mezinárodního práva soukromého, a to zejména v souvislosti se vstupem České republiky do Evropských společenství.²⁹ Ucelený zákon, který bude doprovázen seznamem aktuálně platných směrnic

²⁷ Aktuální informace jsou dostupné z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/cz/zakon-o-mezinarodnim-pravu-soukromem/text-navrhu-zakona.html>.

²⁸ Viz například Pauknerová, M.: *Evropské mezinárodní právo soukromé*. C. H. Beck, Praha 2008, s. 83.

²⁹ V podrobnostech důvodové zprávy k novému návrhu, dostupné z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/cz/zakon-o-mezinarodnim-pravu-soukromem/duvodova-zprava.html>.

evropského práva v dané oblasti lze v tomto ohledu považovat za velký krok vpřed. Nicméně často nepřehledná situace na úrovni evropské tímto vyřešena nebude.

Exkurs do nové směrnice (2008/122/ES) na ochranu spotřebitele

V průběhu tvorby tohoto příspěvku byla přijata a zveřejněna v Úředním věstníku EU (k publikaci došlo 3. února 2009) zcela nová směrnice na ochranu spotřebitele, která do mnou zkoumané problematiky rovněž zapadá, a která (nutno podotknout bohužel) demonstruje nepřehlednost celé úpravy rozhodného práva tam, kde jsou kolizní normy obsaženy jak v nařízeních, tak i ve směrnicích.³⁰ Konec implementační lhůty pro tuto směrnici byl stanoven na 23 února 2011.

Nová směrnice pod dlouhým označením *2008/122/ES, o ochraně spotřebitele ve vztahu k některým aspektům smluv o dočasném užívání ubytovacího zařízení (timeshare), o dlouhodobých rekreačních produktech, o dalším prodeji a o výměně* nahrazuje předchozí směrnici č. 94/47/ES, *o ochraně nabyvatelů ve vztahu k některým aspektům smluv o nabytí práva k dočasnému užívání nemovitostí (timesharing)*. Tato směrnice se týká všech spotřebitelských smluv na období delší než jeden rok, na základě nichž spotřebitel za úplatu získává právo užívat jedno nebo více ubytovacích zařízení s noclehem na více než jeden časový úsek jakož i všech smluv o výměně či prodeji takových smluv.

Nová úprava se oproti předchozí liší v několika podstatných bodech – především představuje nástroj tzv. minimální harmonizace (členským státům je tak ponechána možnost přijmout v dané oblasti úpravu přísnější, a tedy pro spotřebitele ještě výhodnější, pokud tak samy uznají za vhodné – článek 11 dané směrnice). Daná oblast je tak podrobena úplné harmonizaci, nicméně problematika kolizních norem (respektive jejich disperze – proliferace) vyřešena není. Ve směrnici samotné i nadále zůstávají osamocené kolizní normy, které

³⁰ Ke sledování aktualit v oblasti mezinárodního práva soukromého, a to zejména v kontextu evropském, nezbyvá než doporučit následující odkaz: www.conflictoflaws.net.

dohromady s těmi obsaženými v Nařízení Řím I vedou i nadále k poměrně nepřehledné situaci v oblasti rozhodného práva pro takovéto smlouvy. Naopak i do budoucna zůstává spornou otázkou, zda je zajištěna konsistence s Nařízením Řím I (respektive článkem 6³¹ tohoto Nařízení) a novou směrnicí. Rozdíl pak dle mého názoru spočívá, zejména při pohledu na minimální standard ochrany, který je dle Nařízení (článek 6 Nařízení) nebo novou směrnicí (článek 12 směrnice) garantován. Dle nařízení je totiž tento minimální standard ochrany pro spotřebitele dán právním řádem „*obvyklého bydliště spotřebitele*“, v případě směrnice je pak tento standard garantován „*právním řádem státu fóra*“.³² Vezmeme-li do úvahy navíc článek 3/4 Nařízení Řím I, jakožto tzv. „doložku o vnitřním trhu“, jejímž hlavním cílem je ochrana norem evropského původu, pak se celá situace určení rozhodného práva pro tyto kontrakty stává ještě nepřehlednější a problematičtější.

Příloha – Seznam směrnic obsahujících proliferované/disperzované kolizní normy (chronologicky)

- Směrnice č. 72/166/EHS, o sbližování právních předpisů členských států týkajících se pojištění občanskoprávní odpovědnosti z provozu motorových vozidel a kontroly povinnosti uzavřít pro případ takové odpovědnosti pojištění, ve znění směrnice č. 72/430/EHS a směrnice č. 84/5/EHS

³¹ Přičemž je důležité mít na paměti, že obecné řešení nabízené článkem 6 Nařízení Řím I se dle jeho ustanovení 6/4c nepoužijí na smlouvu, jejímž předmětem je věcné právo k nemovitosti nebo nájem nemovitosti a která je odlišná od smlouvy, jejímž předmětem je právo k užívání nemovitosti na časový úsek ve smyslu směrnice 94/47/ES.

³² V podrobnostech článek 12/2 této směrnice, který stanoví následující: „*Je-li rozhodným právem právo třetí země, spotřebitel nesmí být zbaven ochrany poskytnuté touto směrnicí provedenou v členském státě místa soudu, pokud se kterákoliv z dotčených nemovitostí nachází na území některého členského státu nebo pokud v případě smlouvy nepřímě spojené s nemovitostí obchodník vykonává svou obchodní či profesní činnost v některém členském státě nebo jakkoli směřuje své činnosti do některého členského státu a jedná se o smlouvu spadající do rámce těchto činností*“.

- První směrnice o jiném než životním pojištění č. 73/239/EHS, Druhá směrnice o jiném než životním pojištění č. 88/357/EHS, Třetí směrnice o jiném než životním pojištění č. 92/49
- Druhá směrnice č. 84/5/EHS, o sbližování právních předpisů členských států týkajících se pojištění občanskoprávní odpovědnosti z provozu motorových vozidel, ve znění směrnice č. 90/232/EHS
- Třetí směrnice 90/232/EHS, o sbližování právních předpisů členských států týkajících se pojištění občanskoprávní odpovědnosti z provozu motorových vozidel
- Směrnice č. 93/7/EHS, o navrácení nezákonně vyvezených kulturních statků
- Směrnice č. 93/13/EHS, o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách
- Směrnice č. 93/22/EHS, o investičních službách v oblasti cenných papírů ve znění směrnic č. 95/26/ES, č. 97/9/ES a č. 2000/64/ES
- Směrnice č. 94/47/ES, o ochraně nabyvatelů ve vztahu k některým aspektům smluv o nabytí práva k dočasnému užívání nemovitostí (timesharing)
- Směrnice č. 96/71/ES, o ochraně vysílaných pracovníků v rámci poskytování služeb
- Směrnice č. 97/5/ES, o přeshraničních převodech
- Směrnice č. 97/7/ES, o ochraně spotřebitele v případě smluv uzavřených na dálku
- Směrnice č. 97/9/ES, o systémech odškodnění investorů
- Směrnice č. 98/26/ES, o neodvolatelnosti zúčtování v platebních systémech a v systémech vypořádání obchodů s cennými papíry
- Směrnice č. 99/44/ES, o některých aspektech prodeje spotřebního zboží a záruk na toto zboží
- Směrnice 2000/26/ES, o sbližování právních předpisů členských států týkajících se pojištění občanskoprávní odpovědnosti z provozu motorových vozidel a o změně směrnic Rady č. 73/239/EHS a č. 88/357/EHS

- Směrnice č. 2000/31/ES, o určitých aspektech služeb informační společnosti, zejména elektronického obchodního styku v rámci vnitřního trhu
- Směrnice č. 2001/17/ES, o reorganizaci a likvidaci pojišťoven
- Směrnice č. 2002/47/ES, o dohodách o finančním zajištění
- Směrnice č. 2002/58, o zpracování osobních údajů a ochraně soukromí v odvětví elektronických komunikací
- Směrnice č. 2002/65/ES, o uvádění finančních služeb pro spotřebitele na trh na dálku
- Směrnice č. 2002/74/ES, o ochraně zaměstnance při platební nezpůsobilosti zaměstnavatele, která zavádí ustanovení pro přeshraniční případy (novela původní směrnice č. 80/987/EHS)
- Směrnice č. 2002/83/ES, o životním pojištění
- Směrnice č. 2002/87/ES, o doplňkovém dozoru nad úvěrovými institucemi, pojišťovnami a investičními podniky ve finančním konglomerátu
- Směrnice č. 2003/8/ES, o zpřístupnění spravedlnosti v přeshraničních sporech stanovením minimálních společných pravidel pro právní pomoc v těchto sporech (procesní právo!)
- Směrnice č. 2005/56/ES, o příhraničních fúzích kapitálových společností
- Směrnice č. 2006/123/ES, o službách na vnitřním trhu – specifický případ

Kontaktní údaje na autora – email:

petra.mysakova@gmail.com

Harmonizace daňového práva v Evropském kontextu

Mgr. Jan Neckář

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Katedra finančního práva a národního hospodářství, Česká republika

Abstract:

Tax policy is for European Union Member States one of the most sensitive areas for further development. Currently, tax harmonization and harmonization of the tax administration in the common market is still outstanding and there are many variants of further development. Significantly the individual states in their view of the convergence and unification of the tax law affect the ongoing global economic crisis. In conjunction with the enlargement of the European Union to 27 Member States a slowdown in the process can be expected and make it more difficult to harmonize taxes primarily on the grounds that in most procedural issues relating to taxes, the consent of all Member States is required .

The most problematic area in the tax harmonization in the European Union are direct taxes. Despite the fact that the harmonization of direct taxation is counted with in the Treaty Establishing the European Community, presently the so-called negative harmonization through the case law of the European Court of Justice is in progress.

The possible basis for the upcoming period is to use the principle of enhanced cooperation, which in the case of States participating in the success of this cooperation and the related economic benefits could be breaking the displeasure of the European Union to harmonize tax area. This would eliminate other distortions and ensure one of the main objectives of the European Union - to ensure the smooth functioning of the internal market.

Tax policy would further support the general objectives of the European Union, namely economic growth, employment and competitiveness, as well as objects in the field of environment and energy.

Úvod

Základním principem integračního procesu Evropských států je zavedení a dodržování čtyř základních svobod, tedy svobody volného pohybu osob, služeb, zboží a kapitálu. Fiskální politika jednotlivých členských států Evropské unie má obrovské možnosti deformovat jednotný trh, vytvářet anomálie a znevýhodňovat nebo naopak zvýhodňovat subjekty z určitých členských států, což zásadním způsobem narušuje fungování jednotného vnitřního trhu.

Snahy o daňovou harmonizaci se objevují již od počátku integračních procesů v Evropě. Počáteční nadšené pokusy o harmonizaci nejen strukturální, ale i sazeb jednotlivých daní, postupem času nahradil racionálnější směr, který se zaměřil pouze na harmonizaci úzce související s fungováním jednotného vnitřního trhu. Dochází tak ke sjednocování dílčích částí daňových ustanovení a dočasně je upuštěno od snah o daňovou harmonizaci.

I přesto se ale opakovaně objevují názory upozorňující na nezbytnost vyřešení základní otázky, tedy zda je pro fungování jednotného vnitřního trhu výhodnější zachování daňové diskriminace a nebo vytvoření a dodržování daňové harmonizace. Základním rozdílem mezi těmito dvěma přístupy je stav, kdy při daňové diskriminaci mají jednotlivé členské státy vlastní daňové systémy, samy si stanovují míru zdanění a tedy i jednotlivé sazby, korekční prvky apod., zatímco v daňové harmonizaci je v konečné fázi stejné daňové prostředí bez rozdílu.

Daňová konkurence však nemůže být chápána jako naprostý protipól daňové harmonizace, i Evropská komise připouští pozitiva, která může přinést diferencovaná výše daňové kvóty v jednotlivých členských zemích Evropské unie.¹

¹ Široký, J. *Daně v Evropské unii*. 2. vyd. Praha: Linde, 2007. s. 28. ISBN 978-80-7201-649-5.

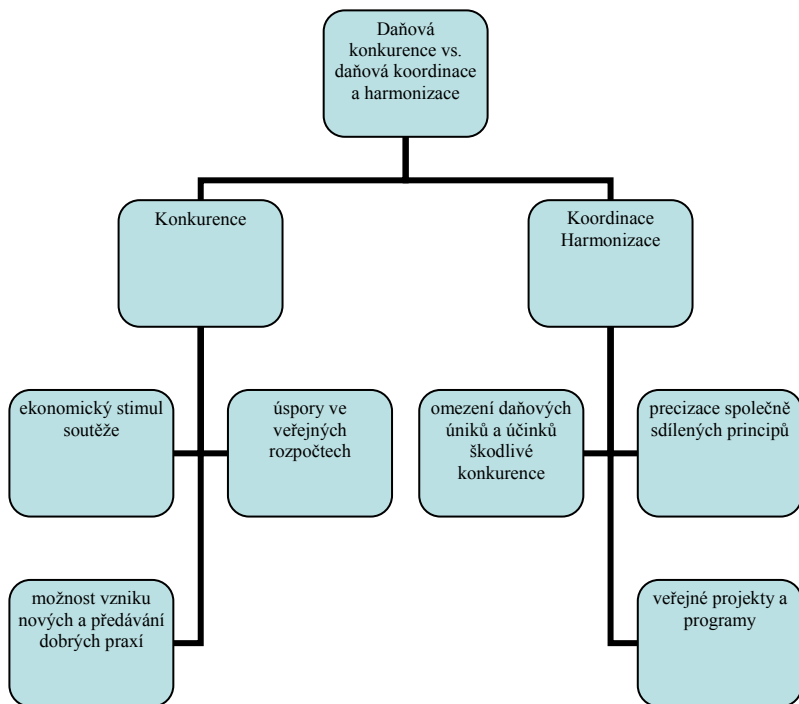


Schéma 1: Potencionální přínosy daňové konkurence a daňové harmonizace²

Daňová harmonizace představuje proces sbližování daňových soustav států na základě společných pravidel.³ Negativním postojem k daňové harmonizaci je mimo mnoha jiných důvodů zejména vztah daňových systémů ke specifickým jednotlivých států. Důvody odlišnosti daňových systémů jsou dány charakterem ekonomiky, dále geografii daného státu, kdy i v rámci jednoho státu lze nalézt zásadní rozdílnosti ovlivňující ekonomické aktivity a také specifické problémy, které ostatní země nemají (příkladem zde mohou být např. státy Skandinávie, kde jih území je podobný ostatním členským

² Široký, J. Daň v Evropské unii. 2. vyd. Praha: Linde, 2007. s. 29. ISBN 978-80-7201-649-5.

³ Nerudová, D. Harmonizace daňových systémů zemí Evropské unie. 2., aktualizované vydání. Praha: ASPI, 2008. s. 15. ISBN 978-80-7357-386-7.

státům Evropské unie, naproti tomu na severu území je oblast věčně zmrzlé neobydlené půdy) a v neposlední řadě jsou odlišnosti dány zejména tradicí, kdy kulturní a sociální prvky nejvýznamnějším způsobem ovlivňují daňový systém.

Smlouva o založení Evropských společenství již od svého přijetí – tedy od roku 1957 – zakotvuje daňovou harmonizaci nepřímého zdanění a to z důvodu jejího zásadního vlivu na jednotný vnitřní trh. Podle článku 93 (bývalý článek 99) Smlouvy o založení Evropských společenství *Rada na návrh Komise a po konzultaci s Evropským parlamentem a Hospodářským a sociálním výborem jednomyslně přijme ustanovení k harmonizaci právních předpisů týkajících se daní z obratu, spotřebních daní a jiných nepřímých daní v rozsahu, v jakém je tato harmonizace nezbytná pro vytvoření a fungování vnitřního trhu.*⁴

Přímé zakotvení harmonizace v oblasti přímých daní není zakotvena v žádném z článků Smlouvy o založení Evropských společenství, i přesto lze ale dojít k závěru, že Smlouva o založení Evropských společenství o harmonizaci v této oblasti počítá. Podporou tohoto tvrzení je znění článku 94 (bývalého článku 100) stanovujícího, že *Rada na návrh Komise a po konzultaci s Evropským parlamentem a Hospodářským a sociálním výborem jednomyslně přijímá směrnice o sbližování právních a správních předpisů členských států, které mají přímý vliv na vytváření nebo fungování společného trhu.*⁵

Daňovou harmonizaci nepřímo zakotvuje i článek 175 odst. 2 (bývalý článek 130s) Smlouvy o založení Evropských společenství, který stanoví, že *Rada na návrh Komise a po konzultaci s Evropským parlamentem, Hospodářským a sociálním výborem a Výborem regionů jednomyslně přijme předpisy především fiskální povahy⁶ a dále také opatření významně ovlivňující volbu členského státu mezi*

⁴ Článek 93 Smlouvy o založení Evropského společenství. http://www.euroskop.cz/gallery/2/756-smlouva_o_es_nice.pdf.

⁵ Článek 94 Smlouvy o založení Evropského společenství. http://www.euroskop.cz/gallery/2/756-smlouva_o_es_nice.pdf.

⁶ Článek 175 odst. 2 písm. a) Smlouvy o založení Evropského společenství. http://www.euroskop.cz/gallery/2/756-smlouva_o_es_nice.pdf.

různými energetickými zdroji a základní skladbu jeho zásobování energií.⁷

Harmonizace nepřímého zdanění

Základním krokem v harmonizaci nepřímého zdanění bylo vyřešení základní otázky a to, který ze dvou v členských státech Evropského společenství⁸ používaných systémů nepřímého zdanění bude zvolen. Francie byla jediným státem, který aplikoval ve svém daňovém systému daň z přidané hodnoty, tedy všeobecné daně ze spotřeby, která byla uvalována na přidanou hodnotu produkce. V ostatních státech se naproti tomu uplatňoval kumulativní kaskádovitý systém daně z obratu. V tomto případě se daň uvaluje na hrubou hodnotu produkce a výše daně je závislá na počtu produkčních stupňů. Mimoto všechny státy uplatňovaly na produkci ještě selektivní daně, zejména se jednalo o spotřební daně.

V praxi se kumulativní kaskádovitý systém daně z obratu pro tržní prostředí deformační a to z toho důvodu, že daňové zatížení roste úměrně s délkou výrobního nebo distribučního řetězce.⁹ Producenti a distributoři pak z tohoto důvodu velice často vytvářejí společné společnosti za účelem ovlivnění daňového zatížení a zvýhodnění před konkurencí.

Naproti tomu v systému daně z přidané hodnoty je v každém jednotlivém stupni produkce sledována daň zaplacená na vstupu a poměřována s daní plněnou na výstupu. Délka výrobního řetězce tak nemá na celkovou daňovou povinnost vliv a zdaněna je tak pouze přidaná hodnota na každém jednotlivém stupni. Spojování

⁷ Toto ustanovení má zásadní dopad v oblasti harmonizace energetických daní. Článek 175 odst. 2 písm. c) Smlouvy o založení Evropského společenství. http://www.euroskop.cz/gallery/2/756-smlouva_o_es_nice.pdf.

⁸ Někdy je nesprávně používáno označení členský stát Evropské unie. Evropská unie je označení pro celek tvořený členskými státy Evropských společenství zavedený Maastrichtskou smlouvou v souvislosti s budováním hospodářské a měnové unie. Oba celky, tedy Evropská společenství i Evropská unie existují paralelně vedle sebe, mají shodnou členskou základnu, ale odlišují se v působnosti. Bližší Týč, V. Základy práva Evropské unie pro ekonomy. Praha: Linde, 2004. s. 21. ISBN 80-7201-478-1.

⁹ Nerudová, D. Harmonizace daňových systémů zemí Evropské unie. 2., aktualizované vydání. Praha: ASPI, 2008. s. 32. ISBN 978-80-7357-386-7.

producentů nebo distributorů pak neovlivňuje jejich daňovou povinnost.

Rozhodování o tom, který ze systémů nepřímých daní při integraci použit bylo jednoznačné. Závěry pracovní skupiny ustanovené Evropskou komisí („The EEC Reports on Tax Harmonization“) shodně s Fiskálním a finančním výborem jmenovaným Komisí potvrdily, že členské státy musí zrušit kumulativní daňové systémy nepřímého zdanění a zavést daň z přidané hodnoty.¹⁰ Ve výsledku je daň z přidané hodnoty jedinou nepřímou všeobecnou daní ve všech členských státech od 1. 1. 1987.

I přes značnou unifikaci daně z přidané hodnoty se však dosud nepodařilo některé myšlenky a pravidla usnadňující vzájemný obchod mezi členskými státy naplnit. Jedná se zejména o přijetí všeobecného principu země původu, který je v modifikované podobě používán pouze v oblasti turistického ruchu a u nových automobilů, proti dosud převažujícímu principu země spotřeby.¹¹

Mimo harmonizace daně z přidané hodnoty je kladen velký důraz také na druhou skupinu nepřímých daní a to na harmonizaci akcíků.¹² Pozornost je věnována zejména sjednocování jednotlivých sazeb, čímž by mělo dojít k odstranění možné diskriminace zahraničních subjektů stanovováním sazeb nižších, nebo příp. také nulových, což by ohrožovalo fungování jednotného vnitřního trhu. Systém selektivních spotřebních daní byl v Evropských společenstvích zaveden od 1. ledna 1993.

Základní myšlenkou harmonizace akcíků bylo nejen sjednocení sazeb, ale také jejich struktury. Postupem času došlo k opuštění snah o sjednocení sazeb a došlo ke stanovení minimálních sazeb daně s poukazem na odlišnosti jednotlivých systémů a dále s předpokladem spontánního harmonizačního efektu. Tento

¹⁰ Šíroký, J. Daně v Evropské unii. 2. vyd. Praha: Linde, 2007. s. 76. ISBN 978-80-7201-649-5.

¹¹ Šíroký, J. Daně v Evropské unii. 2. vyd. Praha: Linde, 2007. s. 77. ISBN 978-80-7201-649-5.

¹² V České republice se místo pojmu „akcíky“ používá termín spotřební daně. Toto označení je ale do značné míry zavádějící a to z toho důvodu, že za spotřební daně lze považovat všechny daně uvalené na spotřebu, tedy prodeje. V tomto pohledu je pak možné pod spotřební daně zařazovat nejen akcíky, ale i daň z přidané hodnoty a energetické daně.

předpoklad se ale v praxi dosud nenaplní a jednotlivé státy se samovolně nepokoušejí výši sazeb harmonizovat. K harmonizaci ale naproti tomu došlo v oblasti struktury akcízů.

Přelomovým datem pro harmonizaci akcízů bylo zavedení jednotného vnitřního trhu, tedy 1. leden 1993. Tento den nabyla účinnosti Směrnice č. 92/12/EEC, která stanovila obecný režim pro výběr daně, upravila výrobu, zpracování, držení a přepravu akcízových výrobků, zavádí autorizované daňové sklady, mezi kterými se mohou akcízy v rámci Evropského společenství pohybovat bez povinnosti platit daň, a Jednotný celní sazebník.¹³

Harmonizace přímého zdanění

Jednotný evropský vnitřní trh ke svému dobrému a efektivnímu fungování potřebuje alespoň relativně harmonizované nepřímé daně. Otázka harmonizace přímých daní v zemích Evropské unie je velmi problematická a často politicky neprůchodná. Harmonizační proces v této oblasti stagnuje, a to ze dvou důvodů. Prvním důvodem je rozdílnost účetních systémů členských států, kdy na jedné straně existuje tzv. daňové účetnictví (Německo, Rakousko), ve kterém se účetní hospodářský výsledek téměř neliší od daňového základu, a v účetnictví (zejména anglosaských zemí), kdy se od účetně vypočítaného hospodářského výsledku dojde k základu daně až po mnoha různých úpravách a operacích. Druhým důvodem stagnace je neochota členských států k další harmonizaci, kterou považují za zásahy do suverénních záležitostí, do vnitřní politiky při možném využívání firemních daní jako nástroje hospodářské politiky každého státu.¹⁴

Při počátečních úvahách o harmonizaci daňové oblasti členských států Evropských společenství se jevila harmonizace přímého zdanění jednodušší než zdanění nepřímého. Důvodem pro tento pohled na problematiku byl dán faktem, že ve všech členských

¹³ Široký, J. Daně v Evropské unii. 2. vyd. Praha: Linde, 2007. s. 102. ISBN 978-80-7201-649-5.

¹⁴ Kopriva, J. Harmonizace daní v Evropské unii. http://berdal.fbm.vutbr.cz/kopriva/index.php?option=com_content&task=view&id=17&Itemid=3.

státech s výjimkou Itálie se uplatňovala v základních rysech shodná úprava – daň z osobních příjmů a daň z příjmu právnických subjektů.

Po podrobnější analýze jednotlivých národních úprav ale byla shledána zásadní nejednotnost v konstrukčních prvcích těchto daní, počínaje již definicí daňového základu. Na základě tohoto zjištění byly další snahy o sjednocování směřovány k dani z příjmu právnických subjektů a to z důvodu zásadního vlivu na jednotný vnitřní trh. V současné době Evropská komise směřuje veškeré úsilí v oblasti harmonizace přímého zdanění do projektu Společného konsolidovaného základu daně.

Harmonizace správy daní

Správa daní je jedním z dílů veřejné správy, kterou se ve společnosti zorganizované ve stát rozumí správa veřejných záležitostí, realizovaná jako projev výkonné moci ve státě, přičemž správu daní od jiných dílů veřejné správy odlišuje zejména její předmět, kterým je především daň sensu largo.¹⁵ Správa daní se proto bude řídit obecnými principy veřejné správy vycházejícími ze správního řádu, doplněnými a upřesněnými o obecné principy správy daní podle zákona o správě daní a poplatků a zvláštní správou daní obsaženou v jednotlivých daňových zákonech. Základním předpisem regulujícím správu daní v České republice je zákon o správě daní a poplatků¹⁶, který ovšem není pouze normou práva procesního, jak by se na první pohled zdálo, ale obsahuje také prvky a ustanovení práva hmotného, která řídí rámcový model správy daní a jeho činnosti.¹⁷ Zásadní změnu v oblasti správy daní přinese s účinností k 1. lednu 2010 daňový řád, který po přijetí v legislativním procesu¹⁸ nahradí zákon o správě daní a poplatků.

¹⁵ Mrkývka, P. In Mrkývka, P. a kol. Finanční právo a finanční správa, 2. díl. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2004, s. 27-28.

¹⁶ Zákon č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších změn a doplňků.

¹⁷ Mrkývka, P. Urzędowe interpretacje prawa podatkowego w Republice Czeskiej, In sborník „Urzędowe interpretacje prawa podatkowego w Polsce i innych wybranych krajach Europy Środkowej i Wschodniej”, Białystok: Temida 2, 2006, s. 105.

¹⁸ 1. čtení návrhu Daňového řádu je na programu 48. schůze Poslanecké sněmovny Parlamentu České republiky od 3. 2. 2009.

Pro řádné fungování jednotného vnitřního trhu a zabránění deformace hospodářské soutěže je nutné zabránit daňovým únikům, které nevytváří jednotlivým subjektům rovné podmínky. Nutnost spolupráce jednotlivých daňových správ dále vzrostla společně se zavedením jednotného trhu a tedy s volným pohybem zejména služeb a kapitálu. Díky tomu se začaly objevovat daňové podvody, proti kterým již není, s ohledem na složitost a provedení, možné postupovat samostatně pouze v rámci jednoho členského státu a je nezbytné, aby daňové správy vzájemně úzce spolupracovaly.

První opatření v této oblasti je usnesení Rady o opatření k potírání mezinárodních daňových úniků a vyhýbání se daňovým povinnostem.¹⁹ Tímto dochází ke stanovení společných pravidel a postupů v boji proti daňovým únikům.

Vzájemná spolupráce daňových správ v rámci Evropských společenství je upravena Směrnicí č. 77/799/EEC. Tato směrnice původně upravovala pouze spolupráci v oblasti přímého zdanění, tedy daní z příjmů a majetkových daní. Současně ale zavedla povinnou výměnu informací mezi členskými státy o přímých daních a jejím hlavním cílem je potírat mezinárodní daňové úniky a vyhýbání se daňovým povinnostem ve skupinách nadnárodních podniků. Výše uvedená směrnice byla několikrát novelizována a stále zůstává hlavní podporou pro poskytování daňových informací mezi členskými státy navzájem.

Podle této směrnice je možné výměnu informací realizovat třemi způsoby. Prvním způsobem je výměna na dožádání, kdy v jednotlivém případě může příslušný orgán daňové správy požádat příslušný orgán daňové správy jiného členského státu o sdělení informací. Odmítnutí sdělení takové informace je možné za předpokladu, že dožádaný orgán se domnívá, že nebyly využity všechny možnosti získání potřebných informací.

Druhým způsobem je automatická výměna údajů, kdy si příslušné orgány daňových správ vzájemně pravidelně bez předchozího dožádání poskytují údaje pro skupiny jednotlivých případů.

Třetím způsobem výměny informací je spontánní výměna údajů, která je postavena na principu předání informací bez předchozího dožádání v případě, že orgán daňové správy některého členského

¹⁹ Úřední věstník C 35, 14. 2. 1975.

státu předpokládá možnost zkrácení daně, nebo že daňový subjekt získal v některém státě daňovou úlevu a tím by mohlo dojít ke vzniku nebo zvýšení daňové povinnosti v jiném členském státě, dále v případě realizace obchodu účelově přes jednu nebo více zemí tak, aby došlo ke zkrácení daně. Dalším případem výměny údajů je domněnka správce daně o tom, že by přesunem zisku mělo dojít ke snížení daně a posledním případem je situace, kdy informace poskytnutá orgánem daňové správy jednoho členského státu by mohla mít dopad na vyměření daně v jiném členském státě.²⁰

Poskytnutí informací, které jsou jiným orgánem správy daní dožádány, musí být poskytnuty co nejrychleji, odmítnutí poskytnutí je možné pouze v případě, že by mohlo dojít k vyzrazení obchodního, průmyslového nebo podobného tajemství a nebo v případě, že dožádaný členský stát není schopen z důvodů faktických a nebo právních danou informaci poskytnout.

Pro spolupráci v oblasti daně z přidané hodnoty byla přijata v roce 1981 směrnice č. 79/1071/EEC, která rozšířila působnost směrnice o vzájemné pomoci při vymáhání pohledávek vyplývajících z některých dávek, cel, daní a jiných opatření, i na oblast daně z přidané hodnoty.²¹ Tato směrnice pak byla dále rozšířena směrnicí č. 92/12/EEC²² pro oblast spotřebních daní. Zatím k poslednímu rozšíření působnosti došlo směrnicí č. 2001/44/EC o spolupráci v oblasti vymáhání daní z příjmů, majetku, pojistného, správních pokut a penále.

Změny spolupráce v souvislosti s vytvořením jednotného vnitřního trhu

Společně s vytvořením jednotného vnitřního trhu bylo nezbytné provést reformu spolupráce daňových správ a jednotlivých možností jejich kooperace a to ve všech oblastech daňové správy.

²⁰ Nerudová, D. Harmonizace daňových systémů zemí Evropské unie. 2., aktualizované vydání. Praha: ASPI, 2008. s. 120. ISBN 978-80-7357-386-7.

²¹ Směrnice č. 76/308/EEC. <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?mode=dbl&lang=cs&ihmlang=cs&lng1=cs,en&lng2=cs,da,de,el,en,es,et,fi,fr,hu,it,lt,lv,nl,pl,pt,sk,sl,sv,&val=434642:cs&page=>

²² <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31992L0012:EN:HTML>.

Administrativní spolupráci v oblasti daně z přidané hodnoty tak nově upravilo Nařízení č. 1798/2003.²³ Dosud platné právní předpisy, zejména zmíněnou směrnicí č. 77/799/EEC již nebylo možné s ohledem na změny a postupy nadále z důvodu její přílišné obecnosti efektivně používat. Cílem nařízení je usnadnění výměny informací, kdy jsou formulovány požadavky na požadované i poskytované informace, závazné lhůty, možnosti užití informací, stanovuje postupy a důvody pro odmítnutí poskytnutí informací a mimo jiné také upravuje výměnu informací s neelejskými státy Evropské unie.

Druhým cílem sledovaným v tomto nařízení je usnadnění provádění kontrol daně z přidané hodnoty. Dochází tak k upravení přítomnosti úředníků daňové správy jiného členského státu během daňové kontroly (samotné šetření ale provádí vždy a výhradně úředníci správce daně příslušného státu), je zavedena přeshraniční notifikace rozhodnutí a také jsou stanoveny postupy pro provádění souběžných kontrol více členskými státy.²⁴

Na základě původní právní úpravy nedocházelo k dostatečnému přímému kontaktu mezi místními nebo celostátními úřady pro boj proti podvodům, komunikace se zpravidla uskutečňovala mezi ústředními kontaktními orgány, což mělo za následek neefektivnost, nedostatečné využívání nástrojů správní spolupráce a zpoždění v komunikaci. Pro dosažení účinnější a rychlejší spolupráce tak byla zavedena možnost spolupráce samotných úřadů jednotlivých daňových správ.

Změn se dočkala i spolupráce v oblasti správy akcizů, která je nově od roku 2004 upravena Nařízením č. 2073/2004.²⁵ Účelem nové úpravy je zjednodušení, zavedení jasnějších a závaznějších pravidel spolupráce mezi členskými státy, jelikož práva a povinnosti

²³ NAŘÍZENÍ RADY (ES) č. 1798/2003 ze dne 7. října 2003 o správní spolupráci v oblasti daně z přidané hodnoty a o zrušení nařízení (EHS) č. 218/92. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=DD:09:01:32003R1798:CS:PDF>

²⁴ Nerudová, D. Harmonizace daňových systémů zemí Evropské unie. 2., aktualizované vydání. Praha: ASPI, 2008, s. 122. ISBN 978-80-7357-386-7.

²⁵ NAŘÍZENÍ RADY (ES) č. 2073/2004 ze dne 16. listopadu 2004 o správní spolupráci v oblasti spotřebních daní. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:359:0001:0010:CS:PDF>

všech dotčených stran nebyla dostatečně vymezena, a také posílení správní spolupráce mezi členskými státy.

Nařízení upravuje mimo obvyklých výměn informací i tzv. občasnou automatickou výměnu, jejímž smyslem je předávání předem stanovených informací bez dožádání okamžitě, jakmile je daná informace k dispozici, a dále tzv. pravidelnou automatickou výměnu, kdy jsou předem stanovené informace předávány v pravidelných časových intervalech. Tyto instituty se využijí v případě, že v jiném členském státě došlo k nesrovnalosti nebo porušení právních předpisů o spotřební dani, nebo pokud existuje podezření, že k nim došlo, dále v případě, že nesrovnalost nebo porušení právních předpisů o spotřební dani, ke kterým došlo nebo o nichž existuje podezření, že k nim došlo, na území jednoho členského státu může mít následky v jiném členském státě a nebo pokud existuje nebezpečí podvodu nebo ztráty spotřební daně v jiném členském státě.²⁶

Spolupráci daňových správ členských zemí nařízení řeší také ve vztahu ke třetím zemím, kdy pokud příslušný orgán členského státu obdrží informace od třetí země, může je předat dále příslušným orgánům těch členských států, které by mohly mít o tyto informace zájem, v každém případě však všem členským státům, které o tyto informace požádají, pokud to platná ujednání o pomoci uzavřená s konkrétní třetí zemí povolují. Takové informace mohou být rovněž předány Komisi, kdykoli je to v zájmu Společenství. Pokud se dotčená třetí země zavázala poskytnout pomoc nezbytnou ke shromáždění důkazů o protiprávní povaze operací, které se jeví být v rozporu s právními předpisy týkajícími se spotřební daně, mohou být informace získané podle tohoto nařízení třetí zemí sděleny, a to se souhlasem příslušných orgánů, které informace poskytly, a v souladu s jejich vnitrostátními předpisy o předávání osobních údajů třetím zemím.

Stejně jako v oblasti správy daně z přidané hodnoty, i toto nařízení zavádí institut souběžné kontroly, při které se nejméně dva orgány daňové správy různých členských států dohodnou o provedení kontroly odvedení akcízu u jedné nebo více subjektů.

²⁶ Článek 17 Nařízení 2073/2004.

Takovéto kontroly by měly být prováděny vždy, pokud se toto jeví jako účinnější než provedení kontroly pouze v jednom státě.

V oblasti přímého zdanění došlo také k přijetí nové právní úpravy, konkrétně se jedná o směrnici č. 2004/56/EC²⁷, která si kladla za cíl zdokonalit pravidla pro správní spolupráci a výměnu údajů mezi členskými státy za účelem odhalování vyhýbání se daňovým povinnostem a daňových úniků, jejich předcházení, i za účelem umožnění členským státům daň správně vyměřit.

Podobně jako u nepřímého zdanění i zde se nově uplatňuje institut souběžné kontroly a to v situaci, kdy je u jedné nebo více osob povinných k dani společný nebo doplňující zájem dvou nebo více členských států. V takovém případě se mohou tyto státy dohodnout na provádění souběžných kontrol na vlastním území za účelem výměny takto získaných údajů, kdykoliv se tento postup jeví jako účinnější než kontroly prováděné pouze jedním členským státem samostatně.

V oblasti přímých daní je současná úroveň spolupráce zcela nedostatečná. V boji s daňovými podvody, zejména v souvislosti s nadhodnocováním nebo podhodnocováním transferových cen, je nezbytné dále prohlubovat vzájemnou spolupráci a docílit tak správného stanovení daňových povinností v jednotlivých státech.

V současné době probíhá řada iniciativ, které směřují ke zjednodušení a modernizaci daňových pravidel, stejně jako k jejich jednotnějšímu uplatňování napříč členskými státy. Nové návrhy se zaměřují na rozvíjení evropské strategie boje proti daňovým podvodům, přičemž se hlavní důraz klade na zlepšení spolupráce a výměny informací mezi daňovými správami. S ohledem na skutečnost, že se v daňových záležitostech rozhodnutí přijímají jednomyslně, je tento požadavek jednomyslnosti do značné míry ztěžujícím prvkem postupu daňové harmonizace a koordinace. Přijetí opatření zpravidla předchází dlouhá vyjednávání mezi členskými státy, která se mohou protáhnout na několik let. Právě tento aspekt však může být překonán a cíle může být dosaženo na základě jiného

27

<http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?mode=dbl&lang=en&lng1=en,cs&lng2=bg,cs,da,de,el,en,e s,et,fi,fr,hu,it,lt,lv,mt,nl,pl,pt,ro,sk,sl,sv,&val=343558:cs&page=1&hwords=>

institutu Evropských společenství, konkrétně principu posílené spolupráce.

Princip posílené spolupráce

S postupným rozšiřováním Evropské unie a společně se vstupem více politických otázek na agendu Společenství je velice těžké prosazovat integraci na jednotné úrovni mezi všemi členskými státy tak, jak bylo na počátku plánováno.

Pro řešení stále se zvětšující obtížnosti sjednotit více oblastí politiky, podpoření jednotné aplikace komunitárního práva na všechny členské státy a reagování také na rozšiřování členské základy bylo nezbytné vyvinutí nástroje pro diferenciaci práv a povinností v určitých oblastech společné politiky.

Princip posílené spolupráce představuje výjimku ze zásadní obecné závaznosti komunitárního práva pro všechny členské státy, v podstatě se jedná o specifický způsob řešení problémů členských států Evropské unie s ohledem na jejich diverzifikovanost. Posílená spolupráce umožňuje, aby skupina členských států, která má v úmyslu v určitých věcech intenzivněji spolupracovat a provést užší integraci, mohla tento záměr provést, výhradně ale za předem jasné stanovených podmínek. Ostatní členské státy, které si nepřejí se této užší spolupráce z jakéhokoliv důvodu účastnit, se na takové spolupráci podílet nemusí, zároveň ale platí, že takový vývoj nemohou jednostranně blokovat.

Díky institutu posílené spolupráce dochází k urychlení integrace mezi vyspělými členskými státy, naproti tomu je ale nutné vidět i negativní stránku, kdy díky této flexibilitě může postupně dojít k vytvoření členství druhé kategorie.

Posílená spolupráce může mít tři formy:

- "vícerychlostní Evropa" ("Europe á plusieurs vitesses"), kdy všechny členské státy souhlasí s integračním opatřením, avšak nejsou způsobilé ho zavést ve stejnou dobu,
- "proměnné uspořádání" ("géometrie variable"), kdy některé členské státy integrační opatření zcela nebo zčásti principiálně odmítají,
- diferenciacie výběrem podle vlastní vůle ("Europe á la carte"), která znamená z určitých závažných důvodů nepřijetí společné

komunitární úpravy dané dílčí otázky a ponechání individuální úpravy vlastní.

Jakákoliv spolupráce mezi členskými státy v oblastech nespádajících do působnosti ES/EU se řídí mezinárodním právem. Právní úprava posílené spolupráce je obsažena jak ve Smlouvě o Evropské unii, tak ve Smlouvě o založení Evropských společenství obsahující zvláštní ustanovení pro první, tedy komunitární pilíř EU.

Vývoj posílené spolupráce

Lisabonská smlouva je poslední, nikoliv novou úpravou posílené spolupráce v procesu Evropské integrace. Již v roce 1974 kancléř SRN Willy Brandt přichází s myšlenkou nutnosti různých stupňů integrace v závislosti na různorodých ekonomických silách tehdejších devíti členů Evropských společenství, jisté náznaky možností užší spolupráce byly obsaženy i v původní Smlouvě o založení Evropského hospodářského společenství. Členské státy se nicméně pustily i do několika pokusů mimo rámec Evropské unie, kdy se do této spolupráce zapojilo pouze několik členských států. V této souvislosti je nutné uvést Západoevropskou Unii, Schengenský prostor apod.

Zásadním zlomem pro různé stupně integrace se stal ratifikační proces Smlouvy o Evropské unii. Maastrichtská smlouva, sjednaná dne 7. 2. 1992, mimo změn ve vymezení kompetencí institucí a změn v rozhodovacích procedurách zavádí i mechanismus tzv. užší spolupráce. Již přijetí samotné Maastrichtské smlouvy je příkladem flexibility, kdy s ohledem na nedostatek konsensu ve všech bodech smlouvy bylo ad hoc řešením tohoto problému přijetí principu opt out (někdy též opting out).

Následný vývoj ukázal, že princip flexibility a užší spolupráce je řešením pro stále se rozšiřující počet členských států Evropské unie i když je nutné poznamenat, že názory na takový postup byly vždy velmi sporné. Zásadní názorové rozdíly panovaly v možnostech využívání těchto postupů k zajištění konkrétních snah jednotlivých států. Jádrem veškerých návrhů v této oblasti bylo určování dalšího vývoje ekonomicky a politicky silnými státy, které měly rozhodnout o opatřeních v určité oblasti; na ostatních členských státech pak mělo být, zda a kdy k těmto opatřením přistoupí. Proti těmto snahám

zásadním způsobem vystupovaly ty státy, které si v minulosti uplatnily výjimku v některé oblasti a do budoucna nechtěly, aby se rozšiřoval počet režimů, které by nemusely odpovídat jejich zájmům, příp. se proti postupům stavěly i menší státy v domněnii, že by postupem času mohly ztratit svůj vliv na rozhodovací procedury.

V obecné rovině lze říci, že ať již byl postoj členského státu pozitivní nebo negativní, docházelo ke shodě v tom, že připuštění možnosti přijetí principu flexibility musí být vyváženo silnými zárukami, aby nedošlo k ohrožení stávajícího stavu *acquis* a aby nebyla ohrožena solidarita mezi členskými státy. Podmínkou také bylo definování určitého nejmenšího počtu států účastnících se této flexibility a další podmínkou bylo nezasahování do stávajících kompetencí ES/EU a tedy ohrožení *acquis communautaire*.

Mnoho dotazů směrem k fungování jediného rámce pravidel a politik i po uvažovaném rozšíření EU o státy střední a východní Evropy, s ohledem na velké rozdíly mezi jednotlivými státy, byl základem změny, kdy Amsterdamskou smlouvou došlo k zavedení obecné normy užší spolupráce a skupině členských států tak bylo v obecné rovině dovoleno použít rámec Evropské unie k vytváření politik, které by byly aplikované a závazné jen pro ně. Došlo tedy ke změně z „výjimky“ obsažené v Maastrichtské smlouvě na ústavní princip.

Amsterdamská smlouva ovšem umožnila užší spolupráci jen v oblastech prvního a třetího pilíře, v oblasti zahraniční a bezpečnostní politiky bylo využití tohoto principu vyloučeno.

Postupem času se ukázalo přijaté znění v praxi nepoužitelné a ve druhé polovině roku 2000 se začíná uvažovat o reformě. Změny měly být vedeny třemi hlavními směry, kdy jako nejzásadnější požadavek se jeví snížení nejmenšího počtu členských států podílejících se na užší spolupráci z nadpolovičního na třetinový. Další změny měly nastat i v oblasti hlasování v rámci užší spolupráce a také umožnění za určitých podmínek i užší spolupráce i oblasti zahraniční a bezpečnostní politiky. Ne všechny státy s navrhovanými změnami souhlasily opírajíce se o tvrzení, že opatření jsou dostatečná a dokud nebudou vyzkoušena v praxi, není důvod je měnit.

Vysoké cíle stanovené v Amsterdamské smlouvě nebyly nikdy dosaženy a vzhledem k nutnosti reformy došlo k jejich přepracování

ve Smlouvě z Nice v roce 2000. Zde dochází k nahrazení pojmu užší spolupráce pojmem posílená spolupráce a již je možné tento princip používat ve všech třech pilířích. Nově se musí posílené spolupráce účastnit minimálně osm členských států, musí být otevřena všem členským státům a může být použita pouze za předpokladu, že negativně neovlivní vnitřní trh, Schengenský prostor a existující politiky a programy. Dalšími omezujícími podmínkami použitelnosti institutu posílené spolupráce je povinnost respektování kompetencí, práv a povinností nezúčastněných států, musí prohlubovat cíle Evropské unie za současného dodržování smluv a institucionálního rámce Unie a použití posílené spolupráce je omezeno na oblasti sdílené, nikoliv výlučné, kompetence Evropské unie.

Dalším krokem byla úprava posílené spolupráce ve Smlouvě o ústavě pro Evropu. Ústava EU obecně usilovala o zjednodušení a prohloubení procesu posílené spolupráce, obsahovala i úpravu, kdy by se mohlo (mimo společné zahraniční a bezpečnostní politiky) rozhodovat o založení podskupin většinovým hlasováním v Radě, dále dovolovala těmto podskupinám, aby uplatňovaly rozhodování na základě kvalifikované většiny i tam, kde Ústava EU předepisovala jednomyslné rozhodnutí. Tato úprava se stala společně s odmítnutím Ústavy EU ve Francii a v Nizozemí bezpředmětnou.

Zatím posledním krokem při úpravě posílené spolupráce je Lisabonská smlouva, její znění ale nepřináší žádné zásadní změny. I nadále platí, že navázání posílené spolupráce je možné pouze v rámci nevýlučné pravomoci Unie, musí být zaměřena na podporu cílů Unie, chránit její zájmy a posilovat proces integrace. Rozhodnutí o povolení posílené spolupráce přijme Rada až jako poslední prostředek v případě, že cílů spolupráce nelze dosáhnout Unií v přiměřené lhůtě jako celkem. Akty přijímané v rámci posílené spolupráce zavazují pouze zúčastněné členské státy, nejsou pokládány za *acquis* a nemusí být tedy přijaty státy kandidujícími na přistoupení k Unii.

Spolupráce je kdykoliv otevřena všem členským státům, nejmenší možný počet zúčastněných členských států na posílené spolupráci je nově stanoven na devět, tedy v současné době je toto rovno jedné třetině všech členských států. S ohledem na znění smlouvy, kdy se nehovoří o nejméně jedné třetině, ale o počtu nejméně devíti členských států je otázka, jakým způsobem bude docházet

v budoucnosti k posunům v případě stanovení nejmenšího počtu zúčastněných států. Společně s rozšiřováním Evropské unie (země Balkánu, příp. Turecko) by tak počet devíti zemí reprezentoval méně než jednu třetinu členských států. V tom okamžiku lze očekávat revizi Lisabonské smlouvy (samozřejmě za předpokladu, že bude ratifikována všemi členskými státy EU) a stanovení buďto vyššího počtu zemí, nebo definování nejmenšího počtu zúčastněných členských zemí (např. nejméně jedna třetina), příp. zavedení zcela nového kritéria (lze uvažovat i o zavedení více kritérií např. podobně jako u hlasování v Radě, tedy nejméně jedna třetina států reprezentujících nejméně jednu třetinu obyvatel EU). Je tedy otázkou budoucího vývoje, kterým směrem bude Evropská unie směřovat.

Posílená spolupráce v oblasti finančního práva?

Užší spolupráce je jeví nejlogičtější v oblastech daní, sociální politiky, životního prostředí a také ochrany spotřebitele a to z důvodu, že tato témata jsou stále podrobena jednomyslnému rozhodování. Flexibilita se ale zde jeví jako velice problematická a to z důvodu jejího zcela zásadního dopadu na jednotný trh. Rozsah flexibility tak bude záležet na stupni deformace trhu, které budou jednotlivé státy ochotny tolerovat.

I po případném přijetí Lisabonské smlouvy budou nadále přetrvávat rozdílné finanční a zejména fiskální politiky. U států, které jsou součástí měnové unie, je určování vlastní fiskální politiky jedinou možností, jak zajistit fungování daného státu. Daňové systémy v jednotlivých členských státech jsou navíc zásadním způsobem ovlivňovány historickými tradicemi, zavedeným systémem finančních orgánů, sociologickými faktory a v neposlední řadě také ekonomickými podmínkami (např. daňová podpora bytové výstavby apod.).

V tomto ohledu je jasné patrné, že fiskální politika, tedy oblast daní, je velice specifická. Nepřímé daně, které mají obrovské možnosti deformovat jednotný trh, vytvářet anomálie a znevýhodňovat nebo naopak zvýhodňovat subjekty z určitých členských států, byly právě z těchto důvodů do značné míry již harmonizovány. Je samozřejmé, že určitá ustanovení jednotlivých

zákonů jsou národními úpravami, celková koncepce ale vychází ze snahy nastavit rovné podmínky ve všech členských státech. V současné době tak máme harmonizovanou úpravu daně z přidané hodnoty, spotřební daně a jako poslední byly v České republice zavedeny „energetické“, někdy nazývané „ekologické“, daně. Postupně se začíná hovořit i o nutnosti harmonizovat přímé daně, jako první v této oblasti je uvažováno o dani z příjmu právnických osob, kde již první práce začaly, ovšem samotné přijetí těchto idejí bude ještě poměrně složité.

Proti používání institutu posílené spolupráce v oblasti finančního práva je nutné uvést i možnost zneužití této spolupráce proti nezúčastněným členským státům. Pokud bude naplněno kvórum 9 států majících snahu společně upravit i fiskální politiky svého státu ve vztahu k ostatním státům následně může dojít k značnému znevýhodnění států, které z jakýchkoliv důvodů nemají na unifikaci, resp. užší spolupráci, zájem. Důvodů pro odmítání užší spolupráce může být několik a to v závislosti na ekonomické situaci jednotlivých států. Typickým důvodem pro odmítnutí užší spolupráce v oblasti daňové je recese ekonomiky členského státu EU, který pokud je členem měnové unie již nemá jakékoliv další možnosti reálně pomoci ekonomice k růstu. Na základě těchto důvodů lze předpokládat v budoucnosti užší spolupráci i v oblasti daní, ovšem nikoliv na rozsáhlejší území EU, ale spíše na menších územích, kdy státy jsou na přibližně stejné hospodářské úrovni. Lze předpokládat využití tohoto postupu např. na Balkánské země po jejich vstupu do EU, kdy Chorvatsko, Srbsko, Černá Hora, Kosovo, Bosna a Hercegovina, FRYM (Makedonie), Albánie, Bulharsko a Rumunsko – díky jejich historickým zkušenostem a blízkosti si zemí i jejich občanů – se budou snažit institutu užší spolupráce využívat a i díky tomu nastartovat rozvoj ekonomiky ve svých státech.

V jedné oblasti by ale využití posílené spolupráce zcela jasně nedeformovalo trh, ale naopak by postupnou harmonizací bylo dosaženo zjednodušení a usnadnění jednotného trhu a bylo by tak pro občany EU i pro právnické osoby mnohem snazší využívat všech svobod, na kterých EU stojí. Touto oblastí je zcela nepochybně problematika správy daní. V současné době každý stát má svoji vlastní organizační i funkční strukturu správy daní a již samotná

mezinárodní spolupráce je i přes výše naznačené formy spolupráce a částečnou harmonizaci značně komplikovaná právě z důvodu rozdílnosti v jednotlivých členských státech. Naproti tomu v případě, že by došlo díky principu posílené spolupráce k postupné harmonizaci, každý občan EU, příp. každá právnická osoba, by pak mohl náležitým způsobem odhadovat náklady spojené se správou daní a tedy i působením na daném trhu. Pro členské země, které by se na postupné harmonizaci díky posílené spolupráci podílely by to ale neznamenalo opuštění jejich daňových zákonů a harmonizaci daní jako takových, jednalo by se výlučně o harmonizaci postupů správců daně a s tím spojené administrativy při zachování konkrétních specifik jednotlivých států.

Je otázkou, co v budoucnu institut užší spolupráce pro členské země EU přinese. Jeho využitelnost s ohledem na nutnost jeho použití při účasti nejméně 9 členských států bude v budoucnu stoupat společně s rozšiřováním počtu členských států EU. Věřme, že výsledkem užších spoluprací bude nikoliv vícerychlostní Evropa, ale spíše diferenciací výběrem dle vůle státu. Pokud by totiž skupina členských států, které jsou v určité oblasti politik vyspělejší než ostatní, oddělila od ostatních členských států, pak by mohla nastat situace, kdy by méně vyspělé státy již nikdy nedosáhly úrovně vyspělejších států. Tím by došlo k výraznému rozdělení a Evropská unie by tak ztratila původní cíl, kterým bylo, je, a i v budoucnu by mělo být vytvoření jednotné Evropy.

Závěr

Daňová politika je pro členské státy Evropské unie jedna z nejvíce citlivých oblastí dalšího vývoje. V současné době je harmonizace daní i správy daní v rámci jednotného trhu stále nedořešena a existuje mnoho variant dalšího vývoje. Výrazným způsobem může jednotlivé státy v jejich pohledu na problematiku sbližování a sjednocování daňového práva ovlivnit i právě probíhající světová hospodářská krize. V součinnosti s rozšířením Evropské unie na 27 členských států lze očekávat zpomalení a ztížení procesu harmonizace daní především z důvodu, že u většiny procedurálních otázek, které se týkají daní, je vyžadován souhlas všech členských států.

Harmonizace a spolupráce v oblasti daní by však rozhodně měla pokračovat. Existence daně z přidané hodnoty jako univerzální všeobecné daně je vnímána jako samozřejmost. V rámci daně z přidané hodnoty však má každý stát de facto rozdílné sazby, rozdílné zařazení jednotlivých položek atd. Přesto je daň z přidané hodnoty nejvíce harmonizovanou daní v jednotné Evropě. Oblast harmonizace akcí v prostoru Evropské unie je z mnoha pohledů komplikovaná. Obzvláště spotřební daně z alkoholu a alkoholických výrobků mají v mnoha zemích svůj historicky položený základ a jejich řízení harmonizace vyvolává značnou nevoli na straně těch členských států, kterých se to nejvíce dotýká.

Nejvíce problémovou oblastí harmonizace daní v Evropské unii jsou přímé daně. I přesto, že s harmonizací přímého zdanění počítá již Smlouva o založení Evropského hospodářského společenství, v současné době dochází k tzv. negativní harmonizaci prostřednictvím judikátů Soudního dvora.

Jak bylo výše naznačeno, možným východiskem pro nejbližší období je využívání principu posílené spolupráce, kdy v případě úspěchu států účastnících se této spolupráce a s tím spojeným ekonomickým prospěchem by mohlo dojít k prolomení nevole členských států Evropské unie harmonizovat daňovou oblast. Tímto by došlo k odstranění dalších deformací a zajištění jednoho z hlavních cílů Evropské unie – zajištění hladkého fungování vnitřního trhu.

Daňová politika by tak více podporovala další obecné cíle Evropské unie, kterými jsou hospodářský růst, zaměstnanost a konkurenceschopnost, stejně jako cíle v oblasti životního prostředí a energetiky.

Kontaktní údaje na autora – email:

jan.neckar@law.muni.cz

Přístup subjektu údajů k informacím a právo na opravu osobních údajů v evropském právu

Mgr. et Mgr. Daniel Novák

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Katedra mezinárodního a evropského práva, Česká republika

Abstrakt:

Access and rectification rights in the European Law

The paper analyses the personal data protection in the context of the European Law. Chapter I discusses the term of the privacy and the evolution of its meaning. Beside determining social aspects, the main tendencies of the evolution of juridical doctrines are investigated. Chapter II treats the position of the personal data protection with an emphasis on the sources of human rights in the context of the European legal culture. Chapter III contains an analysis of aspects of the access and rectification rights in European documents focused on the right to privacy and personal data protection. Chapter IV is interested in case-law of the European Court of Human Rights and the European Commission of Human Rights focusing on the access and rectification rights. The fifth chapter is an analysis of the general regime of the access and rectification rights on the background of comparison of the normative framework and the case-law of the courts of the EU Member States. In the end, I summarize the particular discoveries of the previous chapters. The right to privacy and personal data protection in EU suffers from the uncoded character of norms. Reasons can be found in the historical evolution of the European integration.

1. Úvod

Je banálním faktem, že objem osobních údajů „shromážditelných“ a shromážděných roste úměrně zvyšování možností informačních technologií a „komputerizací“ všech lidských činností. Přestože legislativa na ochranu osobních údajů obsahuje technologicky neutrální terminologii, rozvoj technologií změnil kontext zejména pro právo subjektu osobních údajů na přístup k informacím. Tak je dnes usnadněna možnost subjektů osobních údajů kontrolovat, jaké údaje o nich jsou uchovávány, k čemu byly použity, přesnost údajů a zákonnost jejich zpracování. V nedávné minulosti kupř. zaměstnavatel (míněn běžný zaměstnavatel v demokratickém státě) neevidoval o zaměstnanci o mnoho více než adresu, údaj o druhu a místu výkonu práce, dni nástupu a záznamy o výplatách mzdy. Dotazy subjektů osobních údajů tak byly neobvyklé, a to se zřetelem k předvídatelnosti a omezenému množství uchovávaných údajů. Oproti tomu, dnes je příchod na pracoviště zaznamenáván na CCTV, vstup přes turniket nebo do výtahu pomocí elektronické karty, jakož i přihlášení se k počítači jsou evidovány. Uchovávány jsou provozní údaje o používání počítače. Tím by se také mělo zvyšovat množství dotazů. Stojí za poznamenání, že tento úsudek obстоjí jen tehdy, pokud odhlédneme od protichůdného hlediska spočívajícího v nezájmu o vyvolávání pozornosti zaměstnavatele. Zaměstnavatel je povinen sdělit všechny údaje, které o zaměstnanci uchovává. Uvedené ale může vyvolat problémy. Zaměstnanec zhusta zasílá tisíce e-mailů ročně, které mohou být uchovávány zaměstnavatelem na jeho serveru, přičemž některé z nich obsahují osobní údaje. Identifikovat mezi nimi takové může být enormně náročné. Úřady pro ochranu osobních údajů členských států zpravidla nepřipouští, aby se zaměstnavatelé zhostili svých povinností tím, že jednoduše stáhnou soubory z centrální databáze... úkoly zpracovatelů údajů jsou tak nesrovnatelně složitější, časově náročnější a nákladnější než v minulosti.

Příspěvek se zabývá transparentností ve zpracovávání osobních údajů. Jak uvádějí Bainbridge a Pearce, k dosažení transparentnosti mají přispět zejména: a) Právo subjektu osobních na přístup k údajům v držení zpracovatele. Přístup může být chápán i jako

předpoklad pro to, aby existovala možnost opravit chybné údaje. b) Právo subjektu údajů být podrobně informován o jejich zpracování.¹ Jinak řečeno, konstitutivní podmínku zákonnosti zpracování osobních údajů představuje přístup subjektu údajů k informacím o těchto – jeho se týkajících – procesech. S ním se úzce pojí možnost opravy údajů tak, aby byly správné, aktuální a relevantní k deklarovaným účelům. Pouze při splnění těchto požadavků zpracování osobních údajů nezakládá porušení oprávněných zájmů subjektů údajů.

2. Přístup subjektu údajů k informacím a právo na opravu osobních údajů v pramenech práva lidských práv

V platném primárním právu Evropské unie nejsou odpovídající nároky obsáhleji zakotveny a dovozovat je lze především z obecných právních zásad evropského práva.

Lisabonská smlouva (Návrh Smlouvy pozměňující Smlouvu o Evropské unii a Smlouvu o založení Evropského společenství), k jejímuž vypracování udělila mandát Evropská rada na zasedání konaném v Bruselu dne 21. a 22. 6. 2007, schválená v konečném znění dne 19. 10. 2007 Evropskou radou na zasedání v Lisabonu se záměrem její ratifikace do poloviny roku 2009, má změnit článek 6 odst. 1 Smlouvy o EU tak, že Unie uznává práva, svobody a zásady obsažené v Chartě základních práv Evropské unie, jež má stejnou právní sílu jako smlouvy.

Charta základních práv Evropské unie v čl. 8 odst. 1 až 3 stanoví, že každý má právo na ochranu osobních údajů, které se ho týkají, přičemž tyto údaje musí být zpracovány korektně, k přesně stanoveným účelům a na základě souhlasu dotčené osoby nebo na základě jiného oprávněného důvodu stanoveného zákonem. Každý má právo na přístup k údajům, které o něm byly shromážděny, a má

¹ Bainbridge, David, Pearce, Graham: 'Tilting the Windmills – Has the New Data Protection Law Failed to Make a Significant Contribution to Rights of Privacy'. *Journal of Information, Law and Technology*, 2000(2)

právo na jejich opravu. Na dodržování těchto pravidel dohlíží nezávislý orgán.

Všechny členské státy Evropské unie jsou smluvními stranami Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (dále jen „Úmluva“), přičemž ratifikace uvedeného aktu představovala právní podmínku přistoupení k Evropským společenstvím. Článek 6 Smlouvy o EU v účinném znění deklaruje, že Unie respektuje základní lidská práva, která zajišťuje Úmluva.

Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod zakotvuje ve svém čl. 8, že každý má právo na respektování svého soukromého a rodinného života, obydlí a korespondence. Státní orgán přitom nemůže do výkonu tohoto práva zasahovat kromě případů, kdy je to v souladu se zákonem a nezbytné v demokratické společnosti v zájmu národní bezpečnosti, veřejné bezpečnosti, hospodářského blahobytu země, předcházení nepokojům a zločinnosti, ochrany zdraví nebo morálky nebo ochrany práv a svobod jiných.

Byť se ze samotné dikce čl. 8 Úmluvy právo na přístup k informacím a právo na opravu osobních údajů nepodává, z judikatury Evropského soudu pro lidská práva odpovídající nároky s jistotou dovozovat lze.

3. Přístup subjektu údajů k informacím a právo na opravu osobních údajů v mezinárodních a evropských pramenech ochrany osobních údajů

V této souvislosti představují relevantní prameny zejména následující dokumenty. Zprv jde o Pravidla ochrany soukromí a přeshraničních toků osobních údajů (Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data) vydaná OECD 17. 9. 1980 (dále jen „Pravidla OECD“)². Další je Úmluva č. 108 na ochranu osob se zřetelem na automatizované zpracování osobních údajů (dále jen „Úmluva č. 108“), kterou přijala Rada Evropy 28. 1.

² Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, dostupné z http://www.oecd.org/document/18/0,3343,en_2649_34255_1815186_1_1_1_1,00&&en-USS_01DBC.html

1981.³ Konečně jde o Směrnici Evropského parlamentu a Rady č. 95/46/ES, o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a volným pohybem těchto údajů (Data Protection Directive, dále jen „DPD“).⁴

Uvedené právní akty predisponují obsah právních předpisů vydávaných evropskými státy, ať již prostřednictvím povinnosti transpozice jako je tomu v případě DPD, nebo alespoň coby zdroj inspirace.

Z „mimoevropských“ pramenů stojí za pozornost poměrně nedávno – v listopadu 2004 – na setkání ministrů APEC v Santiagu de Chile schválený „Privacy Framework“.⁵

Možnost přístupu subjektu údajů k informacím a právo na opravu osobních údajů bývají též souhrnně označovány coby princip participace a kontroly subjektu údajů (principle of data subject participation and control).

Prvně jmenovaná „**zásada práva na přístup**“ (principle of the right of access) bývá též nazývána zásadou průhlednosti (principle of transparency) či otevřenosti (openness principle).⁶ Podle ní musí každé osobě náležet možnost získávat v přiměřených intervalech, bez přílišných průtahů nebo nákladů a ve srozumitelné formě potvrzení o tom, zda jsou v automatizovaných souborech dat uloženy osobní údaje, které se jí týkají.

Omezení vyplývajících práv je možné jen zákonem, který odpovídá příslušným lidskoprávním standardům. Z logiky věci je technicky nejobtížnější realizace této zásady v případě přenosu dat přes hranice nebo v případě mezinárodně sdílených databází.

Zásada je vyjádřena v čl. 8 písm. a) a b) Úmluvy č. 108. V DPD souvisí zejména s ustanoveními v čl. 7 písm. a), čl. 8 odst. 2 písm. a)

³ Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, dostupné z <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm>

⁴ Directive 95/46/EC on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, dostupné z http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46_part1_en.pdf

⁵ APEC Privacy Framework, dostupné z http://www.apec.org/apec/news__media/fact_sheets/apec_privacy_framework.html

⁶ Z hlediska právní teorie se jakožto sporné jeví označovat „právo“ za „zásadu“.

a čl. 10-12. Zásada otevřenosti a právo na participaci jsou vyjmenovány jako šestý, respektive sedmý princip Pravidel OECD.

Do určité míry specifickým je princip článku 15 DPD zakazující rozhodnutí, které se významným způsobem dotýká subjektu, jen na základě automatizovaného zpracování údajů.

Uvedené se zrcadlí i v dokumentu APEC Privacy Framework coby princip VIII „přístup a oprava“. Jak podotýká Graham Greenleaf, přístup a oprava jsou zde formulovány explicitněji než v případě Pravidel OECD.⁷ Rámec APEC přitom zahrnuje několik výjimek: (i) náklady nebo výdaje jsou nepřiměřené ve vztahu k rizikům pro soukromí, (ii) je to nezbytné pro ochranu zákonnosti, bezpečnosti nebo obchodního tajemství, (iii) může být narušeno soukromí jiných osob. Tyto výjimky jsou formulovány široce a nezdá se, že by na ně (s výjimkou první) dopadal princip proporcionality. Nicméně podle Rámce APEC by jednotlivci měli mít právo na přezkum odmítnutí přístupu. Riziko uchovávání nesprávné informace je větší tam, kde je zamezeno přístupu uplatněním výjimky, Rámec APEC se však nezabývá tím, jaký je vztah mezi právem na přístup k údajům a právem na jejich opravu.

Druhá zásada inkorporuje **právo na opravu a výmaz** (principle of the right of rectification and erasure). Zásada je obsažena v člancích 5 písm. d) a 8 písm. c) Úmluvy č. 108. Článek 14 písm. b) DPD vymezuje právo dotčené osoby uplatnit odpovídající námitku.

Osobní údaje, které jsou předmětem automatizovaného zpracování, musí být přesné a – pokud je to potřebné – aktualizované.

Každé osobě musí být umožněno docílit, podle povahy případu, opravy předmětných údajů nebo jejich vymazání, jestliže jejich zpracování probíhá v rozporu s právními normami.

Obecně platný imperativ, dle kterého mohou být zpracovávány pouze pravdivé, přesné a aktuální údaje, není možné aplikovat bez ohledu na konkrétní souvislosti. I nepřesné nebo nepravdivé údaje mají nepochybný význam - např. v soudním spise. Zde jsou možnosti

⁷ Greenleaf, Graham.: APEC's privacy framework sets a new low standard for the Asia-Pacific, s. 103, in Kenyon, Andrew, Richardson, Megan: New Dimensions in Privacy Law. International and Comparative Perspectives. Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

realizace práva na opravu nebo výmaz omezené, jak se podává kupř. z usnesení českého Ústavního soudu ze dne 24. 7. 2008, sp. zn. III. ÚS 274/07. Obecně však platí, že prohlášení subjektu údajů o nepravdivosti údaje a požadavku na jeho změnu nebo vymazání by mělo být uchováno ve spise, a to i bez jeho realizace v samotném datovém souboru.

4. Přístup k údajům a právo na opravu podle čl. 8 Úmluvy v judikatuře orgánů Úmluvy

Významným rozhodnutím týkajícím se práva na přístup k osobním údajům je rozsudek Evropského soudu pro lidská práva (dále jen „ESLP“, popř. „Soud“) ve věci *Gaskin v. Spojené království*.⁸ Zde stěžovatel brojil proti postupu Rady města Liverpool, která mu odmítla vydat důvěrné záznamy z období, kdy se nacházel v ústavní výchově. Rada dala najevo, že přístup k údajům by povolila jen v případě souhlasu toho, kdo údaje poskytl. Podle ESLP osoby ve stěžovatelově situaci mají „životní zájem chráněný Úmluvou“ na získání informací nezbytných k porozumění svému dětství a ranému vývoji. Na tomto podkladě se ESLP vyslovil, že k porušení čl. 8 Úmluvy došlo.

Není pochyb, že v kolizi s principem transparentnosti může stát ochrana třetích osob. Britská úprava, která zpřístupnění údajů podmiňovala souhlasem přispěvatele, je podle Evropského soudu pro lidská práva v zásadě souladná s čl. 8 Úmluvy. Tento systém však musí poskytovat adekvátní ochranu subjektu osobních údajů v situacích, kdy je osoba, která poskytla údaje, nedostupná nebo svévolně odmítá souhlas udělit. V tomto případě se tedy požaduje možnost přezkumu nezávislým orgánem, čemuž britská úprava nedostála.

ESLP zajištění práva na přístup k informacím ve věci *Gaskin* formuloval jakožto pozitivní závazek státu. Podle ESLP tedy nešlo o zásah do stěžovatelova práva na ochranu soukromí ve smyslu čl. 8 odst. 1 Úmluvy, ale o porušení pozitivních závazků chránit tato práva. Rozsah pozitivních závazků smluvního státu v této oblasti

⁸ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 7. 7. 1989 ve věci *Gaskin v. Spojené království*, stížnost č. 10454/83.

vymezil ESLP následovně: 1/ musí být nastolena férová rovnováha mezi zájmy společnosti a zájmy jednotlivce, 2/ musí být vzaty v potaz meze uvážení (*margin of appreciation*) státu, je-li tato rovnováha porušena a 3/ cíle obsažené v čl. 8 odst. 2 musejí dosáhnout určité relevance.

Právo na přístup k informacím ale nezahrnuje všechny druhy osobních údajů. Ve věci Gaskin ESLP deklaroval, že pro existenci práva na přístup k údají představuje význam informace pro jednotlivce podmínku nutnou, nikoli dostačující.

Tento předpoklad se zvláště zřetelně uplatnil – již dříve – ve věci Leander, kde ESLP konstatoval, že švédské úřady neměly povinnost poskytnout stěžovateli údaje, na jejichž podkladě mu byl odepřen přístup k zaměstnání.⁹

Po rozsudku Gaskin následovalo několik závažných rozhodnutí týkajících se přístupu k informacím.

Prvním z nich byl rozsudek ve věci McMichael v. Spojené království.¹⁰ V této věci byli stěžovateli rodiče dětí, které jim státní orgány odňaly z opatrování a svěřily do ústavní výchovy. Vytykali, že se nemohli seznámit s obsahem některých dokumentů, z nichž rozhodnutí vycházelo. ESLP konstatoval porušení čl. 8 odst. 1 Úmluvy, byť formálně vzato, byl účastníkem opatrovnického řízení jen jeden ze stěžovatelů. ESLP přitom neshledal podstatným, zda odpovídající právo na přístup k údajům zajišťuje rovněž čl. 6 Úmluvy.

Další je rozsudek ve věci Guerra a ostatní v. Itálie.¹¹ Zde se ESLP vyslovil, že státní orgány zanedbaly splnění určitých zákonných závazků týkajících se informování obyvatel města o vážných ekologických rizicích, čímž se zároveň dopustily porušení pozitivního závazku chránit soukromý a rodinný život podle čl. 8 Úmluvy. Rozhodnutí znamená, že státní orgány jsou v některých případech povinny informovat veřejnost bez ohledu na to, zda jsou o sdělení požádány. Toto rozhodnutí je hodno pozornosti rovněž proto,

⁹ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 26. 3. 1987 ve věci Leander v. Švédsko, stížnost č. 9248/81.

¹⁰ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 24. 2. 1995 ve věci McMichael v. Spojené království, stížnost 16424/90.

¹¹ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 19. 2. 1998 ve věci Guerra a ostatní v. Itálie, stížnost č. 116/1996/735/932

že právo na přístup k informacím má širší dosah, než tomu bylo v případě rozhodnutí Gaskin. Ve věci Gaskin ESLP judikoval jen právo na informace nezbytné k porozumění stěžovatelovu „dětství a ranému vývoji“. V odůvodnění rozsudku Guerra ESLP konstatoval, že pod čl. 8 Úmluvy mohou spadat též informace „neosobní“ povahy, které však jsou způsobilé ovlivnit zdravotní stav osob, a to přinejmenším tehdy, pokud je jejich zdraví vážně ohroženo. Článek 8 Úmluvy tedy může představovat východisko nejen pro ochranu osobních údajů, ale taktéž pro přístup k informacím obecně.

Ve věci McGinley a Egan v. Spojené království se ESLP přidržel linie nastolené v rozsudku Guerra a konstatoval, že státní orgány, do jejichž pravomoci spadají nukleární testy, jsou podle čl. 8 Úmluvy povinny ustavit účinné a dostupné („effective and accessible“, srov. odst. 101) postupy umožňující občanům vyhledat všechny relevantní informace o dopadech testování na jejich zdraví.¹²

Ve věci Martin v. Spojené království Evropská komise pro lidská práva (dále jen „EKLP“, popř. „Komise“) konstatovala soulad s čl. 8 Úmluvy, pokud šlo o úpravu podmiňující přístup k lékařským záznamům vyjádřením lékaře, že tím nemůže být poškozen pacient nebo jiné osoby.¹³ V daném případě se stěžovatel neúspěšně domáhal přístupu k údajům ohledně jeho psychiatrické léčby, kterou zahájil v devatenácti letech a trvala čtyři roky. Komise konstatovala, že oproti případu Gaskin se záznamy netýkají období dětství a nejde o jedinou cestu, jak získat informace o době, kdy postupoval psychiatrickou léčbu. Komise shledala, že řízení sleduje legitimní cíl aprobovaný čl. 8 Úmluvy – ochranu zdraví. Komise poznamenala, že záznamy nebyly požadovány k lékařským účelům ani pro právní řízení a stěžovatel si mohl sám určit lékaře, který vybere údaje vhodné ke zpřístupnění. Komise dala najevo, že tato úprava ustavuje férovou rovnováhu mezi uvedeným legitimním cílem a stěžovatelovým požadavkem na přístup k údajům. Stížnost byla proto shledána nepřijatelnou.

¹² Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 9. 6. 1998 ve věci McGinley a Egan v. Spojené království, č. 10/1997/794/995-996

¹³ Rozhodnutí Evropské komise pro lidská práva ze dne 28. 2. 1996 ve věci Martin v. Spojené království, stížnost č. 27533/95

Omezené právo na přístup k informacím může být dovozováno z čl. 10 Úmluvy. Tento článek Úmluvy zakazuje státu, aby bránil osobě přijímat informace, které jí ostatní chtějí poskytnout. Na druhou stranu čl. 10 bez dalšího nezaručuje osobám přístup do úředních rejstříků obsahujících záznamy o nich. Tento výklad byl ESLP potvrzen ve věci Gaskin.

Rozsudky ve věcech Leander a Gaskin ale není správně interpretovat tak, že z čl. 10 Úmluvy nemůže vyplývat právo na přístup k informacím uchovávaným státními orgány.

V obou případech se totiž jednalo o situaci, kdy se žadatel domáhal přístupu k záznamům vedeným o jeho osobě, a tedy majícím význam specificky pro něj samotného.

Zájem veřejnosti zde ve hře nebyl. Pokud by se Gaskin domáhal přístupu k informacím o jednání orgánů sociální péče vůči více osobám, byl by poukaz na čl. 10 Úmluvy výstižný.

Tento předpoklad není vyvrácen ani rozsudkem ve věci Guerra, kdy veřejné orgány opomenuly poskytnout (ze své vlastní iniciativy) informace o ekologických rizicích a ESLP se nevyslovil, že tím porušily čl. 10 Úmluvy. Soud totiž neformuloval závěr, že by smluvní stát svým závazkům podle čl. 10 Úmluvy dostál, pokud by kupř. zamítl žádost o poskytnutí informace obdobné povahy.

Ve věci Chave née Jullien stěžovatelka napadla postup státních orgánů, které odmítly vymazat záznamy o její nezákonné detenci v psychiatrické léčebně.¹⁴ Komise dospěla k závěru, že pokračující uchovávání sporných záznamů státními orgány je v souladu se zákonem a nezbytné v demokratické společnosti k ochraně zdraví. Nicméně Komise konstatovala, že pod čl. 8 odst. 1 Úmluvy spadá i právo na opravu a vymazání údaje.

Spory týkající se práva na opravu a vymazání údaje často vycházejí z činnosti státních orgánů, které zamítají odpovídající žádosti transsexuálů. Komise v těchto případech poukazuje na čl. 8 odst. 1 Úmluvy, hovoří o tom, že tyto údaje jsou způsobilé „determinovat“ jejich „sexuální identitu“. Soud je poněkud konzervativnější. Ve věcech Rees v. Spojené království a Cossey v. Spojené království neshledal porušení čl. 8 Úmluvy v postupu

¹⁴ Rozhodnutí Evropské komise pro lidská práva ze dne 9. 7. 1991 ve věci Chave née Jullien, stížnost č. 14461/88

britských úřadů, které odmítly provést změnu v údaji o pohlaví v rodných listech stěžovatelů.¹⁵ Soud dovodil, že by podobné „adjustace“ mohly vést k příliš rozsáhlé změně v systému matričních záznamů a vyvolat problematické následky pro právní jistotu ostatní populace. Soud zdůraznil, že smluvní státy disponují širokým prostorem k úvaze (margin of appreciation), pokud jde o uznání právního statusu transsexuálů, což je dáno neexistencí „společného základu“ mezi smluvními státy v této oblasti. Soud rovněž podotkl, že transsexuálové ve Spojeném království si mohou změnit jméno a příjmení a údaj o pohlaví obsažený v rodném listu není převzat do mnoha dalších oficiálních dokumentů. Ve věci B v. Francie ESLP lišil od případů Rees a Cossey, jelikož pozici transsexuálů ve Francii shledal co do administrativních překážek obtížnější než ve Spojeném království.¹⁶

Ve zmiňovaných případech ESLP zdůraznil pozitivní závazky smluvních států vyplývající z čl. 8 odst. 1 Úmluvy na úkor konstatování, že v daných případech došlo k zásahu do čl. 8 odst. 1 Úmluvy. Z hlediska Soudu „pouhé odmítnutí“ smluvního státu opravit úřední záznamy nemůže znamenat zásah. Soud neshledal nezbytným aplikovat čl. 8 odst. 2 Úmluvy. Zmínil se však (v souvislosti s věcí Gaskin), že cíle zmiňované v čl. 8 odst. 2 Úmluvy mají význam, pokud jde o vyvažování zájmů společnosti a jednotlivce.

Judikatura formulovala závěr, že čl. 8 odst. 1 Úmluvy poskytuje určitou ochranu zájmu jednotlivce na přístup k údajům uchovávaným o něm samém ostatními. Čl. 8 odst. 1 Úmluvy ale neposkytuje právo na participaci jednotlivce, respektive právo na přístup k informacím v širokém smyslu. Oproti tomu, zákony na ochranu osobních údajů toto právo zakotvují. Právo na přístup k informacím však není absolutní, ale závisí rovněž na tom, jaký význam má údaj pro jeho subjekt. V praxi však rozdíl mezi imperativy odvíjejícími se z čl. 8 Úmluvy a zákonů na ochranu osobních údajů není velký. Současně

¹⁵ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 17. 10. 1986 ve věci Rees v. Spojené království, stížnost č. 9532/81, rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 27. 9. 1990 ve věci Cossey v. Spojené království, stížnost č. 10843/84

¹⁶ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 25. 3. 1992 ve věci B. v. Francie, stížnost č. 13343/87

jde čl. 8 Úmluvy v některých případech dále a dopadá i na „neosobní“ údaje, zejména ty, které mohou osvětlit závažná zdravotní rizika.

5. Přístup k údajům a právo na opravu v právu členských států Evropské unie

5. 1. Rámec ustavený DPD a stupeň dosažené konvergence

DPD vychází z návrhu Evropské komise z roku 1990, přičemž poprvé zařadila pod dosah ochrany osobních údajů některé manuálně („nepočítačové“) zpracovávané soubory informací. Čl. 95 SES limituje použitelnost DPD na oblast prvního pilíře. Oproti tomu, Úmluva č. 108 podobnému omezení nepodléhá a byla ratifikována všemi smluvními státy Rady Evropy.

Problematika přístupu k osobním údajům otevírá řadu otázek, jako kupř. kolik informací poskytnout, zda může být uložen „rozumný“ poplatek, nebo zda některé informace mohou být upraveny (kupř. tehdy, pokud poskytnuté informace obsahují též údaje o třetích osobách). Osobní údaje mohou být obsaženy v množství databází umístěných v různých zeměpisných oblastech nebo delokalizovaných, v důsledku čehož může být složité nalézt všechny osobní údaje, kterých se jejich subjekt dožaduje.

DPD zakotvuje obecné principy práva být informován a práva na přístup k osobním údajům. Ponechává přitom mnoho implementačních detailů na členských státech. Článek 12 DPD poskytuje subjektům osobních údajů právo obdržet určité základní informace od zpracovatele osobních údajů o procesu jejich zpracování. Zatímco čl. 12 výslovně zaručuje pouze to, že „bez omezení v rozumných intervalech a bez excesivní lhůty nebo výdajů“ bude zajištěn výkon práv obsažených pod písm. a) (potvrzení, sdělení a oznámení), v praxi se všeobecně uznává, že tyto podmínky dopadají i na výkon práv obsažených pod písm. b) a c) (opravu, výmaz nebo blokování údajů, oznámení třetí osobě).

DPD poskytuje jednotlivcům další související práva, kupř. v čl. 14 právo uplatnit námitky proti zpracování osobních údajů, resp.

v čl. 15 právo nebýt podřízen „automatizovaným individuálním rozhodnutím“. Zmiňované právo uplatnit námitky proti zpracování osobních údajů musí být interpretováno extenzivně. Automatizované rozhodnutí je definováno jako to, co zakládá právní účinky týkající se subjektu osobních údajů nebo podstatně ho ovlivňující a které vychází z výhradně automatizovaného zpracování dat se záměrem hodnotit některé osobní aspekty vztahující se k němu, jako kupř. výkon v práci, schopnost splácet úvěry, spolehlivost apod. Příkladem automatizovaného rozhodnutí může být kupř. takové, kterým se na základě numerických kritérií – bez zásahu člověka – odepře poskytnutí úvěru. Kvůli snížení rizik vyplývajících z tohoto postupu v praxi rozhodovací proces – tak jako tak – finalizuje člověk.

Je zřejmé, že samotný proces vyhledávání těchto uchovávaných osobních údajů kupř. za účelem jejich výmazu nebo zablokování může představovat riziko jejich prozrazení.

Evropská komise shledala, že úroveň harmonizace práva na přístup k osobním údajům je „uspokojivá“, ale mezi státy existují podstatné rozdíly.¹⁷

Následující text se zabývá jednak normativními, jednak judikatorními otázkami konvergence ochrany osobních údajů v členských státech Evropské unie.

5. 2. Normativní otázky konvergence ochrany osobních údajů v členských státech Evropské unie

Ze studie *The Data Subject's Right of Access and to be Informed in Finland: An Experimental Study*, jejímž autorem je Mika Raento, mapující implementaci DPD se podává, že rovněž ve Finsku přetrvávají některé problémy, pokud jde o získání přístupu k údajům a ověřování správnosti poskytnutých informací.¹⁸

¹⁷ European Commission, First report on the implementation of the Data Protection Directive (95/46/EC), COM(2003) 265 final, Analysis and impact study on the implementation of Directive 95/46/EC in Member States 20.

¹⁸ Raento, Mika: *Data Subject's Right of Access and to be Informed in Finland: An Experimental Study*. International Journal of Law and Information Technology, 2006, Vol. 14, No. 3, s. 390.

Studii podobnou finské vypracoval ve Spojeném království Department for Constitutional Affairs v roce 2003.¹⁹ V rámci tohoto výzkumu byli respondenti dotazováni, zda narazili na problémy při získávání informací, které požadovali. Ti, kteří odpověděli kladně, většinou poukazovali na neochotu zpracovatelů osobních údajů přiznat, že tyto údaje uchovávají, a dobu potřebnou ke získání údajů.

Lze zobecnit, že zákony o ochraně osobních údajů vydané v členských státech Evropské unie stojí na třech východiscích:

- a/ Ochrana osobních údajů, jakožto základního práva zaručeného ústavněprávními normami.
- b/ Ochrana soukromí jako lidského práva zakotvené v Úmluvě č. 108.
- c/ Článek 95 (ex-čl. 101a) Smlouvy o založení ES a z něj se odvíjející DPD.

Zákony o ochraně osobních údajů členských států úzce reflektují DPD, zejména pokud jde o koncept informovaného souhlasu, právo být informován a právo na přístup k údajům. Bývají přitom aplikovány i mimo dosah otázek souvisejících s vnitřním trhem.

Zákony o ochraně osobních údajů definují, jaké údaje musí zpracovatel osobních údajů poskytnout. Zpracovatel tak je povinen ke každému souboru údajů stanovit účel zpracování a druh zpracovávaných údajů. Tyto specifikace musejí být veřejně dostupné.

Namísto je poskytnout i další informace; zákony ukládají zveřejnit přesný kontakt na zpracovatele osobních údajů, popis subjektů, pro něž jsou tyto soubory určeny, komu budou osobní údaje předány a popis principů zajištění datové bezpečnosti.

Popis souboru musí být dostupný veřejnosti. Zpracovatel je povinen poskytnout všechny tyto informace subjektům osobních údajů již ve fázi sběru osobních údajů. Navíc zpracovatel osobních údajů musí informovat subjekt osobních údajů o právu na přístup k údajům a na opravu údajů.

Požadavek informovat dohledový úřad v některých případech neuplatní, zejména tehdy, je-li patřičná informace již veřejně dostupná. Uvedené řešení lze pokládat za racionální.

¹⁹ Response to the Consultation Paper Data Protection Act 1998: Subject Access July 2003. Dostupné z <http://www.dca.gov.uk/consult/foi/dpsaresp.htm>.

Ne ve všech členských státech ale zákony o ochraně osobních údajů stanoví, že subjekt osobních údajů má právo požadovat informaci o zdroji těchto údajů, účelu shromažďování, resp. použití údajů a jejich poskytnutí třetím stranám.

Zákony o ochraně osobních údajů omezují právo na přístup k osobním údajům typicky v následujících situacích:

- poskytnutí přístupu k údajům by ohrozilo národní bezpečnost, obranu, veřejný pořádek, bezpečnost, prevenci nebo vyšetřování trestných činů,
- poskytnutí přístupu k údajům by mohlo představovat vážné nebezpečí pro zdraví nebo léčbu subjektu osobních údajů nebo někoho dalšího,
- jestliže údaje jsou používány výhradně pro historické, vědecké nebo statistické účely,
- jestliže je neposkytnutí údajů nezbytné pro zabezpečení významného ekonomického nebo finančního zájmu státu nebo Evropské unie.

I v těchto případech je však třeba na žádost o poskytnutí osobních údajů reagovat a dát najevo, že je založen důvod pro odepření přístupu. Bez významu nemusí být, že některé zákony zakotvují, že lze požadovat poskytnutí údajů v listinné (a contr. elektronické) podobě a formou písemné žádosti. Kupříkladu finské právo neukládá zpracovateli osobních údajů, aby uvedl, jak dlouho jsou uchovávány údaje o peněžních transakcích – zahrnující osobní údaje – a není tak možné se ujistit, zda zpracovatel údaje skutečně uchovává či nikoli. Pouze lucemburské právo požaduje, aby byla délka uchovávání uvedena.²⁰ Minimální dobu, po kterou musejí být údaje uchovávány, stanoví finské účetní právo, a to v délce 10 let. Tyto údaje samozřejmě mohou být transformovány do podoby, v níž nepodléhají zákonu o ochraně osobních údajů (ručně vedené záznamy řazené pouze podle časové návaznosti). Mika Raento upozorňuje, že banky nepovažují údaje o výplatách mezd,

²⁰ Korff, Douwe: EC Study on Implementation of Data Protection Directive. (Comparative Summary of National laws), s. 100. Dostupné z http://www.eu.int/comm/justice_home/fsj/privacy/docs/lawreport/consultation/univessex-comparativestudy_en.pdf.

bankovních transakcích, platebních příkazech a výkazech za osobní údaje. Banky pokládají za osobní údaje jen ty, které představují základní údaje o zákazníkovi. To podle autora samozřejmě nemá podkladu v právní úpravě.²¹ Autor dále uvádí, že tam, kde banky poskytly údaje o transakcích formou výpisů z účtů a ročních zpráv, již obecně nemají povinnost učinit tak znovu. Není rovněž zcela jasné, jak vykládat pojem „jednou ročně“: musejí zpracovatelé zaslat údaje, které nebyly poskytnuty v průběhu uplynulého roku? Poukazuje, že švédský úřad pro ochranu osobních údajů rozumně dovedl, že pokud subjekt osobních údajů je průběžně zpravován, může se ve své odpovědi omezit na poukaz na tuto okolnost.

Zvláštní pozornost si zasluhují náklady vynaložené na poskytnutí informace. Zpracovatelé osobních údajů namítají, že poskytování přístupu může být spojeno s vysokými náklady.²² Někteří respondenti v britské studii tvrdili, že zodpovězení jediného dotazu si může vyžádat náklady přes 1.000 britských liber.²³ Zpracovatelé označili „vystopování“ všech relevantních údajů za jeden z hlavních problémů v rámci poskytnutí odpovědi. K tomu srov. preambule DPD, bod 46. Na druhé straně švédský nebo německý zákon o ochraně osobních údajů umožňují přístup k osobním údajům bezplatně. Ve Finsku je možný bezplatný přístup k údajům jen jedenkrát ročně, ve Velké Británii zpracovatel může uložit poplatek nad 10 liber za zpřístupnění a mezi žádostmi o přístup musí uplynout rozumná doba (Data Protection Act 7 (2) (b)). Podobně v českém zákoně č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů, s refundací nákladů správce osobních údajů vzniklých poskytnutím informace počítá § 12 odst. 3.

Tyto rozdíly mohou vyvolávat problémy pro zpracovatele osobních údajů, kteří zpracovávají osobní údaje pocházející

²¹ Raento, Mika: Data Subject's Right of Access and to be Informed in Finland: An Experimental Study. *International Journal of Law and Information Technology*, 2006, Vol. 14, No. 3, s. 402.

²² Korff, Douwe: EC Study on Implementation of Data Protection Directive. (Comparative Summary of National laws), s. 107. Dostupné z http://www.eu.int/comm/justice_home/fsj/privacy/docs/lawreport/consultation/univessex-comparativestudy_en.pdf.

²³ Response to the Consultation Paper Data Protection Act 1998: Subject Access July 2003. Dostupné z <http://www.dca.gov.uk/consult/foi/dpsarep.htm>.

z různých členských států, a představovat tak překážku intrakomunitárního obchodu tím více, že její efekt mohou navýšit náklady měnové konverze.

Za zmínku stojí otázka informačních systémů podniků i orgánů veřejné správy, které by měly předdefinovanou funkci vyhledání uchovávaných osobních údajů. Evropská komise se v této souvislosti vyslovila pro podporu technologií zlepšujících soukromí zaměřených na anonymitu a pseudonymitu.²⁴ Tento SW by zahrnoval i facility označující ty uchovávané údaje, které mají osobní povahu. Facility mají zajistit plnění závazků vyplývajících z transpozice směrnice DPD, jako kupř. omezení předávání osobních údajů třetím subjektům nebo omezení uchovávání údajů na dobu nezbytnou pro původní účel. Jedním z těchto programů je Tivoli Privacy Manager společnosti IBM.

5. 3. Judiciální otázky konvergence ochrany osobních údajů v členských státech Evropské unie

5. 3. 1. Případ Durant v. Financial Services Authority

Z hlediska judiciálního výkladu práva na přístup k subjektu údajů k informacím a práva na opravu osobních údajů představuje významný mezník rozsudek britského Odvolacího soudu ze dne 8. 12. 2003 ve věci Durant v. Financial Services Authority, No. B2/2002/2636, kterým byly formulovány klíčové koncepty ochrany osobních údajů v britském právu.²⁵ Z pohledu tohoto článku je podstatné, že rozsudek byl předmětem diskuse mezi vládou

²⁴ European Commission, Internal Market DG (2003). Terms of reference of the technical workshop on Privacy-Enhancing Technologies organised by DG Internal Market on the 4th of July in Brussels. Dostupné z http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/lawreport/pet/200304-pet-tor_en.pdf

²⁵ Durant v. Financial Services Authority, No: B2/2002/2636, dostupný z <http://www.hmcourts-service.gov.uk/judgmentsfiles/j2136/durant-v-fsa.htm>

Spojeného království a Evropskou komisí co do svého souladu právem EU na ochranu osobních údajů.

Pan Durant (dále též „žalobce“) byl zákazníkem Barclays Bank. V roce 1993 prohrál svůj spor s touto bankou. Neúspěšně se pokusil o zpřístupnění údajů o něm vedených bankou za účelem obnovy řízení. V létě 2000 si stěžoval na banku u Úřadu pro finanční služby (Financial Services Authority, dále jen „FSA“). Dotázal se rovněž FSA, jaké dokumenty obdržela od Barclays ve své roli bankovního dohledu. FSA provedla šetření a věc uzavřela bez toho, že by žalobce informovala o jeho výsledku. Poukázala přitom na povinnost mlčenlivosti vyplývající z bankovní legislativy. Žalobce se obrátil se stížností k Stížnostnímu komisaři FSA (FSA Complaints Commissioner), ale tento jeho návrh byl zamítnut.

V září a říjnu 2001 žalobce vznesl dva podněty ohledně údajů k FSA podle § 7 DPA za účelem zpřístupnění počítačových a manuálních záznamů. FSA poskytla kopie dokumentů uchovávaných v elektronické podobě, z některých byly přitom odstraněny údaje o třetích osobách. FSA odmítl žádost o zpřístupnění manuálních záznamů s vysvětlením, že se nejedná o osobní údaje ve smyslu § 1 odst. 1 britského zákona o ochraně údajů (Data Protection Act, dále jen „DPA“), jelikož netvořily součást „relevant filing system“ (relevantního systému souborů). Žalobce se bezúspěšně obrátil postupem podle § 7 odst. 9 DPA ke County Court s tvrzením, že FSA porušil jeho právo na přístup k informacím. Poté se odvolal k Odvolacímu soudu, kde byl opět neúspěšný. Odvolací soud podstatně omezil právo na přístup k údajům ve věci Durant v. Financial Services Authority tím, že zamítl návrh, kterým se žalobce domáhal přístupu k neupraveným počítačovým dokumentům a rukopisným záznamům uchovávaným Barclays Bank, a to na podkladě úsudku, že označené záznamy elektronické nelze kvalifikovat jako „osobní údaje“ a rukopisné nepředstavují „relevant filing system“ (relevantní systém souborů) ve smyslu britského práva ochrany osobních údajů.

V souvislosti se zamítnutím odvolání žalobce Odvolací soud vymezil čtyři základní otázky:

1/ které údaje (zda uchovávané v počítačových nebo manuálních souborech) jsou „osobní“ v tom smyslu, že spadají pod dosah práva na přístup k osobním údajům,

2/ co je „relevantní systém souborů“,

3/ zda zpracovatel osobních údajů má povinnost vyhovět žádosti o poskytnutí údajů tam, kde by tím došlo k předání osobních údajů o třetí osobě, s výjimkou případů, kdy je to „rozumné za všech okolností“,

4/ soud má pravomoc nařídit zpracovateli osobních údajů, který nesprávně odepřel přístup k údajům, aby předchozí žádosti vyhověl.

Dále bylo třeba pozornost obracet k otázce, jaké principy se přitom musí uplatnit.

5. 3. 2. Obsah pojmu osobní údaj

Osobní údaje jsou definovány jako „údaje, které se vztahují k žijícímu jednotlivci“ (living individual). Údaje mohou být uchovávány v počítačovém nebo manuálním souboru. Žalobce tvrdil, že pojem osobní údaj má široký rozsah a zahrnuje všechny informace, které jej identifikují, včetně kupř. dokumentace vytvořené FSA v souvislosti s vyšetřováním jeho stížností. FSA oponoval, že slova „vztahující se k“ jsou způsobilá zahrnout všechny informace od těch s přímou vazbou k jednotlivci po údaje s jen povšechnou vazbou k němu, a požadoval, aby byl přijat úzký výklad uvedeného pojmu.

Odvolací soud vzal za určující hledisko, zda jsou zpracovávány osobní údaje způsobilé zasáhnout do soukromí subjektu osobních údajů. Upozadil otázku, byl-li subjekt osobních údajů v souboru jmenován. Soud konstatoval, že pouhé zmínění jména jednotlivce neznámá, že jde o osobní údaj. Soud se k řešení otázky, zda jde o osobní údaj či nikoli, vyslovil tak, že určující je „kontinuum relevance nebo blízkosti k subjektu osobních údajů“, a nikoli jen k „transakcím nebo záležitostem, které se ho mohou ve větším nebo menším stupni týkat“.

Soud identifikoval dva pojmy, které mohou pomoci při určení, zda je údaj osobní. První je, zda informace byla „biografický v podstatném smyslu“. To znamená, že o osobní údaj nejde tam, kde nejsou „osobní konotace“ nebo „soukromé implikace“. Zadruhé, o osobní údaj půjde tehdy, když se soustřeďuje na určitou osobu spíše, než aby tento subjekt osobních údajů byl jen zmiňován a primárně se datový soubor soustřeďoval na osobu jinou nebo určitou událost.

Soud tak konstatoval, že „je to informace, která ovlivňuje jednotlivcovo soukromí, ať již v oblasti osobního nebo rodinného života, obchodní nebo profesní činnosti.

Koncept osobních údajů je nesporně základem legislativy na ochranu osobních údajů. Jestliže je údaj „osobní“, jeho zpracovateli vznikají povinnosti, které musí splnit, a naopak. Je tedy významné, aby (potenciální) zpracovatel osobních údajů uměl rozlišit, zda o osobní údaj jde, či nikoli. Zákonný rámec vychází z předpokladu, že zpracovatel osobních údajů dovede rozlišit, kdy jde o osobní údaj.

Toto judiciální vymezení osobních údajů má však svá úskalí. Soud sice deklaroval snahu vytvořit řešení, které by umožňovalo, aby na žádost mohl reagovat „úředník bez zvláštní znalosti souborů nebo subjektu osobních údajů“, avšak ve skutečnosti je systém funkční jen v jednoduchých případech a v situacích složitějších vyžaduje znalost kontextu. Uvedenému ovšem nemůže běžně informovaný úředník dostát.

Pohled soudu na význam pojmu „osobní údaj“ značně omezuje ochranu poskytovanou i v jiných souvislostech, než je přístup k údajům. Pokud by byl názor obsažený v rozsudku ve věci *Durant* správný, zpracovatelé osobních údajů by mohli sbírat množství osobních informací „nezaměřených biograficky“ bez náležité právní ochrany.

Podle mého názoru by stačilo poukázat, že informace doposud nebyla použita v takovém kontextu, kdy se stává osobním údajem, protože s ní lze nakládat prakticky libovolně. Tím ovšem ztrácí na významu zásada „férového zpracování informací“, která je konstitutivní součástí DPD. Jestliže se informace v rukou zpracovatele stane osobním údajem až v určité fázi, bude postačovat, aby před tímto kritickým bodem byla informace předána mimo dosah právních standardů EU/EHP – do některého z „datových rájů“.

Sporné je rovněž uvažovat o „biografičnosti v podstatném smyslu“ a „soustředěnosti na jednotlivce“ v obsáhlých elektronických databázích nebo v případě shromažďování počítačových údajů o použití čipových karet při vstupu na pracoviště a odchodu z něj a o uskutečněných telefonických hovorech. Zpracovatelé tak mohou údaje uchovávat primárně k obchodním nebo personálním účelům a být způsobilí vytvořit z nich (často ve vzájemné kombinaci) zprávy, které ovlivní jednotlivcovo soukromí.

Namísto by bylo volit kritéria s užšími hranicemi uvážení ze strany zpracovatelů dat.

Za zaznamenání stojí, že Odvolací soud odkazoval na recitál 15 DPD s tím, že se vztahuje na manuálně zpracovávané soubory. Ve skutečnosti recitál 15 je nutno aplikovat ve spojení s recitálem 14, přičemž odkazuje jen na zvukové a obrazové údaje. Nejde však o zásadní pochybení, neboť na recitál 15 se odkazuje v souvislosti s potřebou snadného přístupu k manuálním souborům a jejich strukturováním, přičemž recitál 27, na který rozhodnutí správně mělo odkazovat, je s recitálem 15 obsahově totožný.

5. 3. 3. Manuální soubory a legislativa na ochranu osobních údajů

Požadavek žalobce směřoval na manuální soubory zpracovávané FSA. Soud zvažoval, zda tyto soubory spadají pod dosah legislativy na ochranu osobních údajů. Vycházel z pojmu „relevantní systém souborů“ použitého v zákonné definici pojmu údaj. Relevantní systém souborů je každý soubor informací vztahující se k jednotlivci a (ačkoliv, jak vyplývá z logiky věci, není veden počítačově) je strukturován, ať již podle spojení k jednotlivcům nebo podle jiných kritérií, což umožňuje, aby specifická informace vztahující se k jednotlivci byla dostupná. Směrnice používá podobnou definici. Recitály směrnice zdůrazňují, že ochrana osobních údajů musí splňovat tytéž požadavky, ať již se jedná o soubory zpracovávané automaticky (počítačově) nebo manuálně, že manuální soubory musejí být strukturovány, aby byl umožněn jednoduchý přístup k osobním údajům a manuální soubory, které nejsou strukturovány nespadají do rozsahu směrnice.

Britský Odvolací soud se vyslovil, že směrnice má být ve vztahu k manuálním souborům interpretována restriktivně a že Parlament zamýšlel, aby DPA byla aplikována na manuální záznamy jen tehdy, pokud jsou tyto systémy „dostatečně sofistikované, aby poskytl stejný nebo podobný standard přístupnosti jako počítačové systémy.

Uzavřel, že „relevantní systém souborů“ je omezen na systém:

1/ ve kterém soubory tvořící jeho části jsou strukturovány nebo vztaheny takovým způsobem, že je jednoduché z výsledku vyhledávání určit, zda specifická informace je způsobilá nabýt

rozměru osobního údaje jednotlivce vznášejícího dotaz, zda jsou jeho osobní údaje uchovávány v systému a pokud ano, ve kterých souborech;

2/ přičemž systém je dostatečně sofistikovaný a podrobný, aby bylo možné indikovat zda a kde v jednotlivém souboru nebo souborech specifická kritéria nebo informace o jednotlivci mohou být snadno nalezeny.

FSA uchovávala různé soubory obsahující informace o žalobci, včetně dvou souborů nadepsaných „Mr Durant“ s dokumenty vztahujícími se k jeho stížnosti s listinami uspořádanými v chronologickém pořadí. Soud odmítl tvrzení, že jde o součást „relevantního systému souborů“, a ku podpoře tohoto závěru uvedl, že schopnost obsluhy identifikovat a lokalizovat soubory, včetně těch organizovaných chronologicky nebo jmenovitě, není dostatečná.

5. 3. 4. Komentář k termínu relevantní systém souborů

Přestože směrnice i DPA indikují, že manuální soubory spadají pod tuto úpravu jen tehdy, pokud jsou strukturovány tak, aby specifické informace bylo možno bez obtíží dohledat, ani směrnice ani DPA nestanoví, že manuální systémy musejí mít v tomto směru ekvivalentní parametry jako počítačové systémy. V této souvislosti lze poukázat na recitál 27 DPD, podle něhož musí být ochrana osobních údajů aplikována jak na jejich automatické zpracování, tak i na zpracování manuální. Požadavek na ekvivalenci vznesený Odvolacím soudem nejen postrádá normativní oporu, ale je i – ve složitějších případech – prakticky nerealizovatelný. Rozsah ochrany nesmí být neodůvodněně rozdílný v závislosti na použité technologii, jinak vzniká riziko obejítí úpravy. Je však pravda, že manuální systémy musejí být dostatečně strukturovány, aby se na ně vztahovala DPD.

Britský Komisař pro informace zveřejnil stanovisko, podle něhož je nutný test o dvou krocích.²⁶ Jeho první část se vztahuje ke znalosti

²⁶ The ‘Durant’ case and its impact on the interpretation of the Data Protection Act 1998 (2 February 2004). Dostupné z http://www.ico.gov.uk/upload/documents/library/data_protection/detailed_specialist

zpracovatele osobních údajů ohledně systému a hlavně jeho indexování. Jak se test použije, závisí na tom, zda informace jsou řazeny jmenovitě nebo tématicky. Jestliže jsou řazeny podle jména, zpracovatel údajů potřebuje vědět, že systém bude obsahovat kategorii požadovaných osobních údajů. Pokud je systém indexován podle vztahu k určitému předmětu, zpracovatel údajů potřebuje vědět, že systém je indexován tak, že je možné najít informaci o určitém jednotlivci. Jestliže manuální systém souborů naplňuje kritérium první části testu a soubory jsou rozčleněny nebo indexovány tak, že hledající osoba může nalézt požadovanou informaci bez manuálního hledání (tj. bez toho, že by postupně procházel všechny záznamy), spadá bez dalšího do kategorie relevantní systém souborů. Komisař zdůrazňuje, že podle jeho názoru systém souborů uspořádaných čistě chronologicky není „relevantním systémem souborů“. Jeho závěr je ten, že jen velmi málo manuálních souborů je podřaditelných režimu DPA. Na tomto podkladě lze konstatovat, že pod uvedený režim budou spadat jen ty nejorganizovanější osobní složky. Tímto názorem komisař zašel dokonce dále než Odvolací soud. Zatímco komisař konstatoval, že soubory uspořádané toliko chronologicky nejsou relevantním systémem souborů, Odvolací soud dal najevo, že chronologické uspořádání „není postačující“ pro uvedenou subsumpci.

V intencích této argumentace jen chronologicky řazené záznamy relevantním systémem souborů nebudou, zároveň však není vyloučeno, že určité součásti chronologicky strukturované databáze budou dále rozřazeny podle jiného klíče, v důsledku čehož takovým systémem – ve zúženém rozsahu – budou.

Naproti tomu, podle Odvolacího soudu složky vedené FSA o stížnostech žalobce neměly žádnou pravidelnou strukturu a musejí být specifikovány kontextem.

5. 3. 5. Ochrana osobních údajů třetích osob

Podle oddílu 7 (4) DPA tam, kde nemůže zpracovatel osobních údajů vyhovět žádosti o přístup k osobním údajům, aniž by musel zpřístupnit informace o jiném jednotlivci, nelze údaje poskytnout s výjimkou situace, kdy je dán souhlas této třetí osoby nebo kdy je to rozumné se zřetelem ke všem okolnostem. Nicméně, není-li žádná z těchto podmínek splněna, zpracovatel osobních údajů je povinen zpřístupnit všechny ostatní informace, kterými není odhalena totožnost jiného jednotlivce, ať již je toho dosaženo odstraněním jmen či jiných identifikátorů nebo jinak.

Žalobce namítal, že FSA upravila počítačové dokumenty tak, že z nich odstranila jména třetích osob. Odvolací soud dal najevo, že zpracovatelé osobních údajů musejí se zřetelem k čl. 7 (4) až (6) DPA zvažovat nezbytnost a proporcionalitu dříve, než přistoupí k odmítnutí žádosti o přístup k údajům. Totéž hodnotí podle čl. 7 (9) DPA soudy.

V rámci hodnocení, zda vynechání osobních údajů třetí osoby je nezbytné, Odvolací soud konstatoval, že ve skutečnosti většina úprav provedených FSA se netýkala osobních údajů žalobce. Jen ve dvou případech to mohlo být sporné. Šlo o jméno úředníka FSA, který odmítl poskytnout souhlas se sdělením vlastního jména žalobci.

K otázce proporcionality „v užším slova smyslu“ se Odvolací soud vyslovil, že nebylo záměrem zákonodárce vytvořit takový systém soudního přezkumu, který by žadatele povzbuzoval k odvolávání se úplným přezkumem, neboť by tím údajně uložil nepřiměřené břemeno na zpracovatele údajů, který ztěžka může zvažovat komponenty testu proporcionality.

5. 3. 6. Uvážení a žádost o zpřístupnění informace

Prvek uvážení předvídá čl. 7 (9) DPA a v samotné věci Durant se – vzhledem k jinak vymezenému právnímu rámci posouzení věci – přímo neuplatnil. Odvolací soud se přesto vyslovil ku prospěchu širokého uvážení, tedy s souladu s názorem zpracovatelů osobních údajů čelících požadavkům na rozsáhlé zpřístupňování údajů. Zákonná úprava však neposkytuje podklad pro odmítnutí žádosti s poukazem na složitost a náročnost vyhotovení odpovědi. Podle odůvodnění obsaženého v rozsudku ve věci Durant by měl

zpracovatel osobních údajů vyhotovení odpovědi odmítnout a poukázat na to, že žadatel vykonává své subjektivní právo coby experiment s otevřenou možností zahájení soudního sporu v návaznosti na podanou odpověď, namísto toho, aby dotaz měl skutečnou vazbu na ochranu soukromí. Za těchto okolností by podle Odvolacího soudu nebylo rozumné, aby soudy vykonávaly diskreční pravomoc podle čl. 7 (9) DPA. Zpracovatel osobních údajů by měl takovou odpověď obezřetně zvážit, ale pokud se pro ni rozhodne, uvedeného se podle judiciálního výkladu může zmocnit.

Pokud jde o test proporcionality, je třeba posuzovat vážnost zásahu, škodu jím vzniklou subjektu osobních údajů, počet postižených, náklady splnění. Článek 12 DPD požaduje po členských státech zaručit přístup k uchovávaným osobním údajům a její čl. 22 vyžaduje zajistit možnost soudního přezkumu tvrzeného porušení zaručených práv. Je tudíž sporné, zda nosné důvody rozhodnutí ve věci Durant těmto požadavkům dostojí.

6. Závěr

Z příspěvku vyplývá, že v evropských podmínkách byl ustaven sofistikovaný rámec ochrany osobních údajů, adekvátně sledující technologický vývoj. Otevřenou otázkou prozatím zůstává zejména finalizace ratifikačního procesu Lisabonské smlouvy, která prostřednictvím Charty základních práv Evropské unie nese příležitost k posílení standardů pro ochranu soukromí a osobních údajů. Vzhledem k tomu, že těžiště aplikace práva EU zůstává na soudech členských států, není bez významu, aby hledání praktických řešení tyto společně ujednané standardy příliš nerozměňovalo.

Kontaktní údaje na autora – email:

52154@mail.muni.cz

Místní referendum v evropském kontextu

JUDr. Filip Rigel

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Katedra správní vědy
a správního práva, Česká republika

Abstract:

The paper deals with the topic of the fundamental forms of direct democracy at local level – so called local referendum and local initiative. Wherever direct democracy exists, it has not replaced representative democracy but has complemented the work of elected body and political parties. Nevertheless, it is obvious that instruments of direct democracy are important elements of the democratic supervision. The principal method of direct democracy is a referendum. It is a direct vote in which an entire electorate is asked to either accept or reject a particular proposal. The article describes the (local) referendum experience in Europe.

Referendum je všeobecným přímým hlasováním o zásadní společenské, politické či mezinárodní otázce, přičemž v závislosti na její formulaci se hlasující vyjadřují *pro* nebo *proti* předkládanému návrhu. Za zemi a čas jeho původu je uváděno Švýcarsko (kantony Graubünden a Wallis) v 15. století.¹ Výraz *referendum* pochází z latinského slova *referendus*, které značí věc, o níž má být podána zpráva.² V původní podobě totiž referendum znamenalo hlasování v obcích, jehož výsledky se přenášely do jednání vyšších celků. Tato procedura (*ad audiendum et referendum*) dala patrně institutu jméno.³

¹ PAVLÍČEK, V., et al.: *Ústavní právo a státověda I. díl. Obecná státověda*. 1. vyd. Praha: Linde, 1998, s. 186.

² HOLUB, J., LYER, S.: *Stručný etymologický slovník jazyka českého se zvláštním zřetelem k slovům kulturním a cizím*. 3. vyd. Praha: SPN, 1982, s. 413.

³ FILIP, J., SVATONĚ, J., ZIMEK, J.: *Základy státovědy*. 2. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2000, s. 135.

Teoretici rozeznávají několik období, během nichž popularita užívání referend stoupala. První období zasáhlo zejména Švýcarsko, Francii a Spojené státy americké. Druhé období nastává mezi dvěma světovými válkami a dotýká se především evropských států. Třetí období následuje po druhé světové válce a je charakterizováno využíváním referenda v životě společností usilujících o vyřešení problémů plynoucích ze zásadních politických změn.⁴ Po roce 1989 pak Evropa zažívá opravdový referendový *boom*. Žádný jiný kontinent nezažil tolik hlasování o konkrétních otázkách jako právě ona. Je to dáno jak vlnou postupné integrace kontinentu,⁵ tak i demokratizací a tranzicí (přijímání nových ústav). V počtu uskutečněných referend je Švýcarsko zcela bezkonkurenční jedničkou. Na celostátní úrovni je referendum oblíbené např. i v Itálii, Lichtenštejnsku, Irsku, Litvě, Polsku nebo Dánsku.

Ačkoliv zdaleka ne všechny evropské státy využívají instrumentů přímé demokracie na národní úrovni, jsou místní referenda rozšířena prakticky po celé Evropě. Paradoxně jsou však celostátní referenda v literatuře mnohem více diskutována než referenda místní. Ačkoli ta se konají relativně často, nejsou zkušenosti s jejich pořádáním nikterak odborně zpracovány. Ostatně pomíjení kvantitativního výzkumu místních referend v evropských zemích si všímá i hodnotící zpráva Rady Evropy.⁶

Požadavky mezinárodního a evropského práva

Nejdůležitější mezinárodní smlouvy neznají institut místního referenda. V obecné rovině ovšem garantují přímou či zprostředkovanou politickou participaci. Z čl. 25 písm. a)

⁴ ZIELIŃSKI, E.: *Referendum w świecie współczesnym*. Wyd. 1. Wrocław: Wydawnictwo Polskiej Akademii Nauk, 1968; cit. dle ADAMOVÁ, K., KRÍŽKOVSKÝ, L.: *K diskusi o přímé demokracii*. Právník, 1993, č. 6, s. 507.

⁵ O tom podrobně FIALA, P., PITROVÁ, M. (eds.): *Evropská referenda*. 1. vyd. Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury, 2005.

⁶ COUNCIL OF EUROPE: Local referendum. Report prepared by the Steering Committee on Local Authorities (CDLR) for the 10th Conference of European Ministers responsible for Local Government, The Hague 15–16 September 1993. 1st ed. Strasbourg: Council of Europe Press, 1993, p. 42.

Mezinárodního paktu o politických a občanských právech vyplývá právo občanů podílet se na vedení veřejných záležitostí přímo nebo prostřednictvím svobodně volených zástupců.

Ani právo Evropské unie žádným způsobem úpravu místního referenda nezakotvuje, takže je na jednotlivých členských státech, jak s ní naloží. Přímou z práva EU neplyne dokonce ani právo občanů EU hlasovat v místním referendu, mají-li trvalé bydliště na území jiného členského státu než toho, jehož jsou občany. Podobná úprava na místní úrovni se vztahuje toliko na volby.

Více obsahuje Evropská charta místní samosprávy,⁷ zrozená na půdě Rady Evropy. Již její preambule obsahuje zmínku, že právo občanů podílet se na chodu věcí veřejných lze nejpříměji vykonávat na místní úrovni. V jejím čl. 3 odst. 2 je zakotven princip zastupitelství na místní úrovni, avšak tento princip, jak je výslovně zdůrazněno, se nikterak nedotýká využívání shromáždění občanů, referend nebo jakékoliv jiné formy přímé participace občanů, kde toto využívání dovoluje zákon. V čl. 5 je stanovena ochrana hranic místních samosprávných jednotek. Ty nelze měnit bez předchozích konzultací s obyvatelstvem dotčených útvarů, provedených pokud možno referendem, kde to zákon umožňuje. Obě zmíněná ustanovení tedy předpokládají zákon upravující místní referendum. Není-li ovšem tohoto zákona, nelze takový stav považovat za rozpor s Evropskou chartou místní samosprávy. Vedle tohoto dokumentu má význam i Úmluva o účasti cizinců ve veřejném životě na místní úrovni.

Pokud jde o právně nezávazné dokumenty (*soft law*), připomeňme také doporučení Výboru ministrů Rady Evropy č. 19 (2001), o účasti občanů na místním veřejném životě, které zmiňuje, že právo občanů vyslovit se k většině rozhodnutí, jejichž účinky mají dlouhodobou nebo nevratnou povahu, je jednou z demokratických zásad společných všem členským státům Rady Evropy. Nezávazné jsou i dokumenty Kongresu místních a regionálních samospráv Evropy, pracujícího rovněž pod hlavičkou Rady Evropy.⁸ Dalším z textů

⁷ Blíže o tomto dokumentu MRKÝVKA, P.: *Evropský základ územní samosprávy*. Časopis pro právní vědu a praxi, 1999, č. 3, s. 277–281.

⁸ Blíže <http://www.coe.int/t/congress> [stav ke dni 30. 12. 2008].

Rady Evropy jsou usnesení příslušných rezortních ministrů k otázkám místní samosprávy.⁹

Ústavní zakotvení místního referenda

V České republice není institut místního referenda zakotven v ústavním pořádku. To však není věc v Evropě nikterak výjimečná, spíše naopak – většina evropských zemí nezakotvuje místní referendum ve svých ústavních předpisech. Výjimky však existují a ani jich není málo. Institut místního referenda zná podrobná Ústava Portugalské republiky, jejíž čl. 240 místní referendum výslovně předpokládá (*referendo local*) a v podrobnostech odkazuje na prováděcí zákon. V Polsku místní referendum (*referendum lokalne*) předpokládá čl. 170 tamní ústavy, která zároveň přiznává právo prostřednictvím tohoto institutu odvolat místního voleného činitele, tedy tzv. *recall*. I v Polsku ponechává Ústava podrobnosti zákonu. Místní referendum zná rovněž Ústava Chorvatské republiky v čl. 132 odst. 3 (*lokalni referendum*) nebo Ústava Maďarské republiky v čl. 44 odst. 1 (*helyi népszavazás*).

Ve Francii proběhla v roce 2003 revize ústavy, která do čl. 72–1 samosprávné referendum vtělila, jeho typem na nejnižší úrovni samosprávy je referendum místní (*référéndum local*). Přímé hlasování o místních záležitostech bylo v roce 1999 vtěleno i do čl. 41 Ústavy Belgického království (*consultation populaire; volksraadpleging; Volksbefragung*). Ve výčtu zemí, kde s místním referendem počítají na ústavní úrovni, nechybí ani Bulharsko – místní referendum zná čl. 136 odst. 1 (*референдум*) ústavy, přičemž druhý odstavce téhož článku předpokládá přímé hlasování pro stanovení hranic obce (*допитване до населението*).

Přímo z litery ústavního předpisu vyplývá možnost konat *miestne referendum* také na Slovensku. Čl. 67 odst. 1 Ústavy Slovenské republiky praví, že *územná samospráva sa uskutočňuje na zhromaždeniach obyvateľov obce, miestnym referendom, referendom na území vyššieho územného celku, orgánmi obce alebo orgánmi*

⁹ Mezi nimi zejména pak usnesení o místních referendech, které bylo přijato na Desáté konferenci evropských ministrů zodpovědných za místní správu v Haagu (15.–16. září 1993).

vyššieho územného celku. Spôsob vykonania miestneho referenda a referenda na území vyššieho územného celku ustanoví zákon. Místní referendum v zákonné rovině je roztrženo do tamního obecního zřízení, zákona o Košicích a zákona o hlavním městě Bratislavě. Každá z úprav vykazuje značné odlišnosti. Další konkrétnosti si obce stanovují samy.

V Rakousku a Německu místní referendum zakotvují ústavy jednotlivých složek federace. V druhé ze jmenovaných zemí byla skepse z technik přímé demokracie patrná ještě roku 1995, kdy pouze v Bádensku-Wirtembersku existovala (a to již od roku 1955) pro důležité záležitosti možnost použití technik přímé demokracie prostřednictvím rozhodnutí občanů.¹⁰ Od té doby během krátkého období zavedlo do svých ústav 15 ze 16 spolkových zemí místní referendum (*Bürgerentscheid*), z toho dvě země zavedly institut místního referenda rozhodnutím v referendu zemském (Bavorsko, Hamburk).¹¹ Jedinou výjimkou zůstával Berlín, kde byl institut místního referenda zaveden v roce 2005.

Ústavním textům obsahujícím zakotvení místního referenda je vesměs společné to, že jsou relativně nové, leckdy se jedná o základní zákony zemí, které mají zkušenost s nedemokratickými režimy. Většina států však setrvává na úpravě a zakotvení místního referenda v rovině jednoduchého práva (buď v obecných zákonech o místní či územní samosprávě nebo ve zvláštních zákonech o místním referendu). Najdou se dokonce i takové státy, které nechávají na daném úseku široký prostor pro normotvornou činnost obcí. V Nizozemí a Estonsku je místní referendum dokonce zcela odvislé od právních úprav samospráv. V Maďarsku pak existuje zákon, který dává obcím právo podmínky místního referenda konkretizovat.¹² Ať se již místní referendum těší ústavnímu, zákonnému či

¹⁰ FIALA, P., ROŽŇÁK, P., SCHUBERT, K., ŠIMÍČEK, V.: *Politický systém Spolkové republiky Německo*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 1994, s. 64–65.

¹¹ HAHNZOG, K.: Bayern als Motor für unmittelbare Demokratie. In HEUSSNER, H. K., JUNG, O. (Hg.): *Mehr direkte Demokratie wagen, Volksbegehren und Volksentschied: Geschichte – Praxis – Vorschläge*. 1. Aufl. München: Olzog-Verlag, 1999, S. 159–176.

¹² SVOBODA, K.: *Místní samospráva v Maďarsku*. Moderní obec, 2000, č. 7, s. 19.

podzákonnému zakotvení, je evidentní, že se jedná o celoevropskou záležitost.¹³

Předmět místního referenda

Předmět místního referenda lze stanovit způsobem pozitivním i negativním. **Pozitivní** definice předmětu místního referenda zcela prostě stanovuje okruh otázek, o nichž se smí konat místní referendum. Může tak být učiněno výčtem nebo generální klauzulí. Druhý způsob je častější. Zpravidla tak bývá stanoveno, že se místní referenda mohou konat o otázkách spadajících do samosprávy obcí. Z tohoto úhlu pohledu tak můžeme místní referenda členit na ratifikační a konzultativní.¹⁴ O prvních lze hovořit tam, kde obec v rámci své samostatné působnosti rozhoduje s konečnou platností (v jistých případech takřkajíc s platností nezvratnou). Konzultativní charakter má referendum tehdy, pokud je jeho výsledkem stanovisko obce k příslušné otázce, k níž má tato právo se jako dotčený subjekt vyjádřit, ne však o ní sama rozhodnout. Čl. 4 odst. 6 Evropské charty místní samosprávy v tomto smyslu stanoví, že s místními společenstvími, pokud to lze, se včas a vhodným způsobem konzultují otázky plánování a rozhodování ve všech věcech, které se jich přímo dotýkají.

Některá místní referenda, která jsou v České republice toliko konzultativní, mají v zahraničí charakter decisivní. Jedná se především o skupinu referend na téma jaderné energetiky. V tuzemsku mají taková referenda manifestační ráz, neboť obce jsou v postavení, kdy o této otázce nerozhodují. Výsledky místních referend by mohly být trochu odlišné, pokud by obce měly v dané

¹³ ŘÍČKA, T.: Místní referendum jako výraz přímé demokracie. Veřejná správa, 2005, č. 1–2, s. V (příloha) tvrdí, že místní referendum z členských států EU nezná Belgie. Není tomu tak, již od roku 1995 existuje v zemi zákon o místním referendu. Návrh na zavedení takového zákona byl v programu v té době opozičního politika G. Verhofstadta, s nímž vyhrál v tomtéž roce volby. Za deset let, které od té doby uplynuly, nastal rozmach v užívání tohoto institutu a hlasování se konala i ve větších městech (Mons, Lutych, Mouscron, La Louvière, Genk, Gent ad.).

¹⁴ Teoreticky odůvodněné členění místního referenda podle typu otázky na ratifikační a konzultativní, jakož i užití těchto pojmů viz VEDRAL, J. K novému zákonu o místním referendu. Právní zpravodaj, 2004, č. 3, s. 11. Obdobně i VEDRAL, J.: Zákon o místním referendu. Obec a finance, 2004, č. 1, s. 40.

věci silnější pozici. I v zahraničí je výběr lokality pro úložiště jaderného odpadu doprovázen obavami, ovšem zkušenosti ukazují, že právo obcí účastnit se rozhodování může na první pohled možná paradoxně hledání vhodné lokality urychlit. Souhlas obce s vybudováním hlubinného úložiště radioaktivního odpadu je obvykle vyžadován přímo ze zákonů, které upravují využívání jaderné energie. Ve Finsku tak byl dán potřebný souhlas obce Eurajoki.¹⁵ Ve Švédsku začaly průzkumné práce na lokalitě v Oskarshamnu přímo po úspěšném místním referendu v dané věci.¹⁶ Obdobně postupují ve Francii, Švýcarsku a Belgii.

Konzultativních místních referend může být někdy použito dokonce jako prostředku politického boje na úrovni celostátní. V roce 1997 bylo na Slovensku uskutečněno celostátní referendum, které se týkalo potencionálního vstupu země do NATO. Zároveň se mělo konat referendum o tom, zda má být prezident republiky volen přímo. To se ale nakonec neuskutečnilo. O rok později obce Štúrovo a Svätý Jur na protest proti vládní politice uskutečnily místní referenda s otázkami o vstupu do NATO i o přímé volbě prezidenta. Národní rada Slovenské republiky v reakci na tyto okolnosti přijala zákon, který měl taková referenda napříště vylučovat, zákon byl ovšem posléze zrušen Ústavním soudem SR.

Negativní definice předmětu místního referenda určuje okruh problémů, o kterých nelze místní referendum konat. V Bulharsku není možné konat místní referendum o rozpočtu a místních poplatcích, o půjčkách od bank ale již například lze.¹⁷ V Maďarsku nesmí být místní referendum konáno o rozpočtu samosprávy a o nařízení, jímž se stanovují místní daně, dále v záležitostech organizačního a personálního charakteru a o rozpuštění zastupitelstva.¹⁸ Finanční otázky samosprávy bývají obvykle podrobeny zákazu konat o nich místní referendum (Česko, Portugalsko, Španělsko, Maďarsko, Arménie, Rusko, některé

¹⁵ <http://www.severskelisty.cz/noviny/uda0365.htm> [stav ke dni 30. 12. 2008].

¹⁶ SEQUENS, E.: *Rada SÚRAO: práva obcí ministerstva netrápí!* [stav ke dni 3. 8. 2006]. Dostupný z

<http://www.calla.cz/index.php3?path=dablik/cisla&inc=dablik15.inc#AA>.

¹⁷ DRUMEVA, E.: *Local Government in Bulgaria* [stav ke dni 30. 12. 2008]. Dostupný z <http://lgi.osi.hu/publications/2001/81/Stab-Bulgaria.pdf>.

¹⁸ SVOBODA, K.: *Místní samospráva v Maďarsku*. Moderní obec, 2000, č. 7, s. 19.

německé spolkové země), mezi výjimky patří např. Polsko,¹⁹ Švýcarsko, Makedonie nebo Slovensko. V Irsku dokonce nemůže být místní referendum konáno o ničem jiném než o návrzích finančních plánů.²⁰

Dalším okruhem, který bývá z rozhodování prostřednictvím místního referenda vyňat, je odvolávání volených činitelů obce. Výjimkou v tomto směru je Polsko, kde je odvolání volených činitelů v místním referendu zaručeno samotnou ústavou. Na Slovensku je prostřednictvím místního referenda odvolatelný starosta. Ten zde navíc nemůže být odvolán zastupitelstvem, což paradoxně starostovu pozici posiluje, neboť s ohledem na kvórum účasti (viz dále) jsou taková hlasování často deklarována jako neplatná. Ve Spojeném království existuje možnost prostřednictvím referenda stanovit, zda má být starosta volen přímo.

Nejčastěji bývají předmětem místního referenda otázky spojené s životním prostředím a jeho ochranou, investičními akcemi obcí, nakládáním s komunálním majetkem či dopravou. Téměř každá země však má své specifikum. V Norsku, kde má místní referendum dlouhou tradici, byl téměř sto let (od roku 1894 do roku 1989) hlavním předmětem místních referend prodej alkoholu na území komunity – zprvu hlasování sloužilo jako zbraň odpůrců prodeje, postupem času se změnilo ve zbraň zastánců.²¹ Dnes zůstává častým předmětem rozhodování věc vyučovacího jazyka na základní škole.²² Z Belgie je pak znám případ místního referenda ve flanderském městě Gent, kde se rozhodovalo o tom, zda má být zavedena

¹⁹ IZDEBSKI, H.: *Samorząd terytorialny. Podstawy ustroju i działalności*. Wyd. 1. Warszawa: Wydawnictwo prawnicze, 2001, s. 127–128.

²⁰ EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION): *Replies to the Questionnaire on the Use of Referendums* [stav ke dni 29. 12. 2008]. Dostupný z [http://www.venice.coe.int/docs/2004/CDL-EL\(2004\)011prov-bil.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2004/CDL-EL(2004)011prov-bil.asp).

²¹ BJÖRKLUND, T.: *Country-by-Country Overview: Norway*. In KAUFMANN, B., WATERS, M. D. (eds.): *Direct Democracy in Europe*. 1st ed. Durham: Carolina Academic Press, 2004, p. 100-101.

²² COUNCIL OF EUROPE: Local referendum. Report prepared by the Steering Committee on Local Authorities (CDLR) for the 10th Conference of European Ministers responsible for Local Government, The Hague 15–16 September 1993. 1st ed. Strasbourg: Council of Europe Press, 1993, p. 12.

bezplatná městská hromadná doprava.²³ Referendum nebylo validní a potýkalo se s překážkami, které mu byly kladeny do cesty ze strany politických představitelů města. V Dánsku se za posledních 35 let polovina referend týkala rušení místních veřejných škol.²⁴

Ve Finsku je nejčastějším předmětem místních referend změna hranic obcí,²⁵ totéž se dá říci také o Estonsku, Nizozemí, Rumunsku, Slovinsku, Švédsku či Rakousku. V Maďarsku krom slučování a rozdělování obcí je tématem místních referend také situace, kdy chce obec být součástí jiného vyššího celku. Ostatně konzultace s dotčenými občany, nejlépe formou referend, při změnách hranic místních samosprávných jednotek vyžaduje čl. 5 Evropské charty místní samosprávy. Jinak než referendem (tzv. obligatorní referendum) nelze o těchto otázkách rozhodnout v Česku (v případě hlasování o oddělení části obce se hlasuje pouze v části, která se chce oddělit), Slovensku (nelze hlasovat v části obce; referendum se i v případě rozdělování obcí musí konat na celém území obce), Maďarsku, některých spolkových zemích v Rakousku apod.

Vyhlášení místního referenda

Obecně lze rozeznat dvě cesty, jak k místnímu referendu dospět. Buď je referendum vyhlášeno z iniciativy obyvatelstva obce (většinou po předchozí podpisové akci), anebo z rozhodnutí politické reprezentace, nejčastěji zastupitelstva obce. Zatímco v Česku je o poznání častější z obou cest vyhlášení místního pouze z rozhodnutí zastupitelstva, např. v Bavorsku je 85 % hlasování vyvoláno cestou zdola, pouze zbylých 15 % pak rozhodnutím zastupitelstva.²⁶

²³ Jak vyplývá z oficiálních stránek města Gent, které lze nalézt na: <http://www.gent.be> [stav ke dni 30. 12. 2008].

²⁴ KJAERULFF-SCHMIDT, S.: *Country-by-Country Overview: Denmark*. In KAUFMANN, B., WATERS, M. D. (eds.): *Direct Democracy in Europe*. 1st ed. Durham: Carolina Academic Press, 2004, p. 53.

²⁵ SUTELA, M.: *Suora kansanvalta kunnassa*. 1. p. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 2000, cit. dle ANCKAR, D.: *Country-by-Country Overview: Finland*. In KAUFMANN, B., WATERS, M. D. (eds.): *Direct Democracy in Europe*. 1st ed. Durham: Carolina Academic Press, 2004, p. 60.

²⁶ REHMET, F., WENISCH, S.: *Zehn-Jahres-Bericht bayerischer Bürgerbegehren und Bürgerentscheide*. [stav ke dni 2. 8. 2006]. Dostupný z <http://www.democracy-international.org/fileadmin/pdf/md/bavarian-report.pdf>.

V Belgii je v nejmenších obcích nutno sesbírat alespoň 20 % podpisů obyvatel jednotky (nikoliv toliko oprávněných osob). Ještě do roku 1998 byly procenty vyjádřené počty nižší, avšak ani přes úspěšný sběr stanoveného počtu podpisů neexistoval právní nárok na vyhlášení hlasování. Nyní je situace opačná, ale za cenu zpřísnění počtu osob.²⁷ Obecně lze říci, že tam, kde není právní nárok na vyhlášení referenda nebo kde místní referendum není závazné, bývá požadovaný počet podpisů nízký. Ve Finsku to je 5 % místního elektorátu²⁸ a v Estonsku dokonce jen 1 % (nejméně však 5 podpisů).

Ve Spojeném království stanovuje počty osob nutných k iniciování místního referenda nařízením příslušný člen kabinetu (*Secretary of State*), je však vázán minimální hranicí 5 % v Anglii a 10 % ve Walesu. Možnost připojit se k návrhu má každý volič s právem hlasovat v komunálních volbách, může tak učinit i telefonicky nebo elektronickými prostředky.²⁹ V Německu si konkrétní právní úpravu volí spolkové země, v Hamburku to je od 2 % do 3 %, v Sasku-Anhaltsku od 6 % do 15 %, v Bavorsku 3 % až 10 %, v Bádensku-Wirtembersku 5 % až 10 %, Meklenbursko-Přední Pomořansko má 2,5 % až 10 %, Severní Porýní-Vestfálsko 3 % až 10 %, Porýní-Falc 6 % až 15 %, Sársko 5 % až 15 %, Durynsko 13 % až 17 %, v závislosti na počtu obyvatel obce. Ostatní země mají hranici stanovenou jednotně a všechny shodně na 10 %, výjimkou je Sasko, kde je zavedeno jednotně 15 %, nicméně jednotlivé obce hranici můžou snížit až na 5 %.³⁰ To, že jsou obce různě lidnaté, respektuje v úpravě podpisů nutných pro vyvolání referenda také Lucembursko. Stejný přístup volí i Česko, pro obce do 3 000 obyvatel je nutno sesbírat podpisy minimálně 30 % oprávněných osob; pro největší obce (s více než 200 000 obyvateli)

²⁷ VERHULST, J.: *Country-by-Country Overview: Belgium*. In KAUFMANN, B., WATERS, M. D. (eds.): *Direct Democracy in Europe*. 1st ed. Durham: Carolina Academic Press, 2004, p. 38.

²⁸ ANCKAR, D.: *Country-by-Country Overview: Finland*. In KAUFMANN, B., WATERS, M. D. (eds.): *Direct Democracy in Europe*. 1st ed. Durham: Carolina Academic Press, 2004, p. 60.

²⁹ Toto oprávnění vyplývá přímo ze zákona o místní správě (*Local Government Act 2000*), jeho znění srov. <http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts2000/20000022.htm> [stav ke dni 30. 12. 2008].

³⁰ <http://mehr-demokratie.de/287.html> [stav ke dni 30. 12. 2008].

pak platí, že návrh na konání referenda musí mít podporu alespoň 6 % oprávněných osob.

Na Slovensku lze vyhlásit místní referendum po podpisové akci, které se musí podařit sesbírat 30 % oprávněných osob (v Bratislavě a Košicích postačí 20 %). V Polsku pak je nutno sesbírat alespoň 10 % podpisů oprávněných osob, navíc existuje omezený časový úsek na tuto akci, který činí 60 dnů.³¹ V Maďarsku je na kolekci podpisů stanoven dokonce jen jeden měsíc. Minimální počet podpisů upravuje obecní nařízení, to je však limitováno požadavky tamního zákona o místním referendu, který stanoví mantinel zleva ohraničený desetiprocentní hranicí, zprava hranicí pětadvacetiprocentní.

Vedle iniciativy občanů může místní referendum navrhnout také okruh osob zastávajících určitou pozici. V Maďarsku je okruh osob, které mohou starostovi navrhnout, aby se konalo místní referendum, upraven velmi široce. Patří mezi ně přinejmenším čtvrtina zastupitelů nebo výbor zastupitelstva.³² V Bulharsku má kromě elektorátu právo iniciativy alespoň čtvrtina zastupitelstva, starosta nebo správce oblasti (v Bulharsku neexistují samosprávné regiony). I proto je místní referendum v Bulharsku jevem poměrně častým.³³ Cestou shora i zdola lze konat místní referendum také v Lucembursku, Česku, Finsku, Francii, Španělsku, Švédsku, Estonsku, Slovensku, Makedonii, Portugalsku a jinde.

Některé otázky hlasovacího procesu

Hlasovací proces není redukovatelný na pouhé hlasování. To je sice jeho jádrem, ale nevyčerpává jej. Ještě před hlasováním musí proběhnout jeho řádná příprava. Tou rozumíme rozličné technické a organizační záležitosti, které je pro hladký a zákonný průběh hlasování nezbytno zajistit. Je tedy nutno především určit hlasovací okrsky a v nich informovat oprávněné osoby, zajistit tisk hlasovacích

³¹ IZDEBSKI, H.: *Samorząd terytorialny. Podstawy ustroju i działalności*. Wyd. 1. Warszawa: Wydawnictwo prawnicze, 2001, s. 131.

³² SVOBODA, K.: *Místní samospráva v Maďarsku*. Moderní obec, 2000, č. 7, s. 19.

³³ IVANOVA SIRAKOVA, N.: *Country-by-Country Overview: Bulgaria*. In KAUFMANN, B., WATERS, M. D. (eds.): *Direct Democracy in Europe*. 1st ed. Durham: Carolina Academic Press, 2004, p. 46.

lístků a jejich distribuci do náležitě vybavených hlasovacích místností.

První otázkou hlasování je, kdo se jej vůbec může účastnit. To je zpravidla vázáno na státní občanství, dosažení určité věkové hranice (obvykle 18 let, ale v Belgii např. 16 let) a trvalý pobyt na území obce. Česká právní úprava přiznává hlasovací právo také občanům Evropské unie. Vzhledem k tomu, že žádný předpis Evropské unie nepřiznává unijním občanům právo hlasovat v místním referendu tam, kde mají trvalé bydliště, jde česká zákonná úprava nad rámec plynoucí z práva Evropské unie. Všichni cizinci (nejen občané EU) pak mají právo hlasovat v místním referendu v Belgii či na Slovensku. V moderních demokraciích je samozřejmostí, že právo volit ve volbách a hlasovat v referendech je všeobecné. Některé státy však otálely se zavedením volebního práva žen dokonce až do druhé poloviny 20. století. V Norsku například získaly ženy právo hlasovat v místním referendu dokonce o plných 20 let dříve než právo volit do zákonodárného orgánu.³⁴

Hlasování probíhá podle české úpravy v jednom dni (stejně jako např. v Arménii, Chorvatsku či Maďarsku). Pouze tehdy, pokud se místní referendum pořádá souběžně s volbami, pak se koná ve stejnou dobu, která je stanovena pro uspořádání voleb. Naopak ve Francii je zakázáno konat místní referendum s jakýmkoliv typem voleb a dokonce také v průběhu jejich kampaně.³⁵ Ve Finsku platí zákaz konat místní referendum společně s volbami,³⁶ v Polsku nesmí být místní referendum uskutečněno v pracovní den³⁷ a v Rumunsku je třeba místní referendum konat v neděli. V Belgii musí být hlasování konáno rovněž v neděli, pořádat místní referendum nelze

³⁴ BJÖRKLUND, T.: *Country-by-Country Overview: Norway*. In KAUFMANN, B., WATERS, M. D. (eds.): *Direct Democracy in Europe*. 1st ed. Durham: Carolina Academic Press, 2004, p. 60.

³⁵ <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=INTX0300060L> [stav ke dni 30. 12. 2008].

³⁶ COUNCIL OF EUROPE: *Local referendum. Report prepared by the Steering Committee on Local Authorities (CDLR) for the 10th Conference of European Ministers responsible for Local Government, The Hague 15–16 September 1993*. 1st ed. Strasbourg: Council of Europe Press, 1993, p. 15.

³⁷ IZDEBSKI, H.: *Samorząd terytorialny. Podstawy ustroju i działalności*. Wyd. 1. Warszawa: Wydawnictwo prawnicze, 2001, s. 131.

souběžně s volbami a v ochranné době před nimi. V Maďarsku nesmí referendum připadnout na den státního svátku a den před ním a po něm.³⁸

V průběhu hlasovacího procesu je stěžejním tělesem okrsková komise, neboť těžiště práce této komise spočívá v zajištění vlastního hlasování a ve sčítání a posuzování hlasů hlasujících. Komise bývají dosti často složeny z laiků, nicméně např. v Rumunsku, kde je okrsková komise složena maximálně ze šesti členů a předsedy komise, jsou členové vybíráni ze stran, které mají zastoupení v místním zastupitelstvu. Předseda je obvykle právník (soudce nebo státní zástupce) nebo jiná osoba, která se v dané lokalitě těší dobré reputaci.³⁹

Vlastní hlasování se provádí zpravidla prezenční formou. V případě místních referend se však může vyzkoušet řada postupů, které – osvědčí-li se – mohou být využity i v případě voleb. V některých zemích se tak používá i distanční formy hlasování. Ve skotském městě Edinburgh se v roce 2005 konalo místní referendum o dopravních otázkách, přičemž se hlasovalo jenom korespondenční formou (a to po dobu dvou týdnů). Účast byla vzhledem k velikosti města mimořádně vysoká. Korespondenční cestou lze v místním referendu hlasovat rovněž ve Švýcarsku a Bavorsku. Budoucnost pak patrně patří elektronickému hlasování (e-vote). Tento způsob se již v Estonsku používá v případě voleb.

Pokud se hlasuje klasickeou cestou, bývá pravidlem, že se tak děje bez zastoupení a tajně. Po příchodu do hlasovací místnosti hlasující prokazuje svoji totožnost a následně se odebere do prostoru, kde upraví hlasovací lístek. To se obvykle děje tak, že křížkem v příslušném rámečku hlasující označí předtištěnou odpověď ano nebo ne, podle toho, pro kterou variantu hlasuje. Česká úprava zná vedle toho též třetí možnost – zdržení se hlasování. Ten, kdo se chce zdržet, na hlasovacím lístku neoznačí žádnou odpověď.

³⁸ EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION): *Replies to the Questionnaire on the Use of Referendums* [stav ke dni 29. 12. 2008]. Dostupný z [http://www.venice.coe.int/docs/2004/CDL-EL\(2004\)011prov-bil.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2004/CDL-EL(2004)011prov-bil.asp).

³⁹ TERPE, H. P.: *Country-by-Country Overview: Romania*. In KAUFMANN, B., WATERS, M. D. (eds.): *Direct Democracy in Europe*. 1st ed. Durham: Carolina Academic Press, 2004, p. 107.

Důsledky plynoucí z hlasování

Nejzávažnější důsledky, které z místního referenda plynou, jsou platnost a závaznost. Česká právní úprava považuje za platná taková místní referenda, jichž se zúčastnilo alespoň 35 % oprávněných osob. Rozhodnutí v místním referendu je závazné, hlasovala-li pro ně nadpoloviční většina oprávněných osob, které se místního referenda zúčastnily, a alespoň 25 % oprávněných osob zapsaných v seznámech. Konstrukce platnosti a závaznosti je zpřísněna v případě místního referenda, v němž se rozhoduje o oddělení části obce (obligatorní referendum) nebo o sloučení obcí, resp. o připojení obce k jiné obci. Takové rozhodnutí je v místním referendu přijato, jestliže pro ně hlasovala více než polovina ze všech oprávněných osob zapsaných v seznámech, tedy nikoliv pouze z příchozích. Nutná většina se počítá z oprávněných osob: v případě oddělení v té části obce, popřípadě částech obce, která se má oddělit, v případě sloučení obcí nebo připojení obce v té obci, ve které byl návrh přípravného výboru podán. Platné a závazné rozhodnutí, které z místního referenda vzejde, bude změnitelné či zrušitelné opět pouze novým referendem, to však bude možné ve stejné věci konat až po uplynutí 24 měsíců.

V Maďarsku platí, že nové místní referendum o stejné otázce nemůže být vyhlášeno po dobu jednoho roku od konání místního referenda předchozího. Výsledek referenda je platný a závazný, pokud se jej zúčastní stanovený počet oprávněných.⁴⁰ Ve Spojeném království nesmí orgány místní správy konat místní referendum po dobu pěti let od konání referenda předchozího, místní referendum je závazné.⁴¹ V Bulharsku nesmí být ve stejné věci konáno referendum dva roky od toho předchozího, rozhodnutí vzešlé z hlasování je závazné, hranice platnosti je stanovena na 50 %.⁴² Ve Francii je práh platnosti také 50 % a referendum je závazné,⁴³ stejná konstrukce

⁴⁰ SVOBODA, K.: *Místní samospráva v Maďarsku*. Moderní obec, 2000, č. 7, s. 19.

⁴¹ <http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts2000/20000022.htm> [stav ke dni 30. 12. 2008].

⁴² DRUMEVA, E.: *Local Government in Bulgaria* [stav ke dni 30. 12. 2008]. Dostupný z <http://lgi.osi.hu/publications/2001/81/Stab-Bulgaria.pdf>.

⁴³ Loi organique n° 2003–705 du 1^{er} août 2003 relative au référendum local. Dostupný

platí i na Slovensku,⁴⁴ v Chorvatsku a v Portugalsku. V Polsku je hranice platnosti stanovena na 30 % oprávněných osob, referendum je rovněž závazné.⁴⁵

V Německu leží úprava platnosti na jednotlivých spolkových zemích. V Hamburku tak hranici platnosti neznají vůbec, v Bavorsku se odvíjí v závislosti na počtu obyvatel komunity, ve většině zemí bývá kolem 20 % až 30 %. Závaznost referenda je časově omezena od jednoho roku do tří let, během nichž lze výsledek místního referenda zvrátit toliko referendem novým.⁴⁶ V německých zemích se ovšem většinou nepoužívá kvórum účasti (*participation quorum*), nýbrž kvórum schvalovací (*approval quorum*). To znamená, že platnost se neodvíjí od počtu příchozích, nýbrž od počtu hlasujících pro většinovou odpověď.

Závazná místní referenda naopak neznají ve Finsku, Estonsku, Irsku, Itálii, Lucembursku ani ve Švédsku (kde dokonce není ani právní nárok na jeho vyvolání). V Dánsku není místní referendum závazné a dokonce ani není upraveno zákonem, byť se o takovém zákoně vede debata. Přesto se místní referenda konají a mají především politickou váhu. Belgickou zvláštností zůstává to, že není-li dosaženo potřebné mety účasti, hlasy se vůbec nepočítají a hlasovací lístky jsou ihned spáleny. Místní referendum v Belgii navíc také není závazné.⁴⁷

Soudní kontrola místního referenda

Soudní kontrola politických procesů obecně musí oscilovat někde mezi tezí, že politické rozhodnutí (nadto přímo vzešlé z vůle občanů)

<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=INTX0300060L>
[stav ke dni 30. 12. 2008].

⁴⁴ FILKO, J.: K otázkám petičního práva a miestneho referenda v územnej samospráve v Slovenskej republike. *Správní právo*, 2005, č. 6, s. 390.

⁴⁵ IZDEBSKI, H.: *Samorząd terytorialny. Podstawy ustroju i działalności*. Wyd. 1. Warszawa: Wydawnictwo prawnicze, 2001, s. 126.

⁴⁶ KAMPWIRTH, R.: *Country-by-Country Overview: Germany*. In KAUFMANN, B., WATERS, M. D. (eds.): *Direct Democracy in Europe*. 1st ed. Durham: Carolina Academic Press, 2004, p. 65.

⁴⁷ VERHULST, J.: *Country-by-Country Overview: Belgium*. In KAUFMANN, B., WATERS, M. D. (eds.): *Direct Democracy in Europe*. 1st ed. Durham: Carolina Academic Press, 2004, p. 38.

by nemělo být soudně přezkoumatelné vůbec, a stanoviskem, že soudní kontrola politických procesů má být zcela detailní. Jeden extrém může vést až k hrozbě neexistence ochrany zfalšovaného hlasování, druhý vlastně rozhodnutí občanů *de facto* nahrazuje rozhodnutím soudu.

Soudní kontrola místního referenda může být prováděna až po konání místního referenda, pak můžeme mluvit o kontrole následné. Kromě ní existuje též kontrola předběžná, tedy taková, dojde-li k soudní ingerenci před tím, než je v místním referendu hlasováno, někdy dokonce ještě před tím, než je místní referendum vůbec vyhlášeno.

Soudnictví ve věcech místního referenda má mnoho styčných ploch se soudnictvím volebním. Proto také není neobvyklé, že k řízení ve věcech místního referenda jsou příslušné tytéž soudy jako ve věcech (místních) voleb (půjde o soudy obecné, správní či zvláštní volební).

Za určitých okolností se řízení může dostat i před Ústavní soud. V Česku se tak může stát prostřednictvím ústavní stížnosti. Jinde však ústavní tribunály mohou být řádnou součástí přezkumu referend. Např. v Maďarsku je soudní ochrana proti odmítnutí vyhlásit místní referendum, porušení právních předpisů při jeho konání nebo proti nelegálnímu odmítnutí projednat lidovou iniciativu svěřena ústavnímu soudu.⁴⁸ V Portugalsku je zakotvena preventivní kontrola místního referenda. Otázku navrženou k rozhodnutí v místním referendu posuzuje Ústavní soud Portugalské republiky, měřítkem mu je ústavnost a zákonnost otázky, teprve po kladném stanovisku soudu se smí místní referendum konat. Většina navržených referend přitom před soudem neobstojí.⁴⁹

Závěrečné úvahy

Identifikace člověka s veřejnou sférou začíná právě na místní úrovni. Na stejné úrovni také začíná proces politické socializace a

⁴⁸ SVOBODA, K.: *Místní samospráva v Maďarsku*. Moderní obec, 2000, č. 7, s. 19.

⁴⁹ EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION): *Replies to the Questionnaire on the Use of Referendums* [stav ke dni 29. 12. 2008]. Dostupný z [http://www.venice.coe.int/docs/2004/CDL-EL\(2004\)011prov-bil.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2004/CDL-EL(2004)011prov-bil.asp).

politizace individua, neboť obec je v podstatě jednotkou přirozenou. Místní úroveň bývá zbavena ideologického podtextu, čímž jsou dány předpoklady k tomu, aby fungovala spolupráce mezi politickými entitami, která by byla na vyšších úrovních nemyslitelná. Upozaděna je i role veřejných sdělovacích prostředků. V politické rovině je tato mnohost vyjádřitelná zcela prostým schématem: menší jednotky, vyšší participace – a naopak. Toto schéma v zásadě platí v celé Evropě.

Co se týče možnosti referendum iniciovat (počty podpisů nutných k jeho vyvolání) a o některých otázkách konat (předmět), můžeme konstatovat, že v těchto ohledech není právní úprava místního referenda v České republice nikterak významně restriktivní oproti úpravám v jiných evropských zemích. Je pravda, že méně omezení obsahují předpisy na daném úseku v Bulharsku, Maďarsku, Polsku, Slovensku a ve většině spolkových zemí v Německu. Složitější je naopak konat místní referendum v Dánsku, Norsku, Finsku nebo Belgii.

Ani počet uskutečněných místních referend, jedno z dalších měřítek přívětivosti právní úpravy, se nepohybuje ve srovnání s některými dalšími státy na některém z kvantitativních extrémů. Ve Francii nejsou místní referenda příliš častá, koná se jich jen asi 20 ročně.⁵⁰ V Polsku bylo během sedmi let (1995–2002) uskutečněno asi 200 místních referend, tedy ani ne 30 ročně.⁵¹ V Dánsku se mezi lety 1970 a 2002 konalo v 80 obcích více než 160 místních referend, což představuje 5 referend za rok.⁵² V Norsku se ve stejném období (tedy mezi lety 1970 až 2002) konalo 514 místních referend, 16 ročně v průměru.⁵³ Za uplynulých pět let se v Česku uskutečnilo o dost více než 100 místních referend a mnoho dalších anket, z nichž

⁵⁰ ŠPOK, R., ŘIHÁČKOVÁ, V., WEISS, T., BARTOVIC, V., DROMARD, J.: *Místní referenda v České republice a ve vybraných zemích Evropské unie*. 1. vyd. Praha: Institut pro evropskou politiku Europeum, 2006, s. 57.

⁵¹ <http://www.iri-europe.org/reports/referendumchallenge.pdf> [stav ke dni 18. 7. 2006].

⁵² KJAERULFF-SCHMIDT, S.: *Country-by-Country Overview: Denmark*. In KAUFMANN, B., WATERS, M. D. (eds.): *Direct Democracy in Europe*. 1st ed. Durham: Carolina Academic Press, 2004, p. 51.

⁵³ BJÖRKLUND, T.: *Country-by-Country Overview: Norway*. In KAUFMANN, B., WATERS, M. D. (eds.): *Direct Democracy in Europe*. 1st ed. Durham: Carolina Academic Press, 2004, p. 60.

nemalá část je v místním tisku označována též jako referenda. Průměrně se tedy konalo přes 20 referend ročně. V Německu se každoročně koná asi 200 místních referend, z toho polovina v Bavorsku.⁵⁴ Skutečnost, že místní referenda nejsou v Česku jen jevem zřídka, je možná dána vysokým počtem malých obcí, kde se přímá hlasování konají zdaleka nejčastěji.

Počet uskutečněných referend se odvíjí rovněž od toho, zda jsou jejich výsledky závazné. V zemích s nezávaznými referendy je politické využití nízké. Tam, kde jsou referenda závazná, bývá počet uskutečněných referend vyšší, byť mezi jednotlivými zeměmi výrazně kolísá. Závazná referenda můžeme najít především mezi státy střední a východní Evropy, nezávazná pak v severní a západní Evropě (výjimky existují na obou stranách).⁵⁵

Účast na hlasování je pak ovlivňována širokou škálou faktorů. Jedním z těch důležitých je i samotná právní úprava místního referenda, význam nepochybně má i termín a čas hlasování. Účast v referendu může být snižována také vysokou frekvencí referend nebo voleb. Ve Švýcarsku, Mekce přímé demokracie, probíhá hlasování na místní úrovni nikoliv pouze často, ale téměř průběžně. Obecní úřad zajišťuje skoro každé 2 měsíce hlasování i k několika věcem současně.⁵⁶ Tyto okolnosti tak mají vliv na nikoliv vysokou účast. Ve většině obcí je ale místní referendum nahrazeno obecními shromážděními, takže místní referenda koná jen asi pětina obcí, přičemž se jedná o ty největší.⁵⁷

Nezpochybnitelně působí na participaci oprávněných osob také atraktivita otázky, o níž se hlasuje. Mezi další činitele s významným vlivem na účast v místním referendu patří také počasí, sociální a demografická struktura v dané obci, celospolečenské klima, politická

⁵⁴ HAHNZOG, K.: Bayern als Motor für unmittelbare Demokratie. In HEUSSNER, H. K., JUNG, O. (Hg.): Mehr direkte Demokratie wagen, Volksbegehren und Volksentschied: Geschichte – Praxis – Vorschläge. 1. Aufl. München: Olzog-Verlag, 1999, S. 159–176.

⁵⁵ Viz shodné výsledky, k nimž dochází SMITH, M. L.: *Přímá demokracie v praxi: Politika místních referend v České republice*. 1. vyd. Praha: ISEA a Sociologický ústav AVČR, 2007, s. 25.

⁵⁶ BENEŠ, S.: *Švýcarské poznatky*. Moderní obec, 2000, č. 9, s. 31.

⁵⁷ RUPPEN, P.: *Country-by-Country Overview: Switzerland*. In KAUFMANN, B., WATERS, M. D. (eds.): *Direct Democracy in Europe*. 1st ed. Durham: Carolina Academic Press, 2004, p. 122.

situace nebo to, jaká cesta vedla k jeho vyhlášení, tedy zda je místní referendum vyhlašováno z iniciativy přípravného výboru nebo z prostého rozhodnutí zastupitelstva bez dalšího.

Všechny vypočtené faktory mají svůj vliv, větší či menší, avšak empirické poznatky zřetelně ukazují, že v místním referendu je nejdůležitějším faktorem velikost obce co do počtu obyvatel. Platí, že čím větší obec, tím hůře je možné najít téma, které se dotýká skutečně všech osob v daném místě. Čím větší obec, tím také menší váha jednotlivého hlasu, což má za následek demotivaci participovat na místním referendu. Svůj vliv má i vyšší míra formalizace sousedských a vnitroobecních vztahů ve velkých jednotkách.

Ve švýcarském městě Lausanne, které má necelých 130 000 obyvatel, se v letech 1923 až 1991 konalo 21 přímých hlasování. Průměrná účast byla 26 %. Padesátiprocentní hranice byla překročena pouze ve třicátých letech v otázce místních daní (o nich ovšem v řadě zemí hlasovat nelze), v roce 1988 pak ještě přesáhla 40 % v otázce pořadatelsví zimní olympiády. Ale například v otázce otevírací doby obchodů dosáhla účast pouze 9 %, což bylo méně, než kolik činil počet osob, které se podepsaly pod návrh přípravného výboru.⁵⁸

Závěry o nepřímé úměře mezi účastí a počtem oprávněných osob v komunitě jsou celoevropským fenoménem. Kvantitativní výzkum týkající se této problematiky byl proveden v Bavorsku. Tato studie se týkala údajů zjištěných o 750 místních referendech, která se v této spolkové zemi konala mezi listopadem 1995 a zářím 2005.

POČET OBYVATEL V KOMUNITĚ	PRŮMĚRNÁ ÚČAST	POČET REFEREND
Do 2000	64,8 %	100
2001 až 5 000	56,2 %	212
5 001 až 10 000	50,8 %	177

⁵⁸ COUNCIL OF EUROPE: Local referendum. Report prepared by the Steering Committee on Local Authorities (CDLR) for the 10th Conference of European Ministers responsible for Local Government, The Hague 15–16 September 1993. 1st ed. Strasbourg: Council of Europe Press, 1993, p.42–44.

10 001 až 30 000	40,9 %	145
30 001 až 50 000	41,3 %	47
50 001 až 100 000	28,5 %	26
100 001 až 500 000	28,5 %	35
500 001 a výše	23,2 %	8

Tabulka 1: Korelace mezi počtem obyvatel v obci a participací v místních referendech v Bavorsku v letech 1995–2005. Zdroj: REHMET, F., WENISCH, S.: *Zehn-Jahres-Bericht bayerischer Bürgerbegehren und Bürgerentscheide*. [stav ke dni 2. 8. 2006]. Dostupný z <http://www.democracy-international.org/fileadmin/pdf/md/bavarian-report.pdf>

Právě v Bavorsku je přitom v evropském kontextu nejsofistikovaněji zakotvena úprava platnosti hlasování v místním referendu, neboť respektuje to, že obce jsou rozdílně lidnaté. Pro jednotky pod 50 000 obyvatel je mez platnosti stanovena na 20 %, pro jednotky mezi 50 001 a 100 000 obyvateli na 15 % a pro ještě větší komunity na 10 % (jde o schvalovací kvórum). Požadované mety nedosahuje 16 % lidových hlasování, nejčastěji v obcích, které mají těsně pod 50 000 obyvatel. Odstupňované hranice zde byly zavedeny v roce 1999, po čtyřleté zkušenosti s konáním místních referend (v Bavorsku před rokem 1995 nebylo přímé hlasování na místní úrovni upraveno, v letech 1995–1999 neexistovala žádná hranice platnosti, to však v jednom ze svých rozhodnutí kritizoval zemský ústavní soud, přičemž stanovil lhůtu pro nápravu takového stavu).⁵⁹

Bavorský příklad inspiruje k tomu, aby se zašlo ještě dále, a platnost rozhodnutí v místním referendu byla odvozena od účasti při posledních volbách do zastupitelstev obcí, které se v daném místě konaly. Výhoda takové konstrukce tkví v individuálním posuzování každé obce. Logika věci je dána i tím, že rozhodnutí oprávněných osob by mělo zcela stejný mandát jako případné rozhodování zastupitelů. Může-li v dané otázce rozhodnout zastupitelstvo, které

⁵⁹ REHMET, F., WENISCH, S.: *Zehn-Jahres-Bericht bayerischer Bürgerbegehren und Bürgerentscheide*. [stav ke dni 2. 8. 2006]. Dostupný z <http://www.democracy-international.org/fileadmin/pdf/md/bavarian-report.pdf>.

zvolila dejme tomu třetina voličů, může tím spíše tato třetina rozhodnout o dané věci přímo (takové řešení není prolomením zastupitelského principu, stále je třeba mít na paměti dlouhou řadu otázek, o nichž se místní referendum konat nesmí – viz negativní definice předmětu místního referenda).

Naznačené řešení může být zkombinováno s pevně zakotvenou hranicí platnosti. Lze si tak představit, že k platnosti rozhodnutí v místním referendu postačí překročit mez 50 % (z logiky většiny hlasujících), teprve nebude-li tato překročena, pak lze platnosti rozhodnutí v místním referendu dosáhnout i za naplnění alternativní podmínky – překročení hranice počtu osob (ať již stanoveného absolutním číslem či procentem), které se účastnily posledních voleb do místního zastupitelstva. Dosavadní poznatky dokládají, že účast v místních referendech a komunálních volbách se většinou nijak drasticky neliší, podobnou účast v referendech a volbách na místní úrovni vykazuje i Spojené království. Účast na obou typech participace občanů na místní správě zde není nijak závratná, pohybuje se řádově nad 30 %.⁶⁰

V případě některých států by samozřejmě s přihlédnutím k místním specifikům mohlo být pro některé typy referend kvórum zpřísněno. V České republice by takovým případem byla referenda týkající se rozhodování o rozdělování obce. Již dnes jsou v této oblasti podmínky zpřísněny a zachování tohoto stavu lze jen doporučit. V Česku totiž během devadesátých let 20. století stoupl počet obcí o více než dva tisíce a překročil tak šestitisícovou hranici. Pro srovnání: v Nizozemsku je počet obcí menší než 500 a stále klesá,⁶¹ v Lotyšsku mají něco přes 500 obcí,⁶² v Maďarsku je obcí kolem 3 000,⁶³ v Bulharsku evidují přes 300 obcí,⁶⁴ ve Švédsku jen

⁶⁰ Viz CARLINE, P.: *Country-by-Country Overview: Britain*. In KAUFMANN, B., WATERS, M. D. (eds.): *Direct Democracy in Europe*. 1st ed. Durham: Carolina Academic Press, 2004, p 42.

⁶¹ MRÁZKOVÁ, R.: Veřejná správa v Nizozemsku: Inspirace pro hledání vhodných řešení v České republice. Veřejná správa, 2004, č. 6, s. 25.

⁶² KAMENÍČKOVÁ, V.: *Několik poznámek o samosprávě v Lotyšsku*. Obec & finance, 2000, č. 4, s. 47.

⁶³ SVOBODA, K.: *Místní samospráva v Maďarsku*. Moderní obec, 2000, č. 7, s. 18.

⁶⁴ SVOBODA, K.: *Místní správa a samospráva v Bulharsku*. Moderní obec, 1996, č. 9, s. 46.

přibližně 300 obcí, což je desetina oproti stavu o 50 let dříve.⁶⁵ V silně decentralizovaném Švýcarsku je asi 2 900 obcí,⁶⁶ v Rakousku kolem 2 300 obcí,⁶⁷ v několikrát lidnatější Itálii jen o málo více obcí než v Česku (přes 8 000).⁶⁸ V Norsku je výsledkem slučování obcí z 80. let dnešní stav, který čítá méně než 500 obcí,⁶⁹ v Estonsku je asi 250 obcí,⁷⁰ Polsko má obcí asi 2 500.⁷¹ Dánsko i Portugalsko mají méně než 300 obcí, Finsko asi 450 a Belgie pod 600. Velké evropské státy Německo a Španělsko mají 16 000, resp. 8 000 obcí.⁷² Přibližně srovnatelná s Českem – po přepočtu počtu obcí na počet obyvatel – je Francie se zhruba 36 000 obcemi.⁷³

Země	% obcí pod 1000 obyvatel	Průměrný počet obyvatel v obci	Průměrná rozloha obce (km ²)
Anglie	0	123 000	533
Litva	0	66 000	1 166
Bulharsko	0	35 000	432
Švédsko	0	29 500	1 595
Nizozemí	0,2	20 500	60

⁶⁵ SUK, J.: Blahodárná dezintegrace na švédský způsob: Jak se Knivsta odtrhla od Uppsaly. *Veřejná správa*, 2001, č. 12, s. 24.

⁶⁶ BENEŠ, S.: *Švýcarské poznatky*. Moderní obec, 2000, č. 9, s. 31.

⁶⁷ WILDMANNOVÁ, M., ŠELEŠOVSKÝ, J., et al.: *Územní samospráva v ČR, Rakousku a SRN*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2001.

⁶⁸ JUNGOVÁ, I.: *Veřejná správa v Itálii*. *Veřejná správa*, 2005, č. 10, s. 22.

⁶⁹ VIDLÁKOVÁ, O.: *Místní správa a samospráva v Norsku*. S' 91, 1991, č. 11, s. 14.

⁷⁰ KAMENÍČKOVÁ, V.: Územní samospráva v Estonsku. Vývoj, uspořádání a financování veřejné správy. *Obec & finance*, 2001, č. 2, s. 50.

⁷¹ KAMENÍČKOVÁ, V.: Územní samospráva v Polsku. Změny v uspořádání a financování provedené v roce 1999. *Obec & finance*, 2002, č. 1, s. 50.

⁷² PEKOVÁ, J.: Unifikovaný model neexistuje. Některé problémy územní samosprávy a místních financí v intencích integrace do EU. *Veřejná správa*, 1999, č. 25, s. 21.

⁷³ HEGER, V.: Francie: Další decentralizace po dvaceti letech. *Veřejná správa*, 2003, č. 49, s. 26.

Dánsko	0	18 000	150
Polsko	0	16 000	130
Slovinsko	3	10 300	106
Finsko	5	10 500	730
Norsko	4	9 000	710
Chorvatsko	3	8 800	104
Rumunsko	2	7 600	81
Itálie	24	6 500	38
Estonsko	9	5 700	178
Španělsko	61	5 000	60
Lotyšsko	32	4 300	115
Maďarsko	54	3 300	32
Slovensko	68	1 900	17
Česko	80	1 700	13
Francie	77	1 300	15

Tabulka 2: Průměrná velikost obcí ve vybraných zemích v Evropě. Zdroj: <http://denik.obce.cz/go/clanek.asp?id=6152156> [stav ke dni 2. 12. 2008].

Hudbou budoucnosti jsou náměty na eliminaci nevýhod referenda, které spočívají v jeho rigiditě, striktnosti a absenci alternativ či vyjevení preferencí do detailu. Vede se diskuze, která mohou být tyto handicapy, doposud referendu imanentní, překlenuty či alespoň zmírněny.⁷⁴ Významnou inovací by mohl být způsob hlasování, který by se podobal systému jediného přenosného hlasu (*single transferable vote*, nesprávně *irský systém*), případně

⁷⁴ Otázkou se zabývá CASELLA, A., GELMAN, A.: *A Simple Scheme to Improve the Efficiency of Referenda* [stav ke dni 3. 12. 2008]. Dostupný z <http://www.nber.org/papers/w11375.pdf>; nebo též BRAMS, S., KILGOUR, M., ZWICKER, W.: *Voting on Referenda: The Separability Problem and Possible Solutions* [stav ke dni 3. 10. 2006]. Dostupný z <http://www.econ.nyu.edu/cvstarr/working/1997/RR97-15.pdf>.

alternativnímu hlasování (*alternative vote*, nesprávně *australský systém*). Referendum by nebylo omezeno na výběr ze dvou variant, ale bylo by možné tímto způsobem hlasovat např. o prioritních akcích dané obce. Oprávněná osoba by hlasovala tak, že by čísla (od 1 do x , kde x je počet variant, o nichž se hlasuje) vyznačila své preference. Systém je pro oprávněnou osobu jednoduchý, pro okrskové komise při sčítání hlasů již tolik ne. Jeho výhodami jsou vyšší efektivita a úspora a také důslednější ochrana menšiny, neboť méně hlasů propadne. Tam, kde je nutno nyní konat deset referend, by napříště stačilo jediné. V některých státech již s takovýmto způsobem hlasování experimentují.

Celoevropským trendem je stále vyšší důležitost místních referend. Pokud jednou země zavede místní referendum s jistými parametry (závaznost, předmět, soudní ochrana), jen málokdy pravidla pro konání zpříšňuje (zde existují výjimky) či dokonce referendum z právního řádu odstraní (takový případ mi v demokraciích není znám). I proto by tématu měla být věnována vzrůstající pozornost.

Kontaktní údaje na autora – email:

filous@seznam.cz

Předosvojitelská péče ve světle evropské a mezinárodní úpravy

Mgr. Petr Sedlák

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Katedra občanského práva, Česká republika

Abstract:

The aim of this article is to make more clear the system of preadoptional care in the Czech republic in relation to international documents and international relationships.

In the first part of article the author opens the main questions of the article and further he concerns with the general meaning of preadoptional care and draws the line between the preadoptional care or more precisely adoption in general and the other types of substitutive family care, known by the Czech law.

The second part of article is related to the legal regulation of preadoptional care in international law documents and the national law. The special concern is put on the novel of Civil code, preparing nowadays by the Ministry of Justice. Author describes and tries to analyze the touch of preadoptional care in main international documents, which are part of Czech national law. He also analyzes the present national legal regulation and projection of international documents and prepared international documents into the regulation in view.

In the third part gives the author his opinion to the solution of crashing preadoptional care. The special part is given to the question of habitual residence and possibility of using the EC regulation 2201/2003, Brusel II.bis.

The last part is collection of authors conclusions.

1. Úvod do problematiky

Péče budoucích osvojitelů o dítě, které se má stát jejich osvojencem, před vlastním rozhodnutím o osvojení může být při efektivním uchopení daného právního institutu významným prvkem

ochrany práv dítěte a zároveň může poskytnout i samotným budoucím osvojitelům zásadní prostředek reflexe jejich rozhodnutí stát se osvojiteli. Její význam je třeba opovědně hodnotit i ve vztahu k osvojením s cizím prvkem, resp. ve vztahu k osvojení z a do ciziny, a to ať již osvojení uskutečňovaných v režimu „private adoptions“, tedy bez zprostředkování oficiálním státním, nebo státem uznaným zprostředkovatelem, nebo v režimu zprostředkovaných osvojení např. na základě Haagské úmluvy o ochraně dětí a spolupráci při mezinárodním osvojení¹.

V současné právní úpravě je tato tzv. předosvojitelská péče upravena pouze velmi kuse na rozdíl od připravované rekodifikace občanského zákoníku, kde je těžiště zájmu soudu přesunuto právě do oblasti předosvojitelské péče. Cílem této práce by mělo být zaměřit se obecně na význam předosvojitelské péče. Především je třeba odpovědět na otázku, zda je předosvojitelské péče vůbec nutná, a pokud ano, kdo o ní má rozhodnout, v jakém rozsahu má být vykonávána a zda a jak má být prováděn státní dohled nad jejím výkonem.

Další významnou otázkou, která se otevírá v souvislosti s předosvojitelskou péčí, je možnost jejího nahrazení jinou formou náhradní rodinné či jiné faktické péče o nezletilé dítě. Je třeba zhodnotit skutečný obsah takto vykonávaných „péčí“ a jejich právní úpravu, nicméně tato otázka dalece přesahuje rámec této práce, a proto se k ní pokusím vyjádřit pouze v maximálně stručné míře.

V neposlední řadě je třeba zodpovědět otázky vázající se k předosvojitelské péči v mezinárodním prostředí. V oblasti mezinárodních osvojení je předosvojitelská péče a její praktické dopady velmi diskutovanou otázkou. Je třeba zhodnotit rozsah ochrany práv dítěte zaručovaný vynucenou předosvojitelskou péčí v cizině před osvojením. Rád bych zabýval i procesními otázkami, které jsou s předosvojitelskou péčí bytostně a neodmyslitelně spojeny.

¹ Pro Českou republiku vyhlášena sdělením Ministerstva zahraničních věcí č. 43/2000 Sb.m.s.

1.1. Podstata předosvojitelské péče

Myšlenka osvojení je od počátku založena na premise, že při osvojení se jedná o imitaci, fikci biologického svazku rodičovství přirozeného (*adoptioe natura imitatur*). Důsledkem je statusová změna významná jak pro právo soukromé, tak i veřejné². Vzhledem k významu takové změny je nutné, aby byl celý proces významně ovlivněn veřejným prvkem směřujícím k ochraně práv slabšího subjektu vztahu, tedy nezletilého dítěte. Prvotní myšlenkou při osvojení by nemělo být „pouze“ zajistit dítěti náhradní výchovné prostředí, případně náhradní rodinnou péči, byť je osvojení systematicky i logicky řazeno mezi instituty náhradní rodinné péče, ale vůdčím hlediskem by měla být vůle vytvořit rodinu³, což osvojení činí jedinečným institutem náhradní rodinné výchovy, neboť ostatní instituty by měly vycházet z předpokladu návratu dítěte do původní, biologické, rodiny po opadnutí překážky, která znemožňuje ponechání dítěte v původním rodinném prostředí.⁴ Z uvedeného důvodu je charakter předosvojitelské péče naprosto nezastupitelný, neboť právě v jejím průběhu má rozhodující orgán získat dostatek odůvodněných indicíí vedoucích nakonec k závěru, že mezi budoucím osvojitelem a osvojencem se vytvořil vztah, který je mezi rodiči a dětmi, a tím je splněna základní podmínka pro osvojení jako takové. Právě v předosvojitelské péči je nutné vytvořit vztah, který zákon předpokládá pro osvojení, tedy vytvoření vztahu jako mezi rodiči a dítětem⁵. Existence takového vztahu je, resp. by měla být, vždy tou nejzákladnější hmotněprávní podmínkou osvojení, která by měla být naplněna před rozhodnutím soudu o osvojení.

Zároveň existence uvedeného vztahu je tím základním definičním znakem, který odlišuje osvojení, resp. předosvojitelskou péči, od jiných forem náhradní rodinné péče, které naopak jako základní

² Hrušáková M., Králíčková Z.: České rodinné právo. Brno: Masarykova univerzita, nakladatelství Doplněk, 2006, s. 278

³ srov. ust. § 63 odst. 1 zákona o rodině

⁴ Hrušáková M., Králíčková Z.: České rodinné právo. Brno: Masarykova univerzita, nakladatelství Doplněk, 2006, ohledně svěřeni do péče třetí osoby strana 320, ohledně pěstounské péče strana 326

⁵ srov. ust. § 63 zákona o rodině

charakter mají nevytvoření takového vztahu a zachování, resp. posilování pout mezi dítětem dočasně odejmutým z rodinného prostředí a jeho biologickou rodinou, k níž by se po opadnutí překážky, pro kterou bylo dítě z rodiny odebráno, mělo dítě navrátit.⁶

Naopak vytvoření vztahu, který je předpokladem osvojení v jiné formě náhradní rodinné péče by, dle názoru autora, mělo být považováno za selhání dané formy náhradní rodinné péče a nezvládnutí funkce pěstouna nebo osoby, jíž je dítě svěřeno do péče třetí osoby. Danou situaci reflektuje návrh rekodifikace občanského zákoníku, která, na rozdíl od současné úpravy ust. § 69 odst.4 zákona č. 94/1963 Sb., o rodině, vylučuje možnost nahrazení předosvojitelské péče péčí osoby, které je dítě svěřeno do péče jiné osoby než rodiče. Nicméně nadále, dle názoru autora nevhodně, nevylučuje nahrazení předosvojitelské péče pěstounskou péčí.

Doktrinální výklad pěstounské péče⁷ ji charakterizuje, jako péči, při které se nemění status dítěte a jejíž účel je jiný než osvojení a je ji nutno chápat jako institut předpokládající pravidelné kontakty rodiče a dítěte. Obdobně uvádí i Národní zpráva o rodině, zpracovaná Ministerstvem práce a sociálních věcí v roce 2004, že *„[H]lavním cílem pěstounské péče je zajistit dítěti osobní individuální péči, obdobnou té, která je poskytována dětem ve vlastních rodinách a která je z dlouhodobých zkušeností nejoptimálnějším prostředím pro vývoj dítěte. Rodičům zpravidla zůstává zachována rodičovská zodpovědnost, mohou se s dítětem stýkat a mají k němu vyživovací povinnost. Vazby dítěte k širší rodině bývají také většinou zachovány. Při úspěšné pěstounské péči zůstávají vazby mezi bývalými pěstouny a dítětem zachovány i po skončení pěstounské péče, bývalí pěstouni často suplují také roli prarodičů pro potomky dětí, kterým poskytli náhradní rodinu.“*⁸

Dle Sobotkové⁹ se u pěstounské péče objevuje tendence k poklesu zájmu žadatelů. Pěstounská péče je často chápána jako

⁶ Hrušáková M., Králíčková Z.: České rodinné právo. Brno: Masarykova univerzita, nakladatelství Doplněk, 2006, s. 320, s.326

⁷ srov. Hrušáková M., Králíčková Z.: České rodinné právo. Brno: Masarykova univerzita, nakladatelství Doplněk, 2006, s. 326

⁸ Ministerstvo práce a sociálních věcí: Národní zpráva o rodině, Praha, 2004, [citováno dne 31.8.2008] Dostupná na <http://www.mpsv.cz>

⁹ Citováno tamtéž.

náhrada za osvojení. Žádá ji stále více bezdětných manželů, kteří ovšem mají typickou „adoptivní motivaci“, což někdy představuje závažná ohrožení pro budoucí pěstounskou péči.

Ve vztahu k osvojení, resp. předosvojitelské péči, která může být, dle současné úpravy pěstounskou péčí nahrazena, je pozitivem, že jsou detailně vymezeny požadavky na pěstouna a otázky, které jsou dotčené orgány povinny zkoumat. Na rozdíl od institutu svěření dítěte do péče jiné osoby než rodiče, se výraznou měrou kryjí s požadavky na budoucí osvojitele, čímž je do budoucna zajištěn alespoň elementární základ ochrany práv nezletilých dětí.

Stejně lze vymezit, s odkazem na již citovaný výklad¹⁰, i svěření dítěte do péče třetí osoby. Dle prof. Hrušákové a doc. Králíčkové, lze svěření do péče třetí osoby charakterizovat jako nejvolnější formu náhradní rodinné výchovy¹¹ za situace, kdy rodičům brání ve výkonu péče subjektivní nebo objektivní překážky, zpravidla krátkodobého charakteru. Vychází se z předpokladu, že po opadnutí překážky se dítě vrátí do původní rodiny.

Úprava ust. § 45 zákona o rodině je poměrně kusá a k nutným šetřením soudu, případně opatrovníka se vůbec nevyjadřuje. Z dikce ust. § 45 odst. 1 zákona o rodině vyplývá, že soud musí před svěřením dítěte do péče ověřit, zda je svěření nutné vzhledem k zájmu dítěte, dále je třeba posoudit, zda osoba, které je dítě svěřováno, poskytuje záruku řádné výchovy, a je třeba, aby dítě souhlasilo. Takto generálně vymezené okolnosti, které má soud zkoumat, sice umožňují volné pole působnosti soudu a odpovídají i volnému charakteru svěření do péče třetí osoby, ale v konfrontaci s okolnostmi, které jsou povinny zkoumat orgány sociálně-právní ochrany dětí při zprostředkování osvojení a v zásadě i soud v řízení o osvojení, resp. při nařízení předosvojitelské péče, jak je výše uvedeno, se jeví takto široce specifikované okolnosti jako prostor pro příliš široké možnosti uvážení správního orgánu, resp. soudu. Samozřejmě je nutné vycházet i z ust. § 176 an. zákona č. 99/1963

¹⁰ Hrušáková M., Králíčková Z.: České rodinné právo. Brno: Masarykova univerzita, nakladatelství Doplněk, 2006, s. 320

¹¹ Hrušáková M., Králíčková Z.: České rodinné právo. Brno: Masarykova univerzita, nakladatelství Doplněk, 2006, s. 320

Sb., občanský soudní řád, které upravují v rámci nesporných řízení péči soudu o nezletilé.

2. Právní úprava předosvojitelské péče

2.1 Předosvojitelská péče a Haagská úmluva o ochraně dětí a spolupráci při mezinárodním osvojení

Základním mezinárodněprávním dokumentem upravujícím osvojení dětí z ciziny a do ciziny je Haagská úmluva o ochraně dětí a spolupráci při mezinárodním osvojení ze dne 29. května 1993, která vstoupila v platnost 1. května 1995, vypracovaná Haagskou konferencí mezinárodního práva soukromého.

Systém mezinárodních osvojení je postaven, v případě předání dítěte do péče náhradních rodičů, jak na možnosti osvojení dítěte ve státě původu a odjezdu osvojitelů s osvojencem ze státu původu až po osvojení, tak i na možnosti svěření dítěte do předosvojitelské péče budoucích osvojitelů a dokončení osvojení po přemístění dítěte do přijímajícího státu v daném státě obvyklého pobytu budoucích osvojitelů.

Daným závěrům odpovídá i dikce ust. čl. 2 odst. 1 citované úmluvy, dle kterého se úmluva se použije v případech, kdy dítě, jehož obvyklé bydliště je v jednom smluvním státě ("stát původu"), bylo přemístěno, je přemísťováno nebo má být přemístěno do jiného smluvního státu ("přijímající stát") buď po svém osvojení ve státě původu manželi nebo jednou osobou s obvyklým bydlištěm v přijímajícím státě nebo za účelem takového osvojení v přijímajícím státě nebo ve státě původu (citováno dle českého znění, Sbírka mezinárodních smluv ČR)¹². Úmluva sama tedy ve svém definičním

¹² The Convention shall apply where a child habitually resident in one Contracting State ("the State of origin") has been, is being, or is to be moved to another Contracting State ("the receiving State") either after his or her adoption in the State of origin by spouses or a person habitually resident in the receiving State, or for the purposes of such an adoption in the receiving State or in the State of origin. (originální znění, zdroj www.hcch.net)

ustanovení „mezinárodních osvojení“ předpokládá situace, kdy je dítě osvojováno ve státě původu nebo je za účelem osvojení přemísťováno do přijímajícího státu (srov. text ustanovení v poznámce pod čarou). Oba postupy jsou státy původu uplatňovány. Osvojení před přemístěním dítěte využívá např. Srí Lanka¹³, kdežto svěření dítěte do předosvojitelské péče s pozdějším osvojením v přijímajícím státě využívá např. Česká republika.

Mimo ust. čl. 2 odst. 1 úmluvy je významné pro fungování předosvojitelské péče v systému úmluvy též ust. čl. 20, dle kterého se budou ústřední orgány vzájemně informovat o postupu osvojení a o opatřeních přijatých pro jeho dokončení, jakož i o pokroku během zkušebního umístění, pokud je zkušební doba vyžadována. Zásadní vliv má též čl. 21, dle kterého pokud se osvojení má uskutečnit po přemístění dítěte do přijímajícího státu a ústřední orgán tohoto státu zjistí, že další umístění dítěte u budoucích osvojitelů není v nejlepším zájmu dítěte, tento ústřední orgán podnikne opatření potřebná pro ochranu dítěte, zejména a) zařídí, aby dítě bylo odňato budoucím osvojitelům, a zabezpečí mu dočasnou péči; b) po poradě s ústředním orgánem státu původu zařídí neprodleně nové umístění dítěte za účelem osvojení nebo, pokud to není vhodné, zařídí náhradní dlouhodobou péči; osvojení nemůže být provedeno, dokud ústřední orgán státu původu nebyl náležitě informován o nových budoucích osvojitelích; c) v krajním případě, pokud to vyžaduje zájem dítěte, zařídí jeho navrácení. S přihlédnutím zejména k věku a stupni vyspělosti dítěte s ním bude situace projednána a, pokud je to vhodné, bude získán jeho souhlas s opatřeními podle tohoto článku.¹⁴

¹³ dle dokumentů prezentovaných Úřadem pro mezinárodněprávní ochranu dětí, www.umpod.cz

¹⁴ *Article 20 (Haag33)*

The Central Authorities shall keep each other informed about the adoption process and the measures taken to complete it, as well as about the progress of the placement if a probationary period is required.

Article 21(Haag33)

(1) Where the adoption is to take place after the transfer of the child to the receiving State and it appears to the Central Authority of that State that the continued placement of the child with the prospective adoptive parents is not in the child's best interests, such Central Authority shall take the measures necessary to protect the child, in particular –

Na základě těchto ustanovení je možno sledovat vývoj svěřeného dítěte v péči budoucích osvojitelů a zasáhnout do výkonu péče v případě, že další umístění dítěte v péči budoucích osvojitelů se nejeví v souladu s jeho nejlepšími zájmy, vč. následného řešení situace takto vzniklé.

Nelze *a priori* konstatovat, který systém, tedy využívání předosvojitelské péče nebo vyřešení vlastního osvojení již před přemístěním dítěte do státu budoucího bydliště, poskytuje větší ochranu práv svěřovaným dětem. Sebelepší systém není schopen bezvýhradně zabezpečit prevenci selhání nové rodiny. Jsou známy případy patnácti dětí, které zemřely v péči nových rodičů, kteří tyto děti osvojili v Ruské Federaci, a stejně tak je znám i případ nez. E.I., který byl rozhodnutím Úřadu pro mezinárodněprávní ochranu dětí v Brně, tedy ústředním orgánem České republiky, svěřen do péče budoucích osvojitelů do Švédska, kde byl následně osvojen a po šestiměsíčním pobytu ve Švédsku zemřel, přičemž rodiče byli obviněni z týrání chlapce a následně odsouzeni za neposkytnutí pomoci k trestu odnětí svobody.

Následující text by se měl zaměřit na zhodnocení fungování českého systému svěřování dětí do předosvojitelské péče, zejména jeho výhody a modely řešení vzniklých problematických situací. Zásadní otázkou, kterou by měly následující kapitoly zodpovědět, je klasifikace problémů s rozpadající se předosvojitelskou péčí a procesní způsoby jejich řešení ve vztahu k evropským předpisům, zejména k nařízení Rady Evropských společenství č. 2201/2003, ze dne 27. listopadu 2003, o příslušnosti a uznávání a výkonu rozhodnutí ve věcech manželských a ve věcech rodičovské zodpovědnosti a o zrušení nařízení (ES) č. 1347/2000 (dále jen

a) to cause the child to be withdrawn from the prospective adoptive parents and to arrange temporary care;

b) in consultation with the Central Authority of the State of origin, to arrange without delay a new placement of the child with a view to adoption or, if this is not appropriate, to arrange alternative long-term care; an adoption shall not take place until the Central Authority of the State of origin has been duly informed concerning the new prospective adoptive parents;

c) as a last resort, to arrange the return of the child, if his or her interests so require.

(2) Having regard in particular to the age and degree of maturity of the child, he or she shall be consulted and, where appropriate, his or her consent obtained in relation to measures to be taken under this Article.

„Brusel II. bis“), které ač přímo na otázky osvojení nedopadá, resp. je vylučuje ze své úpravy, může být použitelné na řešení jmenovaných situací.

2.2 Dotčení předosvojitelské péče v jiných mezinárodněprávních dokumentech

Zásadní pro českou právní úpravu z významnějších právních dokumentů, a to vzhledem k „europeizaci“ českého práva, je Evropská úmluva o osvojení dětí¹⁵. Úmluva vznikla na půdě Rady Evropy a byla přijata 24.4.1967 ve Štrasburku. Jménem České republiky byla úmluva podepsána 15.12.1999. V současné době prochází závěrečnými fázemi schvalovacího procesu Rady Evropy návrh revidované Evropské úmluvy o osvojení dětí, jejíž přípravu dokončila příslušná pracovní skupina Rady Evropy CJ-FA-GT1 v červenci 2006.

Předosvojitelské péče se dotýká z Evropské úmluvy o osvojení dětí ust. čl. 17, který je úvodním ustanovením fakultativní části Evropské úmluvy. Předosvojitelská doba je Evropskou úmluvou chápána jako časový prostor, který je poskytnut příslušnému orgánu, který o osvojení rozhoduje, aby si učinil přiměřený úsudek o budoucích vztazích v případě, že by bylo osvojení povoleno. Důvodová zpráva¹⁶ obsahově pouze parafrázuje ust. čl. 17 Evropské úmluvy.

Při hodnocení daného ustanovení je třeba především zdůraznit fakultativní charakter druhé části Evropské úmluvy. Evropská úmluva namísto zdůraznění myšlenky, aby předosvojitelská doba byla brána jako prostor pro vznik vztahu mezi osvojencem a osvojitelem, tedy aby primárně sloužila k potřebám subjektů osvojení, zdůrazňuje charakter předosvojitelské doby jako období,

¹⁵ Pro Českou republiku vyhlášena sdělením Ministerstva zahraničních věcí č. 132/2000 Sb.m.s.

¹⁶ 55. As mentioned in point 32 of the present report, Contracting Parties are recommended to stipulate that an adoption may not be granted until the child has been in the care of the adopters for a period which is not specified except that it should be long enough to enable the competent authority to arrive at a reasonable assessment of their future relations if the adoption were granted.

(<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/058.htm>)

kdy by měl orgán rozhodující o osvojení dojít k přesvědčení, že základy výše uvedeného vztahu vznikly. Je tedy chápána spíše jako prostor pro vrchnostenský orgán, který o osvojení rozhoduje.

Obdobně upravuje problematiku předosvojitelské doby i návrh revidované Evropské úmluvy, který se od původního textu, krom zvláštního zdůraznění nejlepších zájmů dítěte jako nejvyššího kritéria, výrazně neliší.¹⁷

2.3 Předosvojitelská péče v českém právu

Úprava předosvojitelské péče se v českém právu rozpadá do úpravy dané soukromoprávním předpisem, tedy zákonem o rodině a jeho ust. § 69, a do úpravy dané veřejným právem, tedy zákonem č. 359/1999 Sb., o sociálně-právní ochraně dětí, který upravuje detailně postup orgánů sociálně-právní ochrany dětí při zprostředkování náhradní rodinné péče, tedy upravuje i postupy pro předosvojitelskou péči.

Zákon o rodině, jak výše uvedeno, předosvojitelské péči věnuje ust. § 69, který stanovuje v odst. 1, že před rozhodnutím soudu o osvojení musí být dítě nejméně po dobu tří měsíců v péči budoucího osvojitele, a to na jeho náklad. Dle odst. 2 téhož ustanovení o svěření dítěte, které je v ústavu nebo v zařízení pro děti vyžadující okamžitou pomoc z rozhodnutí soudu nebo z vůle rodičů, do péče budoucích osvojitelů rozhodne orgán sociálně-právní ochrany dětí; ustanovení § 67 až 68b platí obdobně. V souladu s odst. 3 téhož ustanovení rozhodne-li se pěstoun osvojit dítě svěřené mu do pěstounské péče, nevyžaduje se, aby před rozhodnutím soudu o osvojení bylo dítě nejméně po dobu tří měsíců v péči pěstouna na jeho náklad, pokud pěstounská péče trvala alespoň po tuto dobu. Dle odst. 4 ustanovení odstavce 3 platí obdobně v případech, kdy se rozhodne osvojit dítě svěřené mu do výchovy jiná fyzická osoba než

¹⁷ States Parties are free to require that the child has been in the care of the adopter before adoption is granted for a period long enough to enable a reasonable estimate to be made by the competent authority as to their future relations if the adoption were granted. In this context the best interests of the child shall be the paramount consideration. (čl. 18 návrhu revidované Evropské úmluvy ve znění k 16.8.2006, dostupné na www.coe.int)

rodič podle § 45, a v případech, kdy se rozhodne osvojit dítě poručník, který o ně osobně pečuje.

Z výše uvedeného ustanovení je zřejmé, jakým způsobem je vymezována předosvojitelská péče. Jednak je stanoven její časový rozsah, tedy minimálně tři měsíce, dále je vymezen okruh subjektů, které rozhodují o svěřeni dítěte do péče budoucích osvojitelů a konečně i možnosti jejího nahrazení.

Pro současný zákon o rodině je příznačné, že umožňuje svěřeni dítěte do péče budoucích osvojitelů jednak „úřední cestou“ a jednak akceptuje i faktické předání dítěte do péče budoucích osvojitelů rodiči, resp. zákonnými zástupci dítěte. Uvedené vyplývá z ust. § 69 odst. 2 zákona o rodině, neboť se pouze pro děti, které jsou umístěny v ústavu nebo v zařízení pro děti vyžadující okamžitou pomoc, je stanoven specifický režim rozhodování orgánem sociálně-právní ochrany dětí. Jinak je „dispozice“ s dítětem plně v rukou jeho zákonných zástupců. Obsah předosvojitelské péče není současným zákonem o rodině upraven. Stejně tak není upraven ani postup hodnocení předosvojitelské péče soudem při rozhodování o osvojení.

Fakticky tak je současná právní úprava v rozporu s ust. čl. 17 Evropské úmluvy, dle které je předosvojitelská doba dána primárně k dispozici orgánu rozhodujícímu o osvojení k posouzení budoucích vztahů, jelikož současná právní úprava umožňuje, aby se nezletilé dítě k soudu fakticky dostalo z nesledované péče a soudu pak fakticky nezbyvá než posuzovat aktuální situaci s velmi ztíženou možností přezkoumání vlastního vývoje a vzniku vztahů v rodině před podáním návrhu na osvojení.

2.4 Předosvojitelská péče v navrhovaném Občanském zákoníku¹⁸

Oblast úpravy osvojení prošla v důsledku přístupu ČR k řadě mezinárodních dokumentů od roku 1989 výraznou modernizací, a to pak zejména vzhledem k přijetí Evropské úmluvy o osvojení dětí z roku 1963, jejímž nutným důsledkem je harmonizace hmotného

¹⁸ ve znění návrhu ke dni 31.8.2008, aktuální verze k 1.3.2009 je k dispozici i se změnou číslování jednotlivých ustanovení na specializovaných stránkách ministerstva spravedlnosti <http://obcanskyzakonik.justice.cz>

práva smluvních států dle úmluvou stanovených obecných standardů platných především v „nekomunistické“ (vzhledem k době přijetí úmluvy) Evropě. V současné době je v ČR účinná úprava, které ve většině svých ustanovení odpovídá, sice již starší, nicméně stále efektivně fungující a řadu států oslovující úpravě připravené Radou Evropy. Navíc současná úprava reflektuje vývoj náhradní rodinné péče dle jeho dlouhodobého a i mezinárodně uznávaného vývoje.

Při přípravě rekodifikace občanského zákoníku se v textu konsolidovaného znění ke dni 12.2.2008 nepromítla připravovaná revize Evropské úmluvy o osvojení, ač bylo deklarováno, že jedním z myšlenkových zdrojů revizních prací na občanském zákoníku je úprava příslušných mezinárodních smluv a nařízení i směrnic přijatých na úrovni Evropské unie, jakož i návrhy vznikající na této úrovni.¹⁹ Absolutní nedostatek promítnutí navrhovaného znění mohlo mít dva elementární důsledky, buď dílčí novelizaci připravovaného občanského zákoníku nebo nepřistoupení České republiky k revidovanému textu úmluvy, což by bylo vzhledem k výrazně vyššímu standardu ochrany práv dětí spíše horším řešením. Ustanovení připravované revize Evropské úmluvy o osvojení se tak promítla do textu návrhu rekodifikace občanského zákoníku až na poslední chvíli, a to i tak ne zcela úplně.

V návrhu revidované Evropské úmluvy o osvojení se předpokládá povinnost provést šetření ohledně vhodnosti osvojitele, schopnosti být osvojitelem a okolností a motivů budoucího osvojitele již předtím, než je dítě svěřeno do péče budoucího osvojitele. I toto zamýšlené ustanovení jen podtrhuje význam předosvojitelské péče jako nezastupitelného prvku procesu osvojení a zároveň zdůrazňuje povinnost prověřit základní otázky spojené se subjekty již v této fázi, tedy fakticky před přemístěním dítěte do rodiny budoucího osvojitele, a proto je vhodné v zásadě přenést úpravu úmluvy do textu návrhu občanského zákoníku.

Návrh rekodifikace občanského zákoníku se pokusil odstranit současnou dvoukolejnost rozhodování o předosvojitelské péči, kdy o ní rozhodují dílem soudy a dílem orgány sociálně-právní ochrany dětí. Dle navrhovaného ust. § 709 odst. 2 o předání dítěte do péče

¹⁹ Srov. Důvodová zpráva k návrhu rekodifikační novely k občanskému zákoníku, str. 17, <http://obcanskyzakonik.justice.cz>

osvojitele před osvojením rozhoduje na jeho návrh soud. Soud před rozhodnutím provede šetření ohledně:

- osobnosti, zdravotního stavu a sociálního prostředí osvojitele, zejména jeho bydlení a domácnosti a jeho schopnosti pečovat o dítě;
- motivace osvojitele k osvojení;
- důvodů proč manžel osvojitele se nepřipojil k návrhu, pokud pouze jeden z manželů chce osvojit dítě;
- vzájemné vhodnosti dítěte a osvojitele a doby, po kterou bylo dítě v péči osvojitele;
- osobnosti, zdravotního stavu a sociálního prostředí dítěte, prostředí, ze kterého pochází a jeho statusových práv;
- etnického, náboženského a kulturního prostředí dítěte a osvojitele.

Zásadním pokrokem v rámci úpravy předosvojitelské péče, mimo uvedeného výlučného rozhodování soudu, je ust. § 713 odst. 2 navrhovaného textu, kde kterého péče osvojitele o osvojované dítě před osvojením trvá po dobu dostatečnou pro přesvědčivé zjištění, že se mezi osvojitelem a dítětem vytvořil takový poměr, jaký je smyslem a cílem osvojení; tato péče neskončí dříve než uplynutím šesti měsíců. Takto navrhovaný text již plně odpovídá požadavkům Evropské úmluvy o osvojení dětí, neboť *express verbis* se obsahem předosvojitelské doby stává vytvoření prostoru pro zjištění, zda došlo k vytvoření zákonem vyžadovaného poměru mezi budoucími osvojiteli a osvojencem. Časový rámec, který je v současném zákonu o rodině podstatným kritériem, je zde odsunut do pozadí a pouze dotváří celkový rámce stanovením minimální obligatorní doby trvání.

Toto ustanovení je doplněno ust. § 714 navrhovaného textu, dle kterého jsou poměry rodiny během předosvojitelské doby sledovány orgánem sociálně-právní ochrany dětí, který má povinnost informovat dále soud.

V souvislosti s předosvojitelskou péčí je text navrhovaného občanského zákoníku dále velmi precizně upravuje vztahy mezi biologickými rodiči a dítětem a mezi budoucími osvojiteli a

osvojencem. Ve vztazích rodič-dítě dochází *ex lege* k pozastavení výkonu rodičovské odpovědnosti po uplynutí tří měsíců od souhlasu s osvojením.²⁰ Navíc během předosvojitelské doby se pozastavuje vyživovací povinnost jiných osob.²¹

Ve vztazích mezi budoucími osvojiteli a osvojencem po dobu před osvojením návrh občanského zákoníku odkazuje na použití ustanovení o svěření dítěte do péče jiné osoby než rodiče.²²

Z uvedeného je seznatelné, že návrh občanského zákoníku se předosvojitelské péči věnuje komplexněji a odstraňuje základní nedostatky současné právní úpravy při respektování a promítnutí mezinárodních dokumentů.

3. Selhávající předosvojitelská péče v mezinárodních vztazích a řešení následků s ohledem na evropské právo

Předosvojitelská péče před rozhodnutím o osvojení může selhat. Důvodů může být několik. Jednak může dojít k takové změně situace v rodině budoucích osvojitelů, že osvojení není nadále vhodné z důvodů jejich vnitrorodinné situace a není ani vhodné další setrvání dítěte v rodině budoucích osvojitelů nebo v péči jednoho z nich, např. rozvod obou manželů. Další možností je situace, kdy se nezmění situace budoucích osvojitelů, nýbrž vzniknou, resp. se objeví dříve nezjištěné problémy, které nebyly diagnostikovány v době zprostředkování osvojení, pro které není možné dále v procesu osvojení pokračovat. Nejzávažnější variantou je pak situace, kdy budoucí osvojitelé svou pozici zneužívají, což vede k poškození nezletilého dítěte, a to ať v oblasti duševní nebo tělesné, nevyjímaje nejzávažnější možný následek, tedy smrt dítěte.

Mimo poslední varianty jsou v obou předchozích možné situace, ve kterých je vhodné, aby nezletilé dítě původně svěřené do péče

²⁰ srov. ust. § 709 návrhu novely OZ [citováno dne 31.8.2008] Dostupné na <http://obcanskyzakonik.justice.cz>.

²¹ srov. ust. § 713 odst. 3 návrhu novely OZ [citováno dne 31.8.2008] Dostupné na <http://obcanskyzakonik.justice.cz>.

²² srov. ust. § 713 odst. 1 návrhu novely OZ [citováno dne 31.8.2008] Dostupné na <http://obcanskyzakonik.justice.cz>.

dvou osob, budoucích osvojitelů, bylo buď zcela odňato z péče obou budoucích osvojitelů s tím, že žádná z těchto osob se nadále na péči o nezletilé dítě nebude podílet, nebo připadá do úvahy i situace, aby dítě bylo svěřeno *pro futuro* do výlučné péče jednoho z původně zamýšlených budoucích osvojitelů nebo aby bylo ponecháno v péči obou původních budoucích osvojitelů, ale v jiné formě náhradní rodinné péče.

Z mezinárodních úprav se této situace dotýká zásadním způsobem Haagská úmluva o ochraně dětí a spolupráci při mezinárodním osvojení. V již výše citovaném ust. čl. 21 upravuje postup za situace, kdy ústřední orgán přijímajícího státu zjistí, že další umístění dítěte u budoucích osvojitelů není v nejlepším zájmu dítěte. Při rozboru zmíněného ustanovení je seznatelné, že primárně odpovědným za zjištění závadného stavu je orgán přijímajícího státu, kterému tedy z daného ustanovení vyplývá mlčky povinnost sledovat stav umístění dítěte v péči budoucích osvojitelů, neboť jinak by obtížně mohl plnit povinnosti vyplývající ze zjištění nevhodnosti umístění, resp. obtížně by vůbec mohl k obdobnému závěru dojít. Obdobný závěr pak obsahuje i návrh Guide to Good Practice k Haagské úmluvě.²³ Ustanovení čl. 21 Haagské úmluvy v ust. písm. a) předpokládá odnětí dítěte z rodiny zamýšlených budoucích osvojitelů a následně řešení jeho situace umístěním v dlouhodobé péči odlišného subjektu (ust. písm. b)), resp. jako krajní možnost navrácení dítěte do státu původu dítěte (ust. písm. c)), vše viděno pismatem nejlepších zájmů dítěte. V rámci českého práva je možnost odnětí dítěte zaručena ust. § 76a občanského soudního řádu. V tomto bodě není tedy české právo v kolizi s mezinárodními ustanoveními, nicméně stejně ust. § 76a o.s.ř. bude použitelné pouze v případě, kdy dojde k nejzávažnějším poruchám vztahu budoucích osvojitelů a osvojence, zejména pokud je ohroženo zdraví a život dítěte. Následné řešení situace nezletilého dítěte se variantně liší postupem, který nejvíce odpovídá nejlepším zájmům dítěte.

²³ Závěrečný návrh Guide to Good Practice: Implementation and Operation of the 1993 Intercountry Adoption Convention, [citováno dne 31.8.2008] Dostupné na <http://www.hcch.net/upload/00037643.doc>, bod 597, str. 118

Kazuisticky je možno v praxi Úřadu pro mezinárodněprávní ochranu dětí se sídlem v Brně, ústředního orgánu dle Haagské úmluvy pro Českou republiku ve věcech mezinárodních osvojení (dále jen Úřad), sledovat případ, ve kterém došlo k selhání předosvojitelské péče po více než 4 letech. Vzhledem k věku dítěte, jeho zdravotnímu a psychickému stavu a akceptaci současného prostředí se návrat dítěte do České republiky jevil jako absolutně nevhodný a v rozporu s nejlepšími zájmy dítěte. Vzhledem k tomu, že se nepodařilo pro nezletilého najít novou vhodnou náhradní rodinnou péči v přijímajícím státě, došlo k umístění nezletilého do ústavního zařízení v tomto státě.

Z hlediska právní úpravy zde ve světle uvedeného nedochází ke kolizi Bruselu II. bis a postupu dle čl. 21 Haagské úmluvy o ochraně dětí a spolupráci při mezinárodním osvojení, když pro případy, kdy je dítě odnímáno z nefunkční předosvojitelské péče, je primárním zájmem nalezení rodiny ve státě přijímajícím. Z Haagské úmluvy vyplývá, že nové umístění dítěte má v kompetenci příslušný ústřední orgán přijímajícího státu, nicméně cílem postupu dle čl. 21 Haagské úmluvy v tomto případě je osvojení dítěte, které je z aplikačního rámce nařízení Brusel II. bis vyloučeno.²⁴

V případech, kdy není osvojení možným řešením situace a dítě je umisťováno do jiné formy náhradní dlouhodobé péče, pak bude třeba vyložit vzájemný vztah Haagské úmluvy a nařízení Brusel II. bis. S ohledem na ust. čl. 60 nařízení Brusel II. bis lze dovodit, že Haagská úmluva má přednost před použitím nařízení Brusel II. bis, neboť není uvedena v taxativním výčtu mnohostranných smluv, před kterými má aplikační přednost v otázkách jím upraveným nařízení Brusel II. bis.

Lze tedy konstatovat, že v pohledu specificky postavené situace dle čl. 21 odst. 1 písm. b) Haagské úmluvy, má postup stanovený tímto ustanovením přednost před úpravou danou nařízením Brusel II. bis a bude tedy v rukou ústředního orgánu přijímajícího státu, aby zajistil výkon náhradní dlouhodobé péče. Při srovnání ust. čl. 21 odst. 1 písm. b) Haagské úmluvy a ust. čl. 56 nařízení Brusel II. bis lze vysledovat shodné prvky systému vzájemné konzultace příslušných orgánů. V případě, že by bylo nutné k rozhodnutí o např. pěstounské péči rozhodnutí soudu, jehož příslušnost by měla být

²⁴ srov. ust. čl. 1 Brusel II. bis

založena nařízením Brusel II. bis, bude nutné vyhodnotit otázku obvyklého bydliště dítěte, čímž se blíže budu zabývat v následující části.

Právně závažnější problém nastává v situaci, kdy předosvojitelská péče kolabuje, nicméně není vhodné, ani v souladu s nejlepšími zájmy dítěte, aby bylo dítě z rodiny budoucích osvojitelů odebráno. Kazuisticky je ve spisech Úřadu dokumentován případ, kdy nezletilé dítě bylo svěřeno do péče budoucích osvojitelů, osob s obvyklým bydlištěm v České republice, ze Slovenska do České republiky. V průběhu předosvojitelské péče shledali budoucí osvojitelé, že zdravotní stav nezletilé neodpovídá původně deklarovanému v řízení o svěřeni dítěte do péče budoucích osvojitelů a odmítli nezletilou osvojit s tím, že je pro ně zároveň nepřijatelné navrácení dítěte na Slovensko do ústavní péče. Situace se tak stala ve věci patovou, neboť v souladu s nejlepšími zájmy dítěte navrácení do ústavní výchovy na Slovensko nebylo, naopak české orgány vyhodnotily zachování pobytu dítěte v péči současné rodiny jako v souladu s nejlepšími zájmy dítěte. Dítě si dle sociálních zpráv vytvořilo kladný vztah ke všem členům rodiny, kterou bralo jako svůj domov, došlo ke zlepšení ve škole. Situace je nevyřešena do současnosti a trvá již po dobu více než 3 let. Celá situace navíc vyvrcholila rozpadem manželství budoucích osvojitelů.

Jako řešení situace navrhli zamýšlení budoucí osvojitelé, resp. v současnosti pouze žena, umístění nezletilé do jiné formy náhradní rodinné péče, a to buď do formy pěstounské péče nebo svěřeni do výchovy jiné osoby než rodiče.

V tento okamžik se zásadním pramenem právní úpravy stávají právní předpisy komunitárního práva, resp. nařízení Brusel II. bis., neboť ať již o svěřeni nezletilé do pěstounské péče, tak o svěřeni dítěte do výchovy jiné osoby než rodiče, je oprávněn výlučně soud příslušný, v případě zemí Evropských společenství, dle uvedeného nařízení.

Základním hraničním určovatelem nařízení je kritérium obvyklého bydliště. Na tomto místě je vhodné poznamenat, že většina moderních mezinárodních smluv v oblasti i moderní úprava

komunitárního práva vychází z principu obvyklého bydliště.²⁵ Počátek užívání se datuje k haagské úmluvě o civilním řízení ze dne 14. prosince 1896. Faktem nicméně nadále zůstává, že obsah pojmu „obvyklé bydliště“ je blíže nespecifikovaný a ponechán aplikační praxi.

Vymezení obvyklého bydliště je ve věci výše uvedené kazuistiky podstatnou otázkou. Ve věcech osvojení se v současné době hraniční určovatel obvyklého bydliště začíná taktéž prosazovat, když příkladem může být i současná slovenská úprava.²⁶ Dalším příkladem je i výše uvedená Haagská úmluva o ochraně dětí a spolupráci při mezinárodním osvojení.²⁷ Přesto v oblasti mezinárodního rodinného práva je obvyklé bydliště nejčastěji vymezován v souvislosti s tzv. mezinárodními únosy dětí dle Haagské úmluvy o občanskoprávních aspektech mezinárodních únosů dětí²⁸ nebo v prostoru Evropských společenství v souvislosti s výše uvedeným nařízením Brusel II. bis.

Dle rozhodnutí House of Lords, Anglie ze dne 26. července 1990 ve věci označené J (nezletilý) (únos: právo péče) [1990] 2 AC 562, [1990] 2 All ER 961, [1990] 2 FLR 450, sub nom C. v. S. (nezletilý) (únos) je obvyklé bydliště faktický koncept, který má být chápán v souladu s jeho běžným a přirozeným významem těchto dvou slov. Dle uvedeného rozhodnutí je možno obvyklé bydliště ztratit „během dne“, jestliže existuje trvalý záměr se do místa obvyklého bydliště nenavrátit. Oproti tomu ke vzniku obvyklého bydliště, resp. „obvyklosti“ bydliště je třeba, aby pobyt trval znatelnou dobu a příslušný jedinec zároveň musí mít trvalý zájem tak být usazen.²⁹

²⁵ srov. např. ust. čl. 3 a čl. 8 Brusel II. bis

²⁶ srov. např. ust. § 26a, příp. ust. § 41a zákona č. 97/1963 Z.z., o mezinárodním práve súkromnom a procesnom, [citováno dne 31.8.2008]

Dostupné na

http://www.ceac.sk/doc/zakon_o_medzinarodnom_prave_sukromnom_a_procesnom.pdf.

²⁷ srov. např. ust. čl. 2 Haagské úmluvy o ochraně dětí a spolupráci při mezinárodním osvojení

²⁸ Pro Českou republiku vyhlášena sdělením Ministerstva zahraničních věcí č. 34/1998 Sb.

²⁹ Habitual residence is a factual concept, to be understood according to the ordinary and natural meaning of the two words it contains. A habitual residence may be lost in a day if there is a settled intention not to return. To become habitual a period of

Obdobně poskytuje charakteristiku obvyklého bydliště i Rada Evropy ve výkladové zprávě k Evropské úmluvě o kontrole nabytí a držení střelných zbraní jednotlivými osobami³⁰, ve které uvádí, že koncept bydliště závisí na posouzení objektivních faktů. Obecně řečeno, méně váhy je dáno na závěry dotčené osoby nebo na vnější znaky těchto záměrů. K rozlišení obvyklého bydliště dává výkladová zpráva jako pomocné faktory zřízení domácnosti nebo výkon zaměstnání v místě bydliště. Stabilita obvyklého pobytu může být dána buď délkou pobytu nebo skutečně těsnými vztahy mezi osobou a místem.³¹

Otázkou ve věci selhávajících předosvojitelských péčí zůstává, zda v případě předosvojitelské péče vzniká nezletilému dítěti v jejím průběhu obvyklé bydliště na území přijímajícího státu se všemi důsledky pro případná další řízení. Zásadní skutečností zůstává fakt, že stále existuje rozhodnutí, ve výše uvedeném případě slovenského soudu, které účelově na relativně časově omezenou dobu svěřilo dítě do specifické, obsahově přesně definované a cílené péče osoby definované jako budoucí osvojitel. V citovaném případě, ale obecně i ve většině zprostředkovaných osvojení, je situace dále komplikována faktem, že nezletilé dítě bylo ve státě původu umístěno do ústavní výchovy a jeho rodiče nebyli zbaveni rodičovské zodpovědnosti, ale pouze v incidenčním řízení bylo rozhodnuto o osvojení bez souhlasu rodičů.

Problém by nenastával v případě, kdy by se dítě z péče navracelo zpět do státu původu nebo by byl uplatněn postup dle čl. 21 Haagské úmluvy. Za situace, kdy je důvodné, aby dítě nadále zůstalo v péči osob, kterým bylo svěřeno do předosvojitelské péče, je nutné vyhodnotit, který orgán bude příslušný pro rozhodnutí. Z pohledu

residence must have endured for an appreciable period of time and the individual must have a settled intention to so reside. Re J. (A Minor) (Abduction: Custody Rights) [1990] 2 AC 562, [1990] 2 All ER 961, [1990] 2 FLR 450, sub nom C. v. S. (A Minor) (Abduction) **Name of court** House of Lords (England) **Date of decision** 26 July 1990, viz. databáze INCADAT, [citováno dne 31.8.2008] Dostupné na <http://www.hcch.net>

³⁰ Pro Českou republiku vyhlášena sdělením Ministerstva zahraničních věcí č. 46/2002 Sb.m.s.

³¹[citováno dne 31.8.2008] Dostupné na <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/101.htm>

této statě je významné především určení příslušnosti dle nařízení Brusel II. bis. Jak je výše uvedeno, je základním hraničním určovatelem obvyklé bydliště, tak, jak byl výše vymezen. Ve věci předosvojitelské péče není nařízení Brusel II. bis dotčeným předpisem, nicméně jeho použití nastupuje ve chvíli, kdy by dítě mělo být svěřeno do jiné formy náhradní rodinné výchovy. V prostředí České republiky jsou příslušným orgánem k rozhodování ve věcech náhradní rodinné výchovy soudy, přičemž v rámci Evropských společenství je třeba pro určení příslušnosti použít nařízení Brusel II. bis.

Vzhledem k vymezení předosvojitelské péče, tak jak bylo provedeno výše, lze konstatovat, že ingerence veřejného zájmu v tomto období je nutná, navýsost potřebná a je konformní s mezinárodními předpisy. V rámci mezinárodních osvojení poskytuje předosvojitelská péče orgánu zprostředkujícímu osvojení, resp. orgánu, který svěřil dítě do péče budoucích osvojitelů, prostor, ve kterém má možnost vyhodnocovat své rozhodnutí s tím, že stejně jako byl tento orgán pravomocný nezletilé dítě do předosvojitelské péče svěřit, je též pravomocný k tomu, aby své rozhodnutí zrušil. Specifikem mezinárodních osvojení v České republice (a fakticky v současné době i vnitrostátních osvojení) je situace, kdy o svěření dítěte do péče budoucích osvojitelů rozhoduje jiný orgán než o osvojení. V mezinárodních vztazích, v souvislosti s českým mezinárodním právem soukromým a procesním³², je situace komplikována dále tím, že rozhoduje o osvojení orgán jiného státu. Proto je fakticky princip předosvojitelské péče stanovený Evropskou úmluvou o osvojení dětí modifikován v tom, že předosvojitelská péče neslouží pouze orgánu rozhodujícímu o osvojení, ale je významná pro Úřad pro mezinárodněprávní ochranu dětí, jako orgán zprostředkující osvojení z a do ciziny, v tom, že je oprávněním Úřadu vydat rozhodnutí o souhlasu s osvojením do ciziny. Podklady pro toto rozhodnutí může získat Úřad pouze v rámci hodnocení předosvojitelské péče.

V otázce získání obvyklého bydliště v přijímajícím státě, resp. použití obvyklého bydliště jako hraničního určovatele pro stanovení

³² srov. ust. § 41 zákona č. 97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním

příslušnosti soudu, je dle mého názoru nutno vycházet ze skutečnosti, že účelem předosvojitelské péče je dovést řízení do stavu věci, kdy bude dítě osvojeno. Orgán rozhodující o zprostředkování osvojení je až do rozhodnutí o osvojení oprávněn do tohoto procesu zasáhnout. Předosvojitelská péče by akceptací příslušnosti na základě „obvyklého bydliště“ vytvořeného v předosvojitelské péči ztrácela smysl, neboť by po uplynutí cca 3 měsíců³³ a splnění dalších objektivních kritérií nastal stav, kdy orgán cizího státu ztratí schopnost ovlivnit situaci daného dítěte, neboť orgán státu přijímajícího by si konstatoval příslušnost rozhodnout o jiné formě náhradní rodinné péče. A to za situace, že jakákoliv jiná forma náhradní rodinné péče předpokládá, jak bylo výše uvedeno, kontakt s biologickou rodinou a posilování svazků mezi nezletilým dítětem a jeho rodiči s konečným důsledkem navrácení dítěte do původní rodiny, což je v situaci, kdy je dítě v jiném státě obtížně realizovatelné.

S ohledem na výše uvedené se kloním k závěru, že kritérium obvyklého pobytu by po dobu existence příslušným orgánem nařízené předosvojitelské péče nemělo být aplikováno a obvyklý pobyt ve smyslu nařízení Brusel II. bis není založen, neboť jedním z kritérií pro založení obvyklého bydliště je právě vůle být usazen, resp. záměr se usadit. V rámci předosvojitelské doby není cílem, aby dítě bylo usazeno, ale aby se prověřily okolnosti, které mají vést k závěru, zda je osvojení dítěti ku prospěchu. Cílem předosvojitelské doby není usazení se, budoucí osvojitelé jsou a musí být s tímto faktem srozuměni. Z toho důvodu a výše uvedené podstaty předosvojitelské péče lze dovodit závěr, že po dobu předosvojitelské péče se nezakládá aplikovatelné obvyklé bydliště v přijímajícím státě. Ve věci nahrazení předosvojitelské péče jinou formou náhradní rodinné péče však nic nebrání příslušnému soudu původního obvyklého bydliště, aby rozhodl, resp. založil svou příslušnost podle čl. 56 nařízení Brusel II. bis. Pokud se s ohledem na vnitrostátní právo daného státu, které neumožňující svěřit dítě do pěstounské péče cizinců, resp. osob s trvalým pobytem mimo území daného státu³⁴, čl. 56 nařízení Brusel II. bis neužije, pak by zbýval postup

³³ srov. ust. čl. 9 Brusel II. bis

³⁴ srov. ust. § 45 odst. 1, příp. ust. § 48 odst. 2 zákona č. 36/2005 Z.z., o rodině

podle čl. 15 téhož, a to i prostřednictvím styčného soudce. Pokud by český soud přijal příslušnost podle čl. 15 odst. 5 nařízení Brusel II. bis, došlo by na určení použitelného práva na základě mezinárodního práva soukromého, ve zmíněném případě by se např. určovalo dle čl. 15 odst.1 Haagské úmluvy o pravomoci orgánů, použitelném právu, uznání, výkonu a spolupráci ve věcech rodičovské zodpovědnosti a opatření k ochraně dětí³⁵, která je účinná mezi ČR a SR. Nevztahuje se však na osvojení, ale jen na pěstounskou péči (čl. 4 písm. b), čl. 3 písm. c) citované úmluvy).

Dané závěry zohledňují fakt, že úkolem veřejných orgánů zainteresovaných v předosvojitelské péči, resp. zprostředkování osvojení, resp. poskytujících ochranu veřejnému zájmu v této oblasti, je ochrana nejlepších zájmů dítěte. Jakékoliv nedovolené manipulace s dětmi se považují právě za závažné jednání v rozporu s nejlepšími zájmy dítěte. Konstrukce obvyklého bydliště a založení příslušnosti soudu jiného státu během předosvojitelské doby může výrazně oslabit ochranu nejlepších zájmů dítěte a odnětím z příslušnosti orgánů státu původu lze zcela vyloučit ochranu poskytovanou dotčeným dětem jejich mateřským státem a výrazně přispět k obcházení ustanovení jednotlivých právních řádů bránících svěřování dětí do jiné formy náhradní rodinné péče do ciziny než osvojení. Tímto je pak popírán nejen samotný smysl osvojení, resp. předosvojitelské péče, ale i podstata a účel jiných forem náhradní rodinné péče.

4. Závěr

Vzhledem k v úvodu vymezeným základním okruhům této statě lze závěrem konstatovat, že předosvojitelská péče v současné právní úpravě je vymezena nedostatečně. Současná právní úprava může v konfrontaci s mezinárodními dokumenty obtížně zaručovat základní právní rámec pro ochranu nejlepších zájmů dětí. Příznačná je možnost neformálního předání dítěte do péče budoucích osvojitelů přímo rodiči dítěte. Právní ochranu takto předanému dítěti pak retrospektivně poskytuje zákon č. 359/1999 Sb., o sociálně-právní

³⁵ Pro Českou republiku vyhlášena sdělením Ministerstva zahraničních věcí č. 141/2001 Sb.m.s.

ochraně dětí, když stanovuje povinnost osobám přebírajícím dítě s úmyslem trvalé péče nahlásit tuto skutečnost místně příslušnému orgánu péče o dítě³⁶. Faktem nicméně zůstává, že tímto ustanovením je založena pouze oznamovací povinnost příslušných osob. Skutečná detailní úprava rozhodování o předosvojitelské péči je dána pouze pro řízení před orgány sociálně-právní ochrany, které se však dotýká pouze dětí umístěných v ústavních zařízeních. Dalším problémem je v současné době možnost nahrazení předosvojitelské péče v zásadě jakoukoliv jinou formou náhradní výchovy. Z pohledu autora není toto zdařilé řešení, neboť osvojení má naplňovat zásadně specifické společenské hodnoty a nelze jej volně zaměňovat za další jiné instituty náhradní výchovy. O to víc je nutné trvat na zásadní detailní úpravě předosvojitelské péče, jejíž význam je v procesu osvojení naprosto nezastupitelný.

K širšímu evropskému a mezinárodnímu právnímu rámci lze konstatovat, že osvojení, resp. předosvojitelské péče se nedotýká komunitární právo. Z evropských právních dokumentů je zásadním pramenem úpravy osvojení Evropská úmluva o osvojení, která v současné době pochází revizním procesem. Jak bylo výše v textu uvedeno, dle názoru autora, není otázka předosvojitelské péče upravena plně v souladu s touto úmluvou, nicméně úprava předosvojitelské péče spadá do katalogu jejích doplňujících ustanovení, tudíž nelze toto chápat jako významnou chybu české právní úpravy. Jiná situace však nastane, pokud Česká republika přijme revidovanou Evropskou úmluvu o osvojení dětí, která, po vzoru moderních úmluv Rady Evropy, obsahuje úpravu, která se skládá z jedné obligatorní části, a k textu nejsou povoleny výhrady. Z ostatních mezinárodních dokumentů se z pohledu České republiky významně dotýká předosvojitelské péče ještě Haagská úmluva o ochraně dětí a spolupráci při mezinárodním osvojení, která však dopadá výlučně na případy mezinárodních osvojení ve smyslu jmenované úmluvy. Ohledně předosvojitelské péče obsahuje především právní úpravu dotýkající se nutných zásahů do jejího průběhu v souvislosti s přesvědčením, že předosvojitelská péče, resp. budoucí osvojení není nadále v souladu s nejlepšími zájmy nezletilých dětí.

³⁶ srov. ust. § 10a odst. 2 zákona č. 359/1999 Sb., o sociálně-právní ochraně dětí

Krachující předosvojitelské péče jsou pak závěrečnou oblastí zájmu této stati. Ohledně těchto situací v mezinárodních vztazích je pak, dle mého názoru, nutné rozlišit mezi situacemi, kdy je odnětí dítěte z rodiny nevyhnutelné, a situacemi, kdy je možno dítě v rodině nadále ponechat, neboť zachování prostředí je v souladu s jeho nejlepšími zájmy a osvojení lze nahradit jinou formou náhradní rodinné péče.

Na tomto místě si dovoluji pouze poznamenat, že, dle mého názoru, nahrazení osvojení jinou formou náhradní rodinné péče, za podmínek zachování primárního cíle a charakteru dané péče, je bez problémů akceptovatelné, neboť nevytvoření vztahu mezi osvojencem a osvojitelem obdobného vztahu mezi rodiči a dětmi, jako základní hmotněprávní podmínky osvojení, nutně neznamená, že dané osoby nejsou a nebudou v budoucnu schopny zajistit řádnou péči o dané dítě.

K první situaci – nevyhnutelného odnětí dítěte z rodiny lze, dle mého názoru, uzavřít, že úprava Haagské úmluvy o ochraně dětí a spolupráci při mezinárodním osvojení je speciální úpravou k nařízení Brusel II. bis. K druhé situaci je třeba otevřít diskusi o existenci obvyklého bydliště, resp. jeho použitelného založení, během předosvojitelské péče. V textu této stati jsem se pokusil shrnout argumenty podporující závěr, že obvyklý pobyt nemůže během předosvojitelské doby vzniknout, neboť by došlo k významnému snížení míry ochrany nejlepších zájmů dítěte, jako nejzákladnějšího hlediska rozhodování ve věcech dětí.

Kontaktní údaje na autora – email:

ptsedlak@seznam.cz

Dominantní postavení na relevantním trhu

Právně - ekonomický přístup

JUDr. Josef Šilhán, Ph.D.

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Katedra obchodního práva, Česká republika

Abstrakt:

The text is focused on the both European and Czech law against abuse of dominant position on the relevant market. The primary object of its interest is the concept of dominance itself, the factors of dominance (such as market shares, barriers to entry, financial and economic power ect.), the regulatory approach (including the practice of the antitrust authorities) and the contemporary development in this field, mostly on the European level. The text comprises both economical and legal aspect of the relevant issues.

1. Úvod

Tématem následujícího textu je problematika *dominantního postavení na relevantním trhu*. Jde o jednu z tradičních, jak v evropské, tak v české úpravě pevně ukotvenou a aplikační praxí podloženou součást *soutěžního práva*.

Aktuální je toto téma nyní tím, že v současné době jsme svědky velmi intenzivní diskuse o reformě a přehodnocení regulatorního přístupu komunitárního práva v řadě oblastí, od jednotlivých skutkových podstat zneužití dominance až ke zcela generálním a fundamentálním principům, na kterých je úprava vystavěna. A je to právě i tato reformní snaha, která otázky právně-ekonomického přístupu (přestože integrální součástí celého „odvětví“ jsou od prvo počátku) k problematice tržní dominance dále akcentuje.

Na rozdíl od práva proti zakázaným kartelovým dohodám, tvořícího první pilíř, v případě zneužití dominance nejde primárně o koluzivní jednání více subjektů, nýbrž zpravidla o protisoutěžní jednání *unilaterální*.

Na rozdíl od kontroly spojování soutěžitelů (tvořící další z pomyslných pilířů), která je jakousi *ex ante* státní ingerencí úzce navázanou na strukturální přístup k ochraně soutěže, právo proti zneužití dominance je kontrolou následnou, uplatňovanou *ex post*, a to převážně na základě přístupu behaviorálního, *regulačního*.¹

Posláním této reglementace je zabránit soutěžiteli, který disponuje určitou kvalifikovanou, výraznou *tržní mocí*, aby mohl svého postavení „nepatřičně využívat“² k újmě konkurentů, (ale) v konečném důsledku pak především spotřebitelů. Jde v případě práva proti zneužití dominance o jistou „náhražku“ konkurenčního tržního tlaku v situacích, kdy tento přirozený tlak chybí.

Jak literatura konstatuje, podnik, který se „může na trhu chovat způsobem jen pro sebe výhodným, se vymkl samořídícímu a kontrolnímu působení hospodářské soutěže“³. Ovšem fakt, že podnik *dominantní postavení* zaujímá, ještě nutně neznamená, že jej nevyhnutelně i zneužije. Bývá často připomínáno, že *samotné dominantní postavení* v ničem protiprávní není.

Nicméně, pravděpodobnost zneužívajícího jednání je (i na základě nenahraditelné empirické historické zkušenosti) nemalá, „proto samoregulační působení soutěže bývá nahrazeno dozorem příslušných státních orgánů nad eventuálním zneužíváním tržní dominance“.⁴

Z rozsáhlého a bohatě strukturovaného systému soutěžního práva se tedy následující stránky věnují pouze větvi tzv. *veřejnoprávní*, existenční ochraně konkurence, nazývané též právo proti omezování hospodářské soutěže. Ze tří často vymezovaných „pilířů“ pak hlavním bodem zájmu bude ten druhý, se zaměřením na regulační

¹ V kombinaci s prvky přístupu strukturálního, u některých tzv. strukturálních typů zneužití dominance. Vymezení čtyř základních přístupů k regulaci hospodářské soutěže (vlastnický, rezignační, regulační a strukturální) viz Bejček, J. in Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol. Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 5. vydání. Praha : C.H. Beck, 2007 s. 431 – 433.

² Munková, J. in Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. Soutěžní právo. Praha : C.H. Beck, 2006 s. 157.

³ Bejček, J. in Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol. cit. dílo s. 491 – 492.

⁴ Tamtéž s. 492.

působení vůči jednání podniků zaujímajících dominantní postavení na trhu.

Dominantní postavení je jedním z tradičních konceptů, které spoluvytváří předmět soutěžního práva. Je také jedním z tradičních konceptů, který se ekonomové snaží podchytit kredibilním teoretickým modelem, založeným na uchopitelných a srozumitelných⁵ předpokladech, který by umožnil vyvodit jednoznačná, plausibilní a věrohodná doporučení pro praktickou soutěžní politiku.

Také i z toho důvodu, že se to v plné míře doposud nepodařilo, je zároveň i příkladně tradičním kolbištěm názorů na podobu, případně i samotnou *potřebu jeho státní regulace*. Má být soutěžitel s výraznou tržní silou, nevyvažovanou mocí ostatních konkurentů na trhu, a tedy s vysokým potenciálem nahradit živelné objektivní působení tržního řádu vlastním, subjektivně motivovaným rozhodováním, z tohoto důvodu podřízen přísnější regulaci? Nebo je dominantní soutěžitel také jen *součástí* tohoto *tržního řádu*, který v delším období disponuje dostatkem dynamických korekčních a stabilizačních prvků schopných prosadit přirozené nastolení optimálního stavu i přes určitou krátkodobou „kvazitržní“ anomálii?

Celá řada těchto i dalších možných otázek je spojena vždy i se samotnou otázkou, co vlastně *dominantní postavení* na relevantním trhu vyjadřuje; respektive za jakých podmínek je možno (a nutno) určitý konkrétní podnik kvalifikovat jako dominantního soutěžitele. Právě problém konceptu *tržní dominance* a postup při praktické právní aplikaci jsou předmětem tohoto textu.⁶

⁵ I když třeba ne nutně v realitě stoprocentně panujících.

⁶ Otázka dominantního postavení je přitom na požadované úrovni hloubky analýzy velmi široké. Řada otázek s méně intenzivní přímou vazbou na téma samotné proto bude v textu ponechána bez bližších vysvětlujících výkladů a bude s nimi pracováno jako s *východím pojmovým aparátem*. Týkat se to bude například zcela generálních konceptů soutěžního práva jako je soutěžitel (podnik), relevantní trh, hospodářská soutěž, prameny soutěžního práva a jejich systém a působnost. Stranou bude ponechána též otázka procesního postupu při vymáhání soutěžních pravidel. K těmto pojmům existuje dostatečně bohatá literatura, kde byly opakovaně detailně rozebrány (níže); je možno tedy tyto „základy antitrustu“ považovat za elementární a jejich znalost v práci předpokládat

Z české odborné literatury je možno zmínit Bejček, J. Kartelové právo. Brno: MU, 1995. Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol. Kurs obchodního práva. Obecná

2. Metodologické a koncepční otázky právně-ekonomického přístupu k tématu

Jedním z aspektů problematiky, který je vhodné hned v úvodu zmínit, je částečný *interdisciplinární právně-ekonomický přesah*.

V textu tedy tam, kde to je vhodné a pro pochopení podstaty problému obohacující, spolu s pohledem čistě právním, vystupuje také náhled očima ekonomickými.⁷ Nemělo by však jít o izolované náhledy ekonomické na jedné straně a právní na straně druhé, vytvářející odvětvové bariéry a vnucované napětí. Je třeba zaujmout přístup *integrující*, vnímající ekonomickou podstatu problému a potřebu ekonomické argumentace, ovšem neopomíjející požadavky právní jistoty a potřebné praktické operability soutěžních pravidel.

Koncepce soutěžní ekonomie aplikované v této práci přitom vychází ze tří stavebních prvků. Prvním je výše zmíněný *neoinstitucionální základ*, dalším bodem je důraz na *dynamickou (evoluční) složku soutěžního procesu*, a třetím je apriorní (ovšem důsledně nedogmatická) *liberální pozice* ohledně podoby právní regulace hospodářské soutěže.⁸

část. Soutěžní právo. 5. vydání. Praha : C.H. Beck, 2007. Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. Soutěžní právo. Praha : C.H. Beck, 2006. Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a související české i komunitární předpisy. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006. Munková, J., Kindl, J. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář. 1. vydání. Praha : C.H.Beck, 2007. Tichý, L., Arnold, R., Svoboda, P., Zemánek, J., Král, R. Evropské právo. 3. vydání. Praha : C.H. Beck, 2006. Ze zahraničních publikací pak např. Bellamy, Ch., Child, G. European Community Law of Competition. Šesté vydání. London: Sweet & Maxwell, 2008; Van Bael, I., Bellis, J. F. Competition Law of the European Community. Čtvrté vydání. The Hague: Kluwer Law International, 2005; Faull, J., Nikpay, A. The EC Law of Competition. Second Edition. New York: Oxford University Press, 2007; O'Donoghue, R., Padilla, A. J. The Law and Economics of Article 82 EC. Hart Publishing, 2006; Korah, V. An Introductory Guide to E.C. Competition Law and Practice. Ninth edition. Oxford : Hart Publishing, 2007.

⁷ Módním sloganem můžeme snad tento příspěvek k částečné oborové integraci (přínejmenším kooperaci) podřadit pod neurčitý proud dobře známý jako „*Law & Economics*“.

⁸ Hned v úvodu je nutno podotknout, že jde o vymezení rámce *základního*, přičemž se akceptuje a nepodceňuje existence *výjimek a omezení*, o kterých je pojednáno vzápětí. Jde ale o konstrukci pohledu výchozího, který může být brán jako zásada, dále doplňována řadou podmínek a modifikací. Právě výběr těch podstatných rysů

2.1 Obecný ekonomický základ

Co se týče definování základního ekonomického postoje, vyvstává jednak otázka výchozího ekonomicko-metodologického paradigmatu, ekonomického rámce na nejobecnější úrovni, jednak existují v implikační návaznosti na to i speciálnější, bezprostředněji aplikovatelné doktríny přímo se věnující soutěžní politice.

Ohledně oné úrovně obecné⁹, je v této práci jako výchozí ekonomické prizma uplatněn směr *nové institucionální ekonomie*, konstituující se ve své současné, prozatím ještě neustále poněkud segmentované a ne zcela komplexní podobě v posledních několika desetiletích¹⁰.

V této práci se tedy nekriticky nepřebírá pohled (byť široce rozšířený a vlivný¹¹) čisté neoklasické mainstreamové ekonomie (v soutěžním právu pak dnes výrazně spojený hlavně s tzv. školou chicagskou¹²). Aniž se tím naznačuje nevyhnutelnost jakýchkoli apriorních neshod v závěrech důležitých pro antitrustové právo, výstavba teoretických úvah je přeci jen založena na dosti odlišných předpokladech. V celé řadě otázek nemusí být kontroverze nijak

nezměrně komplexní reality, na kterých je vystaven prvotní pohled aplikujícího subjektu, je pro jednotlivé přístupy symptomatický. Jde o jinou situaci, pokud A je položeno jako zásada a B jako výjimka z ní, nebo pokud je tomu naopak I když pak obě hypotetické teorie budou obsahovat identické prvky A i B, přesto jejich celkové vyznění může být zcela jiné.

⁹ Nemá se tím zde na mysli jakákoliv *speciální* dohotovená a verifikovaná koncepce soutěžní politiky (záběr je mnohem obecnější), spíše na tomto místě jde o deklaraci fundamentálních východisek pro naše následné soutěžně-právně-ekonomické úvahy.

¹⁰ K vývoji původního amerického institucionalismu od 90. let 19. stol. do druhé světové války, a posléze od něj výrazně odlišné nové institucionální ekonomie od 60. let 20. stol. srov. Holman, R. Dějiny ekonomického myšlení, C.H.Beck, 1999. Viz též Williamson, O., E. The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead. Journal of Economic Literature, 2000, sept., s. 595-613.

¹¹ Možná i proto (kromě toho, že je tradiční), že je patrně *rychleji a snadněji* vstřebatelný; nikoliv však zcela bez úkoru na vědecké hodnotě. Simplifikační virtuozitu nelze v případě tohoto modelu považovat za ctnost hodnou obdivu.

¹² Mezi hlavní představitele se řadí R. Posner, R. Bork, G. J. Stigler, H. Demsetz. Z dostupných originálních publikací lze poukázat na Posnerovu slavnou učebnici antitrustu Posner, R. Antitrust Law. 2. vydání. Chicago: The university of Chicago Press, 2001. Dále viz Bork, H. R. The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself. New York: The Free Press. 1993.

diametrální, zdání fatálně diferencovaných směrů ekonomie by bylo pouze iluzorní. Ostatně, neoinstitucionalismus lze chápat i jako jakousi *nadstavbu* neoklasické ekonomie, jejíž autoritu se nesnaží principiálně zpochybnit¹³ (na rozdíl od některých proudů ekonomie rakouské, která je dalším z konceptů, které tato práce obecně nepřebírá¹⁴), nýbrž neoklasickou doktrínu naopak zdokonalit, zmodernizovat, zrealnit její předpoklady¹⁵ a vyplnit „hluchá“ místa, která v rozporu s potřebami ekonomické analýzy dlouhodobě ignoruje¹⁶. Z tohoto pohledu je nutno poznamenat, že *hlavní proud* koneckonců celou řadu významných poznatků nové institucionální ekonomie postupně absorbuje a pod svá pomyslná křídla zahrnuje¹⁷.

¹³ Pro zajímavost lze uvést i příklad skutečně radikálních útoků na samé základy neoklasické doktríny, které se nezdá objevují – srov. např. Lee, F. S., Keen, S. The Incoherent Emperor: A Heterodox Critique of Neoclassical Microeconomic Theory. Review of Social Economy, 2004, č. 2, s. 169-199.

¹⁴ Rakouskou ekonomii se zde chápe jednak učení Hayekovo, především ale směr L. Misesa a M. Rothbarda. K tomu srov. např. Caplan, B. Why I Am Not an Austrian Economist [citováno 1. září 2008]. Dostupný z <http://www.gmu.edu/departments/economics/bcaplan/why aust.htm>. Ohledně postoje k navazujícím radikálně libertariánským proudům ekonomie (se soutěžněprávními implikacemi rozpracovanými např. D. Armentanem v jeho často citované provokativní stati Proč nezrušit antimonopolní zákonodárství. Překlad Kadeřábková, A., Šíma, J. Praha: Liberální institut, 2000) lze namísto dalekosáhlé polemiky odkázat na odbornou literaturu (např. Krabec, T. Teoretická východiska soutěžní politiky. Praha: Národohospodářský ústav Josefa Hlávky, 2006, cit. dílo str. 61-63), a to i včetně jejích poněkud příkrých, ovšem nikoliv nevýstižných formulací (za mnohé hovoří tam použité slovní spojení „vulgární projev ekonomického diletantismu“).

¹⁵ Vlivnou chicagskou školu antitrustu například v tomto ohledu I. Schmidt charakterizoval, velmi přílehavě, jako „obra na hliněných nohách“. Citováno dle Krabec, T. cit. dílo s. 60. Celý koncept totiž stojí a padá s předpokladem naprosto volného vstupu na trh a předpokladem působení dlouhodobého časového horizontu, přičemž dynamická složka v modelech příliš zahrnuta není. Kritiku přístupů chicagské školy viz tamtéž s. 58 – 60.

¹⁶ Jako je zkoumání ekonomických dopadů existence nenulových (naopak výrazných) *transakčních nákladů*, zahrnutí *dynamické složky* do modelů rovnováhy, též detailní pohled na firmu (v ekonomickém smyslu slova) jako unikátní předmět zájmu, nikoliv jen jako na abstraktní produkční funkci.

¹⁷ Jak poznamenává jeden z českých zastánců moderní podoby neoinstitucionalismu P. Pelikán, v jednom z rozhovorů (Nová institucionální ekonomie se stává součástí hlavního proudu, 15. 8. 2005) [citováno 5. srpna 2008]. Dostupný z <http://www.ilist.cz/clanky/pavel-pelikan>.

2.1.1 Behaviorální předpoklady ekonomických úvah

Standardní neoklasický model, který pokládáme za ne zcela vyhovující, je třeba doplnit o realističtější vstupní podmínky a modifikovat ho do konsistentního hodnotového rámce, v souladu se zřejmými empirickými poznatky z pozorování reálného (nejen) ekonomického jednání.¹⁸

Předně, jedním ze stěžejních principů musí být akceptace *nenulové hodnoty transakčních nákladů*.¹⁹ Známy Coaseho teorém je nutno považovat za neplatný²⁰; konstrukce světa nulových transakčních nákladů je zcela odtržená od reality. Akceptujeme tedy,

¹⁸ Neoklasický model vyhovuje pouze jednomu z možných institucionálních uspořádání, a to *dokonalému laissez-faire*. To však, očividně, není případ reálného světa (minimálně evropského právního prostoru zcela jistě ne). Přehled základních předpokladů s určitými úpravami respektuje strukturu použitou Kvasnička, M. Nová institucionální ekonomie. [citováno 1. srpna 2008]. Dostupný z <http://www.econ.muni.cz/~qasar/vyuka/inst/inst-sylabus.pdf>, s. 2-4.

¹⁹ Bývají charakterizovány v tržním mechanismu jako *obdoba „tření“* ve fyzikálním systému. Jde o *náklady na provoz ekonomického systému*. Rozlišují se *tržní, manažerské a politické* transakční náklady. Blíže k teorii transakčních nákladů zejména Furubotn, E. G., Richter, R. *Institutions and Economic Theory* (The Contribution of the New Institutional Economics). The University of Michigan Press. 1998, s. 47 a násl; Coase, R. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, 1960, vol. 3, oct., s. 1-44. Coase, R. *The Firm, the Market and the Law*. The University of Chicago Press. 1988. Williamson, O. E. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: Free Press. 1985. Mlčoch, L. *Institucionální ekonomie*. Praha: Karolinum, 1996. North, D. C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge University Press. 1990. Srozumitelný základní přehled podává skriptum Kvasnička, M. cit. dílo kapitola 3.

²⁰ Je paradoxní, že R. Coase, který k objevení a studiu vlivu transakčních nákladů na ekonomiku přispěl tak nedocenitelným dílem, se stal nejslavnějším právě pro tento tzv. „Coaseho“ teorém, který co se týče transakčních nákladů předpokládá jejich úplnou neexistenci. Jak poznamenává L. Vitek (Vitek, L. „Ronald H. Coase: Společenské náklady, teorie externalit a jejich řešení“ [citováno 10. srpna 2008] http://www.econ.muni.cz/~ivan/xxx/subjects/ver_econ/coase.doc): „Je prapodivnou ironií osudu, že do učebnic ekonomie (a samozřejmě i veřejných financí) vstoupila téměř opačná interpretace skutečných Coaseho názorů.“

že *transakční náklady* jsou nejenže nenulové, nýbrž *významné*, a v čase navíc *neustále rostoucí*.²¹

Další modifikace předpokladů se týká konceptu *omezené racionality*. Oproti dokonale informovanému (v podstatě vševědoucímu) a nekonečně rychle reagujícímu „člověku ekonomickému“ stojí koncept „racionality omezené“.²²

Deterministický, případně stochastický svět je nahrazen *světem nejistoty*, kdy nelze znát všechny alternativy možného vývoje, natož pak rozložení jejich pravděpodobností (což ještě zesiluje předchozí předpoklad).

Souvisejícím konceptem je i akceptace možnosti *oportunního chování a morálního hazardu*.²³ (Přičemž své manifestní projevy může tento předpoklad mít právě v oblasti zneužití dominance.)

Další dva modifikované předpoklady jsou pak pro účely této práce zcela klíčové. Zejména v souvislosti se schopností autoregulačního působení korekčních mechanismů na jednotlivých relevantních trzích (a mezi nimi navzájem).

Jde o *specifičnost aktiv* (tedy opak homogenních, ideálně přeměnitelných aktiv neoklasického modelu), a *nenulové bariéry vstupu* a expanze na trhu – jeden z možná vůbec nejdůležitějších aspektů, který jednotlivé soutěžněprávní přístupy, a výrazně i jejich doporučení pro praktickou soutěžní politiku, diferencuje²⁴ - právě na předpokladu *neexistujících překážek vstupu* na trh lze totiž vystavět velmi zjednodušené teoretické koncepty, kde jakékoliv distorze na relevantním trhu *úplně* napravit nově vstupující konkurenti do odvětví

²¹ Literatura odkazuje na výzkumy, které odhadují velikost transakčních nákladů v ekonomice i více než 50% HDP, některé i podstatně více. Viz Kvasnička, M. cit práce s. 11.

²² Omezená racionalita (bounded rationality) není pojmem nikterak novým. Objevují se i analytické studie hlouběji modelující důsledky tohoto předpokladu a pokoušející se ho zpracovat v rámci zavedené ekonomické metodologie. Srov. Rubinstein, A. Modeling Bounded Rationality. Cambridge: The MIT Press. 1998.

²³ Stručně viz Kvasnička, M. cit práce s. 3.

²⁴ K otázce překážek vstupu a tržní expanze viz podrobný výklad v rámci kapitoly 2.1.2.1.

(při splnění i ostatních zidealizovaných předpokladů pak navíc taková reakce je nekonečně rychlá, tedy *okamžitá*).²⁵

A v neposlední řadě (měli-li bychom být při výkladu o neoinstitucionální ekonomii důslední, pak vlastně v první řadě), důležité východisko je, že ekonomii nelze pokládat za jakýsi od společnosti *izolovaný* svět řízený sumou zákonitostí nezávislých na mimoekonomických okolnostech. Opačně – jako teoreticky i empiricky podložený axiom postulujeme, že *ekonomické chování je ovlivňováno institucemi* (tedy typicky právní normami)²⁶, a to velmi výrazně.²⁷ Pravidla soutěže tedy jsou v rámci tohoto směru internalizována do samotného modelu hospodářské soutěže, nejsou pouhým vnějším faktorem.

²⁵ Neměl by však vzniknout dojem, že překážky vstupu na trh jsou proto vždy „zlé“. Mohou být jednou ze zcela přirozených a prospěšných charakteristik trhu. Pokud nejsou do hospodářství vnucovány státem na základě podlehnutí lobbyistickým tlakům a jiným tzv. DUP aktivitám (Directly Unproductive Profit-seeking activity) vlivných zájmových skupin, mohou být naopak i prospěšným faktorem vyvinutým přirozenou evolucí příslušného trhu. Příkladem nechť jsou nejružnější profesionální kapitálové burzy, kde omezení vstupu znamená pro zákazníky mj. garanci kvality a spolehlivosti – to, že takové služby smí provozovat pouze osoba splňující profesní předpoklady (postupně převzaté do právních předpisů), je sice určitou překážkou vstupu (burzovním makléřem se nemůže jednoduše stát úplně každý), nicméně pro všechny strany je takový stav prospěšný. Podobně například profese lékařské či právnické apod.

²⁶ Poněkud odlišný význam pojmu „instituce“, než je obvyklý v právním světě, je v institucionální ekonomii zažitý. Jednoduše řečeno, *instituce* jsou veškerá formální i neformální *pravidla*, která ovlivňují chování subjektů. Typicky jde tedy o tzv. normativní systémy jako právní normy, zvyklosti, morální pravidla, náboženské normy atd. Obecnému významu pojmu instituce se pak z institucionální ekonomii blíží spíše pojem „*organizace*“, což je (opět velmi zjednodušeně řečeno) určitá skupina jedinců. K základnímu pojmosloví viz specializovanou neoinstitucionální literaturu (viz výše, zejména autoři Williamson, North; dále též Eggertsson, T. *Economic Behaviour and Institutions*. Cambridge University Press. 1990. Furubotn, E. G., Richter, R. cit. dílo. Z tuzemských pak (poněkud „tradičnější“ podobu institucionalismu) podává Mlčoch, L. cit. dílo.

²⁷ K tomu srov. četnou odbornou literaturu, demonstrativní je zejména studium ekonomického vývoje různých oblastí během historie v závislosti na institucích a též studium evoluce institucí. V tomto směru viz výše uvedenou institucionalistickou literaturu. Srov. též volně dostupný projekt Meira Kohna „Trading costs, the expansion of trade and economic growth in preindustrial europe“ a „How and why economies develop and grow, lessons from Europe and China“, obě dostupné z <http://www.dartmouth.edu/~mkohn/>.

Z toho plynou také některé přímé ekonomické úvahy o *podobě těchto pravidel*, které by k ochraně soutěže měly sloužit. Nejde přitom jen o obsahovou hodnotu těchto norem, ale i o formální provedení. I v případě soutěžního práva by se tento aspekt měl projevit ve snaze vybudovat regulující normy tak *srozumitelné a předvídatelné*, jak jen je to možné.²⁸

2.2 Ekonomická podstata soutěžního práva

Ze dvou generálních proudů²⁹ (či pro svou nehomogenitu spíše „multiproudů“), tedy *přístupu svobody konkurence* (kam lze zařadit – z těch etablovaných – koncepce chicagskou, ordoliberalní a Hayekovu) a *přístupu optimální intenzity konkurence* (mezi jejíž představitele bývá počítána teorie J. B. Clarka, tzv. Harvardská škola a teorie E. Kantzenbacha), preference náleží směru *prvému*.

Cesta k maximalizaci společenského blahobytu ve statickém i dynamickém smyslu je tedy zprostředkována přes *proces svobodné soutěže*, která onu „optimální“³⁰ podobu konkurence (včetně struktury trhu) vygeneruje. To samozřejmě nic nemění na diferenciaci uvnitř prvního proudu, a to v další úrovni úvah – totiž, jak tomuto procesu připravit co nejlepší podmínky, resp. jak nejlépe odstranit jeho překážky.³¹

Je třeba zaručit takové podmínky na trhu, které umožní subjektům, aby optimální stav *svobodně našli*, spíše než se ho snažit *navodit* „soutěžní politikou“. Ono často vzývané „blaho spotřebitele“³² (v širším smyslu, včetně konzumentů nikoliv

²⁸ Z čehož plyne preference spíše per se zakazujících pravidel a taxativních výčtů. K tomu viz výklady u jednotlivých dílčích témat.

²⁹ Využito velmi zobecnující, ale pro tyto účely vhodné členění T. Krabce, cit. dílo s. 34.

³⁰ Pojem „optimální“ zde není v uvozovkách náhodou. Optimalitu soutěže, stejně jako optimalitu výstupu hodnotit lze *ex ante* hodnotit obtížně. Ex post analýza při aplikaci norem zase není pro ekonomické otázky právně zcela korektní, neboť zahrnuje „informace o budoucnosti“, které před rozhodným bodem nebylo možno nijak získat.

³¹ Zde již nastupuje rozpor teorií obhajujících různou míru zásahů státu, zejména spor chicagského a ordoliberalního přístupu.

³² Jak je v americkém i evropském soutěžním právu v současné době považováno za základní kritérium kvalifikovaného posuzování (proti)soutěžních jednání. Kromě

finálního produktu) spočívá – lapidárně řečeno – především v zaručení jejich *možnosti svobodně si zakoupit jakékoliv statky, které chtějí, za ceny, které jsou ochotni platit*, k čemuž přispívá svoboda soutěžitelů své podnikatelské aktivity volně rozvíjet, konkurovat si, inovovat, to vše v rámci jasně daných a předvídatelných pravidel.

A zmínili-li jsme aspekt *svobody konkurence*, lze se s ním právě v oblasti ochrany proti zneužití dominance, z čehož omezení svobody může plynout velmi bezprostředně, setkat vcelku výrazně.³³

2.2.1 Fundamentální pohled na tržní mechanismus

Základní hledisko rozborů v tomto příspěvku vychází z *liberálního pohledu* na tržní systém. Dilema mezi ponecháním přirozeného vývoje, má-li potenciál směřovat k rovnovážnému výsledku, a zásahem státu, který pohotově navodí stav jeho metrikou hodnocený jako „efektivnější“, dopadá (*ceteris paribus*) jednoznačně ve prospěch dříve zmíněného.

Úskalí přílišného spoléhání na „řiditelnou“ povahu trhu byly mnohokrát dostatečně popsány i prokázány empirickou zkušeností. Nejenže nelze administrativně stanovit, co má být optimálním

základní komentářové a učebnicové literatury (viz přehled literatury) též Rouseva, E. Modernizing by eradicating: How the Commission's new approach to article 81 EC dispense with the need to apply article 82 EC to vertical restraints. *Common Market Law Review*, 2005, č. 42, s. 610. Také srov. Zprávu EAGCP s. 9. K tomu též vyjádření Philipa Lowa (Director-General for Competition) v jednom z jeho rozhovorů: „Pracujeme na tom, aby spotřebitelé dostali co nejvíce co se týče ceny a kvality. Naším mottem musí být: Soutěž přináší spotřebitelům lepší produkty, vyšší kvalitu a lepší služby za nižší ceny“. Dokument dostupný (v listopadu 2005) na URL <http://europa.eu.int>. Též Bellamy, Ch., Child, G. cit. dílo s. 952: „Ochrana konečných spotřebitelů je důležitým aspektem soutěžního práva a je často vysoce relevantní při posuzování, zda určité zneužívající jednání způsobuje újmu konečným spotřebitelům ve smyslu vysokých cen nebo omezení výstupu nebo volby.“

³³ Evidentním příkladem může být odmítnutí přístupu k podstatným zařízením v moci monopolního soutěžitele, kdy za přiměřenou cenu odmítne poskytnout možnost ostatním konkurentům se soutěžen vůbec zúčastnit. Pak je zřejmé, že svobodný konkurenční boj probíhat vůbec nemůže výstup celého odvětví je určen rozhodnutím jediného subjektu.

stavem na trhu (ať již z důvodu pojmově vyloučené možnosti disponovat potřebnými informacemi³⁴, nebo nedokonalostí a nebezpečí vyplývajících z nutné diskreční arbitrárnosti přijímaných rozhodnutí), i při (náhodou) jinak stejných výsledcích obou přístupů, liberálnější cestu lze patrně považovat za *věrohodnější, bezpečnější*, a často i *levnější*.³⁵

Stejně tak byly ovšem na druhé straně mnohokrát dostatečně popsány i empiricky ověřeny důsledky naopak příliš bezbřehého spoléhání na „všemocné“ automatické mechanismy hospodářského systému. Je nutno vycházet z toho, že v důsledku nenaplnění řady (většiny) výchozích předpokladů neoklasických modelů v realitě nemá autoregulační mechanismus zcela *ideální* funkčnost (jakou se pyšní teoretický model³⁶), ať již co se týče doby nutné k jeho uplatnění, tak i výsledků a jejich spolehlivosti. Jak bylo zmíněno, mnohé vstupní předpoklady klasického modelu nelze považovat za korektní a tím ani závěry zkonstruovaných modelů nemají potřebnou validitu pro praktická (např. soutěžněprávní) doporučení v reálných situacích. Výsledné soudy zejména o dostatečně rychlé a úplné schopnosti nastolit optimální stav na trhu nemusí platit.

Rezignace na důvěru v preferenci samovolného vývoje trhu ovšem má místo pouze tam, a až tehdy, pokud je daná situace výrazným vzdálením se od uvažovaných předpokladů skutečně charakteristická. Opak lze přitom považovat za primární a může být presumován. Z tohoto pohledu bude na jednotlivé (proti)soutěžní situace pohlíženo.

Bezvýhradně použitelným se nezdá být také pojetí „státní kontroly“ *efektivit trhu* na základě *statických analýz* (tedy porovnávání zjištěných údajů s těmi, které „by měly“ správně existovat na základě statického neoklasického modelu). Pohled na

³⁴ K tomu srov. výstupy v tomto ohledu nenahraditelného Hayekova odkazu.

³⁵ Obdobně Muzikář, K., Kindl, J. V jádru soutěžní politiky je základní politické dilema naší společnosti. Příspěvek pronesený na konferenci „Soutěž a konkurenceschopnost“, Brno 28.- 29.11. 2006.

³⁶ Detailní výklad procesu nastolování rovnovážného stavu v klasických modelech v tuzemské literatuře např. in Hořejší, B., Soukupová, J., Macáková, L., Soukup, J. Mikroekonomie. 4. rozšířené vydání. Praha: Management Press. 2007 či Holman, R. Mikroekonomie, středně pokročilý kurs. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2007. Varian, H. R. Mikroekonomie: Moderní přístup. Praha: Victoria Publishing, 1995.

funkci soutěže jako pouhý maximalizátor alokační efektivnosti se jeví příliš zjednodušeným. Jedinými charakteristikami, které odběratele (včetně konečného spotřebitele) zajímají, nejsou jen množství a cena.

Trhy se vyznačují nesmírnou různorodostí, která se navíc v čase mění. Některé jsou skutečně, tak řečeno „*alokačně intenzivní*“, kdy cena a masová dostupnost jsou hlavním faktorem, který má smysl primárně sledovat (např. trh základních potravin). Jiné jsou zase velmi „*dynamicky intenzivní*“, a spíše než produkce čím dál *většího kvanta* nesutále *levnějšího* daného výrobku interesuje zákazníka neustálý invenční vývoj, nové výrobové řady, nové typy, nové funkce apod. (kupříkladu trh informačních technologií).³⁷ Jinde zas můžeme identifikovat výrazný „*výrobně intenzivní*“ aspekt, kdy např. zákazníka bude zajímat, jak efektivní byla produkce vzhledem k mimoekonomickým hlediskům (spotřeba unikátních zdrojů, vliv na životní prostředí, politické, náboženské, morální otázky, další socio-environmentální vlivy, obecně dopady dotýkající se jakékoliv skupiny stakeholderů)³⁸.

Přesná klasifikace a aplikabilitizace však není úkolem této úvahy. Naopak, pointou je uvědomění si faktu, že v žádném případě *není na státu*, aby o těchto faktorech rozhodoval. Nemá být rolí soutěžních orgánů, aby stanovovaly, které vlastnosti produktů (cena, kvalita, množství, inovace, efektivní výrobní postup) jsou těmi nejdůležitějšími a k čemu mají tedy soutěžitelé směřovat svoji činnost. A není *rolí soutěžitelů*, aby takto stanovené státní „úkoly“ plnili, jako by svobodné podnikání snad byla *veřejná služba sui generis*. Tato rozhodnutí náleží jediné tržním subjektům samým.

³⁷ Jak upozorňuje J. Bejček (Bejček, J. Mergers and New Technologies. International Review of Intellectual Property and Competition Law, 2005, č. 7, s. 827): „Inovace jsou v mnoha odvětvích tím vůbec nejdůležitějším soutěžním faktorem.“

³⁸ *Mimoekonomická* hlediska jsou u výrobní efektivty zmíněna proto, že čistě ekonomická dimenze, tedy *výše výrobních nákladů*, pro zákazníka příliš rozhodující není, resp. je pro něj určující pouze tehdy, pokud se projeví do *ceny produktu* – pak se ale stává součástí *efektivty alokační*. Nízké výrobní náklady se tedy projeví buď v nízké ceně, nebo jsou cestou ke zvýšení zisku producenta. Přímý zájem o výrobní efektivitu tak spotřebitel projevuje právě spíše s ohledem na zmíněné další faktory.

Navíc, v případě snahy o maximalizaci úzce chápaného „spotřebitelského blahobytu“ jde o jistý kontradiktorní koncept. Pokud je totiž spotřebitelský blahobyt chápán nikoliv jako svoboda nakoupit statky, které spotřebitel chce, za ceny, které je svobodně ochoten zaplatit, ale jako státem kontrolovaná maximalizace alokační efektivity, pak – kromě výtek uvedených v minulém odstavci – musíme připomenout i *dvojsečnost* jakékoliv takovéto snahy. Tlak na nízké ceny je zároveň tlakem na snižování výrobních nákladů, což vytváří enormní tlak na nízké mzdy (případně propouštění) i nízké renty jiného kapitálu (úroky, nájmy apod.)³⁹. Je nutno si tedy uvědomit, že spotřebitelé jsou zároveň nositeli různých forem kapitálu. Takto pojatá „soutěžní politika“ je potom vlastně spíše jen *přerozdělovacím mechanismem*, který přelévá zdroje mezi jednotlivými různě vlivnými skupinami na úkor druhých⁴⁰, buď mezi spotřebiteli navzájem, nebo jde o odebírání části zisku „zlých“ podnikatelů ve prospěch „hodných“ konzumentů. K přerozdělovacím cílům (o jejichž politické oprávněnosti se zde diskuse nevede ani v nejmenším) by však mělo být využito jiných nástrojů. Deformovat kvůli nim soutěžní právo je možno pokládat za nešťastné.

2.2.2 Struktura trhu a soutěž jako dynamický proces

Celá sada otázek je spojena s pojmem *tržní struktura*. Co se týče tohoto bodu, nelze se přiklonit ke schematickému pohledu, který v daném okamžiku zjištěnou strukturu trhu pokládá za *přímou indicii* o kýžené „kvalitě“ konkurence. Soutěžní právo by rozhodně nemělo

³⁹ Velmi názorně jde tento rozpor pozorovat u medializovaných diskusí o zemědělských produktech a potravinách, kdy „spotřebitel“ chce zároveň nízké ceny potravin, ale je-li zaměstnán v nějakém stadiu jejich produkčního řetězce, pak snížení své mzdy či ztrátu jeho pracovního místa si už pochopitelně nepřeje. Zgeneralizujeme-li tento segment na celé hospodářství a zahrneme i další druhy kapitálu, než je pracovní síla (např. dividendy, úroky, nájmy), vyjeví se popisované dilema zřetelně.

⁴⁰ Což dále podporuje neproduktivní tzv. DUP aktivity.

*usilovat o co největší počet soutěžitelů*⁴¹ na relevantním trhu. Mělo by se spíše zabírat podmínkami vstupu na trh (a výstupu z něj).

Významná výchozí otázka spojená se strukturálním pohledem se týká *hypotézy „nedostatku“ konkurenčního tlaku*. Je třeba do celého pojetí soutěžní ekonomie zasadit mimořádně významný *element času* a dynamického vývoje. Je tedy třeba rozlišit pohled statický a dynamický.

V této práci budeme vycházet z toho, že stejně relevantní jako *soutěžitelé stávající*, již na trhu působící, jsou i *konkurenti potenciální*, kteří mohou vyvíjet (hrozbou svého případného vstupu do odvětví) stejně účinný konkurenční tlak, jako podniky již na trhu působící.⁴²

Fenoménem, který přispívá k dynamickému chápání soutěže, je i potenciální hrozba, kterou představují inovační a imitační *procesy zcela vně relevantního trhu*. Již mnohokrát byl trh s určitým produktem konkurenčně atakován, ba i zcela potlačen, produktem zcela jiným, který ho plně nahradil.⁴³

Struktura trhu se tak může přirozenou cestou měnit. Její statická podoba sama o sobě není rozhodujícím kritériem pro soutěžněprávní úvahy. Důležitým faktorem analýz v této práci bude zohlednění *dynamického prvku soutěže* v konkurenci nahlížené jako *procesu*, nikoli *stavu*.

⁴¹ Případně o nějaký konkrétní počet, např. v duchu Kantzenbachovy „teorie optimální intenzity konkurence“, v které navrhuje *aktivně* soutěžní politikou podporovat vznik tzv. *širokých oligopolů*. Blíže k tomuto instrumentálně inženýrskému přístupu Krabec, T. cit. dílo s. 66 – 68.

⁴² Samozřejmě nikoliv za všech podmínek v plné míře. K tomu níže.

⁴³ Lze vzpomenout např. mechanické psací stroje, které byly nahrazeny nejprve přístroji elektronickými, aby poté byly v podstatě vymazány ze světa nástupem osobních počítačů. Klasická fyzická doprava listovních dokumentů je nahrazována elektronickou komunikací (fax, e-mail, textové zpráva). Obecně mobilní telefonie ohrozila, minimálně pak výrazně změnila pozici pevného telefonního připojení. Magnetická záznamová média byla nahrazena nosiči digitálními atd. Příklady existuje nespočet a potvrzuje se tím nezastupitelná role *inovací a imitací* v jakýchkoliv soutěžních conceptech. Tato složka je ale skutečně jen mizivě předvídatelná (už vůbec pak říditelná). I proto pro ekonomiku a společnost obecně možná tak klíčová.

Synergii neoinstitucionálního ekonomického základu a důrazu na dynamickou (evoluční) složku soutěžního procesu tak můžeme označit jako *institucionálně-evoluční přístup* v soutěžním právu.⁴⁴

Právě dynamická složka přitom v široce rozšířených neoklasických modelech „okamžiků“ rovnováhy nebo nerovnováhy nebývá příliš doceněna, realita ovšem hovoří naprosto opačně.

Pakliže je vstup do odvětví možný, není žádná struktura trhu definitivní a nemá sloužit jako kategorické kritérium pro soutěžněprávní rozhodování.⁴⁵

Kvantita subjektů v odvětví je otázkou přirozeného vývoje a nelze administrativně stanovovat, zda má být jejich počet například „raději sedm než tři“.⁴⁶ Velikost a počet soutěžitelů se v průběhu vývoje odvětví mění běžně a přechodně může nabývat nejrůznějších hodnot. Staticky „vytrhnout“ nějaký okamžik tohoto vývoje a na základě momentální neoklasické analýzy efektivity učinit hodnotící závěry o

⁴⁴ V nejnovější odborné ekonomické literatuře se i ucelenější koncepce přímo zaměřené na antitrust v tomto duchu objevují. Odmítají staticnost mainstreamového přístupu, zaměřeného neustále jen na analýzu alokace zdrojů a sledování zgeneralizované „efektivity“ k určitému okamžiku, a zaměřující se naopak na soutěž jako na *evoluční proces*, zohledňující zcela klíčovou roli inovací a imitací. To vše pak v rámci zde preferovaného institucionálního přístupu navíc výrazně ovlivňovaného právní regulací. Příkladem takového sympatického přístupu (resp. jeho základního kamene) je tzv. *institucionálně-evoluční model* C. Mantzavinose, jehož název je v textu parafrázován. Viz. Mantzavinos, C. The institutional-evolutionary antitrust model. *European Journal of Law and Economics*. 2006, č. 22, s. 273 – 291. Další rozpracování in *Zur Verteidigung des institutionenökonomisch-evolutionären Wettbewerbsleitbildes*. *ORDO-Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2007, s. 155-164.

⁴⁵ V Evropském právu nyní diskuse na tato témata probíhá, neustále však přetrvává spíše strukturální pohled, na němž byla (nejen) komunitární koncepce původně vystavěna. „Evropské právo tak vychází z konceptu funkční soutěže a umožňuje kontrolu chování na trhu, který se odchýlil od myšlené ideální struktury.“ Viz Bejček, J. in Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol. *Kurs obchodního práva*. Obecná část. Soutěžní právo. 5. vydání. Praha : C.H. Beck, 2007, s. 447.

⁴⁶ Což lze pokládat za problém obecnější. Souvisí to z celkovým přístupem k ekonomické podstatě hospodářské soutěže. Často je chápána jako nějaká modelovatelná produkční funkce, alokační mechanismus vedoucí k předvídatelným rovnovážným stavům. To potom vede k pokusu neustále porovnávat skutečnost s nějakým předpokládaným, vypočítaným stavem, který *by měl* panovat, *kdyby byla* soutěž taková, jaká *by měla být*.

„správnosti“ takového stavu se jeví ontologicky značně sebevědomé a metodologicky až příliš odvážné.

Zde se hodí připomenout ono okřídlené tvrzení, že soutěžní právo nemá fungovat jako ochrana slabších soutěžitelů. Co je „malé“, není automaticky správné⁴⁷, „velké“ není apriori špatné.⁴⁸ Velikost firem a jejich uspořádání je výsledkem logických a ekonomicky zdůvodněných zákonitostí, které se *odvětví od odvětví liší*.

Často skloňovaný pojem (a například pro Harvardskou školu antitrustu klíčový) *struktury trhu* je jedním z výsledků onoho svobodného procesu nastolování optima, a jinou metodou než tržní koordinací svobodných rozhodnutí všech zúčastněných subjektů se nelze k tomuto optimu přiblížit. Rozhodně nelze tuto unikátní synergií žádným jiným způsobem suplovat a od úřední či soudního stolu optimální strukturu „určit“.⁴⁹

⁴⁷ Bejček, J. Kartelové právo. Brno: MU, 1995, s. 127: „drobnost podnikatele není sama o sobě výsadou hodnou ochrany“.

⁴⁸ Lze se přiklonit k (ráznému) prohlášení současné komisařky Evropské Komise pro hospodářskou soutěž N. Kroesové z jejího projevu z 23. září 2005 na Fordham Corporate Law Institute v New Yorku na téma „Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82“, SPEECH/05/539. „Mám ráda agresivní konkurenci včetně soutěže ze strany dominantních podniků a nezajímá mne, jestli to může poškodit konkurenty do té doby, dokud v konečném důsledku profitují spotřebitelé.“

⁴⁹ Eucken, a později i Shneider ostatně jednoznačnou vazbu mezi strukturou trhu a tržním chováním, resp. tržními výsledky, zpochybňuje, resp. její význam upozadňuje. Srov. Krabec, T. cit. dílo s. 74. Obdobně Mantzavinos, C. cit. dílo na s. 277 konstatuje, že tržní *chování* není *strukturou* trhu ovlivněno nejenže nikoliv výhradně, ale ani primárně. J. Bejček (in Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol. Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 5. vydání. Praha : C.H. Beck, 2007, s. 412) k tomu uvádí, že „[popisované teorie] předpokládají korelace mezi tržní strukturou, chováním na trhu a výsledky na trhu dosahovanými, které se však dosud nepodařilo spolehlivě prokázat“. Opačně, ve velmi „tradičním“ duchu, je ovšem i v soudobé literatuře koncept struktura-chování-výsledek téměř nekriticky obhajován, viz např. Schmidt. The Suitability of the More Economic Approach for Competition Policy. E.C.L.R. 2007, č. 7, s. 410: „Hlavním úkolem soutěžní politiky a soutěžního práva je a zůstane zachovávání soutěžní *struktury trhu*, která *automaticky vede* – alespoň jako modelová předpověď – k *dobrým* výsledkům a ke zvýšení spotřebitelského blahobytu.“ [kurzíva doplněna] K závěřím článku jako celku o nebezpečnostech přílišné popuštěné uzdě soutěžní kontroly pod vlivem chicagského paradigmatu (schované za módní heslo „more economic approach“) se lze přiklonit, argumentace je zde ovšem vedena z poněkud jiného úhlu pohledu a snaží se dospět k jiné podobě soutěžní politiky.

Problém je však složitější a právě řečené nelze samozřejmě pokládat za neprolomitelné dogma. Je jasné, že uvedenými charakteristikami se vyznačují *pouze* otevřené trhy s určitou mírou naplnění předpokladů. Bylo by absurdní snažit se stejnou optikou, jakou nahlížíme např. na trh internetového prodeje elektroniky, pohlížet na trh těžby a distribuce zemního plynu.

Mezi modifikovanými předpoklady ekonomického rámce jsme zařadili také *překážky vstupu na trh*, transakční náklady a specifichnost aktiv. To vše může snadný přesun aktivit mezi trhy omezovat, a tedy vliv *dostatečně důrazné potenciální konkurence* eliminovat. Kromě toho je nutno připomenout i oportunismus, díky kterému může dominant na základě uplatnění výrazné moci další překážky soutěže konstituovat uměle svým jednáním.

To vše pak ve svém souhrnu může – v určitých případech, které ale mají být identifikovány jako výjimka z primárního předpokládaného stavu – funkčnost autoregulačního působení trhu narušit výrazně. I v těchto aspektech (zhusta plynoucích přímo z jiných výchozích předpokladů) se čistě neoklasický model (a v antitrustu jeho *chicagská podoba*) *nezdá býti obecně použitelným*.

Není totiž možné přehlížet kvalitativně jinou charakteristiku situace, když je ona struktura trhu uměle zdeformována; kdy se výsledkem spontánního optimalizačního procesu díky překážkám výše popsaným nemůže stát. A tyto situace se budeme v práci snažit vždy odlišit; posuzování chování na trzích otevřených, „dobyvatelných“, a na druhé straně trzích „nedostupných“, s výraznými překážkami vstupu, musí vést nezbytně ke zcela jiným závěrům⁵⁰.

Stejně tak jiný postoj je zapotřebí nedogmaticky zaujmout, pokud ona vzývaná „svobodná rozhodnutí zúčastněných subjektů“ zcela svobodně činěna nejsou, v důsledku uplatnění soukromé moci soutěžitele. Tržní pozice dominanty nemusí být udržována pouze jeho

⁵⁰ Pojem „dobyvatelný trh“ vychází z teorie tzv. „contestable markets“, která se jeví v uvedených případech (tedy nikoliv zcela obecně), příhodná. Stručně srov. např. Van Cayseel, P., Van den Bergh, R. Antitrust Law in Bouckaert, B., De Geest, G. (ed.) Encyclopedia of Law and Economics. Edward Elgar, 2000, s. 478. Bliže pak Baumol, W. J., Panzar, J. C., Wilig, R., D. Contestable Markets and the Theory of Industrial Structure. 2. vydání, New York : Harcourt Brace Jovanovick, 1982.

ekonomickou excelencí, nemusí jít mezi konkurenty vůbec o soutěž „on the merits“.⁵¹

Prevence vzniku a excesivního uplatňování *soukromé moci* je tak dalším aspektem popisovaného výchozího rámce, který zde nelze pominout. Jde o téma kontroverzní, a koncepčně vnáší do hry i poněkud ordoliberalistické prvky.⁵² I když své plné uplatnění (rovněž s plným uplatněním své kontroverze) nalézá hlavně v oblasti kontroly koncentrací, i se zde probíraným tématem zneužití dominance velmi úzce souvisí. Zejména v souvislosti s předpoklady omezené racionality, oportunismu a transakčních nákladů zdá se zahrnutí tohoto faktoru do vymezované koncepce konsistentní.

2.3 Soutěžní právo, soutěžní politika a soutěžní ekonomie

Poznámka bude na tomto místě ještě patřit pohledu na vztah soutěžního práva a tzv. „soutěžní politiky“.

Vzájemná relace mezi těmito dvěma světy je předmětem odborných diskusí.⁵³ Jakkoliv je přesný obsah obou nedefinovatelný, a o to nesplnitelnější je pak úkol vymezit panující souvislosti mezi nimi, ve světě antitrustu s těmito pojmy specializovaná literatura běžně operuje.

Vycházíme z toho, že právo je programově normativní systém ze své podstaty stabilní, předvídatelný a objektivní. Pouhým „instrumentem“ operativní politiky by tak soutěžní právo (zejména jeho velmi flexibilní složka, a to autoritativní aplikace) být nemělo a jeho interpretace k tomu nemá směřovat.⁵⁴

⁵¹ Jak poznamenává T. Krabec v kritice zgeneralizovaných (a i proto zidealizovaných) chicagských představ: „Ke Stiglerově optimismu je třeba dodat, že ekonomická efektivnost firmy není zdaleka jediným způsobem, jakým se může firma udržet na trhu, a to – za jinak stejných podmínek – i v dosti dlouhém období. s. 59.

⁵² K fenoménu soukromé moci a jejímu vlivu na konkurenční proces srov. Krabec, T. cit. dílo s. 20 a dále.

⁵³ V poslední době např. Neruda, R. Je právo hospodářské soutěže právem? Právní rozhledy, 2006, č. 10, s. 356-360.

⁵⁴ Nástrojem být může pouze v dlouhodobém horizontu, v rámci role státu jako ustavitele základního právního rámce pro ekonomickou činnost. Taková role je totiž

Pravidla tržní hry, jejichž je soutěžní právo významnou součástí, jsou jednou z významných „*institucí*“ ovlivňující hospodářskou soutěž, její podobu a její výstupy. Je tedy smysluplné uvažovat o přímé vazbě jejich obsahové, ale i formální podoby na soutěž samotnou.

Z tohoto pohledu je na obecné úrovni především žádoucí, aby pravidla byla *předvídatelná, poznatelná a srozumitelná*. Přestože je při bližším pohledu na aplikační praxi u jednotlivých skutkových podstat zneužití zřejmé, že *nelze* zkonstruovat právní rámec pouze za pomoci *per se zákazů a taxativních výčtů*, kteréžto by v tomto ohledu představovaly cestu ideální⁵⁵, sílí tlak na opačný extrém – téměř bezvýjimečný ad hoc přístup *ex post* analýzy v každém jednotlivém případě⁵⁶ – skýtá mnohá rizika.

Problém vyvážení předvídatelnosti a právní jistoty na straně jedné a potřeby co nejcitlivějšího a nejindividualizovanějšího rozhodování na straně druhé (tedy nutně včetně částečného nežádoucího *ex post* stanovování pravidel) nelze řešit radikálním příklonem pouze k poslední jmenovanému⁵⁷.

„Přezkumná“ ad hoc analýza každého konkrétního případu, když už je nutná, je korektně (má-li být „právně“) možná pouze za předpokladu, že se bude opírat o *metodologii, kritéria a hodnotová východiska*, která budou dopředu jasně deklarovaná a *závěry* na nich

subjekty předvídaná a v rámci běžné evoluce institucí zcela běžná, a vlastně i žádoucí.

⁵⁵ Pro takovou podobu soutěžních pravidel se jednoznačně vyslovuje v cit. díle C. Mantzavinos.

⁵⁶ Což souvisí s posilováním tzv. *more economic approach*, což, přestože tento pojem by sám o sobě mohl směřovat k různým podobám soutěžního práva, projevuje se ponejvíce právě v posilování tendencí k *ex post analýzám* v každém jednotlivém případě zvlášť. K věcným i formálním otázkám tzv. *more economic approach* srov. Šilhán, J. Ekonomický přístup v soutěžním právu. Časopis pro právní vědu a praxi, Brno: Masarykova Univerzita, 2006, č. 3, s. 233-242.

⁵⁷ Na negativní dopad hodnocení každého případu v podstatě *ad hoc* upozorňuje kromě právnícká literatura často, zmiňme např. Eilmansberger, T. How to Distinguish Good from Bad Competition under Article 82 EC: in Search of Clearer and more Cohorent Standards for Anti-competitive Abuses. C.M.L.R. 2005, č. 42, s. 137. Viz též Bejček, J. Falešné dilema strnulé právní normativity a pružného ekonomického pragmatismu v soutěžním právu. Právník, Praha : Academia, 2006, č. 7, s. 745-768.

vystavitelné budou soutěžitelé alespoň přiměřeně spolehlivě *predikovatelné*.^{58, 59}

Tudíž, nelze-li zformulovat přímo jasná *per se* pravidla, mají být alespoň zformulována zcela jasná pravidla pro tyto „analýzy“. Dostačujícím řešením by tak mohla být praxe detailně připravených *guidelines*, *metodických pokynů* a „*vykládacích pravidel*“, podle kterých, když už by nebylo možno jasně zformulovat dopředu ono *pravidlo* (v jeho tradičním slova smyslu v *per se* podobě), bylo by alespoň možno predikovat výsledek, ke kterému v daném konkrétním případě *ex post* analýza povede. Využilo by se tím kompromisně výhod obojího, neboť by byla vytvořena diferencovanější, méně obecná a paušalizující, ale přesto ještě normativní a předvídatelná pravidla.⁶⁰

⁵⁸ Potřeba zřetelněji objasnit obsah používané ekonomické metody při soutěžněprávním rozhodování, a tedy objasnit obsah zprostředkovaných pravidel byla v předchozích publikacích již zdůrazněna. Viz Šilhán, J. Hospodářská soutěž a "spotřebitelský blahobyt". In Veřejný zájem v obchodním právu. Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 68-74.

⁵⁹ Opačný názor vyslovuje J. Kindl in Kindl, J. Pojem narušení hospodářské soutěže – obecná východiska a konkrétní aplikace. Právní rozhledy, 2005, č. 10, s. 346: „z hlediska aplikační praxe je přinejmenším *nevhodné*, pokud je [definice pojmu narušení soutěže] odrazem jedné z koncepcí soutěžního práva, aniž by umožňovalo *snadno reagovat* na vývojový posun v názorech na funkci a cíle soutěžního práva“. S takovým pohledem se nelze ztotožnit. „Z hlediska aplikační praxe“ je taková nejistota výhodná leda *pro aplikující orgány*, které mohou pružně měnit své doktríny, jak je libo. Použijeme-li bonmotové vyjadřování, pak musíme poznamenat, že *právo není vytvářeno proto, aby se soudcům dobře soudilo, ale proto, aby co nejlépe regulovalo chování svých adresátů*. Proto předvídatelnost a právní jistotu upřednostňují před excesivní aplikační flexibilitou. Jak jinak lze ostatně vytvořit stabilní, institucionálně příznivé prostředí pro ekonomickou aktivitu(?) Skepticky lze také nahlížet na přílišný optimismus ohledně autorem uváděného „vývojového posunu v názorech na funkci a cíle soutěžního práva“. Nemusí totiž jít jen o vývoj po určité linii, kdy teorie je neustále kvalitnější a kvalitnější, a tedy tento vývojový posun je zcela přímočarý. Vývoj přináší také různé větve a odnože teorií, které existují paralelně vedle sebe. Pak je ale velmi obtížné, aby adresáti právních norem takový rozvětvený „vývojový posun v názorech“ zapracovali do svých predikcí ohledně právního prostředí.

⁶⁰ Problémem *zbytečně* vyhoceného a polarizovaného sporu buď paušálních *per se* pravidel na jedné straně, a *ad hoc* individualizovaného přístupu případových ekonomických analýz na straně druhé (často nejen v soutěžním právu zahrnovaného pod tzv. *rule of reason*) se zabývá i ekonomicko-právní literatura, a podobně jako je naznačeno v textu, upřednostňuje spíše diferencovaná pravidla, která by - jak jen je

Je možno říci, že konstrukce stabilních, jasně srozumitelných a vysoce předvídatelných norem soutěžního práva je vůbec jedna z nejučinnějších cest, jak právě ochrany hospodářské soutěže dosáhnout. A to by mělo být i cílem oné „soutěžní politiky“.

3. Pojem dominantního postavení na relevantním trhu

Jak v komunitárním, tak v českém právním systému je koncept zneužití dominance upraven explicitně, přímo v primárních předpisech – ve vnitrostátním českém právu jde o zákon o ochraně hospodářské soutěže⁶¹, v evropském pak o Smlouvu o založení Evropského společenství⁶².

V ZOHS tvoří úprava jeho hlavu třetí. Jde o ustanovení § 10 a §11 ZOHS. První ze jmenovaných ustanovení definuje pojem dominantního postavení a jeho kritéria, druhé pak zneužití

to možné - eliminovala negativa obou extrémů. Detailní studie problematiky např. in Christiansen, A., Kerber, W. Competition Policy with Optimally Differentiated Rules instead of „Per se Rules vs Rule of Reason“. Journal of Competition Law and Economics. 2006, č. 2, s. 215 – 244. Podobný závěr zastává i John Vickers in Vickers, J. Abuse of Market Power. the Economic Journal. 2005, č. 115, s. 260. V české odborné literatuře se k němu pak přiklání i J. Bejček, např. in Bejček, J. Fixace cen: mezi automatickým zákazem a ad hoc ekonomickým posuzováním. Příspěvek na konferenci kateder obchodního práva SR a ČR, Smolenice, 6.2.-8.2. 2008.

Onen často skloňovaný „more economic approach“ by neměl být chápán jako projev modernějšího, „vědeckějšího“ a „správnějšího“ ekonomického přístupu *případových ex post* analýz, v kontrastu se zastaralým, nepraktickým, neodborným právním snažením se o konstrukci *per se* pravidel a stabilní judikatorní rozhodování. I *per se* pravidlo může být výstupem důkladně vyargumentované ekonomické analýzy. Jak konstatuje J. Bejček, „pravidlo *per se* zákazu zneužití bylo též ekonomickým extraktem racionality a vedlo k předvídatelnosti, jistotě a odstrašovalo od porušení. I rozhodování soudů a Komise bylo a je schopné zdůrazňovat ekonomická hlediska při právním rozhodování (koneckonců to byly zejména opakované spory mezi Komisí a evropskými soudy o nedostatečnou ekonomickou zdůvodněnost rozhodnutí, které iniciovaly diskusi o more economic approach.)“ Bejček, J. Cenová diskriminace a tzv. dvojí ceny v evropském a českém kontextu. Právní fórum, 2008, č. 5, s. 186.

⁶¹ Zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů. Dále také jen ZOHS.

⁶² Smlouva o založení Evropského společenství, dále také jen SES.

dominance zakazuje, demonstrativně vypočítává nejčastější formy nežádoucího jednání a vypořádává se s některými otázkami procesními.

V primárním evropském právu je problematice věnován čl. 82 SES. Definici dominance oproti českému zákonu nepřináší, ta se ustálila až na základě judikatury⁶³; též vypočítává některé skutkové podstaty zneužití.

Jak již bylo řečeno, celá oblast právní úpravy *ochrany proti zneužití* dominance dopadá pouze na určitý, úzce vymezený okruh subjektů. Týká se pouze soutěžitelů, kteří již zaujímají *dominantní postavení*.

Aby vůbec mělo smysl posuzovat, zda se závadného jednání podnik dopouští, zda se jedná o postižitelný případ zneužití dle příslušných předpisů, jaké jsou jeho účinky a zda neexistuje možnost objektivního ospravedlnění, je nezbytně třeba se nejprve vypořádat s existencí *dominantního postavení samotného*.

Předznamenává se tím zcela symptomatická dvojfázovost typického aplikačního postupu, kdy je nejprve nutno odpovědět na otázku, zda podnik toto postavení zaujímá, a pak teprve je možno přistoupit k posuzování jeho domněle protisoutěžního jednání.⁶⁴

Je to ostatně i jeden z důvodů, proč nelze ucelenější vědecký rozbor být jen určitých případů zneužití (jako je tomu v této práci) plausibilně učinit *bez zahrnutí otázky samotné dominance*. Různé přístupy k regulaci se totiž mohou projevit již ve fázi zjišťování dominance a celý případ domnělého zneužití jaksi „zarazit“ již zde, na počátku aplikačního procesu, ještě než bude vůbec přikročeno k podrobnějšímu zkoumání konkrétního (pře)činu. Proto nelze

⁶³ Přičemž ta se potom stala inspiračním zdrojem právě pro definici v českém zákoně.

⁶⁴ Bylo by možné hovořit i o více fázích procesu, kdy samostatně bychom mohli oddělit např. stadium objektivního ospravedlnění, kdy může být zjištění zneužívající povahy jednání „zvráceno“ existencí oprávněných důvodů k takovému chování. Spíše než o samostatnou fázi postupu jde ale o integrální součást fáze druhé, v rámci níž při oprávněných důvodech nebude zneužití vůbec shledáno. Pomyslnou třetí fázi tak můžeme spatřovat spíše v případném stanovování a výpočtu výše sankcí soutěžním úřadem. Pro naše účely, kdy se procesními otázkami a státním vynucováním v této práci nezabýváme, postačí však chápání dvouprvkové.

otázku kvalifikace dominantního postavení pominout. Naopak, ekonomicko-právní přístup právě zde vyžaduje nesmírnou ostražitost.

Jako u mnoha jiných neurčitých pojmů, i při hledání přesného obsahu termínu „dominantní postavení“ sehrála klíčovou roli judikatura. Čl. 82 SES totiž definici přímo neobsahuje. Ta v průběhu jeho aplikace vykrystalovala postupně až do podoby běžně dnes užívané, koneckonců v jisté modifikované mutaci i převzaté do českého zákona na ochranu hospodářské soutěže.

Základní koncept byl zformulován v jednom z tzv. *leading cases*, ve věci *United Brands*⁶⁵. Dominantní postavení zde soud vymezil jako „postavení *ekonomické síly* zaujímané soutěžitelem, jež mu umožňuje bránit zachování efektivní soutěže na relevantním trhu tím, že mu dává *moc chovat se ve značné míře nezávisle na jeho konkurentech, zákaznících, a nakonec i spotřebitelích*“.⁶⁶

Doplnění a rozšíření pak přineslo rozhodnutí v (neméně významném) případě *Hoffmann-La Roche*⁶⁷, kde bylo po odkazu na původní formulaci upřesněno, že takové postavení *nevylučuje existenci určité (zbytkové) soutěže na trhu*. Umožňuje ale dominantnímu soutěžiteli, aby – když ne určoval, tak alespoň měl značný vliv na podmínky, za kterých se tato soutěž rozvíjí, v každém případě mu pak umožňuje *v rozsáhlé míře na tuto soutěž nebrat*

⁶⁵ Rozsudek ve věci C-27/76 *United Brands company and United Brands Continental BV v Commission*, [1978] ECR 207 (dále také jen jako *United Brands*).

⁶⁶ Srov. čl. 65 cit. rozhodnutí. Upozornit je možno na požadavek pouhé „značné míry nezávislosti“, nikoliv nezávislosti absolutní. Takový koncept by totiž byl v praxi stěží použitelný. Na úplně *absolutní nezávislost* se nemůže spoléhat ani naprostý monopolista, neboť i přes neexistenci konkurence na jeho straně trhu (nabídka či poptávka), vždy zde existuje tzv. *konkurence napříč trhem*, tedy pořád je zde antagonismus zájmů s druhou tržní stranou. Je tedy skutečně minimum případů (v úvahu přichází snad jediné nejzákladnější životní potřeby), ve kterých bychom mohli uvažovat o naprosté nezávislosti podniku, který by mohl své podmínky protistraně skutečně „vnutit“, ať již by byly jakkoliv absurdní. (I zde by však křivka poptávky byla zřejmě alespoň minimálně klesající.)

⁶⁷ Rozsudek ve věci C-85/76, *Hoffman-La Roche & Co AG v Commission*, [1979] ECR 461 (dále také jen jako *Hoffman-La Roche*).

ohled, alespoň tak dlouho, dokud takové chování není na jeho škodu.⁶⁸

Důležité jsou tři prvky definice⁶⁹: (1) výrazná ekonomická, obchodní síla na trhu, která (2) podniku dává moc chovat se ve značné míře nezávisle na jeho konkurentech, zákaznících, a nakonec i spotřebitelích, čímž (3) mu umožňuje bránit zachování efektivní soutěže na relevantním trhu. Jeho pozice se tedy projevuje jako jeho *tržní síla*.

Legální definice obráží faktický stav na trhu, který vychází z premis popsaných výše v textu. V situacích, kdy lze hovořit o podstatné míře „nezávislosti“ dominanta na jeho konkurentech, zákaznících a spotřebitelích, lze tím pádem hovořit o jisté míře nezávislosti na *působení tržního mechanismu*⁷⁰, jehož funkčnost je předpokladem chráněné svobodné soutěže (se všemi svými nenahraditelnými funkcemi, pro které právě je chráněna).

Lze si představit jistý třístupňový myšlenkový proces. Za prvé, stav „vynětí“ určitého podniku ze sítě tržních sil, jeho „imunita“ vůči jejím korekčním vlivům, se projevuje (za druhé) jeho popisovanou relativní „nezávislostí“ na soutěžitelích, zákaznících a spotřebitelích, čímž se definuje (za třetí) legální kvalifikované dominantní postavení, které vede ke speciální regulaci, která se snaží benefity plynoucí společnosti z fungující hospodářské soutěže ochránit tím, že chování dominantního podniku kontroluje a do jisté míry tak autokorekční tržní působení nahrazuje.

Z podobného základu vychází i právní *úprava česká*. Do ustanovení § 10 ZOHS se (na rozdíl od čl. 82 SES) výslovná definice dostala, přičemž její formulace vychází z citovaných rozhodnutí Evropského soudního dvora.⁷¹

Znění odstavce prvního tak dominantní postavení vymezuje jako „postavení soutěžitele nebo více soutěžitelů (kolektivní dominance),

⁶⁸ Srov. čl. 39 cit. rozhodnutí.

⁶⁹ Srov. *Diskusní materiál* bod č. 21. Těž bod č. 23.

⁷⁰ Zde se pochopitelně nemá na mysli *nezávislost* formální, absolutní, nýbrž nezávislost ve smyslu (ne)vyhnutelnosti *dopadů* tržní reakce, nezávislosti relativní, relační.

⁷¹ Což je jeden z projevů nepochybného vlivu evropské *judikatury* na *psané* české právo.

kterým jejich tržní síla umožňuje chovat se ve značné míře nezávisle na jiných soutěžitelích nebo spotřebitelích.“⁷²

Centrální se v definici stává přímo *tržní síla*, která je klíčovou ke zjištění dominantního postavení.⁷³

Podoba české formulace, která se od původního vzoru v některých drobnostech liší, je literaturou kritizována.⁷⁴ Výkladem, při vědomí evropských kořenů a evropské aplikační praxe, lze však případné problémy překonat.⁷⁵

Přímo v zákonné definici je naznačena jedna z použitelných dichotomií ohledně klasifikace dominantního postavení v reálných případech. Lze rozlišit dominanci samostatnou (*individuální*) a dominanci společnou (*kolektivní*).⁷⁶

Evidentně, při individuální dominanci je subjektem pouze jeden podnik, při dominanci *kolektivní* jde o několik soutěžitelů na oligopolním⁷⁷ trhu, s výrazným tržním postavením, kteří aplikují určitou *společnou strategii*⁷⁸, aniž by se na ní ovšem výslovně dohodli⁷⁹. Jde o stav, kdy si soutěžitelé na oligopolním trhu

⁷² Jak dodává literatura, na rozdíl od předchozí úpravy tak v současné době není myslitelné, aby na jednom relevantním trhu v daném čase vedle sebe koexistovaly dva či více podniky, kteří by oba samostatně byly v dominantním postavení. Srov. Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006, s. 154.

⁷³ Ekonomický pohled na nedostatky definice využívající konceptu *značné míry nezávislosti* (Hoffmann-La Roche) a argumentaci ve prospěch využití pojmu *tržní síly* lze nalézt v publikaci Bishop, S., Walker, M. Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement. London : Sweet & Maxwell, 2002, s. 183-184.

⁷⁴ Z několika pohledů formulaci kritizuje Munková, J. in Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. cit. dílo s. 162.

⁷⁵ Tak například je zřejmé, že dominantní postavení je nutno vždy zkoumat jediné na *příslušném relevantním trhu*. Přestože o tom definice explicitně nehovoří.

⁷⁶ Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006, s. 156.

⁷⁷ Případně *oligopsonním*, jde-li o poptávkovou stranu trhu.

⁷⁸ Raus, D. Neruda, R. Hospodářská soutěž po vstupu ČR do EU. Brno: CP Books, 2005, s. 109.

⁷⁹ Pokud by šlo o jednání vzájemně sladěné, posuzoval by se případ jako kartelová dohoda podle jiných norem soutěžního práva. Raus a Neruda se přitom ve svém komentáři (Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006, s. 157) k možnosti vzniku kolektivní dominance na základě kartelové dohody staví

uvědomují, že plně intenzivní soutěž mezi nimi „na ostří nože“ by jim přinesla více škod než užitku, a proto se chovají „jakoby“ sdíleli určitý „jednotný postup“⁸⁰.

Rozlišovat lze také dominantní postavení na straně *nabídkové* (s jeho extrémní variantou v podobě monopolu) a na straně *poptávkové* (s krajní variantou v podobě monopsonu).

Více než kategorizací má však smysl zabývat se tím nejpodstatnějším aspektem, a to *faktory dominance*, dle kterých může být dominantní postavení v realitě právně identifikováno.

3.1 Kritéria dominance a jejich relevance

V evropském právu praxe vychází z ustálené judikatury. Oporu lze hledat také v „předpisech“ nikoliv přímo závazných (jde o tzv. soft law), nicméně fakticky aplikovaných⁸¹. V českém zákoně o ochraně hospodářské soutěže jsou kritéria tržní síly upravena výslovně, ovšem pouze demonstrativně v odstavci druhém ust. § 10 ZOHS.

odmítavě, přestože, jak autoři uvádějí, tento stav „určitou míru koordinace předpokládá“. J. Munková (in Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. cit. dílo s. 169) se o této problematice zmiňuje nekategoricky, a uvádí fakt, že Evropský soudní dvůr několikrát připustil posouzení obou forem narušení soutěže (dle čl. 81 i 82 SES) souběžně. J. Bejček (in Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol. cit. dílo s. 450) k tomu uvádí, že „Společná tržní moc existuje pouze tehdy, jestliže několik samostatných podniků je v důsledku vzájemných hospodářských svazků propojeno do té míry, že zaujímají společné dominantní postavení vůči jiným konkurentům na trhu. Předpokládá to též, že vzájemné propojení podniků je takového druhu, že se na trhu chovají stejně. Takové spojení bývá typicky smluvní povahy, může jít ale též o strukturální propojení typu vzájemného křížového držení akcií nebo o společné řídicí centrum (pak však může jít i o jediný podnik)“. Bellamy, Ch., Child, G. cit. dílo s. 940-941 souběh kartelové a kolektivně-dominantní podstaty též nevylučují. Ke kolektivní dominanci srov. i *Diskusní materiál* body č. 43-50.

⁸⁰ Spojení „jednotný postup“ použil ESD v rozsudku ve věci C-6-7/73, *Commercial Solvents v Commission*, [1974] ECR 223. Ke kolektivní dominanci srov. též O'Donoghue, R., Padilla, A. J. *The Law and Economics of Article 82 EC*. Hart Publishing, 2006, s. 137 a násl.; *Diskusní materiál* body č. 43-50; Faull, J., Nikpay, A. cit. dílo s. 338-344; Bellamy, Ch., Child, G. cit. dílo s. 939-946.

⁸¹ Zde máme na mysli například Sdělení Komise k definici relevantního trhu pro účely Soutěžního práva, OJ 1997 C 372/5, zejména část IV týkající se tržních podílů.

Obě úpravy samozřejmě vycházejí z podobného pohledu, resp. konstrukce úpravy české byla evropskou praxí nevyhnutelně ovlivněna.

Za relevantní lze obecně považovat především tato *kritéria dominance* (pro přehlednost jsou zde uspořádána do tří bloků dle primárního předmětu zájmu):

(1) První skupina je spojena se *statickým pohledem* na *stávající rozložení sil* na relevantním trhu. Patří sem klíčový ukazatel *tržního podílu*, dále tržní podíly nejbližších *konkurentů*, stejně jako celková *struktura* na obou stranách trhu (tedy včetně analýzy „protistojící“ vyvažující síly⁸² na druhé straně dvojice nabídka – poptávka),

Další dvě skupiny pak souvisí s *dynamickým potenciálem změn* tohoto aktuálního rozložení. Jde jednak o podmínky samotného *trhu* ovlivňující způsoblost (intenzitu i rychlost) změny daného rozložení (skupina 2a), jednak *potenciál soutěžitelů* (včetně potenciálních) k případným reakcím (2b).

(2a) S trhem samotným jsou spojeny zejména faktory: překážky vstupu a expanze, charakter odvětví, včetně průběhu křivky úspor z rozsahu, elasticity poptávky⁸³, distribučních nároků⁸⁴, i s tím souvisejícího stupně vertikální integrace, „dynamická intenzita“ relevantního trhu⁸⁵ a v neposlední řadě též dynamika struktury trhu, která rozšiřuje první skupinu faktorů o časovou dimenzi⁸⁶.

⁸² Například proti zkoumané nabídkové straně stojí extrémně silný odběratel, který jinak třeba i výraznou tržní sílu může výrazně tlumit. Srov. Bellamy, Ch., Child, G. cit. dílo s. 935-936.

⁸³ Mezi faktory dominance elasticitu poptávky výslovně zařazuje J. Bejček in Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol. cit. dílo s. 449. Též Faull, J., Nikpay, A. cit. dílo s. 327.

⁸⁴ Např. zda lze produkt distribuovat virtuálně, nebo s vysokými dopravními náklady, nebo dokonce pouze určitou jedinečnou přenosovou sítí apod.

⁸⁵ Zde má jít o vyjádření charakteru trhu z hlediska relevance jeho změn a vývoje v čase, včetně ohledu na průměrnou délku inovačního cyklu.

⁸⁶ Analýza vývoje tržních podílů za posledních několik období může mnohé napovědět o povaze relevantního trhu z hlediska jeho *flexibility* či *rigidnosti*. Zde se též, stejně jako v „dynamické intenzitě“ odvětví projeví, zda jde o trh teprve nastupující, *nový a rostoucí* (častým příkladem jsou informační technologie apod.), či zavedený, nebo naopak ustupující a zanikající trh. I Diskusní materiál tento aspekt výslovně zmiňuje, což lze přivítat. Srov. Diskusní materiál, body č. 30 a 35.

(2b) Do poslední skupiny lze zařadit finanční, hospodářskou a portfoliovou⁸⁷ sílu soutěžitelů, jejich volné kapacity, a další faktory ovlivňující schopnost pohotové reakce a zvýšení nabídky v případě tržní příležitosti.⁸⁸

Jelikož vycházíme z hypotézy, že ochrana před zneužitím dominantního postavení existuje v právu jako jakási náhrada jinak přirozeného korektivního působení autoregulačních sil tržních, je nutno tedy i samotný koncept „dominance“ a jejího „zneužití“ interpretovat důsledně s vědomím tohoto východiska.

V souladu s tím, a v souladu s axiomatickým rámcem stanoveným v úvodu práce, je na kritéria dominance, ale především pak dále na kvalifikaci jejího případného zneužití, nahlíženo. Z toho ostatně pramení i provedené rozlišení faktorů dominance na primárně statické a primárně dynamické prvky, přičemž *oběma složkám* musí být přisouzen *stejný význam* pro konečné rozhodnutí.

Jde o soubor ukazatelů, která je nutno hodnotit vždy *v souhrnu*, ve vzájemné souvislosti.⁸⁹

Vždy také platí, že kritéria zkoumáme na daném *relevantním trhu*, který byl nejprve zjištěn, a jehož určením analýza musí v každém případě začít⁹⁰. (Pokoušet se hledat dominantní postavení

⁸⁷ Termín portfoliová síla užívá např. Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006, s. 167.

⁸⁸ Takovou „reakci“ zmiňuje ESD např. v rozsudku ve věci *Hoffmann-La Roche*, když popisuje obecně význam vysokého tržního podílu a dodává „ledaže by na trhu existovali soutěžitelé s menšími tržními podíly, kteří by byli schopni v krátkém časovém horizontu uspokojit poptávku těch odběratelů, kteří se od takového subjektu s vysokým tržním podílem odvrátili“. Cit. dle Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006, s. 160.

⁸⁹ To vyplývá i z mnoha judikatorních rozhodnutí, jmenovitě lze uvést např. *United Brands*: „Celkově, dominantní postavení může vyplývat z celé řady faktorů, z nichž žádný není rozhodující sám o sobě. Ke zjištění, zda soutěžitel zaujímá dominantní postavení na relevantním trhu je především nutné prozkoumat jeho strukturu a situaci na něm co se týče hospodářské soutěže.“

⁹⁰ Bellamy, Ch., Child, G. cit. dílo s. 920. Důležitost citlivého určení relevantního trhu je zřejmá. Příliš úzce určený relevantní trh nahrává velmi snadnému „nalezení“ dominantní pozice na něm, naopak velmi široce chápaný relevantní trh dominantnímu postavení žádného soutěžitele nesvědčí. Ke složité problematice

na relevantní trhu bez toho, abychom nejprve určili jeho *věcné, teritoriální a časové* hranice, je nemyslitelné.)

3.1.1 Rozložení sil na trhu

Prvním, v podstatě intuitivním, je pohled na *tržní podíly* soutěžitelů⁹¹. Přestože zdaleka nejde o kritérium jediné, je o prvotní indicii, o které má smysl uvažovat; nejen z mnohaleté aplikační praxe lze pak usoudit, že zřejmě i ideálním bodem, u kterého posuzovací postup začít. Lze totiž jednoduše „vytřídit“ zcela zjevné případy, kdy o dominanci patrně nemůže být řeč, anebo kdy je naopak její přítomnost velmi pravděpodobná.

Záměrně je v předchozí odstavci zdůrazněno spojení „tržní podíly“, nikoliv pouhý „tržní podíl“. Ukazuje to na potřebu zkoumat toto kritérium ne izolovaně, pouze u potenciálního dominanty, nýbrž předmětem zájmu musí být celá tržní struktura. Dominance samotná je, koneckonců, pojmem „*vztahným*“ (jak poznamenává literatura⁹²). Nedává smysl bez zohlednění dalších subjektů trhu. Vždyť dominance vyjadřuje schopnost chovat se určitým způsobem *vůči* dalším entitám (konkurenti, dodavatelé, odběratelé). A právě tento *vztah* je onou relevantní, a tedy hledanou a kritérii hodnocenou skutečností.

stanovování relevantního trhu srov. specializovanou literaturu, např. Van Bael, I., Bellis, J. F. cit. dílo s. 132 a násl. Bishop, S., Walker, M. cit. dílo s. 188 a násl.; Faull, J., Nikpay, A. cit. dílo s. 40-54; Bellamy, Ch., Child, G. cit. dílo kapitola 4; O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 63-106; Neruda, R. Relevantní trh a otázky související v teorii a praxi soutěžního práva (první část). Právní rozhledy, 2004, č. 12, s. 447-458; Neruda, R. Relevantní trh a otázky související v teorii a praxi soutěžního práva (druhá část). Právní rozhledy, 2004, č. 13, s. 498-502. Srov. též materiál britského OFT: Office of Fair Trading. The role of market definition in monopoly and dominance inquiries. Economic discussion paper 2, 2001. [citováno 18. 8. 2008]. Dostupný z http://www.oft.gov.uk/shared_oftr/reports/comp_policy/oft342.pdf.

⁹¹ Kalkulace tržního podílu je analogická jako u kalkulace podílů pro účely aplikace blokových výjimek (Munková, J. in Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. cit. dílo s. 165). Použitelná je část IV Sdělení Komise k definici relevantního trhu pro účely Soutěžního práva, OJ 1997 C 372/5. Ust. § 10 ZOHS uvádí pouze tolik, že „tržní podíl v hodnotovém vyjádření je tvořen objemem dodávek nebo nákupů na trhu v určitém období.“

⁹² Bejček, J. in Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol. cit. dílo s. 448.

Proto společně se zkoumáním tržního podílu domnělého dominanta zjišťujeme i podíly nejbližších konkurentů, relevantní bude zejména odstup od nejbližších soutěžitelů, a také kumulativní podíl (různě široké) skupiny nejbližších konkurentů a relativní srovnání s podílem posuzovaného podniku. To samé platí o výše zmíněné tržní protistraně.^{93, 94}

Stejně tak je *aplikačně příhodné* rovnou při analýze tržních podílů zohlednit i jejich *vývoj za posledních několik let*.⁹⁵ Doporučená délka období bývá tři až pět let.⁹⁶ Získá se tak obrázek o struktuře trhu s mnohem vyšší vypovídající hodnotou a použitelností pro vyvození jakýchkoliv závěrů již v této prvotní fázi.

⁹³ K otázkám vlivu vysoké kupní síly na poptávkové straně trhu srov. Office of Fair Trading. The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power. Research paper 16, 1998. [citováno 16. 8. 2008]. Dostupný z http://www.oft.gov.uk/shared_oftr/reports/comp_policy/oft239.pdf.

⁹⁴ Z poněkud techničtějšího hlediska aplikačního postupu bychom mohli zmínit i některé z *kvantitativních ekonomických nástrojů* využívaných v soutěžním právu. Zejména v oblasti spojování soutěžitelů je s otázkou dominance spojen oblíbený tzv. *Herfindahl-Hirschmanův index (HHI)*. Pro otázky dominantního postavení jako takového byl konstruován tzv. *test SSNIP (Small but Significant Not-Transitory Increase in Prices)*. Je založen na vztahu tržní síly a schopnosti zvýšením cen dosáhnout zvýšení zisku. Ani tento test, ani prosté cenově-ziskové uchopení konceptu tržní dominance se jako základ pro právní regulaci problematiky jako celku nejeví nejvhodnější. Jde spíše o dílčí, navíc částečně falsifikovaný (viz tzv. *cellophane fallacy* problém) nástroj pro doplnění obecnějších úvah. Na způsobilosti stanovení ceny nad úroveň mezních nákladů (což je v klasické ekonomii základní znak monopolu) je potom založen *Lernerův index*, který též může dílčím způsobem, i přes problém praktické nejistitelnosti výše mezních nákladů, jako jedna ze *součástí celkové právní analýzy*, k závěrům přispět. Blíže ke kvantitativním testům viz např. Utton, M. A. Market Dominance and Antitrust Policy. 2. vydání Edward Elgar, 2003; Motta M., Competition Policy – Theory and Practice, Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

⁹⁵ A obohatit tak statický pohled i o dynamickou složku, kterou jsme z teoretických důvodů výše včlenili do druhé skupiny kritérií. Aplikačně je ostatně takový postup velmi výhodný, neboť při zkoumání dat o podílech jednotlivých konkurentů lze údaje zjišťovat rovnou za několik posledních období.

⁹⁶ Tak Bellamy, Ch., Child, G. cit. dílo s. 928. Pět let navrhuji Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006, s. 162.

Z evropské judikatury lze načerpat množství příkladů, jak byl určitý konkrétní tržní podíl zhodnocen z hlediska kvalifikace dominantního postavení soutěžitele. Závazná měřítká sice legislativně zakotvena nejsou, vyvinula se nicméně alespoň určitá, více či méně mlhavá, vodítka. Rozdělme je (záměrně velmi hrubě) pouze do tří kategorií.

- *Vysoké tržní podíly*. Do této skupiny lze zařadit případy, kdy soutěžní orgán již na základě hodnoty tržního podílu samotné velmi silně předpokládá existenci dominance⁹⁷, případně dokonce nejde o pouhý předpoklad, nýbrž rovnou o *postačující důkaz*. Prahová hodnota se pro tuto kategorii pohybuje na úrovni kolem 75% za poslední tři roky⁹⁸. Díky silné pozici se ze soutěžitele stává pro mnoho odběratelů (nebo dodavatelů) tzv. *nevyhnutelný obchodní partner*.⁹⁹

Z klíčových rozhodnutí uveďme jmenovitě případ *AAMS*¹⁰⁰, kde Soud první instance shledal, že velkoobchodník (s cigaretami) se stoprocentním podílem na trhu „je de facto monopolem a tedy zaujímá dominantní postavení“¹⁰¹.

V případě *Hilti*¹⁰² bylo judikováno, že tržní podíly mezi 70% a 80% jsou natolik vysoké, že nevyžadují další důkazy

⁹⁷ Srov. rozhodnutí ve věci IV/M.68, *Tetra Pak/Alfa-Laval* [1991] OJ L 290/35: „Velmi vysoké tržní podíly jsou samy o sobě, až na zcela výjimečné okolnosti, důkazem existence dominantního postavení.“

⁹⁸ Hodnotu 75% uvádí Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006, s. 162. Bellamy, Ch., Child, G. cit. dílo s. 925 vymezuje vysoké tržní podíly též nad 75%. Autoři zde, odvolávající se na případ *Hoffmann-La Roche* (zejm. jeho čl. 56 a 60) konstatují, že podíly mezi 75-87% po uvedené době „jsou natolik vysoké, že samy o sobě jsou důkazem dominantního postavení“, a podíly mezi 84-90% (po stejnou dobu) „jsou natolik vysoké, že prokazují existenci dominantního postavení“.

⁹⁹ Tamtéž.

¹⁰⁰ Případ T-139/98, *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) v Commission* [2001] ECR II-3413.

¹⁰¹ Cit. rozhodnutí, čl. 52.

¹⁰² Případ T-30/89, *Hilti AG v Commission* [1991] ECR II-1439.

k prohlášení dominance¹⁰³. Stejně tak tomu bylo ve věci Tatra-Pak II¹⁰⁴, kde tržní podíl byl kolem 90%.

Také ve věci Hoffmann-La Roche byly podíly (u různých druhů vitamínů) ve výši 70-90% shledány „za natolik vysoké, že prokazují existenci dominantního postavení“¹⁰⁵.

- *Velmi nízké tržní podíly*. Opačná situace je u velmi nízkých podílů. Opět lze nalézt případy, kdy hodnota tržního podílu byla průkaznou sama o sobě. Tak v případě SABA II byl tržní podíl pod 10% shledán dostatečným důkazem o *neexistenci* dominantního postavení.¹⁰⁶ Podobně v případě Metro, kde hodnota podílů byla mezi 5 a 10%.¹⁰⁷

Případů je v této kategorii celkově méně (nijak překvapivě); další by bylo možno nalézt v širší úrovni pod hodnotou tržního podílu ve výši 30%¹⁰⁸. Zde ale již není vyloučeno, že ostatní faktory dominance (zejména extrémní překážky vstupu a výrazný odstup nejbližších konkurentů) i přes nižší tržní podíl přeci jen převáží. Proto tyto zařadíme až do poslední kategorie.

- *Šedá zóna* mezi oběma pásmy. Poslední, sběrná skupina obsahuje všechny případy, kdy samotná hodnota tržního podílu není dostatečně indikativní, aby se nevyžadovala stejně důkladnou analýza kritérií dalších.

V rámci této třídy by bylo možné rozlišit další, jemnější pásma, například pásmo do 30%, kdy se o dominanci bude jednat pouze zcela výjimečně, pásmo 30%-40%, kdy je třeba důkladně zvážit další okolnosti, pásmo 50%-70%, ve kterém tržní podíl může postačovat k prokázání dominance, pokud jiné indikátory tento předpoklad nevyvrátí apod.

¹⁰³ Srov. čl. 92 cit. rozhodnutí.

¹⁰⁴ Rozhodnutí Komise *Tetra Pak II*, OJ 1992 L 72/1.

¹⁰⁵ Cit. případ *Hoffmann-La Roche*, čl. 59.

¹⁰⁶ Případ *SABA's EEC distribution system*, OJ 1983 L 376/41.

¹⁰⁷ *75/84 Metro v Commission* [1986] ECR 3021. Bellamy, Ch., Child, G. cit. dílo s. 927.

¹⁰⁸ Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006, s. 162. k tomu uvádí, že „tržní podíl nižší než 30% *zpravidla* nenásvědčuje existenci dominantního postavení“. Nejde tedy již o pravidlo bezvýjimečné.

Společným znakem je ale vždy potřeba zohlednit další faktory a provést zhodnocení celého komplexu v souvislostech. Opodstatněné je zřejmě rozlišit jediné pásmo nad a pod hodnotou 40%, neboť pro to existuje výslovná opora v zákoně (třetí odstavec § 10 ZOHS) v podobě vyvratitelné domněnky nedominance. Ostatní úrovně se zdají být ale příliš mlhavé a aplikačně nejisté, než aby bylo vůbec vhodné konstruovat jakékoliv zbytečné generalizující odhady, které by vzbuzovaly zdání normativity u těchto zjištěných hodnot tržních podílů. Vždy bude v takových případech záležet na faktorech dalších. Proto je zde zvoleno výše uvedené hrubé rozdělení na pouhé tři kategorie.

Tzv. šedá zóna je tedy případem víceméně tradičního, (ne)oblíbeného řešení typu „záleží na dalších okolnostech případu“ (k nimž se dostaneme záhy).

Zajímavá jsou ale, a to zejména právně-ekonomicky, obě krajní pásma. Nutně vyvstává kritická otázka, zda by mohl, resp. zda by měl *samotný tržní podíl* předurčit závěr o dominanci? Respektive bylo by to pro regulaci hospodářské soutěže vhodné?

K uvedenému je nesnadné zaujmout jednoznačné stanovisko. Právě názor na relevanci zjištění tržního podílu jako samotného kritéria je velmi úzce spojen se zcela fundamentálními předpoklady, na kterých stavíme vidění soutěžního práva.

Je zřejmé, že tržní podíl, jakkoliv významný je to ukazatel, nemůže být přeceňován.¹⁰⁹ Jde o prvotní *indicii*. Zpravidla je ale nutné vždy učinit i důkladnou analýzu faktorů ostatních.¹¹⁰

¹⁰⁹ Shodně Munková, J. in Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. cit. dílo s. 165.

¹¹⁰ K tomu ESD v případě *Hoffmann-La Roche*, čl. 38-40: „Celkově, dominantní postavení může vyplývat z celé řady faktorů, z nichž žádný není sám o sobě rozhodující, ovšem mezi těmito faktory vysoce důležitým je existence velmi vysokého tržního podílu. Nicméně, výrazný tržní podíl jako důkaz dominance *není konstantní* faktor a jeho význam *se liší trh od trhu* v závislosti na jeho struktuře, zvláště co se týče produkce, nabídky a poptávky.“ Srozumitelně je to vystiženo i v projevu současné komisařky N. Kroesové z 23. 9. 2005 (Kroes, N. Preliminary Thoughts on Policy review of Article 82, projev na Fordham Corporate Law Institute, New York, 23. 9. 2005. SPEECH/05/539): „Vysoké tržní podíly nejsou – samy o sobě – dostatečné pro závěr o dominantním postavení. Domněnky založené na tržních podílech mohou vyústit k excesivnímu zaměření na přesné hodnoty

Evoluční složka zaujímaného institucionálně-evolučního přístupu vyžaduje především s minimálně stejnou relevancí jako zjištěné tržní podíly zahrnout i kompletní aspekt *dynamický*, včetně dynamického potenciálu relevantního trhu. Teprve tím je možno ukázat, zda tržní sílu lze považovat za *trvalou*, nebo jen dočasnou (přechodnou).

Velmi zajímavý příklad pochází z jurisprudence americké. Zde se rozhodnutí soudu přiklonilo k postoji, že tržní podíl sám o sobě neindikuje skutečně žádný hodnotící závěr, a to dokonce ani v případě, že jde o podíl *stoprocentní*(!), tedy ryzí monopol.¹¹¹

Takový pohled odráží právě klíčový význam i pouze konkurence *potenciální*, která však na trzích působí *skutečným* faktickým konkurenčním tlakem. Rozhodující proto budou i další faktory charakterizující trh – zejména překážky vstupu na něj.

V kontextu ustálené evropské rozhodovací praxe zdá se být tento pohled přesto poněkud radikálním. V komunitárním i českém právu převládá postoj opatrnější, méně spoléhající na neexistenci *jakéhokoliv* nebezpečí zneužití takto silné, byť i krátkodobější moci,

tržních podílů mnohých tržních subjektů. Ryzím zájem pouze o tržní podíly riskujeme nebezpečí podcenění vlivu, který mohou mít konkurenti na korekci chování domnělého dominantanta. To v žádném případě neznamená, že by tržní podíl neměl žádnou relevanci. Může poskytnout indicii o dominanci – a někdy i velice silnou indicii – ovšem nakonec, plná ekonomická analýza celkové situace na trhu je nezbytná.“

¹¹¹ Srov. Bloch, R. E., Kamann, H. G., Brown, J. S., Schmidt, J. P. A Comparative Analysis Of Article 82 And Section Of The Sherman Act. International Bar Association 9th Annual Competition Conference, European University Institute, Fiesole, 21.-22. 10. 2005 [citováno 10. srpna 2008] <http://www.ibanet.org/images/downloads/Bloch,%20Robert%20E%20-%20Paper.pdf>. Autoři zde uvádějí, že americké soudy obecně tendují v vyšší hranici, od které uvažují o dominantním postavení. Pod 70% je prohlášení dominance velmi nepravděpodobné. (To lze doplnit a zkonfrontovat s faktem, že Evropské orgány naopak shledaly dominanci i při hodnotě pod 40%, v případě *Virgin/British Airways*, OJ 2000 L 30/1). Ke komparativní analýze čl. 82 a druhé části Shermanova zákona srov. též studii Schweitzer, H. Parallels and Differences in the Attitudes towards Single-Firm Conduct: What are the reasons? The History, Interpretation and Underlying Principles of Sec. 2 Sherman Act and Art. 82 EC. European University Papers. Law 2007/32 [citováno 15. srpna 2008]. <http://cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/7626/3/LAW-2007-32.pdf>.

např. i ke změně předpokladů, na kterých bylo samotné rozhodnutí postaveno.¹¹²

Je tedy nutno evropskou aplikační realitu akceptovat. Vysoké tržní podíly zastávané po určitou dobu dominanci indikují velmi silně již samy o sobě.

De lege ferenda, co se týká výše prahové hodnoty tržního podílu samotného přímo indikujícího dominanci, mez 70-75% by ovšem v těchto případech rozhodně neměla být podkročována. Spíše se lze přiklonit k jejímu zvýšení, alespoň k (paretovské) hranici 80%. Navíc je vhodné tuto hodnotu rozšířit o *obligatorní* časovou složku trvání takového podílu (v řádu několika let, minimálně tří).

Důležitá poznámka se týká také konstrukce předvídatelnějších *pravidel*. Z *institucionálního* hlediska by bylo vhodné zavést co možná nejvíce závazných jasně formulovaných pravidel, která podstata věci dovoluje. *Pokud tedy existuje ustálená praktikovaná* vůle Komise i evropských soudů posuzovat soutěžitele od určité hranice tržního podílu více méně automaticky jako dominantního, lze to akceptovat.¹¹³ Pak by ale bylo nanejvýš vhodné, aby nešlo o pouhé mlhavé, nezávazné představy, nýbrž je třeba zavést striktní prahovou hodnotou, stanovenou do té míry bezpečně (tzn. dostatečně vysoko, resp. nízko), aby snesla podobu *předvídatelného* pravidla, alespoň v podobě *domněnky dominance*.

Kupříkladu podíl nad 80% (či 85%) zastávaný po dobu určitého období (např. tří let) by *automaticky* znamenal vyvratitelnou presumpci dominance, bez dalšího. Stejně tak opačně, z podílu stabilněji se pohybujícího pod úroveň 25%¹¹⁴ by mohl vyplývat tzv.

¹¹² Odmítnutí kvalifikovat takovou (100%) pozici jako dominantní postavení zbaví totiž soutěžní úřad možnosti do jeho chování jakkoliv zasáhnout; alespoň do doby, než svou moc podnik zneužije k vytvoření takových podmínek, které se obráží v dalších kritériích dominance kromě tržního podílu a dominanci umožní prohlásit.

¹¹³ Také D. Raus a R. Neruda ve své publikaci (Raus, D. Neruda, R. Hospodářská soutěž po vstupu ČR do EU. Brno: CP Books, 2005, s. 100) uvádějí: „V některých případech může být soutěžní analýza omezena pouze na analýzu výše tržního podílu. Tak je tomu v případech, kdy soutěžitel na trhu dosahuje 100% tržního podílu, a je tedy v monopolním postavení, nebo kdy se tomuto tržnímu podílu velmi blíží.“

114 Zde je zřejmá inspirace prahovou hodnotou v oblasti kontroly spojování podniků, která, i když z jiného „ranku“, jeví se použitelná. Její ukotvení v českém ZOHS je v ust. § 17 odst. 3. V Diskusním materiálu (bod č. 31) se hovoří v souvislosti s pásmem pod 25% o pouhé

safe harbour, nemožnost kvalifikovat soutěžitele jako dominantního – a tentokrát by nemuselo jít o pouhou domněnku, nýbrž i o bezvýjimečné per se pravidlo.

Nejde zde nyní o diskusi nad *přesnou* výší zmíněných hodnot (je ale obecně možno se přiklonit spíše k vyšší hranici dominance, než která je v současné době soudy běžně uplatňována¹¹⁵), ale především o zpřehlednění právního stavu a vybudování alespoň určitého dosažitelného rozsahu předvídatelných právních pravidel, tolik přínosných pro podnikatelské prostředí jakéhokoliv hospodářského prostoru.

Nejlepší politikou v regulaci hospodářské soutěže by tak v této otázce bylo zavedení *per-se pravidel* alespoň ve zcela krajních polohách (když už to nelze učinit pro všechny hodnoty tržních podílů, což v praxi skutečně nepřichází v úvahu).

V ostatních případech se lze přiklonit ke komplexní analýze, opřené o co nejdůkladnější *metodologii*, detailně rozvedenou v prováděcích dokumentech.

3.1.2 Komplexní analýza, dynamický potenciál trhu

Na základě zjištění tržních podílů lze tedy na podkladě ustálené evropské praxe vyloučit *extrémní* případy, u kterých, i když bývá k dalšímu zkoumání charakteru trhu stejně přistoupeno, závěry se s nejvyšší možnou pravděpodobností potvrdí.

Mnohem obtížnější je ale směr postupu v případech, kdy tržní podíl vykazuje hodnoty ve zmíněné šedé zóně, kdy jednoznačné stanovisko na základě pouhé struktury trhu zaujmout nelze.

nepravděpodobnosti („not likely“) dominantní pozice. Jistou eventuální možnost tedy si tedy Komise zřejmě představit dokáže. V tom případě by bylo nutno uvažovat o ještě nižším prahu, např. 20% či 15%. Hodnota 25% je v tomto smyslu uvedena i v tzv. SMP Guidelines (Community's regulatory framework for electronic communications networks and services, OJ 2002 C165/03: Vol II, App E.25. Cit dle Bellamy, Ch., Child, G. cit. dílo s. 927).

¹¹⁵ Shodně např. Niels, G., Jenkins, H. Reform of Article 82: Where the Link Between Dominance and Effects Breaks Down. E.C.L.R. 2005, č. 11, s. 606.

Musí pak přijít na řadu analýza dalších kritérií, která jsme uvedli výše¹¹⁶. Zkoumáme *dynamický potenciál změn* stávajícího rozložení na relevantním trhu, v rámci čehož nás zajímají (zde široce chápané) *překážky vstupu a tržní expanze*, do jejichž zkoumání promítneme i charakter odvětví jako takového, včetně průběhu křivky úspor z rozsahu, elasticity poptávky, distribučních nároků a stupně vertikální integrace. Zkoumáme také dynamickou intenzitu relevantního trhu a dynamiku struktury trhu.

Dále pak závěr determinují faktory ovlivňující schopnost *pohotové reakce stávajících konkurentů* v případě tržní příležitosti, tedy především finanční, hospodářskou a portfoliovou sílu soutěžitelů a jejich volné kapacity.

Všechny uvedené faktory působí jako součást *komplexního pohledu na relevantní trh*, který teprve přinese odpověď na základní otázku (která se neptá na hodnoty jakýchkoliv *jednotlivých* ukazatelů, nýbrž na ucelený závěr), totiž zda fungující soutěž na relevantním trhu existuje a zda domnělý dominant na ní má schopnost chovat se ve *značné míře nezávisle*.

Co se týče zmíněné *finanční a hospodářské síly*, je velmi důležitým ukazatelem pro zhodnocení *faktické způsobilosti (schopnosti)* soutěžitelů ekonomicky reagovat v čase, co se týče *rozsahu, intenzity i vytrvalosti* takové reakce. Jde proto o neopominutelnou charakteristiku soutěžní situace na daném trhu.¹¹⁷

Finanční síla soutěžitele znamená míru vybavenosti podniku finančními aktivy, přístupu k nim a jeho připravenosti je použít.

¹¹⁶ Pro detailní rozbor jednotlivých ukazatelů srov. také specializovanou literaturu, např. Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a související české i komunitární předpisy. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006, s. 155 a násl; Bejček, J. in Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol. cit. dílo s. 448-449; Faull, J., Nikpay, A. cit. dílo s. 323 a násl; Van Bael, I., Bellis, J. F. cit. dílo s. 123 a násl; O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 124 – 134; Utton, M. A. Market Dominance and Antitrust Policy. 2. vydání Edward Elgar, 2003, s. 59 a násl.

¹¹⁷ Nutno také podotknout, že jde o pojmy vzájemně provázané. *Finanční síla* může být determinována silou *hospodářskou* – viz níže.

Zahrnuje veškeré *finanční zdroje, které jsou soutěžiteli k dispozici*.¹¹⁸ Půjde proto o oba důležité aspekty:

- *aktuálně vlastněné zdroje* – ve formě (různě likvidních) *aktiv* (peníze, nejrozličnější cenné papíry a kapitálové nástroje, včetně derivátů),
- *způsobilost je získat* (dostupnost dalšího cizího i vlastního kapitálu pro daného soutěžitele, možnost přístupu ke zdrojům v rámci finanční skupiny či holdingové struktury).¹¹⁹

Je-li jeden z podniků na trhu v tomto ohledu *výrazně* silnější než ostatní, bude i taková skutečnost mít vysokou váhu při hodnocení jeho případné dominance.¹²⁰

Hospodářská síla je pojmem podobným, týká se však jiných složek, než přímo finančních. Patří sem skutečnosti jako je vlastnictví či přístup k unikátním technologiím, právům z duševního vlastnictví, úroveň distribuční sítě, relativně silnější dodavatelské vztahy, vertikální integrace, dostatečná výrobní kapacita, širší produktového portfolia (portfoliová síla) aj. Všechny takové skutečnosti posilují tržní sílu soutěžitele i v případě nepřesvědčivého tržního podílu.¹²¹

Faktorem, který lze označit za mimořádně významný pro dynamickou analýzu trhu, jsou *překážky vstupu na trh a překážky tržní expanze*. Právě ony totiž převážně předurčují *sílu aktuální i potenciální konkurence*, která může i případné prozatímní silné

¹¹⁸ Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006, s. 163.

¹¹⁹ Na tuto způsobilost získat další finanční prostředky má vliv další z uvedených pojmů – hospodářská síla. Oba koncepty se zde dostávají do synergie. V otázce získávání finančního kapitálu totiž velkou roli hraje možnost křížového financování z více nezávislých trhů (kde se projeví portfoliová síla), diverzifikace rizika a také schopnost zajištění případných operací vedoucích k získání cizího kapitálu. Zde může být hospodářská síla (zejm. některé její složky) jedním z podstatných kritérií.

¹²⁰ Diametrálně vyšší *finanční síla* může být rozhodujícím faktorem např. v případě *predátorských cenových praktik*, kdy *jedině díky této finanční síle* bude podnik jako jediný schopný likvidační podnákladovou soutěž dlouhodobě „přežít“ (i pokud třeba v soutěži týkající se samotného produktu nejefektivnější zdaleka být nemusí). Blíže viz příslušnou kapitolu.

¹²¹ Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006, s. 163.

postavení podniku zcela vyrušit svým permanentním konkurenčním tlakem.¹²² A právě ony jsou jedním ze zcela nejčastějších třecích ploch mezi jednotlivými koncepcemi soutěžní politiky. Od přístupu jejich naprosté ignorace (kdy jsou předpokládány *nulové* překážky vstupu), až k jejich důkladné analýze a zohlednění. Důsledky těchto předpokladů pro závěry ohledně dominantního postavení jsou zřejmé.¹²³

3.1.2.1 Překážky vstupu a tržní expanze

Překážky vstupu a tržní expanze lze spolu s tržními podíly považovat za nejdůležitější faktor dominance.¹²⁴ Právě s překážkami vstupu můžeme úzce spojovat úvahy o (ne)funkčnosti autoregulačního působení korekčních tržních mechanismů, na kterých je vůbec celý koncept regulace chování dominantních soutěžitelů vystavěn.

Ne vždy je jim připisován náležitý význam. Buď se můžeme setkat s jejich podceněním, kdy jejich domnělá absence zcela eliminuje praktický dopad zastávané vysoké tržní pozice, nebo se naopak (spolu s upozaděním dynamické stránky soutěže) přeceňují a předpoklad jejich téměř nepřekonatelného vlivu absolutizuje relevanci tržního podílu.

Všechny překážky, které budou dále zkoumány, se přirozeně mohou lišit z hlediska svých konkrétních *účinků*. Podle způsobu a intenzity, jakým se projevují na trhu.

Buď zcela *zabraňují* vstupu nových soutěžitelů a jsou nepřekonatelné (např. zákonný monopol, vyčerpaná dovozní kvóta), nebo vstup *omezují* (lze vstoupit pouze na část trhu v určitém

¹²² Pozitivně lze v tomto ohledu hodnotit *Diskusní materiál*, který dává jasně najevo, že rigidní přístup založený na přeceňované váze hodnoty tržních podílů, který bývá evropskému přístupu, na rozdíl od amerického, někdy připisován, je v budoucí aplikaci čl. 82 SES vyloučen (srov. zejm. body č. 34-35).

¹²³ Důsledně vzato, při *skutečně nulových* překážkách vstupu dominantní postavení vlastně nemůže existovat neboť *jakákoliv* tržní síla nemůže vyústit v nezávislé chování dominanty, díky *maximálnímu* tlaku *potenciální konkurence*.

¹²⁴ Přičemž se znovu hodí připomenout také úzkou vazbu výchozích předpokladů specifčnosti aktiv a výrazných transakčních nákladů.

omezeném rozsahu, např. kvůli množstevním omezením), nebo vstup významně *ztěžují* (především zvyšují náklady na jeho úspěšné provedení).

Vedle dimenze *intenzity* působení však neopomeňme ještě dimenzi *časovou*. Mohou také vstup *zpomalovat* – pokud je jejich překonání časově relativně náročné, snižují pružnost autoregulačního působení trhu.

Přitom časové nároky na jedné straně a ostatní náklady na straně druhé nemusí být vždy přísně korelovány. Vstup může být náročný z hlediska objemu financí, může ovšem proběhnout relativně rychle. Naopak jiné omezení může způsobovat značnou časovou prodlevu (např. potřeba administrativního řízení, zdlouhavého technologického postupu apod.), přestože finanční náročnost nijak vysoká není. Anebo mohou jít obě roviny ruku v ruce a náročnost může být vysoká v obou směrech (např. špičkový výzkum a vývoj).

V každém případě, *intenzitu* (zabránění, omezení, ztížení) i *časový efekt* překážek je nutno hodnotit se stejnou relevancí. Je třeba zdůraznit, že *obě složky* musí být zohledněny vždy, neboť jen obě v souhrnu poskytují vodítka pro závěr, který má být cílem celé analýzy překážek vstupu – způsobilosti trhu *dostatečně intenzivně* a *dostatečně rychle* přinést tržní korekce.

Pojem překážek vstupu

Za klíčovou otázku lze považovat, co vše mezi překážky vstupu zahrnout a jaký význam jim přisoudit.

O žádnou jednotně přijímanou definici se opřít nelze. Nevymezuje je závazně právní řád, shoda neexistuje ani z doktrinálního pohledu. Jednotlivé přístupy se liší i v onom základním vymezení, co vše pojem zahrnuje.

Je přitom na tomto místě vhodné zdůraznit, že je nezbytné odlišit *deskriptivní analýzu* překážek vstupu od *hodnocení* jejich prospěšnosti či potřebnosti z hlediska optimality ekonomické podoby odvětví. Často se totiž lze, zejména v ekonomické literatuře, setkat s tím, že existence nějaké bariéry je považována za nežádoucí (např. právní omezení podnikání, nejruznější kvóty, nebo i práva

k duševnímu vlastnictví¹²⁵), je vyslovena nutnost ji odstranit a z toho důvodu pak jako bariéra v popisu relevantních trhů vůbec nevystupuje, resp. vytvoří se model, který vychází z neexistence bariér (což má pochopitelně nedozírné následky na vypovídací hodnotu modelu). To ovšem je velmi problematický postup. Uvedené dvě roviny je nutno přísně oddělovat (podobně jako úvahy *de lege lata* a *de lege ferenda*). Požadovat odstranění bariér nejružnějšího druhu a upozorňovat na nutnost co nejotevřenějšího a liberálního podnikatelského prostředí je nepochybně legitimní. Při konstrukci reálné soutěžní politiky je ovšem nutno vycházet z analýzy *skutečných* trhů. Pokud právní řád např. dovozní kvóty či jiná právní omezení obsahuje, pak se nelze tvářit, že tu takové bariéry nejsou.¹²⁶

Co se týče náhledu doktríny na to, co se pod pojmem překážek vstupu rozumí, v *nejširším pojetí* je lze vymezit jako vše, co brání nebo ztěžuje podniku vstup na určitý trh¹²⁷; veškeré náklady, jež musí být vynaloženy a obtíže, které musí být překonány pro účast na relevantním trhu. Překážky tak zahrnují i přirozené náklady vstupu, které je pro zahájení činnosti v odvětví nutno vynaložit. Taková širší chápání bývá ale kritizována jako příliš široká¹²⁸.

Například představitelé chicagské školy prosazují poněkud užší pojetí. G. Stigler definuje překážky vstupu jako „náklady produkce,

¹²⁵ K poslední jmenovanému srov. Šíma, J. Intelektuální vlastnictví. Základ tržního řádu, nebo rafinovaná státní regulace? Terra Libera, prosinec 2001, s. 1-8.

¹²⁶ U některých koncepcí se nelze ubránit dojmu, že popírání bariér vstupu nesvědčí ani tak o přesvědčení o jejich neexistenci, jako spíše o nutnosti odstranit nevyhovující předpoklady, které „nesedí“ do vytvořeného matematického modelu. Některé modely totiž vychází z toho, že žádné bariéry vstupu nejsou – jejich neexistence patří mezi *východí podmínky* koncepce samotné. Pak tedy nezbyvá než je všemožně popírat a vyvracet, aby se udržela aplikovatelnost a konzistence daného modelu. Je třeba dát v některých případech pozor, zda se více než o *modelování reality* nejedná naopak o *promítání modelu do reality*.

¹²⁷ S takovou definicí se lze setkat například i v oficiálních, i když nezávazných publikacích Evropské Komise. Např. Glossary of Terms used in Competition related matters. European Communities, 2003. [citováno 1. března 2007] Dostupný z http://ec.europa.eu/comm/competition/general_info/glossary_en.html.

¹²⁸ Srov. např. Turnbull, S. Barriers to Entry, Article 86 and the Abuse of Dominant Position: An Economic Critique of European Community Competition Law. E.C.L.R., 1996, č. 96. Harbord, D., Hoehn, T. Barriers to Entry and Exit in European Competition policy. International Review of Law and Economics, 1994, č. 14.

kteřé musí vynaložit podniky vstupující na trh, ale které podniky již na trhu působící vynakládat nemusí.“¹²⁹ R. Posner chápe překážky jako „podmínky, které činí dlouhodobé náklady příchozího podniku vyšší než stávajících podniků“.¹³⁰ Důsledně se tedy odlišují pouhé *náklady vstupu*, které musel vynaložit nový, ale stejně tak i zavedený podnik, od *překážek vstupu*, které tíží pouze nově příchozího. Soutěžní právo by se dle chicagského přístupu mělo zabírat pouze posledně uvedenou kategorií.

J. S. Bain (představitel harvardské školy) vymezuje překážky pomocí schopnosti dominanty dosahovat excesivní zisky (v důsledku nesnadnosti příchodu konkurentů, které by cenu vrátili zpět na tržní úroveň).¹³¹ Bariéry vstupu definuje jako „výhodu zavedených podniků nad potenciálními vstupujícími, projevující se v rozsahu, ve kterém mohou zavedené podniky v dlouhodobém měřítku zvýšit ceny nad tržní úroveň bez toho, aby přilákaly potenciální vstupující ke vstupu do odvětví.“¹³² Čím vyšší překážky tedy jsou, tím více musí být cena na trhu pro nově příchozí „zajímavá“ (rozuměj vysoká), aby je přilákala ke vstupu.

Co se *šíře pojetí* týče, záleží na tom, v čem spatřujeme podstatu překážek vstupu, v čem vidíme zásadní aspekt jejich působení.

Užší pojetí chápe překážky více méně jako konkurenční nevýhodu nově vstupujících oproti zavedeným. Rozdílnou povahu trhů v nákladech vstupu nebere v úvahu.

¹²⁹ Stigler, G. J. *The Organisation of Industry*. Homewood, Ill. Irwin. 1968, s. 67. V podobném směru přišel s ještě o něco užší definicí Stiglerův pokračovatel Robert Bork (viz Bork, R. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. New York: Basic Books, 1978, s. 310 a násl.).

¹³⁰ Posner, R. A. *Economic Analysis of Law*. 7. vydání Wolters Kluwer. 2007, s. 325.

¹³¹ Srov. Bain, J. S. *Barriers to New Competition*, Harvard University Press, 1956.

¹³² Van Bael, I., Bellis, J. F. cit. dílo s. 17. Podobně R. Gilbert (*Mobility Barriers and the Value of Incumbency in Shmanlense and Wilig (ed.) Handbook of Industrial Organization*, 1989) překážky vstupu vidí jako „dodatečný zisk, který podnik může vydělat jako přímý následek toho, že je zaveden na trhu.“ Tohoto vztahu lze využít i zpětně – při zkoumání relevantního trhu ex post. Analýza profitability odvětví je jedna z cest, jak zjistit úroveň překážek vstupu. Srov. Mahendran, R., Niels, G., van Dijk, R. *The Meaning of Margins: DG Competition's Profitability Analysis in Hector Inquiries*. E.L.C.R., 2007, č. 8, s. 452.

Širší pojetí naopak relevanci vysokých nákladů vstupu nezavrhuje, neboť vidí jádro problému v přímé souvislosti se *základním významem nově vstupujících* (ať již reálně nebo jen potenciálně) hráčů – a ten spočívá v hrozbě, tedy v prevenci, nebo přímo nápravě případného neefektivního chování dominantního soutěžitele.¹³³ Všechny překážky, ať již jsou způsobeny jakýmkoli důvodem, přispívají k *omezení této hrozby vstupu*, omezení *pravděpodobnosti* pohotového (dostatečně intenzivního a rychlého) zásahu konkurence.¹³⁴

Je samozřejmé, že odlišné *náklady vstupu* v různých odvětvích jsou *přirozené*; proto výše uvedené konstatování neznamená vyjádření nutnosti, či ani pouhého sklonu ke snaze takové překážky nějakým způsobem *odstraňovat*. Jak výstižně poukázal Bork, „je obtížnější vstoupit na ocelářský trh než na trh prodejců bot nebo pizzy, a je obtížnější vstoupit na kterýkoliv z těchto trhů, než stát se předměstským kutilem. Ovšem tyto rozdíly jsou přirozené, odráží povahu vykonávaných činností. Proti takovým bariérám nemůžeme mít jakékoliv námitky.“¹³⁵

Zde se ale právě odráží ono smísení *deskriptivní a hodnotící* roviny. Proti takovým bariérám opravdu nemůžeme mít jakékoliv námitky a jejich existence je zcela pochopitelná, přirozená a především nezbytná. Ovšem neznamená to, že je můžeme zcela vypustit z našeho zájmu a nadále ignorovat, neboť důležitou charakteristiku - *snížení potenciálu tržní autoregulace v daném odvětví* - splňují. Jak sám Bork ve svém vymezení pokračuje, „jejich existence pouze znamená, že pokud bude dominantní postavení dosaženo jinými prostředky než efektivitou, nové vstupy neohrozí tuto dominantní sílu okamžitě“.

Avšak to je právě podstata věci. O toto *omezující a zpomalující působení* jde. A pokud k němu přispívají i náklady vstupu, musíme je v úvahu chtít nechtít vzít.

¹³³ Obdobně Monti, G. The Concept of Dominance in Article 82. [citováno 15. května 2008]. Dostupný z <http://www.lse.ac.uk/collections/law/staff/monti/ECJdominancepaper.pdf>. s. 5.

¹³⁴ Módní terminologií by se tedy dal takový přístup označit jako „*effect-based*“.

¹³⁵ Bishop, S., Walker, M. cit. dílo s. 63.

Výše uvedené na druhou stranu neznamená, že skutečné *překážky vstupu* a pouhé *náklady vstupu* mají mít zcela *shodný* režim. Mají přeci jen jiný vztah k ustavování optimální podoby trhu.

Širší chápání – v přímé vazbě na faktické důsledky (snížení pravděpodobnosti pohotového vstupu nových soutěžitelů a tedy napravení neefektivity) – vyhovuje lépe než úzké pojetí chicagské; toto vymezení je ovšem třeba určitým způsobem modifikovat, především *vnitřně diferencovat*.¹³⁶

Míra kontestability trhu, překážky I. a II. typu

Je možno uvažovat o komplexní charakteristice z hlediska *flexibility struktury* trhu, zejména potenciálu příchodu nových hráčů – o *náročnosti vstupu na trh* (pracovním termínem můžeme tuto vlastnost trhu nazvat také *míra kontestability*¹³⁷).

Pakliže je *náročnost* vysoká, jde o trh relativně *uzavřený*, a dominantní podnik může svoji pozici využívat (a potenciálně i zneužívat) s ohledem na očekávanou reakci trhu poměrně „bezstarostně“; rozhodně s větší pravděpodobností než v případě, pokud je ekonomická náročnost vstupu nízká – pak je trh relativně *otevřený* a dominant je pod *nepřetržitým soutěžním tlakem* plynoucím z nebezpečí příchodu nových konkurentů.

Míru kontestability ovlivňují jednak skutečné *bariéry vstupu*, jednak *náklady vstupu*.

¹³⁶ Přestože se tedy v tomto textu stavím proti příliš zúženému a dle mého názoru nerealistickému Stiglerovu a Borkovu pojetí, nelze bez dalšího přijmout ani definici harvardskou, natož pak zcela obecnou definici nejširší. Bliže srov. též Šilhán, J. *Překážky vstupu na relevantní trh*. Obchodní právo, Praha: Prospektrum, 2007, č. 12, s. 2 – 15.

¹³⁷ Jde o paralelu s koncepcí *contestable market*; ovšem zde nikoliv v apriorně libertariánském mezním případě dokonale kontestabilního trhu, který svědčí podmínkám *laissez-faire*, nýbrž naopak jako měřítka reálné nedokonalosti těchto podmínek. Bliže ke kontestabilním trhům srov. stručně Utton, M. A. cit. dílo s. 127 a násl. či Faull, J., Nikpay, A. cit. dílo s. 18; původní koncept pak Baumol, W., J., Panzar, J., C., Wilig, R., D. cit. dílo.

V rámci pojmu překážky vstupu v širším slova smyslu tedy rozlišíme (1) překážky vstupu v užším slova smyslu (překážky I. typu, bariéry vstupu) a (2) náklady vstupu (překážky II. typu).

Jde o rozlišení (jedno z mnoha možných)¹³⁸ – podle charakteru překážky:

(1) *překážky I. typu (bariéry vstupu)*, jsou takové překážky vstupu na trh, které stávající podnik překonávat nemusel, zatímco nově přichozí se s nimi vypořádávat musí; *nepramení tedy ze soutěže mezi hráči na trhu, znamenají konkurenční nevýhodu spočívající v jiných faktorech, než které souvisí s efektivitou* (v širokém smyslu¹³⁹) *soutěžitelů,*¹⁴⁰ a

(2) *překážky II. typu (náklady vstupu)*, které musí překonávat každý vstupující na trh. Jde o *náklady, které musí vynaložit kdokoliv, kdo chce v odvětví podnikat, tedy musí se s nimi potýkat i stávající podniky* (nákup nejrůznějších aktiv, budov, strojů, investice do výzkumu, lidských zdrojů, reklamy, inovací, vztahů se zákazníky apod.). V různých odvětvích se přirozeně liší, a to i velmi výrazně, a

¹³⁸ K dalšímu dělení viz níže. Zde pouze přehled: Dle charakteru překážek lze klasifikovat na *překážky I. typu (bariéry)* a *II. typu (náklady vstupu)*, dle zdroje na *objektivní* (právní a faktické) a *strategické*, dle účinků rozlišujeme *omezení, ztížení, zpomalení* a *zabránění* vstupu a dle tržního statusu reagujícího soutěžitele rozlišujeme *překážky vstupu*, *překážky expanze* a *překážky odchodu* z trhu.

¹³⁹ Nejen efektivitu v podobě nízkých produkčních nákladů, ale též schopnost inovační, manažerskou, marketingovou atd. Jde o celkovou *způsobilost uspokojovat potřeby zákazníků*, o *schopnost uspět* v soutěžním boji na relevantním trhu.

¹⁴⁰ Do této skupiny budou patřit zejména nejrozdílnější *právní omezení*, v extrémním případě v podobě *zákonného monopolu*, půjde ale také o nejrozdílnější *množstevní kvóty* či *tarify* (ať již produkční nebo dovozní), *ochrannářskou, plánovací a dotační státní politiku*. Jejich povaha překážky I. typu je zřejmá; diferencuje stávající a potenciální konkurenty na základě jiných faktorů, než které vyplývají z tržního souboru mezi nimi. Patří sem budou také *přírodní omezení*, v podobě unikátních vstupů, které již pro nově vstupující nejsou k dispozici, byť by s nimi dokázali hospodařit sebeefektivněji. Podobnou povahu jako státem udělené exklusivní oprávnění k činnosti mají i *zneužívající exklusivní kontrakty*, které vstup mohou fakticky též znemožňovat (ztěžovat), pakliže jsou potenciální zákazníci „připoutáni“ ke stávajícímu odběrateli nikoliv na základě jeho lepších výkonů a cen, nýbrž jsou zafixováni výhradními smlouvami. To samé platí i o *exklusivních smlouvách distribučních*. Překážkou I. typu bude také *znemožnění přístupu k nezbytnému zařízení*, které je v moci stávajícího podniku (přip. podniků), a jež je *nemyslitelné* budovat paralelně (tzv. doktrína essential facility).

mají přímou vazbu na schopnost *efektivně alokovat* kapitál a nejlépe *uspokojovat potřeby odběratelů* (spotřebitelů).¹⁴¹

Je zřejmé, že dostatek kapitálu a schopnost jej patřičně efektivně investovat bude se vzrůstajícími náklady vstupu vzácnější, a tedy potenciálních vstupujících méně. Tyto *náklady vstupu* však skutečnými „*bariérami*“ (překážkami I. typu) nejsou. *Nebrání* totiž *efektivnějšímu uspět*. Představují spíše jakési *tržní síto*, odlišující dostatečně kapitálově vybavené, dostatečně *schopné a efektivní* podniky. A jinak tomu být ani nemůže, je zřejmé, že ne každý může podnikat v každém odvětví.

Právě klíčovou otázku ohledně povahy překážky – „zda brání lepšímu uspět“ – můžeme s akceptací jisté dávky (didaktiky) heslovitého zjednodušení zformulovat jako rozlišující kritérium.¹⁴²

Styčné body lze najít i s dělením na překážky *ekonomicky* (tedy excelentnější produkci, marketingem, distribucí atd.) překonatelné a nepřekonatelné.¹⁴³ Například vyčerpané ochranářské dovozní kvóty,

¹⁴¹ Náklady vstupu lze dále rozlišit na *snadno návratné* a na *zapuštěné*. *Snadno návratné náklady* („Návratnost“ je zde užitá ve smyslu míry specifity aktiv, tedy možnosti využít vynaložené náklady i na jiném relevantním trhu. Nejde o souvislost s rentabilitou investice.) tedy nejčastěji v podobě hmotných aktiv (budovy, stroje apod.), lze při odchodu z trhu jednoduše realokovat do jiné činnosti, nebo zpeněžit například prodejem. Vynaložené náklady tedy lze snadno získat zpět. *Zapuštěné náklady* vstupu jsou naopak již nevratné, neobnovitelné. Jejich uskutečněním se vynaložené prostředky jednou provždy ztrácí (např. náklady na zaváděcí reklamu). Nevratnost investic vynaložených v podobě zapuštěných nákladů přitom nevypovídá nic o jejich domnělé „neprospěšnosti“. Z hlediska teorie transakčních nákladů jsou *sunk costs* jednou z cest, jak mohou být tržní transakční náklady celkově sníženy.

¹⁴² Princip stejně nebo více efektivního soutěžitele („*equally efficient competitor*“), jehož je tato formulace částečnou parafrází, ovšem nepřebíráme bezvýhradně. Zde při řešení otázek překážek vstupu lze koncept využít (jde o možnost „lepšího“ uspět v soutěži, resp. možnost vůbec vstoupit na trh a následně uspět). Na trzích, kde již překážky vstupu identifikujeme a kde existuje dominantní postavení, kdy již řešíme otázky následné, je třeba připustit i existenci důvodů obhajujících méně striktní přístup vůči zbývajícím soutěžitelům – i v případech, že vyšší nebo srovnatelné efektivity nedosahují, pakliže je v ohrožení samotná existence konkurenčního procesu jako takového. K tomu viz další kapitoly.

¹⁴³ Terminologicky podobné členění, ovšem do tří skupin (navíc ještě *překonatelné se zapuštěnými náklady* a *bez zapuštěných nákladů*) uvádí Raus, D., Neruda, R.

státem přidělený monopol či neexistující ložiska přírodních materiálů jsou překážky¹⁴⁴, které ani při sebevyšší efektivitě (a o ekonomická kritéria nám nyní jde) zájemce o vstup na trh nemohou být překonány.¹⁴⁵

Naopak, nutnost výrazných počátečních investic, vývoje, vybudování kapacit, získání know-how apod., jsou překážky v zásadě ekonomicky překonatelné a více než cokoliv jiného představují jakýsi *tržní práh*, jehož nedosažení zkrátka znamená, že přirozený tržní vývoj těch subjektů, které reálně existují a o trh se ucházejí, neumožňuje efektivnější celkové výsledky, než jaké jsou dosahovány doposud. Stávající stav tedy automatický konkurenční mechanismus generuje a hodnotí jako *lepší*, a (prozatímní) neschopnost vstupu nových hráčů není tak jevem nikterak protisoutěžním.¹⁴⁶ Ne všem trhům prospěje neustálé zvyšování počtu hráčů, optimální¹⁴⁷ struktura může v každém odvětví být zcela jiná a vše závisí na ekonomických veličinách, zejména na průběhu křivky úspor z rozsahu.¹⁴⁸

V souhrnu lze tedy říci, že některé překážky chápeme jako projev předpokladů *ekonomické optimality trhu*. Takové překážky, které brání novým konkurentům vstupu do odvětví proto, že by jejich vstup byl z hlediska efektivního fungování nevýhodný, mají jistě

Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a související české i komunitární předpisy. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006, s. 165. Zde i zapuštěné náklady považujeme za jeden z tržně přirozeně vyvinutých způsobů snižování transakčních nákladů, a tedy samostatnou kategorii na tomto místě prozatím nevyčleňujeme.

¹⁴⁴ Ve zde navrženém schématu přísluší do kategorie *překážek I. typu*.

¹⁴⁵ Ponechme stranou politický lobbying, korupci a podobné DUP aktivity.

¹⁴⁶ Neboť soutěž chápeme – v souladu s vymezeným rámcem – jako *evoluční proces*, nikoliv stav definovaný nějakou statickou strukturou, o kterou je třeba „pečovat“.

¹⁴⁷ A to optimální z hlediska nikoliv *myšlené ideální* struktury, stanovené administrativně, ale optimální ve smyslu *vygenerované trhem*.

¹⁴⁸ Úspory z rozsahu mohou do značné míry předurčit počet soutěžitelů, kteří mohou na trhu přežít. K tomu srov. výklad in Hořejší, B., Soukupová, J., Macáková, L., Soukup, J. cit. dílo s. 230 a následně, 283-284, 330-331. Charakter odvětví a stav technologie tak zastává funkci jedné z nejdůležitějších strukturálních determinant.

poněkud jinou povahu než takové, které naopak brání vstupu soutěžitelů, jejichž příchod by efektivitě trhu prospěl.¹⁴⁹

Rozdílný režim těchto dvou skupin se pak projeví i v *aplikační rovině*. Pro kvalifikaci dominantního postavení jsou relevantní oboje (vzhledem k uplatňované definici dominance se do koritérií „tržní síly“ promítají), smysl mají při úvahách o zabraňovacích praktikách, kterými dominant může trh uzavírat a vytvářet překážky umělé.¹⁵⁰ Pro čistě vykořisťovatelské praktiky (vysoké ceny, nevýhodné necenové podmínky) však význam mají pouze překážky I. typu, neboť, jak bylo deklarováno, soutěžní právo nemá být apriorním nástrojem přerozdělování zisků ve prospěch spotřebitelů.¹⁵¹ Odměna za ekonomickou excelenci na trhu, který je omezen *pouze* překážkami II. typu, byť by ústila ve zvýšené zisky dominanty, je proto zásadně obhajitelná.¹⁵²

Úspory z rozsahu a tzv. zapuštěné náklady

¹⁴⁹ Pokud nové podniky nejsou schopny účastnit se soutěže na relevantním trhu *pouze* kvůli vysokým nákladům vstupu, které nejsou schopny překonat, je to sice nutno brát v úvahu pro posouzení *intenzity tlaku* na dominanty a být k nebezpečí jeho zneužívajícího jednání ostražitější, nemá ovšem smysl zaujímat kategorické postoje vůči *efektivitě jeho výstupu*, protože trh má v takovém případě schopnost vlastními nástroji dosáhnout optimálního stavu – pokud existuje podnik stejně nebo více efektivní, má možnost na trh vstoupit a *uspět*. Pokud se nikdo takový neobjevuje, signalizuje to, že lepšího než stávajícího stavu nelze za daných podmínek dosáhnout (a i případné vyšší zisky dominanty jsou z ekonomického pohledu jakousi *rentou* za jeho excelentní výkony). „Skutečnost, že si pouze jeden výrobce vybral, že dodaného odvětví vstoupí, prostě znamená, že ostatní podnikatelé buď nezpozorovali ziskové příležitosti, které výrobce správně vidí, nebo správně pochopili, že takové ziskové příležitosti neexistují. V procesu objevování sledují podnikatelé ty příležitosti, které vidí.“ (Kirzner, I. Jak fungují trhy. Praha: Liberální institut, Centrum liberálních studií, Megaprint Praha, 1998, s. 70) Tato pozice náleží k tzv. *teorii podnikatelského objevování*, což je pohled na hospodářství velmi „dynamickým a očima“, v mnohém konvenující přístupu zastávanému v této práci. Je ovšem naprosto bytostně svázán s předpokladem *zcela volného* vstupu do všech odvětví, který *obecně přijmout nelze*. Pokud totiž novým podnikům vstup znemožňují *skutečné* (např. právní) *bariéry* vstupu, vazba na efektivitu, která byla výše nastíněna, již v plné míře neplatí a schopnost trhu zasáhnout a neoptimální výkon napravit je výrazně omezena.

¹⁵⁰ K termínu *umělé překážky* níže.

¹⁵¹ I když je tak mnohými možná chápáno.

¹⁵² K tomu blíže kapitola zabývající se excesivními cenami.

U některých překážek není důvod pochybovat, do které kategorie je přiřadit: například administrativní monopol, dovozní nebo produkční množstevní kvóty či výhradní přístup ke zdrojům jsou příklady překážek I. typu, naopak počáteční investice, efektivní výrobní postup, vynikající organizace práce, know-how zaměstnanců apod. patří do kategorie druhé.

Určité druhy nákladů jsou však mnohem více problematické a v literatuře také rozdílně chápány. Mohou totiž patřit do obou kategorií, resp. vyžadují bližší diferenciaci¹⁵³ ohledně výše, od které již představují překážku I. typu.

Jsou jimi především *economies of scale* (úspory z rozsahu)¹⁵⁴ a tzv. *sunk costs* (zapuštěné, utopené náklady). V některých definicích se do překážek vstupu řadí, v některých naopak ne.¹⁵⁵

V případě *úspor z rozsahu* se jedná o situaci, kdy dominantní podnik může mít výhodu v tom, že vzhledem k množství produkce je schopen dosahovat nižších jednotkových nákladů (průměrných celkových nákladů)¹⁵⁶ a tedy i nižší ceny. Nově vstupující soutěžitelé

¹⁵³ Se kterou je bohužel spojen i problém mírné hodnotící arbitrárnosti, která jinak vcelku objektivní koncept narušuje.

¹⁵⁴ A obdobně také *economies of scope* (úspory ze širší sortimentu).

¹⁵⁵ Např. právě ryzí Harvardské (širší) a Chicagské (užší) pojetí překážek.

¹⁵⁶ V posledních dekadách, kdy se jednak technologický rozvoj neustále zrychluje, a jednak dochází ke globalizaci, čímž vzrůstají možnosti internacionalizace trhu výrobních faktorů, se význam *úspor z rozsahu prohlubuje*. Tím, že je možno omezené zdroje čím dál pružněji a rychleji doplňovat levnějšími výrobními faktory ze zahraničí, čím dál později se v mnoha odvětvích projevuje nevyhnutelný *efekt klesajících výnosů z rozsahu* a průběh nákladové křivky zůstává pod vlivem výnosů rostoucích až do velmi vysokých objemů produkce. Někdy dokonce *převyšujících poptávané množství vůbec* (které lze ještě za tomu odpovídající poptávanou cenu beze ztrát vyrobit) – pak trh sám může tendovat k tzv. *přirozenému monopolu*, který však, přestože jde o monopol, znamená v takovém případě stále to nejlepší možné uspořádání, jaké se v odvětví nabízí. O dominantní postavení v takovém případě jistě půjde, co ale považovat za jeho zneužití musí být nahlíženo zcela zřetelně jinak, než v případě monopolu administrativního. Další analýza úspor z rozsahu v antitrustovém právu in Farrell, J. Shapiro, C. Scale Economies and Synergies in Horizontal Merger Analysis, Antitrust Law Journal, č. 68, s. 685 a násl. Zatímco obvykle se při růstu produkovaného množství dříve či později projevuje efekt klesajících výnosů z rozsahu, a tedy průměrné náklady díky stále vzácnějším (a tím dražším) zdrojům nakonec od určité hranice výstupu rostou, zejména u nově

pak logicky musí překonávat tuto „překážku“ v podobě ztížené konkurenceschopnosti svých výrobků, přestože jinak (při stejném rozsahu produkce) by byli třeba stejně efektivní jako dominant. Je tedy otázka, zda (příp. jak) tuto skutečnost zahrnout do konceptu překážek vstupu na trh.

V některých pojetích se tak děje¹⁵⁷, liberálnější koncepce se naopak tohoto problému jednoduše zbavují s tím, že problému rozsahu produkce byl vystaven i dnes již zavedený podnik a musel ho řešit, když na trh vstupoval, a že tedy mezi zavedenými a novými podniky rozdíl vlastně není.¹⁵⁸ Připouští sice, že *economies of scale* skutečně mohou vstup částečně ztěžovat (nebo mu zabraňovat), ovšem děje tak proto, že vyjadřují efektivitu dominantního hráče, čili apriorně je bez dalšího brát jako překážku by bylo příliš široké pojetí a neprospívalo by to celkové efektivitě trhu.

Tím ovšem situaci zjednodušujeme až příliš. Byť jsou případné úspory z rozsahu jednoznačnou výhodou ve prospěch spotřebitele, neboť představují snížení výrobních nákladů a tedy potenciálně i ceny, mohou za určitého nastavení trhu skutečně bránit vstupu nových soutěžitelů, a to i *takových*, kteří by byli schopni vyrábět při *stejném* rozsahu *efektivněji než dominant*. To za podmínky, že tento rozsah je na úrovni, na kterou není možno při vstupu (nebo v přiměřené době po něm) dosáhnout.

Celý koncept „efektivního stavu“ dominantního hráče platí tedy pouze za dodržení důležité podmínky – za situace, že je vůbec

vznikajících trhů mohou (kromě interních možností snižování dlouhodobých nákladů – úspor z rozsahu) převážít i tzv. vnější *úspory*, které sám podnik přímo neovlivňuje, nicméně *růst odvětví* je zákonitě *vyvolá* (může jít např. o snižování cen specializovaných vstupů, jejichž masovou produkci nový trh vyvolá a sníží tak vysokou cenu vyvolanou jejich dosavadní vzácností). K problému klesajících cen vstupů viz Soukupová, J. a kol. Mikroekonomie. 4. vydání Praha: Management Press, 2007, s. 268 a násl.

¹⁵⁷ Bishop, S., Walker, M. cit. dílo s. 64. Stejně tak Harvardská škola – srov. Arowolo, O. Application of the Concept of Barriers to Entry Under Article 82 of the EC Treaty: is there a Case for Review? E.C.L.R., č. 5, 2005, s. 248. V evropské judikatuře nalézáme zmínku o úsporách z rozsahu jako překážce vstupu například ve známé případu *United Brands*.

¹⁵⁸ Tak např. chicagská škola ústy Stiglera, srov. Van Bael, I., Bellis, J. F. cit. dílo s. 17.

možné, aby někdo na dostatečnou úroveň rozsahu, a tím i nižších nákladů výroby, dosáhl.

Užitečným se zde jeví pojem „minimálního efektivního rozsahu“ (*minimum efficient scale* - MES)¹⁵⁹, což představuje nejnižší rozsah produkce, při kterém jsou průměrné náklady minimalizovány.¹⁶⁰

Tento pojem lze aplikovat tak, že pokud je *nejnižší množství produkce*, při kterém je *dosaženo minima výrobních nákladů*, podstatně *vyšší*, než odpovídá reálně (maximálně střednědobě, s ohledem na relativní velikost vstupních nákladů a velikost trhu) *ziskatelnému podílu trhu* (především trhu dominantem neobsazeného, případně ziskového i na jeho úkor), pak jsou úspory z rozsahu skutečně překážkou I. typu, která působí v neprospěch celkové efektivity relevantního trhu, neboť ani efektivnější soutěžitel nemá šanci na trh účinně vstoupit.¹⁶¹

Pokud je naopak minimální efektivní rozsah relativně dostatečně nízký na to, aby ho bylo možno velmi pravděpodobně (opět

¹⁵⁹ Srov. např. Bishop, S., Walker, M. cit. dílo s. 64; Faull, J., Nikpay, A. cit. dílo s. 14-16 nebo odbornou ekonomickou literaturu. Z elektronických zdrojů je možno odkázat na <http://www.blacks.verioyps.co.uk/content/3372.html> nebo <http://www.tutor2u.net/economics/content/topics/buseconomics/mes.htm>.

S konceptem minimálního efektivního rozsahu pracuje přímo také *Diskusní materiál* (srov. bod č. 40) V tomto ohledu lze Komisi proponovaný přístup hodnotit jako velmi moderní. Koncept však není možno přeceňovat, na některých trzích se efekt klesajících úspor z rozsahu nemusí projevit vůbec, potom by minimální efektivní rozsah nebyl vůbec na takovém trhu definovatelný. V pozn. pod čarou č. 37 v Diskusním materiálu Komise uvádí, že „úspory z rozsahu se obvykle vyčerpají v určitém bodě“. Možnost výjimky nelze vyloučit. Pak by trh nevyhnutelně tendoval k přirozenému monopolu.

¹⁶⁰ Je třeba doplnit, že minimalizace nákladů souvisí také s nákladově optimální velikostí podniku z hlediska *optimalizace tržních a manažerských transakčních nákladů*.

¹⁶¹ Nejextrémnější situaci představuje zmíněný přirozený monopol - výnosy z rozsahu jsou natolik rostoucí, že průměrné náklady jsou minimalizovány až při takové úrovni výstupu, kde již cena odpovídající poptávce není dostatečná na jejich pokrytí, a tedy náklady jsou optimalizovány při výstupu odpovídajícím *celému poptávanému množství*. Pro nově přichozí hráče tím pochopitelně nezbyvá jakékoliv místo (*ceteris paribus*) v nákladové soutěži uspět. Viz Hořejší, B., Soukupová, J., Macáková, L., Soukup, J. cit. dílo s. 283. (Znovu je nutno připomenout, že takovýto vývoj podniku není nikterak protisoutěžním a škodlivým. Nelze na výše uvedené hledět s negativními předsudky. Pro otázku kvalifikace dominantního postavení je ale nutno vzít tyto skutečnosti jednoznačně v úvahu.)

vzhledem k výši vstupních nákladů a jejich návratnosti – k tomu viz další pojem) získat, nejsou pak ani takové úspory z rozsahu bariérou vstupu, nýbrž pouze další složkou „efektivnostního síta trhu“, kterou tvoří překážky II. typu.¹⁶²

Navazujícím konceptem, který náležitěmu uchopení problematiky může pomoci, je „minimální ziskový rozsah“ (*minimum viable scale* – MVS)¹⁶³, tedy nejnižší rozsah produkce, při kterém může vstupující podnik dosáhnout zisku. Vztahuje otázku výrobních nákladů také k intenzitě cenové soutěže a k ziskovým maržím na trhu. Opět platí podobný vztah - tedy pokud je tento minimální rozsah relativně k velikosti trhu a vstupním nákladům vysoký, možnost vstupu do odvětví bude výrazně omezena.

Celkově tedy nelze k úsporám z rozsahu v obecném smyslu zaujmout stanovisko jednoznačné, jejich zařazení mezi překážky I. typu záleží na podrobnějším zkoumání. Je nutno pustit se do hlubší vnitřní diferenciaci a zahrnout je případně pouze v některých případech, resp. pouze v určité výši, a to s ohledem na kritéria výše uvedená.

Podobně problematickými jako úspory z rozsahu jsou v otázce jejich zařazení mezi překážky vstupu a relevance v rámci nich i tzv. *zapuštěné náklady* vstupu (sunk costs).¹⁶⁴ Opět je nutno diferencovat.

Pokud je míra zapuštěných nákladů vstupu vzhledem k velikosti trhu a minimálnímu ziskovému rozsahu obvyklá (tedy jde

¹⁶² Určité vágnost použitých termínů „dostatečně nízký“, „pravděpodobně“ apod. se bohužel lze obtížně vyhnout. Přesto se i takový pokus o jemnější analýzu překážek jeví citlivější, než hrubé apriorní zamítnutí či naopak přecenění úspor z rozsahu (a to stejně platí i o zapuštěných nákladech) jako takových.

¹⁶³ Bishop, S., Walker, M. cit. dílo s. 64.

¹⁶⁴ Rozlišují se exogenní a endogenní zapuštěné náklady. (Tamtéž s. 61) *Exogenní* jsou takové, které podnik vynaložit objektivně nezbytně *musí*, pokud chce na trh vstoupit. Například získání dostatečně rozsáhlých výrobních kapacit. *Endogenní* sunk costs pak takto jednoznačně objektivně předurčeny nejsou. Do značné míry je ovlivňují podniky samotné a jimi zvolená obchodní strategie. Jedná se například o rozsah nákladů na výzkum a vývoj či propagaci. Právě endogenní zapuštěné náklady vstupu mohou být výrazně ovlivněny případným vylučovacím jednáním dominantního soutěžitele a trh tak cíleně uzavírat.

o konvenčně rentabilní investici, vzhledem k nákladům kapitálu¹⁶⁵), jde opět pouze o efektivnostní síto trhu, a tedy mezi překážky vstupu I. typu je řadit nemůžeme.

Pokud je ale jejich výše vzhledem k těmto kritériím velmi vysoká (zvláště pokud byly zapuštěné náklady dominantem *excesivně* vynaloženy jeho vylučovacím zneužívajícím jednáním) v takovém rozsahu, že není možné ve střednědobé perspektivě získat takový podíl, aby bylo myslitelné zajistit jejich návratnost, jsou zapuštěné náklady bariérou vstupu na trh a potenciálně ovlivňují i celkovou efektivitu.¹⁶⁶

Zdroje překážek vstupu

Výše jsme se zaobírali především *šíří pojmu* překážek vstupu. Zmíníme se nyní ještě o jejich vnitřní klasifikaci z jiného, formálnějšího pohledu, který je více spojen s jejich vnějškovou podobou a s *důvody jejich vzniku* a existence.

Poměrně tradiční je dělení podle *zdroje* překážek.¹⁶⁷ V tomto smyslu lze rozlišit překážky (1) *objektivní*, a to (1a) *právní* a (1b) *faktické*, a (2) *překážky strategické*.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Přičemž obecně vyšší cena kapitálu pro menší vstupující hráče může být považována také za jednu z překážek vstupu. I přes určitou teoretickou kritiku je v literatuře poukázáno na to, že podnikatelé uvedený vztah takto v praxi vnímají. Srov. Bishop, S., Walker, M. cit. dílo s. 67.

¹⁶⁶ K tomu srov. také Van Cayseel, P., Van den Bergh, R. cit. dílo s. 478 ohledně přispění teorie her k rozvinutí (a kritice) jednoduchému modelu contestable markets. Je třeba důsledně analyzovat všechny podmínky trhu (sunk cost, sílu cenové konkurence apod.), protože jak tyto analýzy ukázaly, i nevýrazné změny výchozích předpokladů mohou výrazně ovlivnit konečné výsledky trhu.

¹⁶⁷ Jde tedy o dělení z *jiného úhlu* pohledu, než bylo provedeno výše při rozlišování překážek I. a II. typu. Jde ale pouze *jiný pohled* na *ty samé* překážky vstupu.

¹⁶⁸ Různí autoři se v rozdělení i terminologii liší. Bishop, S., Walker, M. cit. dílo s. 64 užívají dělení na „absolutní bariéry vstupu“ a „strategické výhody“, které se odrazilo i ve zprávě Office of Fair trading from London Economics z roku 1994 (OFT Research Paper); Arowolo, O. cit. dílo s. 249 používá jiné převzaté členění - na právní, ekonomické a strategické; Raus, D. Neruda, R. Hospodářská soutěž po vstupu ČR do EU. Brno: CP Books, 2005 na s. 106 člení na zákonné a ostatní; M. Utton rozlišuje na základě empirických dat čtyři zdroje bariér vstupu - technické, právní, cenové a distribuční. Srov. Utton, M. A. cit. dílo, s. 41.

- *Objektivními* překážkami rozumíme takové, které vyplývají z okolností daného trhu bez ohledu na to, jaké tržní *chování* dominant zvolí.
 - Jsou mezi nimi překážky *právní*, jako například nejruznější dovozní či produkční kvóty, tarify či jiná množstevní nebo kapacitní omezení, koncesní či certifikační administrativní mechanismy, zákonný monopol, výlučná práva k nezbytným zdrojům, výlučná práva k duševnímu vlastnictví, méně intenzivně pak také právní regulace podnikání, hygienické a bezpečnostní normy apod.
 - Patří sem ale také překážky *faktické*, které nevyplývají z právního řádu a jsou spíše *přírodního* nebo *ekonomického* rázu. (A jsou proto mimo možnost výraznějšího ovlivnění byť sebeliberálnější státní politikou a nezbyvá než jejich existenci akceptovat, co nejpřesněji zjistit a vzít v potaz při tvorbě i aplikaci soutěžněprávních norem.)

V různých odvětvích se jejich zastoupení i intenzita liší; příkladmo se nejčastěji uvádějí omezený přístup ke vzácným zdrojům a surovinám, nedostatek volných kapacit (příp. nedostatek potřebných výrobních faktorů obecně), neúměrné náklady vstupu (ať již kvůli potřebě značných nákladů na výzkum a vývoj, logistiku, reklamu, a překonání „zakonzervovanosti“ dlouhodobých odběratelských vztahů¹⁶⁹ či vybudování distribučních nebo dodavatelských kanálů), tzv. switching costs¹⁷⁰, síťový efekt, ale i výrazná jazyková a kulturní specifika trhu.¹⁷¹

¹⁶⁹ J. Bejček hovoří o „spotřebitelské setrvačnosti a konservatismu“. Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol. cit. dílo s. 449. Souvisí s tím také *loajalita ke značce* (kterou výslovně uvádí *Diskusní materiál*, bod č. 40).

¹⁷⁰ Náklady odběratelů (vč. spotřebitelů) spojené se změnou dodavatele.

¹⁷¹ K faktickým překážkám vstupu přispívají také obecné transakční náklady spotřebitelů - ve spojení s předpokladem nedokonalých informací a omezené racionality lze z porovnání se situací zavedeného a informačně mezi zákazníky usazeného podniku pro nově vstupujícího soutěžitele vystopovat jisté nepopíratelné nevýhody, neboť již samotné vyhledávání a vyhodnocování informací o lepší nabídce (než je ta dominantova) vyžaduje určité náklady. Výchozí nastavení svědčí dominantovi, neboť o jeho nabídce ví většina zákazníků (minimálně pak všichni

- Vedle překážek objektivních existují také překážky, které jsme výše označili jako *strategické*. Není možné opomínat fakt, že snahu zvyšovat náročnost vstupu může projevovat i dominantní soutěžitel sám a vytvářet tak svými aktivními kroky další překážky *umělé* (a bude k tomu ekonomicky zcela logicky motivován, neboť jeho zájmem je své silné postavení si udržet; pro něj je výhodné se od podmínek dokonalé konkurence co nejvíce vzdálit).

Mezi strategické překážky, jejichž existence jednoduše vyplývá z faktu, že dominant na trhu působil dříve než vstupující hráči a může tak trh již *ovlivňovat*, zatímco vstupující se musí podmínkám z počátku *pouze přizpůsobovat*, lze zařadit exklusivní distribuční vztahy, *exklusivní vztahy* s dodavateli výrobních faktorů, vytváření neopodstatněných *technických* překážek, neopodstatněných tlaků na růst cen vstupů (a tím zvyšování nákladů vstupu), odmítnutí *přístupu k nezbytným zařízením* bez zjevného důvodu, nebo také *predátorské chování* (které lze užít jak k odstrašení vstupu tak i k okamžité reakci po vstupu k „zapuzení“ a likvidaci nového soutěžitele).

Je možno sem také zařadit *excesivní* investice v podobě zapuštěných nákladů, o kterých již byla řeč. Pokud dominant vynaloží natolik vysoké náklady do výzkumu a vývoje, reklamy, zvýšení loajality zákazníků ke značce¹⁷² či produkčních kapacit¹⁷³, že není možno vzhledem k velikosti trhu a ziskovým maržím reálně na trh vstoupit (vzhledem k nemožnosti dosáhnout návratnosti excesivních vstupních nákladů), překážky vstupu tím nepochybně zvyšuje.

Překážky tržní expanze

jeho stávající), kdežto přejít k alternativě není jen otázka ceny a kvality služeb samotných, nýbrž jde také o potřebu *dozvědět se*, že nějaká lepší cena vůbec na trhu je.

¹⁷² Z hlediska marketinku lze cílit propagaci na posílení zvykového nákupního chování a iracionální tradiční spotřebitelské preference. Je nutno upozornit, že z pohledu teorie tržních transakčních nákladů jde o zcela přirozený jev. Zde ovšem máme namysli *excesivní*, zjevně neopodstatněnou výši těchto nákladů. Bellamy, Ch., Child, G. cit. dílo s. 934-935.

¹⁷³ Bellamy, Ch., Child, G. cit. dílo s. 932. Příkladem může být věc T-17/93 *Matra Hachette* v *Commission* [1994] ECR II-595.

Co se týče klasifikace překážek, nehovořili jsme zatím blíže o rozlišení *překážek vstupu* a *překážek expanze*. Zatímco první se týká omezení schopnosti reakce *zvnějšku* trhu, příchodem doposud nezúčastněných subjektů, druhé se týká schopnosti *již na trhu působících* podniků pohotově zvýšit rozsah produkce.

Obojí je pro zkoumanou problematiku zásadní, neboť obojí se přímo dotýká intenzity tlaku (ať již preventivního nebo následného) na dominantního soutěžitele v případě tendencí ke zneužití tržní síly. Tak jako hrozbou může být vstup nového soutěžitele, je jí i růst produkce a odbytu přímého konkurenta a obsazení části trhu na úkor leadera.

Povaha obou typů překážek je z podstatné části shodná a to, co bylo v předchozím textu řečeno o překážkách vstupu, lze s vědomím zřejmých modalit (a s ohledem na podmínky konkrétního trhu) obdobně vztáhnout i na překážky expanze.¹⁷⁴

Co je ale důležité, je fakt, že při analýze konkrétního trhu je nutno prozkoumat *vždy obě* kategorie, neboť mohou nastat situace, že překážky expanze jsou nízké, přestože překážky vstupu vysoké. Opomenutí zahrnout tento potenciálně vyvažující aspekt by v případě pouhého zjištění vysokých překážek vstupu mohlo vést k mylnému konstatování existence tržní síly.¹⁷⁵

Bariéry expanze, podobně jako jsme o tom hovořili u vstupu nových soutěžitelů, v mnohém souvisí i se zapuštěnými náklady. Jde

¹⁷⁴ Zvláštní kategorii pak mohou představovat i *překážky odchodu* z trhu. I ty, zvláště pokud jsou relativně výrazné (velmi vysoké nebo naopak nízké) hrají podstatnou úlohu při ekonomickém zvažování podniku, zda vstoupit nebo nevstoupit na trh. Dotýkají se totiž přímo *celkových rizik vstupu*. Co se týče jejich hodnocení a vztahu k uzavřenosti trhu, jde o obdobné zákonitosti jako byly pospány výše. Čím větší náklady a obtíže jsou s odchodem z trhu spojeny (zde se projeví také vliv vynaložených vysokých zapuštěných nákladů), tím nesnadnější a obecně méně pravděpodobnější je vstup nových soutěžitelů na relevantní trh. Z určitého pohledu je lze řadit vlastně k *překážkám vstupu*.

¹⁷⁵ Bishop, S., Walker, M. cit. dílo s. 68.

tedy o to, zda je ke zvýšení kapacity podniku nutno vynaložit relativně výrazné zapuštěné náklady.¹⁷⁶

Pokud zvýšení byť o malý rozsah produkce znamená potřebu vynaložit výrazně vysoké zapuštěné náklady, bariéry existují.

Je-li podnik naopak v situaci, kdy své produkční kapacity nevyužívá zcela a má k dispozici relevantní kapacity volné – pak má možnost zvýšit produkci velmi rychle i levně, bariérám expanze tedy nečelí. To samé v případě, že sice kapacitu využívá plně, ovšem její rozšíření nevyžaduje žádné nebo jen zanedbatelné zapuštěné náklady.

Proto bariéry expanze nelze opomenout. Ani vysoký tržní podíl v souběhu s existencí překážek vstupu nemusí ještě nutně znamenat tržní sílu - pokud jsou překážky expanze nízké.¹⁷⁷

Odpovídá to ostatně již vyslovené potřebě zhodnotit *všechna kritéria dominance* ve vzájemné souvislosti a souhrnu. Jedině tak lze, alespoň s maximální reálně dosažitelnou mírou, kvalifikovat případné dominantní postavení právně obhajitelně.

Zahrnutí *dynamické složky* analýzy ve výraznější míře a její zhodnocení se stejnou relevancí, a s možná ještě větší *vahou*, než jaká je připisovaná tradičně zažitým, a někdy zjevně přeceňovaným

¹⁷⁶ Opět hovoříme o *relativní sumě nákladů*, protože *absolutní* hodnota nevypovídá obecně o ničem. Náklady je nutno vztahovat k velikosti trhu, k ziskovým maržím, předpokládané návratnosti a ceně kapitálu.

¹⁷⁷ Příkladem takových podmínek, kdy bariéry vstupu jsou značné, zatímco bariéry expanze podstatně nižší, může být jednak situace výrazné soutěže opírající se ve velké míře o zavedené *značky*, kdy nově vstupující by musel pro proniknutí na trh kvůli propagaci své značky vynaložit excesivní náklady na zaváděcí informační reklamu, zatímco stávající soutěžitelé těží z toho, že jejich značka je již v povědomí spotřebitelů. Druhým příkladem je trh, který vyžaduje vysoké *skokové investice* (tzv. „lumpy“ investment), tzn. že investice k vyprodukování *jedné jednotky*, které jsou přitom relativně vysoké, jsou velmi podobné k investicím nutným k vyprodukování *mnoha jednotek* – např. v důsledku nezbytnosti pořízení nákladného zařízení, které je potom schopno produkovat třeba i miliony kusů. K samotnému započítání produkce i v minimálním množství je tedy nezbytné vynaložit obrovské náklady, ovšem další zvyšování kapacity je pak zcela bezproblémové (až dokud se nedostane na limit a je třeba dalšího „skoku“ v podobě druhého stroje.) Čím vyšší jsou tyto „skoky“, tím vyšší bude zřejmě i tendence k bariérám expanze. Oba příklady převzaty z Bishop, S., Walker, M. cit. dílo s. 69.

*tržním podílům*¹⁷⁸, vede v praxi zřejmě k méně striktnímu posuzování dominantního postavení.

V určité části případů, ve kterých by standardně byla dominance shledána, mohlo by dojít k závěru opačnému.

Spíše než o liberálnější pohled jde ale o pohled přesněji zacílený, srozumitelněji orientovaný na podstatu tržní síly a důvody, pro které by měla soutěžní právo zajímat. Proto *de lege ferenda* by bylo jednoznačně prospěšné tento směr dále prohlubovat, jak v prováděcích a nezávazných předpisech, tak přímo i v textu legislativních předpisů.

Závěrečné shrnutí

(1) Pojem *dominantního postavení* je v evropské judikatuře a právní doktríně ustáleně interpretován jako „postavení ekonomické síly zaujímané soutěžitelem, jež mu umožňuje bránit zachování efektivní soutěže na relevantním trhu tím, že mu dává moc chovat se ve značné míře nezávisle na jeho konkurentech, zákaznících, a nakonec i spotřebitelích.“

Za definující lze označit tři stavební prvky definice: (a) výrazná obchodní síla na trhu; (b) moc chovat se ve značné míře nezávisle na konkurentech, zákaznících, spotřebitelích; (c) možnost bránit zachování efektivní soutěže na relevantním trhu.

(2) Kvalifikace dominantního postavení se opírá o řadu *faktorů*, které je nutno hodnotit vždy *v souhrnu*, ve vzájemné souvislosti, a to na daném *relevantním trhu*.

¹⁷⁸ Srov. přesvědčivou práci s jasným poselstvím o nutnosti zamezit strnulému přeceňování váhy tržního podílu při analýze tržní síly na relevantním trhu Dethmers, F., Dodoo, N. The abuse of Hoffmann-La Roche: the meaning of dominance under EC Competition Law. E.C.L.R. 2006, č. 10, s. 537 – 549. Autoři zde uvádí příklady případů, kdy evropské orgány příliš lpěly na tržním podílu jako kritériu dominance a podcenily dynamické prvky soutěže jako procesu. Autoři uvádí např. věc IV/M.877, *Boeing/McDonnell Douglas*, rozhodnutí ze dne 30. 7. 1997 nebo případ COMP/M.2220, *GE/Honeywell*, rozhodnutí ze dne 3. 7. 2001. V případě *Coca-Cola* (který skončil mimosoudním vyrovnáním COMP/39.116, *Coca-Cola*, 22. 6. 2005) navíc autoři kritizují příliš úzce vymezený věcný relevantní trh (nápoje kolového typu), což nalezení vysokého tržního podílu umožnilo (přestože podle autorů soutěž mezi kolovými a nekolovými nápoji prokazatelně probíhá).

(a) První skupina je spojena se *statickým pohledem* na *stávající rozložení sil* na relevantním trhu. Patří sem klíčový ukazatel tržního podílu, dále tržní podíly nejbližších konkurentů, stejně jako celková struktura na obou stranách trhu.

(b) Další dvě skupiny souvisí s *dynamickým potenciálem změn* tohoto aktuálního rozložení. Jde jednak o (i) podmínky samotného trhu ovlivňující způsoblost (intenzitu i rychlost) změny daného rozložení – mezi tato kritéria patří překážky vstupu a expanze, charakter odvětví, včetně průběhu křivky úspor z rozsahu, elasticity poptávky, distribučních nároků, stupně vertikální integrace, „dynamická intenzita“ relevantního trhu, dynamika struktury trhu; jednak (ii) potenciál soutěžitelů (včetně potenciálních) k případným reakcím (do této skupiny řadíme finanční, hospodářskou a portfoliovou sílu soutěžitelů, jejich volné kapacity a další faktory ovlivňující schopnost pohotové reakce a zvýšení nabídky v případě tržní příležitosti).

Relativně nejvýraznější vliv pro kvalifikaci dominantního postavení mají kritéria *tržních podílů* na trhu a široce chápaných *překážek vstupu a tržní expanze*.

(3) Ohledně *tržních podílů* platí, že předmětem zájmu je celá tržní struktura; zkoumáme nejen podíl samotného dominantního podniku, ale též jeho konkurentů a strukturu na protistojící straně trhu.

Samotná hodnota tržního podílu rozhodujícím a nezpochybnitelným kritériem dominance nebývá. Přesto, v obou extrémních polích (výrazně vysoké a výrazně nízké podíly) lze v judikatorní praxi i literatuře nalézt náznaky aplikačního automatismu v těchto případech. Hodnoty nad 75% zastávané po období několika let (minimálně tří) jsou hodnoceny jako průkazné samy o sobě. Stejně tak hodnoty pod úrovní 10% byly opakovaně zhodnoceny jako dominanci vylučující.¹⁷⁹ V pásmu mezi těmito hodnotami pak soutěžní orgány přistupují ke komplexní analýze

¹⁷⁹ De lege ferenda, při vědomí potřeby co možná nejvíce *předvídatelných*, jasně formulovaných pravidel, pokud existuje *ustálená praktikovaná* vůle Komise i evropských soudů posuzovat soutěžitele od určité hranice tržního podílu více méně automaticky jako dominantního, by bylo vhodné zavést nejlépe alespoň dílčí *per-se pravidla*.

všech relevantních kritérií, přičemž tržní podíl hraje s ohledem na svoji konkrétní výši roli různě silného indikátoru, příp. právní vyvratitelné domněnky nedominance (tak v českém ZOHS pro hodnoty menší než 40%), anebo faktické vyvratitelné domněnky dominance (tak v evropské praxi hodnoty přinejmenším nad 60%).

(4) *S překážkami vstupu na trh* můžeme úzce spojovat úvahy o (ne)funkčnosti autoregulačního působení korekčních tržních mechanismů. Buď zcela *zabraňují* vstupu nových soutěžitelů na trh, nebo vstup *omezují*, případně vstup významně *ztěžují*. Mohou také vstup *zpomalovat*, což snižují pružnost autoregulačního působení trhu.

Jako vhodné se jeví širší pojetí překážek vstupu, které se vztahuje též na vysoké náklady vstupu. Je založeno na přímé souvislosti se *základním významem možnosti nových vstupů na trh*; ten spočívá v hrozbě, tedy v prevenci, nebo přímo nápravě případného neefektivního chování dominantního soutěžitele. A všechny překážky, ať již jsou způsobeny jakýmkoli důvodem, přispívají k *omezení této hrozby vstupu*, omezení *pravděpodobnosti* pohotového (dostatečně intenzivního a rychlého) zásahu konkurence. Pojem překážek vstupu je dále *vnitřně diferencovaný*.¹⁸⁰

Míra kontestability představuje komplexní charakteristiku flexibility struktury trhu, zejména potenciálu příchodu nových hráčů; jde o *míru náročnosti vstupu na trh*. Míru kontestability ovlivňují jednak skutečné *bariéry* vstupu, jednak *náklady* vstupu.

Rozlišujeme (a) *překážky I. typu* (překážky vstupu v užším slova smyslu, *bariéry* vstupu) a (b) *překážky II. typu* (*náklady* vstupu).

(a) *překážky I. typu (bariéry vstupu)*, jsou takové překážky vstupu na trh, které stávající podnik překonávat nemusel, zatímco nově příchozí se s nimi vypořádávat musí; *nepramení tedy ze soutěže* mezi hráči na trhu, znamenají *konkurenční nevýhodu spočívající v jiných*

¹⁸⁰ Dle charakteru překážek lze klasifikovat na *překážky I. typu (bariéry)* a *II. typu (náklady vstupu)*, dle zdroje na *objektivní* (právní a faktické) a *strategické*, dle účinků rozlišujeme *omezení, ztížení, zpomalení* a *zabránění* vstupu a dle tržního statusu reagujícího soutěžitele rozlišujeme *překážky vstupu*, *překážky expanze* a *překážky odchodu* z trhu.

faktorech, než které souvisí s efektivitou (v širokém smyslu) soutěžitelů, a

(b) *překážky II. typu (náklady vstupu)*, které musí překonávat každý vstupující na trh. Jde o *náklady, které musí vynaložit kdokoliv, kdo chce v odvětví podnikat*, tedy musí se s nimi potýkat *i stávající podniky* (nákup nejrůznějších aktiv, budov, strojů, investice do výzkumu, lidských zdrojů, reklamy, inovací, vztahů se zákazníky apod.). V různých odvětvích se přirozeně liší, a to i velmi výrazně, a mají přímou vazbu na schopnost *efektivně alokovat kapitál* a nejlépe *uspokojovat potřeby odběratelů* (spotřebitelů).

K odpovědnému přístupu ke kvalifikaci tržní dominance je třeba obě úrovně, statickou i dynamickou, brát s výraznou vahou. Orientace pouze na ukazatele tržních podílů vede v praxi k příliš restriktivní regulaci hospodářské soutěže.

(5) Jako *ekonomicko-právní rámec* reglementace ochrany hospodářské soutěže lze využít „*institucionálně-evoluční*“ přístup, akcentující (v textu vymezená) ekonomická východiska jako integrovanou součást regulačního a aplikačního přístupu k soutěžnímu právu. Na téma ekonomických hledisek v (soutěžním) právu je třeba se ostatně i v budoucnu zaměřovat ve zvýšené míře, i v souvislosti s aktuálně se prosazující tendencí tzv. *more economic approach*, která evropské antitrustové právo a jeho modernizační proces velmi výrazně ovlivňuje a zcela jistě ovlivňovat ještě bude.

Kontaktní údaje na autora – email:

josef.silhan@law.muni.cz

Věc v právním smyslu: historicko-srovnávací úvaha

Mgr. et Mgr. Nad'a Štachová, JUDr. Ondřej Horák, Ph.D.

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Katedra dějin státu a práva, Česká republika

Abstrakt:

Der Anstieg des Fachinteresses für die Sache im rechtlichen Sinne in den letzten Jahren signalisiert, dass es offensichtlich zur Überwertung der Traditionskonzeptionen kommt. In unseren Bedingungen ist es eine Konsequenz von der Fertigstellung der neuen zivilrechtlichen Kodifikation. Aus globalerer Sicht gesehen bemüht sich die gegenwärtige Rechtswissenschaft auf die gesellschaftlichen vom wissenschaftlichen und technologischen Fortschritt bedingten Änderungen, insbesondere auf dem Gebiet der Kybernetik und Medizin, aber auch auf unsere Beziehung zu den Tieren, zu reagieren.

Das Ziel der vorliegenden Studie wurde nicht gesetzt und konnte auch nicht auf eine systematische Abhandlung über die Problematik der Sache, bzw. den Besitz der Sache in der einheimischen Rechtsentwicklung gesetzt werden. Die Studie wollte nur auf die Bedingtheit und den historischen Ausmaß der gegenwärtigen Debatten hinweisen. Ihr Ziel lag auch darin, dem Leser zu zeigen, wie kompliziert und schwierig fassbar die Abhandlungen über „die Sache im rechtlichen Sinne aus der historischen Sicht“ sein können.

Die ähnlichen Versuche blieben inzwischen im einheimischen rechtshistorischen Schrifttum vielmehr in den Bruchstücken. Es bleibt die Frage offen, ob es sinnvoll ist, die Aufmerksamkeit auf die andere Rechtskultur als die unsere zu richten und das Unvergleichbare zu vergleichen?

Trotzallerdem scheint der gegenwärtige Rechtsstand bei der Problematik des Besitzes der Sache in vieler Hinsicht der Situation im Mittelalter ähnlich zu sein: terminologische Unklarheit, unzureichende Rechtsregelung, eine bedeutende Rolle der

Rechtswissenschaft für Rechtsauffassung der Sache und zugleich die Selbständigkeit der alltäglichen gesellschaftlichen Realität.

Die betroffene Betrachtung bemühte sich um die Entdeckung der Romanisierung des einheimischen Rechtes und der für die kontinentale Rechtskultur charakteristische Spannung zwischen der Gesetzgebung und der Rechtswissenschaft, die in den allermeisten Fällen von den römischen Wurzeln ausgehen.

Úvodem

Řešení problematiky věci v právním smyslu je stěžejní pro celé majetkové právo, jak věcné, tak obligační. Zcela přirozeně se však promítá do všech oblastí právního řádu, protože z obecného (občanskoprávního) pojmu věci vycházejí různé předpisy soukromoprávní i veřejnoprávní (trestní, správní, finanční aj.).

Promýšlení pojmu věci v právním smyslu bylo vždy úzce provázáno s problematikou vlastnictví, která je určující pro právní a společenský vývoj vůbec. Není tedy divu, že otázkám spojeným s vlastnictvím a věcmi byla právní vědou tradičně věnována velká pozornost.¹ Vlastnickou problematikou se zevrubně zabývali všichni naši přední civilisté a u neznámějších z nich, jakými byli Antonín Randa, Jan Krčmář, Jaromír Sedláček či Viktor Knapp, šlo o jejich práce stěžejní, ať už kvalifikační či korunující jejich celoživotní dílo. Přesto nebo právě proto je tato tematika stále otevřená a v jistém smyslu kontroverzní. Podrobnější rozvedení vývoje zmiňovaných institucí v domácím právním vývoji přesahuje možnosti této práce. Přesto se pokusíme upozornit na některé důležité momenty, a to jak

¹ Základní přehledy: WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. 2. neu bearb. Aufl. Göttingen : Vandenhoeck und Ruprecht, 1967; SCHLOSSER, Hans. *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte. Rechtsentwicklungen im europäischen Kontext*. 9. völlig neu bearb. u. erw. Aufl. Heidelberg : C. F. Müller, 2001, a URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého. Římskoprávní dědictví a soukromé právo kontinentální Evropy*. 2. vyd. Praha : C. H. Beck, 2001. O věci v právním smyslu a předmětu věcných práv existuje velmi bohatá literatura, nověji srov. DAJCZAK, Wojciech. *Rzyska res incorporalis k kształtowanie się pojęć „rzeczy“ i „przedmiotu praw rzeczowych“ w europejskiej nauce prawa prywatnego*. Poznań : Adam Mickiewicz University Press, 2007, (tam další literatura, s. 238-250).

ve vývoji práva, tak i právní vědy. Hlavní snahou předkládaného příspěvku je poukázat na podmíněnost a historický rozměr současných debat.²

Nárůst odborného zájmu o věc v právním smyslu v posledních letech signalizuje, že zřejmě dochází k zásadnějšímu přehodnocování tradičních koncepcí. V našich podmínkách to je umocněno dokončováním nové občanskoprávní kodifikace, z globálnějšího pohledu se však současná právní věda snaží reagovat na společenské změny podmíněné vědeckým a technologickým pokrokem, zvláště v oblasti kybernetiky a medicíny, i na náš vztah ke zvířatům.³

Při pojednání o vývoji právní úpravy některého institutu, resp. instituce jakým jsou například věc nebo vlastnictví nebo dokonce toho, co nazýváme soukromým právem, se nelze vyvarovat zkreslení. Autoři zabývající se těmito otázkami jsou zcela přirozeně ovlivněni platným právem (jeho systematikou, pojmy, významy) a poznatky o něm, které převzali od svých učitelů a které odpovídá dobovému vědeckému diskursu. V těchto intencích pak uvažují a také sdělují své myšlenky.

Badatel věnující se vývoji některé civilistické otázky může v zásadě zvolit jeden ze dvou základních přístupů, a to genetický či pozitivistický. První vychází z úpravy historické (nejčastěji

² Z novější domácí literatury odkazujeme zejména na práce prof. Karla Eliáše zohledňující komparativní i právněhistorický rozměr tématu. Srov. zvl. ELIÁŠ, Karel. Pojetí věci v právním smyslu v návrhu občanského zákoníku. (Srovnávací studie.) In DVOŘÁK, Jan, KINDL, Milan (edd.). *Pocita Martē Knappové k 80. narozeninám*. Praha : ASPI, 2005, s. 59-74; Týž. Vlastnické právo. Paradigmata českého pojetí pod zkušebním kamenem kontinentální právní kultury. *Právní rozhledy*, 2005, roč. 13, č. 22, s. 807-812, a Týž. Věc jako pojem soukromého práva. *Právní rozhledy*, 2007, roč. 15, č. 4, s. 119-126.

³ K diskusi v soudobé právní vědě, zvláště angloamerické, o právním charakteru virtuálních předmětů, genetického materiálu či částí lidského těla srov. GABRIŠ, Tomáš. Definícia vecí a výzvy modernej vedy. *Justičná revue*, 2008, roč. 60, č. 4, s. 529-540. Dále také srov. SCHELLE, Karel, HLOUŠEK, Jaroslav. Právní pojetí věci v evropském kontextu. In HURDÍK, Jan, FIALA, Josef, SELUCKÁ, Markéta. *Tradice a inovace v občanském právu*. Sborník příspěvků z konference konané na PrF MU dne 25. září 2007. Brno : Masarykova univerzita, 2007, s. 138-142. Obecněji k proměnám v soukromém právu: HURDÍK, Jan. *Osoba a její soukromoprávní postavení v měnícím se světě*. Brno : Masarykova univerzita, 2004, a Týž. *Institucionální pilíře soukromého práva v dynamice vývoje společnosti*. Praha : C. H. Beck, 2007.

římskoprávní), druhý z úpravy v dané době platné. Oba přístupy v sobě již z podstaty věci zahrnují srovnávací přístup a komparace pak často přistupuje také jako specifická metoda, jednak v podobě komparistiky současné (simultánní), jednak historické, což má v české právní vědě dlouhou tradici.⁴

U právních historiků spočívá nebezpečí v tom, že velmi často promítají moderní konstrukce a systematiku do minulosti, nedostatečně zohledňují historické souvislosti a současně nerespektují dobově podmíněnou sociální realitu a proměnlivost v obsahu právních pojmů. To vše je umocněno v případě středověkého práva nedostatkem pramenů. U civilistů se zase nejednou stává, že místo snahy o ucelený rozbor využijí své právněhistorické erudice pouze jako podpornou argumentaci pro svá tvrzení a konstrukce. To se také pokusíme doložit při zamyšlení se nad významem římského práva pro dotčenou problematiku.

Věc jako pojem práva

Hynek Bulín se na počátku svého pojednání o věci velmi zevrubně a na první pohled až zbytečně obsáhle věnuje problematice právních pojmů, zvláště pak chápání pojmů formálních (čistých) a obsahových, přičemž vychází především z práce svého učitele, významného brněnského civilisty Jaromíra Sedláčka.⁵ Dospívá

⁴ Řada vědeckých prací z konce 19. a první poloviny 20. století se věnovala řešení vybrané právní otázky nejen z hlediska domácího (tj. rakouského a později československého) právního řádu a tzv. dějin dogmatu, ale také dalších práv platných ve středoevropském prostoru, tedy práva obecného (resp. římského), německého nebo práva francouzského. Srov. například práce Krčmářovy o námezdní smlouvě (1902), Sedláčkovy o pojišťovacím právu (1911), Kubešovy o bezdůvodném obohacení (1931) nebo Bulínovy o dovolání (1935), pokud se týká alespoň těch osobností, na které bude v textu opakovaně odkazováno.

Není bez zajímavosti, že už při schvalování osnovy *ABGB* bylo panovníkovi předloženo srovnání navrhované úpravy s římským právem, pruským *Allgemeines Landrecht* (1794) a francouzským *Code civil* (1804). Srov. BAXA, Bohumil. K dějinám kodifikace práva soukromého v zemích českých. In ROUČEK, František, SEDLÁČEK, Jaromír (edd.). *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*. Díl I. Praha : V. Linhart, 1935, s. 57.

⁵ Srov. BULÍN, Hynek. Pojem „věci“ v osnově československého občanského zákoníka. In Vědecká ročenka právnické fakulty Masarykovy university v Brně,

k názoru, že věc je pojem obsahový a že každý právní řád ho může stanovit „libovolně a nezávisle na běžných filosofických, etických, nebo jiných předpokladech tohoto pojmu“.⁶ Jiní autoři naopak považují věc za pojem systematický (přestože toto označení neužívají), který není přímo odvozen z platného právního řádu, ale je dán nezávisle na něm a vychází z jiných předpokladů (běžného života, přírodních věd, filozofických koncepcí) podléhajících navíc vlastnímu vývoji.

Pojetí věci se v průběhu dějin filozofie i přírodních věd výrazně měnilo a promítalo se zpětně i do obsahu věci v právním smyslu. V obecném (běžném) významu se „věc“ chápe ve smyslu „předmětu“. Tradiční filozofická koncepce věci (mechanický materialismus) chápala „věc“ ve smyslu „tělesa“ (materiálního předmětu, vyznačeného jedinečností a individuálností, určitého geometrického tvaru a existujícího v určitých prostorových hranicích). Taková koncepce se však stala s rozvojem moderní vědy (přírodní síly, kvantová fyzika) neudržitelná a nově se všeobecně uznává, že pojem „věci“ je širší než pojem „tělesa“.⁷

V současném právním řádu se slovo „věc“ objevuje v různých souvislostech, což koresponduje s tradicí domácího právního vývoje přibližně od konce 18. století. V hmotně-právních předpisech se užívá v zásadě ve dvojím smyslu: především pro právní objekt, ale také pro „záležitost“ či „případ“; procesně-právní předpisy ji pak chápou ve významu „případu“, „sporů“ či „právní úpravy“.⁸ V předkládaném příspěvku se však zaměříme výlučně na věc ve smyslu (nepřímého) předmětu právních vztahů, resp. na problematiku věci jako předmětu vlastnického práva.

V přístupu jednotlivých autorů k problematice věci je možné vysledovat v zásadě dvě základní tendence odrážející v podstatě jejich chápání předmětu vlastnictví. Můžeme je pracovníě označit

1936/37, roč. 14, s. 123-156, a SEDLÁČEK, Jaromír. *Občanské právo československé*. Všeobecné nauky. Brno : Čsl. akad. spol. „Právník“, 1931, zvl. s. 40-50. Bulín na rozdíl od Sedláčka v rámci obsahových právních pojmů rozlišuje pojmy právní řádu a dále pojmy právní vědy, které však odpovídají Sedláčkovým systematickým pojmům.

⁶ BULÍN, H. Op. cit., s. 129.

⁷ Srov. Kol. aut. *Filozofický slovník*. Sv. 2. O-Z. Praha : Svoboda, 1985, s. 354-355.

⁸ ELIÁŠ, K. Věc jako pojem, s. 119.

jako přístup materialistický (hmotná věc, příp. přírodní síly) a idealistický (hmotná i nehmotná věc). Krajní polohy, slovy Karla Eliáše „důsledkem primitivního materialismu“, se prvnímu přístupu dostalo při přípravě platného občanského zákoníku z roku 1964, který pojem věci v právním smyslu vůbec nevymezil, což bylo v dobové publikaci odůvodňováno tím, že „věc je přírodní fakt, který nepřísluší právu definovat“.⁹ V tomto ohledu se socialistické právo mělo rozejít s celou právní tradicí skutečně revolučně, protože pojem věci ve smyslu fyzickém a právním není a snad ani nikdy nebyl totožný – lapidárně vyjádřeno, slovy autorů důvodové zprávy meziválečné osnovy občanského zákoníku, je zkrátka jiný, „a tedy jednak širší, jednak užší“. Právní myšlení vždy bylo v jisté míře abstraktní: už jen chápání pozemku jako samostatné věci vyžaduje opuštění striktního materialistického přístupu, o jeho hranicích ve směru vertikálním (tedy o prostoru nad a pod povrchem jako části pozemku) ani nemluvě. Totéž platí o pojetí hromadných věcí, jejichž charakteristickým příkladem se v římském právu stalo stádo (*grex*) nebo problematika energií jako věcí řešená na přelomu 19. a 20. století.

Ovšem i při přípravě nové kodifikace občanského práva v meziválečném období neměla být věc v právním smyslu definována s tím, že by se její vymezení mělo přenechat „běžné teorii“.¹⁰ Superrevizní komise do osnovy legální definici věci vrátila, a to v širokém pojetí *ABGB*, tedy nejen věcí hmotných, ale i nehmotných.

⁹ KRATOCHVÍL, Zdeněk a kol. *Nové občanské právo*. Praha : Orbis, 1965, s. 186.

¹⁰ „Subkomitét vypustil § 285 obč. zák. s definicí pojmu věci. Měl za to, že třeba určení tohoto pojmu přenechat nauce. Vycházel zejména odtud, že mnohotvárnost hospodářského života vytváří i mnohé předměty, které právnicky lze považovati za věci (na př. advokátní kancelář, adresy odběratelstva, obchodní tajemství atd.) a že tedy pojem věci v právním smyslu je širší než pojem fyzický. Superrevizní komise restituovala § 285 obč. zák. a zařadila jej s jednou změnou, o níž níže, jako první paragraf nově utvořené hlavy 4, t. j. jako § 80. Pokládala jej za vhodné upozornění, že pojem věci v právním smyslu je vůbec jiný, než pojem věci ve smyslu fyzickém, a tedy jednak širší, jednak užší. Neboť ne vše, co je fysik ochoten prohlásiti za "těleso", jest věcí (jednotlivou) v právním smyslu.“ Důvodová zpráva k vládnímu návrhu zákona, kterým se vydává občanský zákoník: http://psp.cz/eknih/1935ns/se/tisky/t0425_17.htm. K tomu dále srov. BULÍN, H. Pojem „věci“ v osnově, s. 130, a ELIÁŠ, K. Pojetí věci v právním smyslu, s. 67-68.

Protože platný právní řád definici věci nezná, musela ji vytvořit právní věda, vycházející konec konců z tradic římského práva. Bezprostředně pak dnešní učebnicové definice¹¹ navazují na vymezení věci v občanském zákoníku z roku 1950 (§ 23)¹² a v zákoníku mezinárodního obchodu z roku 1963 (§ 13).¹³ Jako pojmová kritéria věci v právním smyslu se uvádí užitečnost a ovladatelnost. Nedávnou diskusi o oprávněnosti kritéria užitečnosti odstartoval Milan Kindl příspěvkem o úpravě zákona o odpadech, který podle jeho názoru antikvoval kritérium užitečnosti.¹⁴ Karel Eliáš oprávněně oponoval, že úprava v *lex specialis* (navíc veřejného práva) nemá podstatný vliv na obecný pojem věci v (soukromém) právu a že u obou kritérií jde o hlediska obecná, která nejsou vztažena ke konkrétnímu jednotlivci.¹⁵ Z uvedené polemiky poměrně jasně vyplývá, že k definici vytvořené právní vědou se přistupuje obdobně jako k výkladu platného práva a poněkud se zapomíná, že okřídlené a mnohokrát citované „*omnis definitio in iure civili periculosa est*“¹⁶ odkazuje právě na toto nebezpečí. Obdobné interpretační problémy vyvstávají také u legální definice „odpadu“ v zákoně č. 185/2001 Sb. (§ 3 odst. 1).¹⁷

¹¹ Srov. KNAPPOVÁ, Marta, ŠVESTKA, Jiří a kol. *Občanské právo hmotné I.* 3. aktualiz. a dopl. vyd. Praha : ASPI, 2002, s. 225 a 236n. (kde se přírodní energie považují za jiné majetkové hodnoty); KNAPPOVÁ, M., ŠVESTKA, J., DVOŘÁK, J. a kol. *Občanské právo hmotné I.* 4. aktualiz. a dopl. vyd. Praha : ASPI, 2006, s. 272-273 (přírodní energie se považují za věci v právním smyslu), a HURDÍK, Jan. In FIALA, Josef a kol. *Občanské právo hmotné.* 3. oprav. a dopl. vyd. Brno : Masarykova univerzita, 2002, s. 97.

¹² § 23 z. č. 141/1950 Sb.: „Věci v právním smyslu jsou ovladatelné hmotné předměty a přírodní síly, které slouží lidské potřebě.“

¹³ § 13, odst. 1 z. č. 101/1963 Sb.: „Předmětem právního vztahu mohou být věci, práva nebo jiné hospodářské hodnoty; věcmi jsou hmotné předměty a ovladatelné přírodní síly, které slouží potřebám lidí.“

¹⁴ KINDL, Milan. Musí být věci užitečné (a zcela ovladatelné)? In DVOŘÁK, J., KINDL, M. (edd.). *Pocita Martě Knappové k 80. narozeninám.* Praha : ASPI, 2005, s. 205-210.

¹⁵ Srov. ELIÁŠ, K. Věc jako pojem, s. 120.

¹⁶ „... *parum est enim, ut non subverti possit.*“ Každá definice v civilním právu je nebezpečná: jen málokdy se totiž stane, že by nemohla být vyvrácena. *Iavolenus Priscus (D 50, 17, 202).*

¹⁷ KINDL, M. Musí být věci užitečné, s. 210.

Jen dodejme, že kritéria užitečnosti i ovladatelnosti byla zvolena do značné míry propedeuticky, a je možné je chápat jako dávnou zobecněnou zkušenost každodenní reality současně odvoditelnou i z římskoprávních textů. První má charakter subjektivní, druhé objektivní – obě však můžeme podřadit pod pojem individualizace. Ta je dána buď bezprostředně právní řádem (*ex lege*) nebo tím, na koho právní řád odkazuje. Tím je však primárně a zcela přirozeně vlastník, kterému je dovoleno vše, co mu není zakázáno, nikoli právní věda.¹⁸ Příklady z komentářů a učebnic o tom, že „zrnko písku, vlas, hromádka popela, ztrouchnivělý kmen stromu, etc.“, jež by z hlediska „zdravého rozumu“ neměly být věci v právním smyslu „*res in commercio, in patrimonio*“, mají dosah po výtce propedeutický, „vlastníka“ nijak neomezující.

Není však pochyb o tom, že význam římského práva je u problematiky věci, resp. vlastnictví věci - stejně jako u jiných otázek soukromého práva - zásadní. Je poněkud paradoxní a současně příznačné, že materialistické (romanisté i naprostá většina civilistů) i idealistické (Jaromír Sedláček a nověji pak Karel Eliáš) pojetí, jak jsme si je výše pracovně nazvali, se odvolávají právě na římské právo. Romanistické východisko tedy přímo či nepřímo bylo, je a zřejmě i vždy bude obsaženo v každém dogmatickém přístupu k civilistické problematice.¹⁹ Ostatně opakované snahy evropské právní vědy vyrovnat se s otázkou římské *res incorporales* a možností vlastnictví pohledávky (práva) vypovídají mnohé o aktuálnosti římskoprávního dědictví.

Není proto od „věci“ úvaha, do jaké míry je římské právo stále právotvorné. Promítnuto do minulosti jedná se o jednu ze stěžejních otázek právní historie a celého evropského právního vývoje, otázku,

¹⁸ Srov. SEDLÁČEK, J. Všeobecné nauky, s. 209-210.

¹⁹ K římskoprávním vlivům na příkladu vybraného institutu srov. např. HORÁK, Ondřej, ŠTACHOVÁ, Naďa. „ein schöne iunckfraw ... pey czwelff iaren alte“. Problematika zletilosti a římskoprávní vlivy. In KNOLL, Vilém (ed.) *Acta historico-iuridica Pilsnensia 2007. Čas v římském právu*. IX. ročník „Konference českých a slovenských právních romanistů“. Plzeň : A. Čeněk, 2008, s. 81-99, a Tiž. Dědičné lóže a dělené spoluvlastnictví. (K římskoprávním východiskům moderní civilistiky.) In BUBELOVÁ, Kamila (ed.). *Res – věci v římském právu*. Sborník příspěvků z 10. konference právních romanistů ČR a SR konané ve dnech 14.-16. 3. 2008 v Olomouci. Olomouc : UP, 2008, s. 99-112.

na kterou hledaly odpovědi generace právníků v podstatě kontinuálně od 12. století, kdy se škola glosátorů začala věnovat římskoprávním textům. Římské právo mělo tehdy platit buď z moci zákona (*ratione imperii*) nebo vlastní přesvědčivosti (*imperio rationis*). V našem prostředí se výše zmíněná otázka řešila ještě v průběhu 18. století, kdy převládal názor, že platí silou obyčeje. Pokud se však v této souvislosti mluvilo o římském právu, nejednalo se o právo justiniánské či dokonce klasické, ale o právo obecné v podobě, které se mu dostalo v průběhu tzv. recepce římského práva (lépe řečeno romanizace). V jistém smyslu tedy římské právo, resp. řešení právní vědy vycházející z římského práva, platí stále, obdobně jako tomu bylo ve středověku. Důležitou roli hraje jejich akceptování judikaturou.²⁰ Tato řešení právní vědy podpořená praxí by pak byla závazná obdobně jako právní obyčej – tedy *praeter legem*. V domácí civilistice se však objevovaly i názory, že působí dokonce *contra legem*.²¹

Věc a vlastnictví v právním vývoji – pojmy a významy

I.

Některé právní instituce (věc i vlastnictví k nim bezesporu patří) mají v jistém smyslu nadčasový charakter - „konstantní společenský základ“, odrážející základní vztahy ve společnosti, resp. vztah

²⁰ Naopak příklad soudního neinspirování se (ať už vývody právně-historickými či teoretickými) a formalismu může být představen na institutu „hromadné věci“, který však v roce 1997 občanský zákon ještě neznal: Nejvyšší soud ve svém rozhodnutí z 19. listopadu 1997 (Rc 1 Odon 23/97) dospěl k názoru, že „chybí-li pro "věc hromadnou" výslovná právní úprava, nelze ve vztahu k tomuto pojmu vyvodit jakékoli právní důsledky z hlediska předpisů občanskoprávních a předpisů restitučních...“.

²¹ V kontinentálním právním systému judikatura sice nevytváří obecné právní normy *de iure*, ale výrazně působí *de facto* (srov. např. KNAPP, Viktor. Soudcovská tvorba práva v socialistických zemích. *Právník*, 1969, roč. 108, s. 81-91). Knappův učitel, přední meziválečný civilista prof. Krčmář, dokonce zastával názor o derogační úloze konstantní judikatury (KRČMÁŘ, Jan. Zákon a rozhodnutí. *Sborník věd právních a státních*, 1932, roč. 32, s. 89-110).

člověka a přírody. Jde o jakési konstanty-formy, kterým však bývají dávány různé obsahy.²²

Významnou a podceňovanou roli však v právu a právní vědě hraje také sémantický rozměr řešené otázky. Jazyk a jeho výrazy, které slouží ke sdělování poznatků, mohou být a často také bývají příčinou četných nedorozumění. Velký význam je třeba přikládat sémantice zvláště v případě srovnávací právní vědy, kde kromě právních pojmů, jež jsou adekvátně přeložitelné a současně označují stejné instituty, existují i jiné, které sice lze přeložit, ale liší se obsahově, a některé, jež bez opsání není možné do daného jazyka vůbec přeložit.²³ To, co platí o různých právních řádech v určité době, však platí také o vývoji právního řádu na konkrétním území. Řada dnes běžně užívaných pojmů (např. jako zákon či vlastnictví), které se v odborné literatuře užívají také pro období středověku, je poměrně nová. K formování moderní české terminologie totiž došlo až v době osvícenství a bylo úzce spojeno se zákonodárnou aktivitou přelomu osmnáctého a devatenáctého století a zejména s kodifikací občanského práva.²⁴

Pojmy vlastnictví a vlastnické právo užívá právní věda už tradičně promiskue. V návaznosti na platnou úpravu (*ABGB*) mezi nimi nerozlišovala rakouská civilistika 19. století²⁵ a až na výjimky

²² Srov. KNAPP, V. *Velké právní systémy*. Úvod do srovnávací právní vědy. Praha : C. H. Beck, 1996, s. 107nn.

²³ Charakteristickým příkladem je srovnávání institucí různých právních systémů (zvláště kontinentálního a angloamerického), v našem případě pak překlady anglických výrazů „property“ a „ownership“, kterým však v úvahu přicházející termíny „majetek“ a „vlastnictví“ obsahově neodpovídají. KNAPP, V. *Velké právní systémy*, s. 44nn.

²⁴ Obecně KLABOUCH, Jiří. *Osvícenské právní nauky v českých zemích*. Praha : Nakladatelství ČSAV, 1958. Dále srov. STUPECKÝ, Josef. O českých překladech pořízených v souvislosti s kodifikací rakouského práva civilního. *Časopis musea království českého*, 1903, roč. 77, s. 13-35, 333-348, 479-484, 1904, roč. 78, s. 99-115, 300-319, 389-413 (též separát: *Příspěvky o českých překladech pořízených v souvislosti s kodifikací rakouského práva civilního*. Praha : Bursík a Kohout, 1904, 102 s.), a BULÍN, Hynek. Josef Dobrovský a česká terminologie právní. In HAVRÁNEK, Bohuslav, DOLANSKÝ, Julius (edd.). *Josef Dobrovský 1753-1953*. Sborník studií k dvoustému výročí narození. Praha : Nakladatelství ČSAV, 1953, s. 441-455, zvl. s. 447nn.

²⁵ Za všechny můžeme uvést alespoň Antonína Randu, zakladatele naší novodobé civilistiky, na kterého takřka celá pozdější literatura navazovala. Srov. RANDA,

ani naše meziválečná civilistika.²⁶ Samotný termín vlastnictví se v rejstříku právníckého pojmosloví objevil poměrně pozdě. Místo tradičních výrazů analogicky užívaných ve starší době také v jiných zemích²⁷ se v podobě slova „vlastnost“ příp. později „vlastnota“ začal výrazněji uplatňovat až od počátku devatenáctého století.²⁸

Antonín. *Právo vlastnické dle rakouského práva v pořádku systematickém*. 5. oprav. vyd. Praha : F. Řivnáč, 1900. Dále příspěvky ve sborníku: KRČMÁŘ, J. (ed.). *Randův jubilejní památník*. K stému výročí narození Antonína Randy vydala Právnická fakulta Univerzity Karlovy. Praha : PF UK, 1934.

²⁶ Kriticky k tomu SEDLÁČEK, J. *Vlastnictví a vlastnické právo*. Brno : Barvič & Novotný, 1919.

„Dosavadní naše práce v této kapitole byla destruktivní, snažila se dokázati, že pojem vlastnictví není pojmem právním, t. j. pojmem, plynoucím z právního řádu. Právili jsme, že vlastnictví je určitý stav, dle něhož určitý člověk může libovolně užívatí určitých předmětů vnějšího světa ke svým účelům, pravili jsme dále, že takový stav žádných právních norem nepředpokládá, naopak, že jim logicky i časově předchází, což i mnozí spisovatelé správně vycítili (např. Ihering, Randa atd.).“ Op. cit. s. 38.

Převažující přístup představil prof. Krčmář: „Připomenouti jest, že zákoník užívá promíšeně slov „vlastnictví“ a „právo vlastnické“ (Eigentum, Eigentumsrecht) a že ani neodpovídá zákonu ani nemá smyslu rozlišovati dva pojmy.“ KRČMÁŘ, J. *Právo občanské*. Díl II. Práva věcná. 3. dopl. vyd. Praha : Knihovna Sborníku věd právních a státních, 1946, s. 95.

²⁷ Vlastnictví bylo ve středoevropském prostoru pojmenovávalo různě: užívala se latinská označení *proprietas* a *dominium* nebo německá *Eigenschaft* a *Eigentum*, u nás a v okolních zemích najdeme především podobu *hereditas*, *ius hereditarium*, česky „dědictvie“ (pro vlastnictví nemovitých věcí). Podle Hermenegilda JIREČKA (*Slovanské právo v Čechách na Moravě*. Doba druhá: Od počátku XI. do konce XIII. století. Praha : K. Bellmann, 1864, s. 268 a 276n.) je tento pojem odvozen od slova „dědina“, a odráží tak stav někdejšího kolektivního vlastnictví. Zajímavou paralelu najdeme v římském právu a nejstarších římských dějinách, kde se pozemky v osobním vlastnictví nazývaly *heredium* a původně byly zřejmě určeny jen pro dům a zahradu. Vznik tohoto individuálního pozemkového vlastnictví byl podle tradice vztažen už k mýtickým počátkům Říma (viz Varro). Srov. HEYROVSKÝ, Leopold. *Dějiny a systém soukromého práva římského*. 4. oprav. vyd. Praha : J. Otto, 1910, s. 320n. K tomu srov. BARTOŠEK, Milan. *Encyklopedie římského práva*. 2. přeprac. vyd. Praha : Academia 1994, s. 97.

²⁸ Pro německý termín *Eigentum* se ještě v dobovém překladu Josefského občanského zákoníku od Josefa Valentina Zlobického z roku 1786 (*Wsseobecná Práva Městská*. Díl I. Vídeň : Trattner; Praha : Schönfeld, 1787) nachází různé výrazy, mj. „zboží“ a „statek“, ale také „vlastenství“, v překladu Všeobecného občanského zákoníku z roku 1811 (*Kniha všeobecných zákonů městských pro všechny německé dědičné země Mocnářství Rakauského*. Praha : Kašpar Widtmann, 1812) se už prosadil termín „vlastnost“.

Tato terminologická změna však nebyla motivována změnou sociálních poměrů, neměla obsahový charakter.

Postoupíme-li v našich úvahách hlouběji do středověku, zjistíme, že se již v dikci nejstarších listin přemyslovské éry objevují latinské ekvivalenty k českému pojmu dědina – *hereditas* a s tím spojené obraty jako „*iure hereditario possidere*“. Naznačená terminologie (včetně pozdějších českých variant) přetrvala v úřední praxi po celý středověk s tím dovětkem, že - pro svou neurčitost - faktickou různorodost vlastnických vztahů k nemovitostem spíše zastírala a musela být upřesňována dalšími obraty. Ani domácí vývoj nezůstal, co se týče římskoprávních vlivů stranou, tím méně v oblasti, v níž docházelo k rozvoji majetkoprávních vztahů. Od druhé třetiny třináctého století se v pramenech hojně setkáváme s termínem *proprietas*, a to nejen pro označení předmětu vlastnického vztahu, ale také pro samotná práva nad věcmi, zvláště nemovitými, koncipovaná v nejširším smyslu. Vedle tohoto výrazu proniká do dikce listin ve stejné době rovněž termín *dominium*, který v sobě mimo jiné zahrnuje pro středověk tak typický vrchnostenský rozměr výkonu vlastnických práv k nemovitostem. Ve století následujícím dochází k postupnému významovému sblížování, resp. vzájemnému ovlivňování pojmosloví domácího a římskoprávního, takže v zemských deskách se nyní uvádí, že prodávající zcizil jistou „*hereditas cum omni libertate et dominio*“ s tím, že „*nihil iuris proprietatis et domini sibi reservando*“.²⁹

Ve staročeských právních památkách se s výrazem vlastnictví setkáváme jen výjimečně. Starší právní knihy jednoznačně upřednostňují termín „dědina“, „dědictvie“.³⁰ Přesto na přelomu středověku a novověku narážíme na termíny panství a vlastenství, které prokazatelně poukazují na svůj římskoprávní (kancelářský)

²⁹ BOHÁČEK, Miroslav. Římské právo v listinné praxi českých zemí 12.-15. století. In *Sborník archivních prací*, 1974, roč. 24, s. 466-470 s konkrétními odkazy a citacemi z pramenů sledovaného období.

³⁰ Tak např. Ondřej z Dubé hovoří o dědictví ve smyslu vlastnictví na nejrůznějších místech svých Práv (ČÁDA, F. (ed.). Nejvyššího sudího království Českého *Ondřeje z Dubé Práva zemská česká*. Praha : Česká akademie věd a umění, 1930, s. 221 dle rejstříku), podobně tzv. Rožmberská kniha v čl. 96 nebo čl. 128 (BRANDL, Vincenc (ed.). *Kniha Rožmberská*. Kritické vydání opatřené poznámkami a glosářem. Praha : Jednota právnická, 1872, s. 58 a 69).

původ. Tovačovská kniha uvádí zmiňované pojmy na dvou místech ve svém formuláři tak, jak jej koncipoval Ctibor Tovačovský pro zprávné listy, a to zřejmě jako výraz právního vztahu k věci, který však nemusel být výlučný.³¹ V českém prostředí přelomu 15. a 16. století, konkrétně u Viktorina Kornela ze Všehrd, se užívaly jak pojmy „dēdictvie“, tak také pro široce chápaná majetková práva nad věcmi „plné panství“ nebo „vládnutí“.³²

U pojmu věci je otázka terminologie také komplikovaná. Právní památky starého českého práva obecný pojem věci (ve smyslu předmětu) neužívají, i když se příležitostně se slovem „věc“, zejména při rozlišování věcí movitých a nemovitých, setkáme i v tomto významu,³³ a pojem věc užívají převážně v (běžném) smyslu „záležitost“. Vedle tohoto pojmosloví zůstává ve starší době obvyklé vyjadřování (nikoliv však striktně) pro věci movité:³⁴ svrchky, nábytek, event. zboží,³⁵ pro nemovitosti pak statek, zboží, dědina a

³¹ BRANDL, V. (ed.). *Kniha Tovačovská, aneb Pana Ctibora z Cimburka a z Tovačova Pamět obyčejů, řádů, zvyklostí starodávnych a řízení práva zemského v Mar. Mor.* Brno : nákl. vl., 1868, s. 92-94: „Já N. ... vyznávám tímto listem etc., že jsem prodal ... vsi ... se všemi právy a požitky, což to zboží v sobě užítu má ... a sami jsme to měli a drželi, nic sobě tu vymínějíc panství ani vlastenství ani kterého vykúpení, ...“; „Já B. z N. ... vyznávám tímto listem ..., že jsem prodal ... své vlastní zboží a dēdictví, ... se vším plným právem, panstvím a příslušenstvím, ... nic sobě ... práva, panství ani vlastenství nezachovávaje, tak jakož jsem to sám držal“.

³² JIREČEK, H. (ed.). *Mag. Victorini a Všehrd De jure terrae Bohemiae libri novem.* In *Codex juris Bohemici III/3*, Pragae : F. Tempsky, 1874, zejm. v knize VI., s. 259-297. Etymologický rozbor slova vlastnictví podává JIREČEK, H. *Slovanské právo*, s. 270.

³³ BRANDL, V. (ed.). *Kniha Tovačovská*, s. 80-82, 91.

³⁴ JIREČEK, H. *Slovanské právo*, s. 267, 270 a 277n. dovazuje, že výrazy zboží a statek původně označovaly obilí a dobytek jakožto výnosy z dědin a pastvin a tvořily jmění rodu, jehož základ spočíval v movitých věcech. Teprve později přijaly oba výrazy též význam vlastnictví nemovitých věcí. K tomu srov. ještě v kontextu slovanského práva JIREČEK, H. *Prove. Historický slovar slovanského práva.* Praha, Brno : nákl. vl., 1904, s. 350 a 428.

³⁵ Viktorin Kornel ze Všehrd výslovně uvádí, co se míní pod pojmem svrchky a nábytky: „Jménem svrchkův rozumie se všecko, což jest v domě, ve dvoře nebo na poli s příčinu ruky a práce lidské připraveno, kromě dna a gruntův, jako obilí, seno, šaty, pivo, víno, nádoby, lóže, dřevie sekané, a krátce což móż se dna nebo s gruntu bez zkázy stavenie snato býti“ - JIREČEK, H. (ed.). *Mag. Victorini a Všehrd*, s. 312; „Ale jménem nábytkův jiného se nic nerozumie, než všecka hovada, kteráž ve dvoře,

dědictvie.³⁶ Nutno podotknout, že terminologie po celou dobu středověku kolísala a byla značně roztržštěná, proto při výkladu právních textů tohoto období bývá pravidlem, že konkrétní význam daného slova vyplyne až z kontextu, v jakém je použito. V partikulárním právním řádu založeném na obyčejovém právu bezprostředně vycházejícímu z běžného života ani nebyla pocítována potřeba obecného (právního) pojmu věci, předmět vlastnického vztahu byl povětšinou konkretizován a vztažen k majetkovému stavu toho kterého subjektu. Poněkud odlišná situace panovala v případě prací středověkých právních škol, které se věnovaly římskoprávnímu dědictví obsaženému v justiniánské kompilaci a položily základy moderní právní vědy včetně rozpracování jejího pojmového aparátu. Tento vliv se stále výrazněji promítal – spojenými cestami zákonodárství, právní vědy i praxe – do platného práva (v domácím právu původně zejména městského)³⁷ a výrazně ovlivnil kodifikační proces občanského práva završený vydáním *ABGB*. Oba termíny věc i vlastnictví sice budeme dále užívat, ovšem při vědomí jejich poměrně pozdního výskytu v pramenech.

... anebo jiná hovada, která v rybníciach, řekách a haltěrieach, ... jsú. (A mohú proto slúti nábytcí, že od nich človek statku nabývá, jako za starých bylo, ...) – Ibid., s. 312n. V jiné souvislosti pak Ibid., např. s. 222n., 269 a 290; další doklady u ČÁDA, F. (ed.). *Nejvyššího sudího*, např. s. 58, 139, 158, 181n.; BRANDL, V. (ed.). *Kniha Tovačovská*, s. 76 a 84 a JIREČEK, H. *Slovanské právo*, s. 361n.

³⁶ V tomto smyslu tuto terminologii najdeme u všech našich staročeských právních knih (v tzv. Rožmberské knize, u Práv zemských Ondřeje z Dubé, v Knihách devaterých Viktorina Kornela ze Všehrd i v Tovačovské knize).

³⁷ To je dobře patrné zvláště u Koldínových Práv městských (JIREČEK, Josef (ed.). *Mag. Pauli Christiani a Koldín Jus municipale regni Bohemiae*. In *Codex juris Bohemici IV/3*. Prague : F. Tempsky, 1876, s. 222) v čl. H. II, kde je přímo uvedena zásada: „*Nemo enim plus juris in alium transferre potest, quam ipse habuit*“. Podobných příkladů bychom však našli celou řadu. Rovněž Koldínova terminologická výbava vychází z dělení statků na movité a nemovité (k tomu srov. Ibid., čl. C. LIV, s. 108n., čl. F. XXV, s. 182 nebo čl. L. VII, s. 290), v kapitole nazvané O prodajích Koldín uvádí, co mohlo být předmětem trhu: „Všelikteraké věci, kteréž čí vlastní jsau a někomu by vlastně náležely, mohau se prodávati, dávati i odkazovati od těch, kteříž páni a vládařové těch věcí jsau“ – Ibid., čl. G. XXXVII, s. 216.

II.

Stěžejní otázku námi sledované problematiky představuje obsahová náplň institutů věci a vlastnictví, který prošel složitým vývojem. Zatímco chápání pojmu věci oscilovalo mezi úzkým pojetím hmotného předmětu a širokým pojetím majetkové hodnoty, to, co dnes označujeme jako vlastnictví, se proměňovalo prakticky neustále. Aforisticky lze říct „*dominium semper reformanda*“, což je zvláště patrné na právním a společenském vývoji minulých dvou století a posledních padesáti let tím více.

Vlastnictví představuje velice komplikovanou právní instituci úzce spojenou se společenským vývojem, podmíněnou a podmiňující, jde o neustále se vyvíjející sociální stav. Vlastnické právo jako právo výlučné dispozice (všeobecného právního panství), jak je chápe právní věda vycházející z romanistických kořenů, se v našich podmínkách prosazovalo pomalu a postupně. Domácí vývoj zůstával dlouho pod vlivem středověkých představ, které se výrazně lišily od pojetí římskoprávního či soudobého kontinentálního. Výlučnost vlastnictví byla výjimečná, připouštěla se naopak jeho dělitelnost neboli dvojí vlastnictví téže věci.

Feudální řád ve své podstatě rozeznával širší a užší způsoby užívání pod vrchním vlastnictvím státu, resp. panovníka.³⁸ Dobová právní terminologie však zůstávala po dlouhou dobu neujasněná. Starší právo znalo různé druhy „vlastnictví“ s obsahově odlišnou náplní. To také korespondovalo s dobovým chápáním svobody (lépe řečeno různých svobod ve smyslu výsad, privilegií), právní způsobilosti (*analogiae entis* a spojení právního řádu s řádem

³⁸ Připomeňme, že samotný pojem a role státu podstoupily dlouhý a složitý vývoj: pro období feudální společnosti se rozlišuje tzv. etapa patrimonijní a fideikomisní (v Čechách už od 12. století), provázaná s institucí „věčného krále“ a „koruny království“. Stát už nebyl chápán jako majetek panujícího krále, nýbrž nikdy neumírajícího patrona země, svatého Václava. Ten pak svěřoval řád země (*pax*, mír sv. Václava) svým zástupcům, dočasným panovníkům, které si Čechové zvolili z rodu Přemyslovců. Podílíky tohoto míru se stávají všichni svobodní muži - „čeledinové svatého Václava“. Šlo přitom o emancipaci vznikající šlechty a její snahu podílet se spolu s panovníkem na řízení státu. Srov. TŘEŠTÍK, Dušan. *Kosmova kronika. Studie k počátkům českého dějepiscectví a politického myšlení*. Praha : Academia, 1968, s. 215-231, a Týž. *Myslití dějiny*. Praha : Paseka, 1999.

stvoření) a s vzájemným poměrem vlastnictví a svobody.³⁹ Český termín „dědictvie“ se užíval v různých významech, jako dědictví dědičné (pravé), věnné, zástavné, zápisné, duchovní, manské apod., což je velmi dobře patrné např. u Viktorina Kornela ze Všehrd.⁴⁰ Nejširší podobu mělo vlastnictví označované jako pravé dědičné dědictví, tedy majetek, který zůstával v rodině po generace a nebyl vázán na lenní vztah. Obecně lze říci, že ve středověku se dále příliš nerozlišovalo mezi vlastnictvím a držbou; přesná hranice neexistovala. To bylo způsobeno mimo jiné tím, že význam pozemkového majetku spočíval především v užívání a užitcích a nakládání s ním bylo mnohdy vázáno na řadu omezení (odúmrtí, nedíly, kšafy, fideikomisy apod.). Pozemkové vlastnictví bylo navíc svázáno se statusem jedince a nabývalo tak veřejnoprávních rysů (např. institut inkolátu nebo výkon správní a soudní pravomoci pozemkovou vrchností nad poddanými).⁴¹

Obecnou proměnu zaznamenaly až velké civilní kodifikace devatenáctého století, zahájené slavným francouzským *Code civil* z roku 1804. Revoluční změna z konce století předcházejícího, vedená pod hesly svobody a rovnosti, s sebou přinesla jako nutnou součást také jednotné a „stejné“ vlastnictví, které lépe odpovídalo potřebám trhu a moderní společnosti.⁴² Chápání vlastnictví jako

³⁹ Srov. HATTENHAUER, Hans. *Evropské dějiny práva*. Praha : C. H. Beck, 1998, s. 330n.

⁴⁰ JIREČEK, H. (ed.). *Mag. Victorini a Všehrd*, zvl. s. 48, 147-148, 203, 379-380.

⁴¹ K právu a vlastnictví ve středověku srov. STIEBER, Miloslav. *Dějiny soukromého práva v střední Evropě*. Nástin. 2. vyd. Praha : nákl. vl., 1930; RAUSCHER, Rudolf. *Přehled dějin soukromého práva ve střední Evropě*. Bratislava : nákl. vl., 1934, a SATURNÍK, Theodor. *Přehled dějin soukromého práva ve střední Evropě*. Nástin přednášek. Praha : nákl. vl., 1945. K ochraně vlastnictví ve starém českém právu srov. JIREČEK, H. *Über Eigentumsverletzungen und deren Rechtsfolgen nach dem altböhmischem Rechte*. Wien : Mechitaristen Buchdr., 1855. Podrobněji k držbě (possessio) BLAHO, Peter. Niektoré teórie o držbe a ich kritika. *Právny obzor*, 1972, č. 8, s. 759-773.

⁴² K vývoji pojmu „vlastnictví“ a jeho obsahu srov. zvl. SCHWAB, Dieter. Heslo „Eigentum“. In BRUNNER, Otto, CONZE, Werner, KOSELLECK, Reinhart (edd.). *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*. Bd. II. E-G. 4. Aufl. Stuttgart : Klett; Cotta, 1998, s. 65-115. Ke vztahu svobody a vlastnictví srov. DIPPER, Christof. Heslo aut. kolektivitu „Freiheit“. In *Ibid.*, s. 519n. Dále pak zvl. klasickou práci: de LAVELEYE, Émile. *De la propriété et de ses formes primitives*, Paris : Baillière, 1874; německé rozšířené

absolutního práva, neomezeného, všeobecného právního panství nad věcí, však s realitou nemělo mnoho společného, a zůstalo tak pouhou proklamací bez vlastního obsahu.⁴³ Ze srovnání čtyř občanských zákoníků – francouzského *CC* (1804), rakouského *ABGB* (1811), německého *BGB* (1896) a švýcarského *ZGB* (1907, 1911) – vyvodil Viktor Knapp některé závěry, které dokládají společný (rozuměj římskoprávní⁴⁴) základ koncepce vlastnictví v kontinentálním právním systému. Podle ní je vlastnické právo absolutní (rozsahem a původem), výlučné, jehož předmětem je možné nakládat libovolně, přičemž hranice této libovůle jsou dány pouze zákonem a právy jiných osob. Obsah vlastnického práva vyjadřuje klasická triáda *ius possidendi*, *ius disponendi*, *ius utendi et fruendi*. Kromě toho je vlastník oprávněn požadovat vydání věci od každého, kdo ji neprávem zadržuje (reivindikace), a bránit se proti jakémukoli neoprávněnému rušení svého vlastnického práva (svépomoc, *actio negatoria*).⁴⁵

Všeobecný občanský zákoník na rozdíl od soudobého *Code civil* však obsahoval ještě některé pozůstatky feudální koncepce vlastnického práva, která se odrážela zvláště v institutu děleného vlastnictví (§§ 357-360, 1122-1150), kdy k jedné věci existovalo *dominium directum* (přímé, vrchní, k podstatě) a *dominium utile* (užitkové, k užitkům).⁴⁶ Kořeny této teorie můžeme spatřovat u glosátorů, v propracovanější podobě pak u postglosátorů (komentátorů), kteří podle *actio directa* vlastníka přiznávali uživateli (emfiteutovi, resp. superficiáři) analogickou věcnou žalobu *actio utilis* a obdobně konstruovali také dvojí vlastnictví. Stalo se tak spíše nepochopením římskoprávního pojetí vlastnického práva jako výlučného právního panství, jež z podstaty věci nemohlo strpět žádné

zpracování této práce: BÜCHER, Karl. *Das Ureigenthum*. Leipzig : F. A. Brockhaus, 1879.

⁴³ K tomu srov. RANDA, A. *Právo vlastnické*, s. 1-2.

⁴⁴ Dnešní pojetí vlastnického práva (výlučnost, nedílnost) odráží charakter tržního hospodářství a snad by nebylo nutné ho vysvětlovat odkazem právě na římské právo. Římské právo je však tradičním vzorem a právě vztah pozdější právní vědy k tomuto dědictví (ať v navazování či vymezování se) má pro kontinentální právní kulturu zásadní význam.

⁴⁵ Srov. KNAPP, V. *Velké právní systémy*, s. 156.

⁴⁶ Baldus rozlišoval *dominium superius* (*proprietas*) a *dominium inferius*, v německé terminologii *Obereigenthum* a *Minder-*, resp. *Untereigenthum*.

obdobné panství vedle sebe. Představitelé postglosátorů se však snažili římskoprávní dědictví přizpůsobit realitě středověké Evropy, pro kterou byly naopak společné právní vztahy k jedné věci charakteristické – šlo zvláště o vztahy seniora a vazala nebo vrchnosti a poddaného. Teorie děleného vlastnictví se proto užívalo nejen pro poměry lenní a poddanské, ale také pro fideikomisy neboli svěřenectví. Vrchní vlastnictví bylo, jak napovídá samotný název, chápáno původně jako určující. Význam se však postupně přesouval od vlastnictví vrchního k vlastnictví užitkovému a v devatenáctém století se v českých zemích selské i lenní užitkové vlastnictví stalo vlastnictvím plným, výlučným podle římskoprávního vzoru.⁴⁷

Feudální koncepce vlastnického práva kupodivu nacházela své uplatnění i v nových podmínkách. Ani zrušením poddansko-vrchnostenských vztahů v roce 1848 (patent ze dne 7. září 1848, čís. 1180 Sb. z. s. a zákon ze dne 4. března 1849, č. 152 ř. z.)⁴⁸ a rušením lenních vztahů v letech 1862 až 1869⁴⁹ se paragrafy o děleném

⁴⁷ Srov. URFUS, V. Středověké představy o děleném vlastnictví a jejich oživení na konci feudalismu. In *AUB-Iuridica 20. Sborník prací učitelů právnické fakulty v Brně*, 1976, roč. 6, s. 183-201. Nověji Týž. *Historické základy novodobého práva soukromého*. Římskoprávní dědictví a soukromé právo kontinentální Evropy. 2. vyd. Praha : C. H. Beck, 2001, zvl. s. 36nn. Speciálně k vývoji pojmu a instituce děleného vlastnictví: WAGNER, Heinz. *Das geteilte Eigentum im Naturrecht und Positivismus*. Breslau : Martin, 1938.

⁴⁸ Přehledně viz článek prof. Sedláčka, původně určený pro francouzskou revue, k jehož uveřejnění došlo až po Sedláčkově tragickém úmrtí při náletu na Brno. Srov. SEDLÁČEK, J. Vývoj právních předpisů o selských usedlostech v Čechách na Moravě od polovice XVIII. století. *Právní prakse*, 1945, roč. 9, č. 1 (4), s. 126-135.

⁴⁹ Stalo se tak zák. ze dne 17. prosince 1862, čís. 103 ř. z., o částečném zrušení svazku manského, podle kterého se měla alodifikace provést za náhradu, bylo také zakázáno zřizování nových lén. Rovněž čl. 7 stát. zákl. zák. čís. 142/1867 ř. z. mj. stanovil, že všechny závazky váznoucí na nemovitosti z titulu děleného vlastnictví je možné vykoupit a nadále se už nesmí zřizovat závazky, které vykoupit nelze. Ostatní léna pak byla zrušena zákony ze dne 12. května 1869, čís. 103-112 ř. z., speciálně vydanými pro jednotlivé země (čís. 103 pro Moravu, čís. 106 pro Čechy a čís. 107 pro Slezsko). Alodifikaci nepodléhala léna úřední a léna řádu Německých rytířů. Srov. ČÁDA, František. Lenní právo. In HÁCHA, Emil, HOETZEL, Jiří, LAŠTOVKA, Karel, WEYR, František (edd.). *Slovník veřejného práva československého*. Díl II. Brno : Polygraphia; R. M. Rohrer, 1932, s. 487-494. Komentář Františka Roučka (1935) a Komentář Jaromíra Sedláčka (1935) k §§ 353-446 všeob. obč. zák. Pojednání obou civilistů a Čádovo se ovšem v otázce rušení lén různí.

vlastnictví nestaly obsoletními ustanoveními, ale uplatňovaly se nadále u rodinných fideikomisů⁵⁰ a u duchovních beneficií. Na staré inspirační zdroje poukazovala literatura i u práva stavby, které však podle § 5 zákona č. 86/1912 ř. z. nebylo konstruováno jako dělené vlastnictví, ale jako břemeno dotčené nemovitosti.⁵¹ O využití koncepce děleného vlastnictví se uvažovalo dokonce i po vzniku samostatného československého státu při přípravě tzv. záborového zákona, kterým odstartovala meziválečná pozemková reforma.⁵² Až v osnově nového občanského zákona bylo navrženo zrušení všech ustanovení, která dělené vlastnictví zakotvovala. Nový občanský zákoník se však za první republiky, a to i přes dlouholeté kodifikační a s tím spojené unifikační snahy, schválit nepodařilo.

Pokud bychom chtěli stručně shrnout proměny v koncepci vlastnictví (vlastnického práva) v devatenáctém a v první polovině dvacátého století v zákonodárství a právní vědě, k výrazným rysům bezesporu patří přizpůsobování se římskoprávnímu vzoru - směřování k výlučnosti vlastnictví, resp. rušení právních vztahů děleného vlastnictví a k omezování předmětu vlastnického práva na hmotné věci (viz dále).⁵³ Někteří z civilistů v tomto duchu také tzv.

⁵⁰ *Code civil* v čl. 896 zakázal omezování dědiců, což se v zemích, kam dosáhl francouzský vliv (např. v Rýnském spolku), projevovalo rušením fideikomisů. Po Napoleonově prohře však došlo k jejich obnovení i v samotné Francii, kde byly rušeny už od roku 1792. U nás se přistoupilo k omezování fideikomisů v rámci josefinských reforem, ze kterých však po smrti císaře zůstalo zachováno jen torzo. Obecnou proměnu nejen středoevropskému prostoru přinesla až první světová válka, po které byly fideikomisy převážně zrušeny. V Německu se tak stalo v návaznosti na čl. 155 Výmarské ústavy zvláštními zákony jednotlivých zemí; došlo k tomu také v nástupnických státech bývalé rakousko-uherské monarchie, v Československu zák. čis. 179/1924 Sb. z. a n. Srov. např. SATURNÍK, T. *Přehled dějin*, 68n., a KRČMÁŘ, Jan. Fideikomisy. In HÁCHA, E. a kol. (edd.). *Slovník I*, s. 594-598.

⁵¹ Srov. SVOBODA, Emil. Nové právo k povrchu. In Týž. *Výbor prací z práva občanského a z právní filosofie*. K šedesátým narozeninám prof. Dr. E. Svobody. Praha : Melantrich, 1939, s. 57-70 (původně přednáška konaná v Právnické jednotě dne 30. ledna 1913, otištěno v *Právniku*, 1913, roč. 52, s. 113-131).

⁵² Srov. KRČMÁŘ, J. (ed.). *Zákon o zabránění velkého majetku pozemkového ze dne 16. dubna 1919 č. 215 sb. z. a n.* (Zákon rámcový.) Praha : Bursík & Kohout, 1919, s. 6-7.

⁵³ Srov. HORÁK, O. Proměny koncepce vlastnictví v období rakouské ústavnosti. In SCHELLE, K., VOJÁČEK, Ladislav (edd.). *Stát a právo v letech 1848 – 1918 ve středoevropském kontextu*. Bratislava : BVŠP, 2007, s. 95-102.

dělené vlastnictví interpretovali jako vlastnictví nedělené. Viktor Knapp sice uvádí svého učitele Jana Krčmáře,⁵⁴ ten však pouze následoval svého předchůdce a zakladatele naší moderní civilistiky Antonína Randu.⁵⁵

Novodobé chápání vlastnictví se vymezovalo vůči feudálním koncepcím a programově navazovalo na římskoprávní dědictví. Prvorepublikové či dnešní pojetí je však přirozeně odlišné i od toho římskoprávního. Římané totiž rozeznávali různá vlastnictví (kviritské a praetorské neboli bonitární) a činili značný rozdíl mezi římskými občany a ostatními, zvláště cizinci. Pochopitelně také římské vlastnictví a vlastnické právo prošlo dlouhým vývojem. Ve své klasické podobě pak představovalo skutečně takřka neomezené právní panství, což se projevovalo mimo jiné v tom, že se z půdy v kviritském vlastnictví neplatily daně. S takto široce koncipovanou výlučností a neomezeností individuálního vlastnictví se už později nesetkáváme. V právním vývoji naopak existovala celá řada omezení pozemkových vlastníků, což je dáno omezeným a konečným množstvím půdy, její polyfunkčností apod.⁵⁶ V celoevropském měřítku došlo k výraznému nárůstu zásahů do vlastnických vztahů po první světové válce, kdy se začala akcentovat sociální role vlastnictví, které mělo mít nejen práva, ale i povinnosti.

V nově vzniklých státech se navíc (revoluční) přesun moci přirozeně odrážel také v pozemkové držbě (v různé míře sehrával roli stavovský, náboženský a nacionální aspekt, v našem prostředí nadto i vyhrocený přístup vůči bývalé panovnické rodině, šlechtě, katolické církvi, „neloajálním“ národnostem) a následných radikálních pozemkových reformách probíhajících v těchto zemích.⁵⁷ Také

⁵⁴ Srov. KNAPP, V. *Velké právní systémy*, s. 155 (kde odkazuje na Krčmářova *Práva věcná*, 2. vyd., 1934, s. 108). Nověji pak srov. 3. dopl. vydání z roku 1946: KRČMÁŘ, J. *Právo občanské II*, s. 100nn.

⁵⁵ Srov. RANDA, A. *Právo vlastnické*, s. 4.

⁵⁶ K tomu např. PRŮCHOVÁ, Ivana, CHYBA, Jaroslav. *Omezení vlastnického práva k pozemku z důvodu obecného zájmu*. Brno : Masarykova univerzita, 1998. Meritum práce je ovšem věnováno soudobému právu, historické pasáže představují jen vstupní část.

⁵⁷ V různých podobách se však pozemkové reformy uskutečnily ve dvadeceti státech Evropy. Srov. MASLOV, Sergej S. *Princip soukromého vlastnictví v pozemkových reformách poválečné Evropy*. Praha : [Státní pozemkový úřad], 1927, a ZIMMERMANN, Michail A. *Maďarsko a rumunská pozemková*

v domácím právním vývoji byla už v období meziválečného Československa aktivizována zvýšená ingerence státu, která získala v rámci „první“ pozemkové reformy masivních rozměrů.⁵⁸ Právě v této době došlo k zásadnímu přehodnocování tzv. nedotknutelnosti soukromého vlastnictví.⁵⁹

III.

Předmětem vlastnického práva je věc v právním smyslu. To sice platí obecně, historicky podmíněné a proměnlivé je však vlastní chápání pojmu věci v právním smyslu a dodnes panuje v této otázce

reforma. Bratislava : Obchodná a priemyselná komora, 1928. Nověji: FROLEC, Ivo (ed.). *Československá pozemková reforma 1919-1935 a její mezinárodní souvislosti*. Uherské Hradiště : Slovácké muzeum, 1994.

⁵⁸ Meziválečná pozemková reforma bývá kladena do let 1919 (přijetí tzv. záborového zákona č. 215/1919 Sb.) až 1935 (zánik Státního pozemkového úřadu, který již v roce 1933 prohlásil předčasně reformu za skončenou).

Ve skutečnosti však nebyla nikdy dokončena; ještě k 1. lednu 1938 zůstávalo v záboru přibližně 10 % veškeré zabrané půdy (435 668 ha). Z celkové zabrané půdy o výměře 4 068 370 ha, tedy kolem 29 % veškeré půdy v Československu, (z toho 1 312 721 půdy zemědělská), bylo vlastníkům nakonec ponecháno 1 831 920 ha (z toho však jen 418 858 ha zemědělské půdy). Z dobové literatury srov. *Dvacet let československého zemědělství 1918-1938*. K dvacátému výročí Československé republiky. Praha : Ministerstvo zemědělství, 1938, a obdobně PAVEL, Antonín. *Československá pozemková reforma*. *Pozemková reforma*, 1938, roč. 19, č. 3, s. 33-39.

⁵⁹ Nověji srov. HORÁK, O. Konfiskace a vyvlastnění od válek napoleonských do válek světových. (K vlastnictví a zásahům do vlastnického práva v českých zemích.) In KOTULÁN, Jaroslav, UHLÍŘ, Dušan (edd.). *Evropa 1805*. Sborník prací V. mezinárodního napoleonského kongresu. Brno 26.-28. září 2005. Brno : Československá napoleonská společnost se sídlem v Brně, 2006, s. 561-576, Týž. První československá republika a ochrana vlastnictví. *Právník*, 2007, roč. 146, č. 2, s. 121-134, a Týž. Ve vztahu k římskoprávnímu dědictví je zajímavé, že prvorepubliková judikatura o pozemkové reformě, pokud se podrobněji vyjadřovala k motivaci a oprávněnosti pozemkové reformy (srov. zvl. Vážný civ. 6976), odkazovala i na agrární reformy ve starém Římě (bratři Gracchů). Z právně-historického hlediska je však vedení takovéto paralely problematické. Tyto reformy totiž nezasahovaly do soukromého vlastnictví, ale týkaly se pouze okupované státní půdy a pro tu také stanovovaly mezní hranici držby.

poměrně velká různorodost.⁶⁰ V nejširším pojetí se v podstatě jedná o každou majetkovou hodnotu. Tomuto chápání odpovídají zvláště starší etapy domácího i středoevropského právního vývoje, kdy v zásadě všechno, o čem lidé chtěli uzavřít platná ujednání, mohlo být předmětem vlastnictví.⁶¹ Tento přístup měl dlouhou životnost a udržel se (v podobě nabytých práv – *iura quaesita*) výjimečně až do 20. století: jako vlastnictví věci bylo např. pojímáno i dědičné užívání lóží ve Stavovském divadle, které bylo jako takové zaneseno i do pozemkových knih.⁶²

Při komparaci pojetí věci v ústředních evropských zákonících odkrýváme obdobně jako u vlastnictví jejich společný (římskoprávní) základ. Z tohoto dědictví však vycházejí, jak už bylo výše uvedeno, dva odlišné přístupy k chápání věci v právním smyslu: materialistický (hmotná věc, příp. přírodní síly) v užším pojetí, jehož prototypem je německý *BGB*, a idealistický (věc hmotná i nehmotná) v širším pojetí, který je charakteristický pro rakouský *ABGB*.

K vlastní úpravě věci však přistupují jednotlivé kodifikace různě – některé z nich přinášejí na rozdíl od platného občanského zákoníku⁶³ legální definici věci (zvl. *ABGB*, *BGB*), jiné nikoliv (*CC*,

⁶⁰ Srov. KNAPP, V. *Velké právní systémy*, s. 154-155. V naší literatuře: VAŠEČKA, Jan. *Věc v právním smyslu v historickém pohledu*. Brno : UJEP, 1979 (původně kandidátská disertace z roku 1974), a v zahraniční nejnověji: DAJCZAK, W. Op. cit. v pozn. 1. Tento polský právní historik se zabývá významem Gaiova dělení věci na *res corporales* a *res incorporales* pro pozdější právní vývoj; z hlavních okruhů kontinentálního právního systému zohledňuje zejména občanské právo francouzské (*CC*) a německé (*BGB*), rakouské právo (*ABGB*) a rakouskou civilistiku však ponechává stranou.

⁶¹ Srov. STIEBER, M. *Dějiny soukromého práva*, s. 144, a VANĚČEK, Václav. *Počátky práv a státu v Československu*. Praha : Spol. čsl. právníků „Všehrd“, 1946, s. 49n.

⁶² K tomu podrobněji článek autorů: Dědičné lóže a dělené spoluvlastnictví. (K římskoprávním východiskům moderní civilistiky.) In BUBELOVÁ, K. (ed.). *Res – věci v římském právu*. Sborník příspěvků z 10. konference právních romanistů ČR a SR konané ve dnech 14-16. 3. 2008 v Olomouci. Olomouc : UP, 2008, s. 99-112.

⁶³ Citované občanské zákoníky: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (*ABGB*) neboli Obecný zákoník občanský vyhlášený císařským patentem č. 946 Sb. z. s. ze dne 1. června 1811, a to s účinností od 1. ledna 1812; zákon č. 141 Sb. ze dne 25. října 1950, s účinností od 1. ledna 1951, a zákon č. 40 Sb. ze dne 26. února 1964, s účinností od 1. dubna 1964. Srov. SCHELLE, K., SCHELLEOVÁ, Ilona (edd.). *Civilní kodexy. 1811-1950-1964*. Brno : Doplněk, 1993.

ZGB). Pro koncepci francouzského *CC*, který je obdobně jako *ABGB* odrazem přirozenoprávního myšlení⁶⁴, se stalo určující široké pojetí statku „biens“, zahrnující hmotné předměty i práva. Švýcarský *ZGB* zvolil kompromisní cestu: i když doktrína chápe věci jako hmotné předměty, za nemovitosti jsou považovány např. i samostatná práva zapsaná v pozemkových knihách.⁶⁵

Věc v právním smyslu byla v § 285 *ABGB* definována jako „vše, co je rozdílné od osoby a slouží potřebě lidí“ a současné definice právní vědy na tento vzor zřetelně, i když nepřímě, navazují. *ABGB* rozlišoval v §§ 286-290 věci podle subjektu, kterému náležejí (věci státní a soukromé; věci bez pána, veřejný statek a státní jmění; obecní statek a obecní jmění), a v §§ 291-308 věci podle rozdílné povahy (věci hmotné a nehmotné; movité a nemovité; zužitelné a nezužitelné; cenitelné a necenitelné). Z dogmatického i praktického hlediska je zvlášť významné rozlišování věcí hmotných a nehmotných a věcí nemovitých a movitých.

V § 292 se rozlišovaly věci hmotné a nehmotné: hmotné lze vnímat smysly, jako nehmotné se výslovně uváděla práva, výslovně pak právo honební a právo rybolovu. Rakouská civilistika devatenáctého století (Unger, Randa a další) se však klonila pod vlivem německé pandektistiky (resp. jejího výkladu prvního titulu šesté knihy *Digest-Pandekt*, nazvaného *De rei vindicatione*) k omezení vlastnictví pouze na hmotné věci.⁶⁶ Tyto tendence se projevíly také při rekodifikaci občanského zákoníku za první republiky (viz návrh subkomitétu z roku 1923 a stejně tak osnovu z roku 1931: § 278; naopak srov. osnovu z roku 1937: § 80, 82 a § 136 a násl. a také její důvodovou zprávu)⁶⁷ a konec konců také

⁶⁴ K významu přirozenoprávních teorií pro kodifikaci občanského práva srov. KUBEŠ, Vladimír. *Theorie der Gesetzgebung*. Materiale und formale Bestimmungsgründe der Gesetzgebung in Geschichte und Gegenwart. Wien-New York : Springer-Verlag, 1987.

⁶⁵ ELIÁŠ, K. Pojetí věci v právním smyslu, s. 61nn.

⁶⁶ Rozlišovala pak vlastnictví v užším (hmotných věcí) a v širším smyslu (majetku). K tomu SEDLÁČEK, J. *Vlastnické právo*. Komentář k §§ 353-446 všeob. obč. zák. se zřetelem ku právu na Slovensku a Podkarpatské Rusi platnému. Praha : V. Linhart, 1935, s. 18.

⁶⁷ „K hlavě 6 (§§ 136 až 155). Přejímajíc v tom směru návrh subkomitétu, zahajovala osnova z r. 1931 tuto hlavu předpisem, že ve vlastnictví mohou býti jen věci hmotné, nemovité i movité. V závěrečné redakci byl paragraf ten vypuštěn,

v občanském zákoníku z roku 1950 (§ 23)⁶⁸ – v tomto případě ovšem prostřednictvím sovětského práva, které vycházelo z německého *BGB*. Platný občanský zákoník z roku 1964 legální definici věci neobsahuje: jeho ustanovení § 123 a násl. a dále zvl. čl. 11 odst. 1 Listiny základních práv a svobod však umožňují dvojí výklad, tedy, že je možné vlastnit nejen hmotné předměty, ale i nehmotné.⁶⁹ Soudobá civilistika však už tradičně spojuje vlastnictví pouze s hmotnými věcmi.⁷⁰ Návrh nového občanského zákoníku se naopak v tomto ohledu vrací k *ABGB* a za předmět vlastnického práva považuje věc hmotnou i nehmotnou (§ 878) a opouští tak „scholastiku terminologické[ho] odlišování předmětů, jež jsou ve vlastnictví a jež jsou „jen“ v majetku, neboť obsahový rozdíl mezi postavením vlastníka a „majitele“ není žádný“.⁷¹ Byty a nebytové prostory se pak ve shodě s tímto směřováním považují za věci nemovité (§ 457 odst. 2), zatímco na základě platné úpravy se řadí většinou pod samostatné předměty občanskoprávních vztahů (§ 118 odst. 2), i když se podle § 3 odst. 2 zákona o vlastnictví bytů (zák. č. 72/1994 Sb.) řídí ustanoveními týkajícími se nemovitostí.

když převládlo mínění, že ani z teoretických důvodů není zapotřebí pojem vlastnictví takto obmezovati a že naopak pružný pojem vlastnictví zasluhuje přednosti (srv. na př. Swoboda, Richterzeitung, 1935, str. 50 a násl.).“ Důvodová zpráva k vládnímu návrh zákona, kterým se vydává občanský zákoník: http://psp.cz/eknih/1935ns/se/tisky/t0425_18.htm

⁶⁸ „Věci v právním smyslu jsou ovladatelné hmotné předměty a přírodní síly, které slouží lidské potřebě.“ Podle důvodové zprávy pojetí práva jako nehmotné věci „odporuje lidovému chápání“. Srov. Komentář k § 23. *Občanský zákoník*. Praha : Orbis, 1950, s. 220. (Zvláštní část důvodové zprávy.)

⁶⁹ Srov. ELIÁŠ, K. Vlastnické právo. Paradigma českého pojetí pod zkušebním kamenem kontinentální právní kultury. *Právní rozhledy*, 2005, roč. 13, č. 22, s. 808-809.

⁷⁰ Srov. SPÁČIL, Jiří. In ŠVESTKA, Jiří a kol. *Občanský zákoník I.* § 1-459. Komentář. Praha : C. H. Beck, 2008, s. 612-622.

⁷¹ Návrh nového občanského zákoníku: důvodová zpráva a komentované paragrafové znění návrhu byly zveřejněny od dubna roku 2005 na stránkách časopisu *Jurist* www.juristic.cz, nově jsou návrhy a důvodové zprávy dostupné především na stránkách Ministerstva spravedlnosti <http://obcanskyzakonik.justice.cz> (cit. dne 1. 2. 2009, 13.00). Důvodová zpráva k návrhu občanského zákoníku (po zpracování připomínek), s. 233.

Prof. Eliáš vychází u problematiky věcí (Hlava IV. Věci a jejich rozdělení, § 449 a násl.)⁷² obdobně jako v celém svém návrhu zejména z prvorepublikové osnovy, ovšem s přihlédnutím k zahraničním úpravám a moderním trendům ve vývoji občanského práva. Příkladem může být tzv. „dereifikace zvířat“, kdy se v § 454 navrhuje, aby se živé zvíře nepovažovalo za věc - lze na něj pouze přiměřeně použít ustanovení o věcech, pokud to neodporuje jeho povaze živého tvora či ustanovením jiných právních předpisů vydaných k ochraně zvířat.⁷³

Tradiční a pro oblast práva nejdůležitější je dělení na věci nemovité a movité.⁷⁴ Důvodová zpráva k osnově z roku 1931 i 1937 začínala komentář k prvnímu oddělení (tedy k věcným právům) postesknutím: „Domácí právní historie, všechny běžné teorie, všechny nové zákoníky a odlišná povaha věci velely, aby se rozdělilo věcné právo na dvě skupiny, právní řád o věcech nemovitých a právní řád o věcech movitých.“⁷⁵ Za těmito úvahami poznáváme erudici prof. Stiebera, v jehož subkomisi bylo navrhováno v osnově zakotvit po vzoru švýcarského občanského zákoníku oddělenou úpravu vlastnictví k nemovitostem a movitostem.⁷⁶ Ani subkomitét ani superrevizní komise však tomu návrhu nakonec nevyšly vstříc a přidržely se pojetí převažujícímu u tradičních evropských zákoníků.

Zatímco však *ABGB* definoval v § 293 pouze věci movité jako „věci, které bez porušení jejich podstaty lze přenášeti z místa na

⁷² Ibid., s. 106nn.

⁷³ Ibid., s. 109nn. Dále např.: ELIÁŠ, K. Věc jako pojem, s. 120-121.

⁷⁴ Nověji: FIALA, J., HURDÍK, J., KRÁLÍČKOVÁ, Z., SELUCKÁ, M. Real Estate in Civil Law. In *Białostockie Studia Prawnicze 4. Real Estate in Czech and Polish Law*. Białystok : Temida 2, 2008, s. 13-58. Ze starší (dobově ideologicky podmíněné) právní literatury uveďme jako příklad dvě práce, první „osvětovou“, přehledovou, historizující (PROVAZNÍK, Vítězslav, ŠEBEK, Oldřich. *Vývoj vlastnických poměrů k půdě*. Část 1. Starověk a feudalismus. Praha : Orbis, 1955), a druhou speciální, pozitivněprávní, odbornou (FÁBRY, Valér, DROBNÍK, Jaroslav. *Vlastnictví a užívání půdy a pozemková správa*. Praha : Academia, 1983).

⁷⁵ *Zákon, kterým se vydává všeobecný občanský zákoník*. Návrh superrevizní komise. Díl 2. Důvodová zpráva. Praha : Ministerstvo spravedlnosti, 1931, s. 115, a Důvodová zpráva k vládnímu návrhu zákona, kterým se vydává občanský zákoník: http://psp.cz/eknih/1935ns/se/tisky/t0425_18.htm

⁷⁶ Srov. STIEBER, M. *Věcné právo*. Návrh subkomitétu pro revisi občanského zákoníka pro Československou rep. Praha : Min. spravedlnosti, 1923, s. 79 (2. vyd. 1924). Také srov. KNAPP, V. Velké právní systémy, s. 110.

místo“, prvorepubliková osnova (1931: § 232; 1937: § 83) a občanské zákoníky z roku 1950 a 1964 naopak pouze věci nemovité: první z nich v § 26 jako „pozemky a stavby, s výjimkou staveb dočasných“, druhý (současný) pak v § 119 odst. 2 jako „pozemky a stavby spojené se zemí pevným základem“. Stejně jako *Code civil* (čl. 547) považoval *ABGB* (§ 293) za nemovitosti i movité věci, které tvoří podle zákona nebo vlastnickovy vůle příslušenství věci nemovité. Podle § 298 se práva, pokud nejsou spojena s držbou nemovitosti nebo za ni nejsou prohlášena zákonem, považují stejně jako všechny ostatní nehmotné věci za movité věci. Konečně Eliášův návrh (§ 457) navazující na prvorepublikovou osnovu ve svém odst. 1 uvádí: „Nemovité věci jsou pozemky a podzemní stavby se samostatným účelovým určením, jakož i věcná práva k nim, a práva, která za nemovité věci prohlásí zákon. Stanoví-li jiný právní předpis, že určitá věc není součástí pozemku, a nelze-li takovou věc přenést z místa na místo bez porušení její podstaty, je i tato věc nemovitá.“

Související problematika, kterou jen stručně zmíníme, je chápání součásti a příslušenství věci, zvláště vazba stavby a pozemku.⁷⁷ Z politických a hospodářských důvodů (kolektivizace zemědělství) bylo oddělení stavby od pozemku zakotveno v občanském zákoníku z roku 1950 (§§ 25 a 155). Nešlo ovšem o naprosté opuštění zásady *superficies solo cedit*, spíše o její narušení či zúžení, protože v ostatních případech platila i nadále.⁷⁸ V občanském zákoníku z roku 1964 nebylo *expressis verbis* stanoveno, že by stavba neměla být součástí pozemku (tj. že by byla i nadále považována za samostatnou věc v právním smyslu), právní věda tento výklad přijala a praxe jej následovala. K výslovnému uzákonění oddělení stavby od pozemku došlo až v rámci velké „transformační“ novely z roku 1991

⁷⁷ Srov. ELIÁŠ, K. Součást věci a příslušenství věci. In MALACKA, Michal (ed.). *Sborník příspěvků z konference Monseho olomoucké právnické dny 2007*. Olomouc : PF UP, 2008, s. 52-67; DOSTALÍK, Petr. Několik poznámek o úloze příslušenství věci v soukromém právu. In KNOLL, Vilém, KARHANOVÁ, Martina (edd.). *Naděje právní vědy*. Býkov 2007. Plzeň : A. Čeněk, 2008, s. 38-46, a SALÁK, Pavel. The Principle „*Superficies Solo Cedit*“ in the Czech Law. In *Białostockie Studia Prawnicze* 4. Real Estate in Czech and Polish Law. Białystok : Temida 2, 2008, s. 59-64.

⁷⁸ Srov. Komentář k §§ 24 a 25 (součást věci). *Občanský zákoník*. Praha : Orbis, 1950, s. 220.

(§ 120 odst. 2), která odrážela vývoj po roce 1989 a jejímž autorem byl – obdobně jako u příslušných partií občanského zákona z roku 1950 – Viktor Knapp. Jen pro zajímavost připomeňme, že podle zákona o půdě (§ 2 odst. 2 zák. č. 229/1991 Sb.) se rovněž některé porosty považují za samostatnou věc (podle § 46 odst. 4 zák. č. 162/1990 Sb., o zemědělském družstevnictví, totiž zůstaly veškeré porosty na sdružených pozemcích ve vlastnictví družstva a nikoli vlastníka pozemku).

Eliášův návrh se opětovně vrací k zásadě *superficies solo cedit*, takže stavbu prohlašuje, nejedná-li se o stavbu dočasnou, za součást pozemku (§ 462). Výjimku z této zásady představuje podzemní stavba se samostatným účelovým určením (zvl. metro nebo vinný sklep pod cizím pozemkem), která se považuje za samostatnou nemovitou věc (viz výše). Rovněž podzemní stavba zřízená jako součást určitého pozemku se, i když zasahuje také pod jiný pozemek, považuje jako celek za součást onoho pozemku (§ 462 odst. 2).⁷⁹ Tím došlo k vítanému zpřehlednění právních vztahů ve srovnání s tradiční rakouskou a meziválečnou civilistikou, která si typicky u vinných sklepů musela vypomáhat tzv. děleným spoluvlastnictvím.⁸⁰

Na závěr tohoto oddílu bychom se ještě rádi zdrželi u otázky extrakomerciality. Většina autorů ji přímo spojuje s pojmovým vymezením věci v právním smyslu (typicky A. Randa), někteří však chápou *res extra commercium* v užším smyslu, a považují je také za věci v právním smyslu, které však jsou z právního obchodu vyloučeny jen „v určitém směru“ (např. Fr. Rouček). Výrazu *extra commercium* se totiž v právním vývoji přikládaly různé významy: nakládání s věcmi bylo vyloučeno buď zcela (tzv. absolutní extrakomercialita), ať už z důvodů přirozených (vzduch, plynoucí voda, moře, mraky, hvězdy) nebo pozitivně-právních (lidské mrtvoly či podle klasických římských představ i *res divini iuris*), anebo bylo vyloučeno jen částečně (např. u tzv. věcí veřejných, určených k obecnému užívání, nebo u vojenské výzbroje a výstroje) a v omezené podobě pak tyto věci stále zůstávaly předmětem práv a

⁷⁹ Srov. Op. cit. v pozn. 71, důvodová zpráva, s. 112-113.

⁸⁰ Blíže: HORÁK, O., ŠTACHOVÁ, N. Op. cit. v pozn. 62.

povinností (tzv. relativní extrakomerciality).⁸¹ U kategorie *res extra commercium* z přirozených či pozitivněprávních důvodů se vlastně vůbec nejednalo o věci v právním smyslu, protože u prvních chyběla ovladatelnost, u druhých zase užitečnost, kterou vylučovalo právo odrážející tradiční (náboženské, mravní) názory.

Při sledování otázky předmětu vlastnictví a chápání věcí *extra commercium*, resp. *in commercio* se stejně jako v jiných případech zřetelně ukazuje, že se jedná o záležitost historicky podmíněnou a současně nadčasovou, odrážející jistá – možno říci – přízenoprávní či mravní hlediska (lidské ostatky byly tradičně vyloučeny z právního obchodu). Pro právní vývoj se stala klíčovou, o to neméně kontroverzní otázkou zejména právní instituce otroctví, která sehrála zásadní roli nejen u starověkých civilizací⁸², ale v omezené míře i v pozdějších etapách vývoje lidské společnosti. Křesťanské myšlení se sice rázně postavilo proti otroctví, tento postoj byl však probíjován velmi těžce a nezískal obecnou platnost. Ve středověku se obchodovalo jak s živými lidmi (otroci byli tradičně považováni za věc, ale předmětem právního obchodu bývali v některých zemích také nevolníci), tak také výjimečně s lidskými ostatky (v podobě relikvií světců).⁸³

Pod vlivem přirozenoprávního myšlení, resp. teorie tzv. nezczizitelných lidských práv a názorů, že člověk nemá být jinému člověku prostředkem (I. Kant), se v *ABGB* deklarovalo, že věci je vše, co je rozdílné od osoby (rozuměj člověka) a v tomto znění bylo také později výslovně zakotveno v meziválečné osnově. Na výklad tohoto ustanovení se však názory poněkud lišily. Člověk i lidská mrtvola byli sice bezesporu vyloučeni z právního obchodu,⁸⁴

⁸¹ Srov. zvl. RANDA, A. *Právo vlastnické*, s. 8-9. SEDLÁČEK, J. *Vlastnické právo*, s. 47-49. ROUČEK, F. Komentář k § 288. In ROUČEK, F., SEDLÁČEK, J. (edd.) *Komentář II*, s. 14nn.

⁸² Srov. HEINEN, Heinz (ed.). *Bibliographie zur antiken Sklaverei*. Bd. 1-2. Stuttgart : Steiner, 2003, dále OBROVSKÁ, Lucie. The legal status of the slave in ancient Greece. In Kol. edd. *Cofola 2008 Conference*. Key points and ideas. Brno : Masaryk university – Faculty of law, 2008, s. 239-241.

⁸³ Podle dekretu dv. kanc. z 25. 11. 1826, č. 2234 Sb. z. s. pak nebylo možné ostatky svatých zczizit nekatolíkům a katolíkům jen bezplatně. SEDLÁČEK, J. *Vlastnické právo*, s. 48.

⁸⁴ Zajímavé je, jak se k otázce extrakomerciality lidské mrtvolvy (zvl. v podobě historických kosterních nálezů) ve svých komentářích stavěli dva brněnští kolegové-

s rozvojem medicíny ovšem nově vyvstala otázka dovolenosti právního obchodu v případě lidských orgánů či krve. Přístupy k řešení této problematiky (nyní bez vazby na legální definici věci) se různí dodnes.⁸⁵ Zatímco novější vydání pražské učebnice rozhodně tvrdí, že ani po oddělení „části lidského těla nejsou věcmi“ a že „podmínky pro použití těla i jeho části stanoví primárně zvláštní předpisy“ (s. 273), brněnské opatrněji uvádí, že „proti dřívějšímu pojetí (§ 285 OZO z roku 1811), které nepovažovalo části lidského těla za věc v právním smyslu, je dnes považována dispozice s lidskými tkáněmi a orgány za právně přípustnou“ (s. 97). Citované tvrzení, totiž že podle § 285 OZO nebyly části lidského těla považovány za věci v právním smyslu, je třeba uvést na pravou míru. I zde se názory podle očekávání rozcházejí: např. v důvodové zprávě z roku 1937 se uvádělo, že části lidského těla (transplantace, transfuse krve) mohou být v případě svého oddělení předmětem právního obchodu.⁸⁶ Za věci v právním smyslu byly po svém oddělení tradičně považovány i jiné části lidského těla, ať už přirozené (např. vlasy) nebo umělé (např. zubní protézy).⁸⁷ Teoretické spory kolem této otázky zřetelně ukazují rozdílné přístupy k chápání extrakomerciality a aniž bychom chtěli do této diskuse polemicky vstupovat, kloníme se k jejímu užšímu pojetí (viz výše

civilisté: zatímco prof. Sedláček vyšel z filozofického základu občanského zákoníku (§ 16) a tyto nálezy podle jeho mínění není možné „považovati za věci v neomezeném rozsahu, neboť i zde musíme při těchto zbytcích zachovávatí úctu, kterou člověk člověku je povinen a která nám § 285 je uložena“ (SEDLÁČEK, J. *Všeobecné nauky*, s. 204), prof. Rouček se držel praktických hledisek a podle jeho mínění „lidské tělo ani jako mrtvola není věcí pouze v případě, pokud v něm sluší spatřovati tělo určité zemřelé osoby (potud je dáno dědicům osobnostní právo)“ a dodává, že „jakmile tomu tak není, jest i mrtvola věcí (např. mrtvolý z dávných dob, jako mumie nebo praehistorické nálezy, jakož i mrtvola daná anatomickému ústavu nebo kostry a jiné anatomické preparáty)“ (ROUČEK, F. Komentář k § 285. In ROUČEK, F., SEDLÁČEK, J. (edd.). *Komentář II*, s. 7).

⁸⁵ Srov. KNAPPOVÁ, M. a kol. *Občanské právo hmotné I*. 3. vyd. Praha : ASPI, 2002, s. 238; KNAPPOVÁ, M. a kol. *Občanské právo hmotné I*. 4. vyd. Praha : ASPI, 2006, s. 273, a HURDÍK, J. In FIALA, J. a kol. *Občanské právo hmotné*. 3. vyd. Brno : Masarykova univerzita, 2002, s. 97.

⁸⁶ http://psp.cz/eknih/1935ns/se/tisky/t0425_17.htm

⁸⁷ SEDLÁČEK, J. *Vlastnické právo*, s. 47-48, a ROUČEK, F. Komentář k § 285. In ROUČEK, F., SEDLÁČEK, J. (edd.). *Komentář II*, s. 7.

tzv. relativní extrakomercialita). Doplňme ještě, že v Eliášově osnově (§ 453) se navrhuje, že lidské tělo ani jeho části nemají být považovány za věci, i když jsou odděleny, což je zjevný odklon od meziválečné osnovy.

Závěr

Předkládaná studie si nekladla a ani nemohla klást za cíl systematické pojednání o problematice věci, resp. vlastnictví věci v domácím právním vývoji, chtěla pouze poukázat na to, jak komplikované a obtížně uchopitelné jsou pojednání typu „věc v právním smyslu v historickém pohledu“. Obdobné pokusy zůstaly zatím v domácí právněhistorické literatuře spíše torzem a je otázkou, zda je vůbec podobné zevrubné pojednání pro období středověku možné, a pokud ano, zda je smysluplné obracet pozornost k výrazně odlišné právní kultuře než je ta dnešní a srovnávat nesrovnatelné. Přesto je právě u problematiky vlastnictví věci současný právní stav v různých ohledech podobný situaci ve středověku – terminologická neujasněnost, nedostatečná zákonná úprava, významná role právní vědy pro pojetí věci a současně autonomnost každodenní společenské reality.

Středověké chápání vlastnictví bylo ve srovnání s římským či moderním právem odlišné, a proto je také dnešní právní terminologií obtížně uchopitelné. Kdo jednou něco dědičně užíval, tak to také do jisté míry vlastnil, ať už šlo o celou věc (rodinný fideikomis, léno, beneficium-obročí či rustikál) nebo o její část (tzv. patrové vlastnictví či právo sklepní). Za věc, kterou bylo možné vlastnit, byla v zásadě považována každá majetková hodnota. „Věcí v právním smyslu“ bylo v podstatě všechno, co bylo možné individualizovat. A tato feudální koncepce vlastnictví i věci, jdoucí v samých základech proti duchu římského práva, vyzařovala ještě hluboko do devatenáctého století.

Ve středověké společnosti se navíc stíral rozdíl mezi subjektem a objektem: v hierarchicky uspořádané společnosti, kdy právní řád odrážel řád stvoření, mohl být každý subjektem i objektem právních vztahů současně, a to včetně zemřelých. Dokonce i zvířata měla omezenou právní způsobilost a také světcí bývali subjekty práv (např. jako vlastníci kostelů) – v našem prostředí sehrála stěžejní roli

postava sv. Václava, zemského patrona, věčného a nikdy neumírajícího dědice království českého.

Předkládaný příspěvek se snažil současně odhalit pro kontinentální právní kulturu charakteristické napětí mezi zákonodárstvím a právní vědou vycházející v převážné míře z římskoprávních kořenů a problematiku romanizace domácího práva vůbec. Právě při chápání koncepce věci a vlastnictví jsou římskoprávní vlivy nepopíratelné a v tomto smyslu není nepřihodné říci, že zatímco zákonodárce míní, římskoprávní tradice mění – římskoprávní názory totiž působily nejen *praeter legem*, ale dokonce i *contra legem*. Všeobecný občanský zákoník považoval za předmět vlastnického práva nejen věci hmotné, ale i nehmotné; pozdější právní věda jej zúžila pouze na věci hmotné. *ABGB* uzákonilo dělené vlastnictví, původně (glosátory) odvozené – z hlediska romanistů neporozuměním, z hlediska medievalistů tvůrčím způsobem a s citem pro sociální realitu – také z římského práva; rakouská civilistika jej správněji (z hlediska římského práva) interpretovala jako vlastnictví nedělené. Do třetice *ABGB* vycházel ze zásady *superficies solo cedit*, která byla v občanském zákoníku z roku 1950 v případě stavby výslovně opuštěná. Autoři návrhu nového občanského zákoníku opětovně chtějí prohlásit stavbu za součást pozemku. V tom všem nelze nevidět římskoprávní vlivy, třebaže někdy pouze ve zprostředkované formě.

Nemá smysl držet se tradice pouze z „tradice“. Jistě také postrádá smysl složitě objevovat už dávno objevené nebo se bohorovně obracet k této tradici zády. V každém případě může být její důkladné poznání inspirativní. Autoři návrhu občanskoprávní kodifikace jsou si velmi dobře vědomi hodnoty dědictví staletého vývoje evropské právní vědy, snad lépe než řada právních historiků. Přestože však došlo a opakovaně dochází po roce 1990 k programovému návratu k tradičním evropským modelům, ať už v rámci výuky nebo v úpravě většiny institutů, bojují dnes paradoxně právněhistorické a dokonce i teoretické obory na některých fakultách o přežití. Nastávají zřejmě nejisté časy, kdy z prověřených jistot zůstanou nesmělé otázky: platí stále ještě *semper magistra*?

Kontaktní údaje na autory – email:

nada.stachova@email.cz, onhorak@post.cz

Milan Hodža a jeho koncepce středoevropské integrace

JUDr. Bc. Jaromír Tauchen, LL.M. Eur.Int.

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Katedra dějin státu a práva, Česká republika

Zusammenfassung

Dieser Aufsatz befasst sich mit der Persönlichkeit eines bekannten slowakischen Politikers in der Zwischenkriegszeit, langjährigen Ministers und schließlich auch des Ministerpräsidenten in der Ersten Tschechoslowakischen Republik. Dr. Milan Hodža hat in den dreißiger Jahren eine Reihe von Integrationskonzeptionen in Mitteleuropa geschaffen.

Die Hodžas Konzeption von Mitteleuropa geht von zwei Gesichtspunkten aus: einem ideologischen und einem wirtschaftlichen. Hodžas Mitteleuropa im weiteren Sinne umfasst elf Staaten. Es handelte sich vorwiegend um landwirtschaftliche Staaten, die gemeinsame wirtschaftliche Interessen hatten. Hodžas Mitteleuropa im engeren Sinne bilden die Donaufürstentümer (die Tschechoslowakei, Ungarn, Österreich, Jugoslawien, Rumänien und Bulgarien). Milan Hodža brachte die positiven Elemente der Kleinen Entente und der Mitglieder des Römischen Protokollsystems miteinander in Verbindung.

Im englischen Exil schlug er eine Konzeption von Donau-Föderation, also einen Vorläufer der Vereinigten Staaten von Europa vor.

Leider konnten seine Pläne nicht durchgesetzt werden aber sie blieben als Vorbild für die westeuropäische Integration in der Nachkriegszeit.

Citát:

„Vím, že mnozí naši sousedé zlehčovali myšlenku federace. Uvidíme, až jednoho dne budou všichni k této myšlence utíkat“.

Dr. Milan Hodža¹

1. Úvodem

Dnes se při diskuzích týkající se historie evropské integrace často vzpomínají jména jako Jean Monnet, Robert Schumann či Konrad Adenauer. Často se ale zapomíná, že do ideového základu evropských integračních snah náleží i koncepce, které vznikly před druhou světovou válkou v prostoru střední Evropy. Účelem tohoto pojednání je přiblížit a představit integrační koncepce zřejmě nejvýznamnějšího slovenského politika, dlouholetého ministra v několika československých vládách a konečně i ministerského předsedy z druhé poloviny třicátých let dvacátého století. Milan Hodža své ideje a návrhy prezentoval v několika desítkách či spíše stovkách článků, projevech, přednáškách či monografiích. Některé z jeho myšlenek našly po druhé světové válce uplatnění i při západoevropské integraci a Hodža by mohl být právem označen jako jeden z „architektů“ poválečné integrace v Evropě.

2. K osobnosti Milana Hodži a jeho dílu

Dříve než přistoupím k podrobnější analýze projektu středoevropské integrace Milana Hodži, jeví se jako účelné, abych tuto osobnost československé meziválečné politiky v krátkosti představil, neboť právě na některých okamžicích z jeho života je možné spatřovat velikost této osobnosti. Jeho myšlenky a snahy předznamenaly proces budoucí integrace evropského kontinentu po druhé světové válce. O Milanu Hodžovi se v období první republiky psalo poměrně hodně. Problémem těchto prací však je, že měly většinou oslavný charakter a Hodžu ještě za jeho života heroizovaly a nepodávají tak nezávislé hodnocení jeho osobnosti či jeho politické

¹ Citát pochází z: Múdry, M. *Milan Hodža v Amerike*. Chicago: Geringer Press, 1949, s. 169.

kariéry. Při hodnocení těchto pramenů se k nim také musí s přihlédnutím výše uvedeného kriticky přistupovat. Jednalo se především o publikace a články vydané u příležitosti jeho padesátých narozenin v roce 1928, resp. jeho šedesátin v roce 1938. Výběr z Hodžových článků, projevů a studií vyšel v šesti svazcích mezi léty 1930 – 1934, kde byly soustředěny jeho myšlenky od počátků jeho politické kariéry až do začátku let třicátých. Hodžovo dílo z let jeho vrcholné politické kariéry je roztroušeno v nejrůznějších sbornících, časopisech a je ho možné nalézt také na stránkách soudobého jak československého tak i zahraničního tisku.

Z našeho pohledu je však pro vývoj evropské integrace nejdůležitější jeho kniha, kterou vydal v londýnském exilu v roce 1942 „*Federation in Central Europe, Reflections and Reminiscences*“.² V období, kdy Rakousko vstupovalo do Evropské unie, vyšla tato Hodžova kniha ve Vídni i v německém překladu pod názvem „*Schicksal Donauraum, Errinerungen*“.³ Překlady do slovenského jazyka se tato kniha dočkala až v roce 1997.⁴ Hodža napsal tuto knihu dva roky před svou smrtí a z tohoto důvodu bývá v literatuře někdy označována jako jeho politický testament, ve kterém nastínil svůj projekt středoevropské federace, která se měla stát základem a vzorem pro budoucí celoevropskou integraci. Slovenské vydání této knihy je doplněno rovněž dvěma studiemi z období první republiky: *Československo a střední Evropa a Moderní nacionalismus*. Dále obsahuje memorandum *Evropa na křižovatce cest* a části dalších statí, kterými chtěl doplnit další vydání této knihy. Myšlenky obsažené v Hodžově díle „*Federácia v strednej Európe*“ tak tvoří základní primární pramen, ze kterého jsem při zpracování tohoto příspěvku čerpal.

Dr. Milan Hodža se narodil 1. února 1878 v Sušanech v Středním Turci nedaleko Rakše. Pocházel z rodiny, jejíž členové měli dočinění se slovenským národním obrozením. Jeho otec Ondrej Hodža byl

² Hodža, M. *Federation in Central Europe*. London: Jarrolds Publisher, 1942.

³ Hodža, M. *Schicksal Donauraum, Errinerungen*. Wien: Amalthea-Verlag, 1995.

⁴ Hodža, M. *Federácia v strednej Európe a iné štúdie*. Bratislava: Kalligram, 1997.

evangelickým knězem a literátem. Jeho strýc a známý obrozenec Michal Hodža přispíval do všech slovenských časopisů.⁵

Milan Hodža získal své vzdělání na gymnáziu v maďarské Šoproni a na německém gymnáziu v sedmihradské Sibini, kde se učí rumunsky. V roce 1896 se tehdy osmnáctiletý Hodža zapsal na právnickou fakultu budapeštské univerzity; o studium práv se však zajímal jen málo a po složení první státní zkoušky se o práva dále nezajímal a advokátem se nikdy nestal. Bezprostředně po nástupu na univerzitu se připojil k rumunským studentům, kteří společně se studenty slovenskými a srbskými založili Sdružení národnostních studentů, jehož předsedou se Hodža stal. V roce 1897 vydal tento spolek deklaraci, ve kterém se studenti dožadovali nejtěsnější spolupráce nemaďarským národností v Rakousku - Uhersku.⁶ V tomto období jeho studií se začaly projevovat jeho sympatie k rumunské literatuře, historii a Rumunsku vůbec, což jak se ukázalo později ve dvacátých a třicátých letech dvacátého století, bylo osudovým a rozhodujícím okamžikem pro spolupráci mezi Československem, Rumunskem a Jugoslávií a s těmito státy Hodža vždy počítal ve svých představách o vytvoření středoevropské federace. Ve Vídni Hodža studoval slavistiku a historii, kde mu byl rovněž udělen doktorát. Již od začátku jeho politické kariéry využíval jeho obdivuhodné jazykové nadání, neboť ovládal dalších sedm cizích jazyků (německý, maďarský, francouzský, anglický, rumunský, srbsko-chorvatský a polský). Tato mimořádná jazyková znalost mu umožnila v době, kdy zastával vrcholné funkce v československé politice, vést jednání s představiteli nejrůznějších států a seznamovat evropskou veřejnost prostřednictvím zahraničních přednášek a příspěvků do novin a odborných časopisů s jeho vizemi o novém uspořádání Evropy. V době studií započíná Hodža stále více vstupovat do žurnalistiky a byl přímo spojen s několika deníky a časopisy, kde se vyslovuje proti slepému rusofilství a je připraven šířit slovanskou vzájemnost, avšak bez ruského prvenství.⁷

⁵ Votočková-Lauermannová, O. *Dr. Milan Hodža. Stručný přehled života a díla*. Praha: Pražská akciová tiskárna, 1938, s. 6.

⁶ Cambel, S. *Štátnik a národohospodář Milan Hodža 1878 – 1944*. Bratislava: Veda SAV, 2001, s. 13.

⁷ Vůči martinským politikům pravi: „Rusko je jednotkou a my jsme nuly k té jednotce připsané – Rusku však naše nuly zůstávají nulami psanými před jednotkou,

Podíváme-li se na jeho politickou činnost, je možné ji rozdělit do tří fází.⁸ První etapa se zaměřuje především na buditelskou činnost, snahy zaměřené proti maďarizaci a vrchol představuje vydávání Slovenského týždeníka. Ve dvaceti sedmi letech se stává poslancem uherského sněmu a později také jedním z poradců následníka trůnu Ferdinanda d'Este a členem tzv. belvedérské dílny, která usilovala o přestavbu rakousko-uherské monarchie a vytvoření Spojených států Velkého Rakouska, kde by měly všechny národy rovnoprávné postavení a podílely by se na správě věcí veřejných ve státě. Milan Hodža se spolupodílel na vytvoření Slovenské národní rady a sepsání tzv. Martinské deklarace. Tato fáze Hodžova politického života končí s rozpadem Rakousko – Uherska a se vznikem první Československé republiky na sklonku roku 1918.

Druhá fáze se kryje s obdobím první Československé republiky, k jejímž nejvýznamnějším představitelům po celou dobu její existence patřil. Za jejího dvacetiletého trvání zastával funkce:

- poslance Národního shromáždění za republikánskou stranu zemědělského a malorolnického lidu, jejímž byl místopředsedou (1920 – 1938),
- ministra pro unifikaci zákonodárství v první Tusarově vládě (1919 – 1920),
- ministra zemědělství (1922 – 1926),
- ministra školství (1926 – 1929),
- opět ministra zemědělství (1932 – 1934),
- předsedy vlády (1935 – 1938) a od 18. prosince 1935 – 29. února 1936 byl současně i ministrem zahraničních věcí.⁹

Třetí etapa Hodžova politického života je ohraničena léty 1938 – 1944 a jeho pobytem v exilu nejprve ve Francii, poté ve Velké Británii a Spojených státech Amerických, kde také 27. června 1944

za jednotkou nebo jinam. A nám býti nulou takovou nebo onakou, není žádnou ctí“. Citováno dle: Votočková-Lauermannová, O. Dr. Milan Hodža. *Stručný přehled života a díla*. Praha: Pražská akciová tiskárna, 1938, s. 11.

⁸ Juriček, J. Milan Hodža. Kapitola z dějin slovenskej, československej a európskej politiky. Bratislava: Stimul 1994, s. 4.

⁹ Votočková-Lauermannová, O. Dr. Milan Hodža. *Stručný přehled života a díla*. Praha: Pražská akciová tiskárna, 1938, s. 33.

zemřel. Zde se aktivně zabýval poválečným uspořádáním střední Evropy a rovnoprávným postavením Slovenska v rámci obnovené Československé republiky.¹⁰

V dalším výkladu se budu zabývat myšlenkami a projekty středoevropské integrace, které Hodža zastával v jednotlivých fázích jeho politického života.

3. Milan Hodža a myšlenka rakousko-uherské federace

Integračním snahám se Milan Hodža nevěnoval až v okamžiku, kdy převzal vrcholné funkce ve státním aparátu první Československé republiky, nýbrž myšlenkám týkající se spolupráce národů ve středoevropském prostoru se věnoval již za jeho mládí, když byl jako novinář poslancem uherského parlamentu. Již před první světovou válkou náležel Hodža k okruhu osob kolem následníka trůnu Františka Ferdinanda d'Este, který je nazýván jako tzv. Belvedérský kruh, nebo také Belvedérská dílna.¹¹ Hodžovy styky s následníkem trůnu započaly v roce 1907. Cílem Belvedérského kruhu bylo odstranění rakousko-uherského dualismu a přetvoření monarchie do tzv. „Velkého Rakouska“, tedy platformy založené na respektování autonomie jednotlivých národů. Základem teorie nové politiky podunajské monarchie se stala kniha Aurela Popovicioho „Spojené státy Velkého Rakouska“ (*Die Vereinigten Staaten von Groß-Österreich*) z roku 1906, ve které autor navrhuje přetvořit rakousko-uherskou monarchii ve federaci skládající se z patnácti polosuverénních států. Podle jím navržené ústavy měli v této federaci rakouští Němci vůdčí postavení a panovníkovi byly ponechány rovněž významné pravomoci, což narazilo na odpor u slovanských národů v monarchii. Jak Hodža uvádí, „*tato Popoviciova kniha se střetla se značným ohlasem v Německém*

¹⁰ Juriček, J. Milan Hodža. Kapitola z dějin slovenskej, československej a európskej politiky. Bratislava: Stimul 1994, s. 4.

¹¹ Schelle, K., Veselá, R., Vojáček, L., Hloušek, J. *Historie integračních koncepcí a jejich vyústění v realitě EU*. Ostrava: KEY Publishing, 2007, s. 76.

*Rakousku a v katolických kruzích jižních Slovanů. Maďarské vládcе však rozzuřila a Češi a Poláci protestovali.*¹²

V období, kdy byl Hodža členem uherského sněmu, se zabývá slovenskou otázkou a usiluje o její řešení. K tomuto mu měl dopomoci právě následník trůnu František Ferdinand d'Este, jehož ne příliš vstřícný vztah k maďarským mocenským aspiracím v rakousko-uherské monarchii byl obecně znám. Zároveň byl kritikem rakousko-uherského dualizmu v habsburské říši.¹³ Císař František Josef byl v posledních letech své vlády naprosto konzervativní a nepřístupný jakékoliv inovativní myšlence. Především vysoký věk panovníka nutil Františka Ferdinanda neustat v přípravách na budoucnost, neboť česká, slovenská a jihoslovanská otázka se začínala vyhrcovat. Jeho snahou bylo připoutat Slovany k habsburské monarchii za každou cenu. František Ferdinand d'Este doufal, že zavedením všeobecného volebního práva a provedením přestavby monarchie zlomí moc maďarské šlechty. A právě tyto skutečnosti přiměly nejen Hodžu, ale i ostatní členy tzv. Belvedérského kruhu k úzké spolupráci s arcivévodou Františkem Ferdinandem.¹⁴

Milan Hodža se stal blízkým poradcem následníka trůnu, avšak tato jeho činnost nebyla přijímána jednoznačně kladně. Hodžova „belvedérská“ politika byla přijímána s nedůvěrou a v politickém zákulisí se stávaly Hodžovy kontakty s následníkem trůnu terčem kritiky.¹⁵

Milan Hodža udržuje styky s následníkem trůnu ale i v době, kdy již poslancem uherského sněmu nebyl. Hodža byl v písemném styku s kanceláří Františka Ferdinanda d'Este, přičemž podával arcivévodovi zprávy, informace a analýzy. I když oba dva vyznávali odlišné náboženství a na určitý okruh otázek měli odlišný názor

¹² Hodža, M. *Federácia v strednej Európe a iné štúdie*. Bratislava: Kalligram, 1997, s. 83.

¹³ Cambel, S. *Štátnik a národohospodár Milan Hodža 1878 – 1944*. Bratislava: Veda SAV, 2001, s. 31.

¹⁴ Štefánek, A. Milan Hodža. Publicista, politik, vědecký pracovník. Praha, 1930, s. 103 – 104.

¹⁵ Pekník, M. Miesto Milana Hodžu v slovenskej politike a smerovanie k přestavbě sjednej Európy před prvou svetovou vojnou. in: Pekník, M. (ed.) Milan Hodža a integrácia strednej Európy. Bratislava: Veda vydavateľstvo SAV, 2006, s. 49.

(např. provedení pozemkové reformy), nepřestavovalo to překážku pro vzájemnou spolupráci.

V září 1909 předal Milan Hodža následníkovi trůnu memorandum, které obsahovalo návrh na přetvoření monarchie. Podle Hodži „*nemají malé státy budoucnost a habsburská monarchie musí posílit své postavení*“. Tohoto cíle mělo být dosaženo právě odstraněním dualismu, přičemž k dispozici jsou dvě možnosti: za pomoci panovníkova oktroje nebo postupně za pomoci ústavních prostředků. Hodža navrhoval zavedení všeobecného a rovného volebního práva v uherských zemích, aby byla zlomena moc maďarské gentry.¹⁶

Sarajevský atentát však zapříčinil, že František Ferdinand d'Este rakouský trůn nikdy nepřevzal a tudíž k reorganizaci monarchie a její přetvoření ve federaci tak, jak si Hodža a ostatní členové Belvederského kruhu přáli, nikdy nedošlo.

4. Hodžovy koncepce středoevropské integrace z dvacátých a třicátých let

4.1 Zahraniční politika první Československé republiky

Abychom mohli v plné míře pochopit Hodžovy vize o sjednocené střední Evropě, je nutné si nejdříve stručně nastínit československou zahraniční politiku v meziválečném období.

Geopolitická situace nebyla pro Československo nikdy výhodou, nýbrž naopak nesmírnou zátěží.¹⁷ Nový stát vzniklý v roce 1918 se musel bránit proti požadavkům německo-rakousko-maďarským, které volaly po revizi poválečných mírových smluv. Československo se ocitlo uprostřed sevření zemí, které usilovaly o změnu jeho hranic v jejich prospěch. Nemohlo tedy mimo Rumunska, se kterým mělo

¹⁶ Galandauer, J. Belvederská epizoda v životě a paměti Milana Hodži. in: Pekník, M. a kol. Milan Hodža. Štátník a politik. Bratislava: Veda vydavateľstvo SAV, 2002, s. 338.

¹⁷ Klimek, K., Kubů, E. Československá zahraniční politika 1918 – 1938. Kapitoly z dějin mezinárodních vztahů. Praha: Institut pro středoevropskou kulturu a politiku, 1995, s. 9.

ale nejkratší hranici, uzavřít prakticky s žádným sousedním státem spojeneckou smlouvu či navázat přátelské vztahy. První Československá republika nebyla a ani nemohla být neutrálním státem a vzhledem k její geopolitické poloze a její velikosti s ostatními sousedy se nemohla spolehnout pouze na zajištění bezpečnosti a obrany vlastními silami, nýbrž musela usilovat o uzavření spojeneckých smluv s velmocemi. Dosažení tohoto cíle byla také celá prvorepubliková zahraniční politika podřízena a vedle armády se také stala samozřejmě nejdůležitější komponentou její bezpečnosti.¹⁸ Dlouholetý ministr zahraničí a tvůrce československé zahraniční politiky Dr. Edvard Beneš napsal již v dubnu 1919 předvídavě: „...*Jsem přesvědčen o tom, že naše vnitřní politika bude určována zahraniční politikou více než kdy jindy.*“¹⁹ V průběhu let třicátých, které jsou spojeny právě s politikou Milana Hodži, došlo pod vlivem nárůstu fašismu a národního socialismu a po prosazení autoritativních režimů v zemích střední Evropy paradoxně k situaci, kdy se zahraniční politika dostala v Československu na první místo a byla v mnoha směrech politice vnitřní nadřazena.

Zahraniční politika Československé republiky se vyznačovala svou orientací na západní velmoci, tj. na vítězné dohodové mocnosti Francii a Velkou Británii. Francouzsko-československá politická smlouva, která byla uzavřena 25. ledna 1924 v Paříži, se stala základem pro vzájemnou spolupráci mezi oběma zeměmi. Charakteristickým znakem československé meziválečné zahraniční politiky se stala rovněž spolupráce Československa s Královstvím Srbů, Chorvatů a Slovinců a Rumunskem, která vyústila v uzavření bilaterálních smluv v letech 1920 – 1921 označovaných jako tzv. Malá dohoda. Mimo Malou dohodu zůstalo Polsko, které s Československem mělo po celé období první republiky napjaté vztahy kvůli spornému území Těšínska. Rozhodující úlohu v rámci Malé dohody hrálo právě Československo. Cílem Malé dohody bylo zabránit maďarským snahám o revizi Trianonské mírové smlouvy.

¹⁸ Dejmek, J. Československo, jeho sousedé a velmoci ve XX. století (1918 až 1992). Vybrané kapitoly z dějin československé zahraniční politiky. Praha: Centrum pro ekonomiku a politiku, 2002, s. 15.

¹⁹ Klimek, K., Kubů, E. Československá zahraniční politika 1918 – 1938. Kapitoly z dějin mezinárodních vztahů. Praha: Institut pro středoevropskou kulturu a politiku, 1995, s. 9.

Malá dohoda se měla stát zárodkem nové politické i hospodářské soustavy v centru kontinentu.²⁰ Začátkem třicátých let se Malá dohoda vyvinula v unii států se společnými periodickými konferencemi a se společnými předpisy o pokojném vyřizování vzájemných sporů.²¹ K vytvoření nějakých integračních nadstátních struktur mezi státy Malé dohody nikdy nedošlo a k úplnému rozpadu tohoto společenství dochází ve druhé polovině třicátých let.

Smlouvy uzavřené na konferenci ve švýcarském Locarnu znamenaly dosud největší, téměř drtivou prohru československé diplomacie, která však byla postřehnutelná až s odstupem několika let.²² Německo na Locarnské konferenci jasně deklarovalo svoji neochotu garantovat své východní hranice.²³ Garantovány byly pouze německé hranice s Belgií a Francií; s Československem a Polskem uzavřelo Německo pouze arbitrážní smlouvy. Československo tak ztratilo svoje postavení, které dosud v evropské politice mělo.

Úsilím o vznik Rakousko – německé celní unie z roku 1931 a s tím spojeným postupným možným napojováním ostatních států by docházelo postupně k ekonomické a hospodářské izolaci Československa, proto se československá diplomacie společně se státy Malé Dohody a Francií proti tomuto projektu ostře postavila a tento plán se poté neuskutečnil.²⁴

Problémem československé zahraniční politiky v meziválečném období byla skutečnost, že Československo nenašlo opravdového spojence, se kterým by mohlo spolupracovat na ekonomické a politické úrovni a došlo tak k jeho izolaci. Poté co se zvětšil ekonomický vliv Německa v Jugoslávii a Rumunsku, nemohla se

²⁰ Dejmek, J. Československo, jeho sousedé a velmoci ve XX. století (1918 až 1992). Vybrané kapitoly z dějin československé zahraniční politiky. Praha: Centrum pro ekonomiku a politiku, 2002, s. 17.

²¹ Schelle, K., Veselá, R., Vojáček, L., Hloušek, J. *Historie integračních koncepcí a jejich vyústění v realitě EU*. Ostrava: KEY Publishing, 2007, s. 70.

²² Klimek, K., Kubů, E. *Československá zahraniční politika 1918 – 1938. Kapitoly z dějin mezinárodních vztahů*. Praha: Institut pro středoevropskou kulturu a politiku, 1995, s. 53.

²³ Schelle, K., Veselá, R., Vojáček, L., Hloušek, J. *Historie integračních koncepcí a jejich vyústění v realitě EU*. Ostrava: KEY Publishing, 2007, s. 65.

²⁴ Veselý, Z. *Dějiny české zahraniční politiky v datech*. Praha: Vysoká škola ekonomická, 2006, s. 140.

Československá zahraniční politika obracet již tímto směrem. Československo začíná hledat oporu v širěji koncipovaných projektech; k jejich prosazení však nikdy nedošlo. Ztroskotat tak i projekt československého předsedy vlády Milana Hodži z října 1935, o němž bude dále pojednáno podrobně.²⁵

4.2 Milan Hodža a agrarismus

Jak již bylo uvedeno výše, Milan Hodža byl po celý jeho život neodlučitelně spojen s agrární stranou a agrárním hnutím.

Podle představitelů tohoto politického, hospodářského a sociálního hnutí má půda a její řád rozhodující význam pro národ, stát a lidstvo. Půda jako nositelka pravého pokroku tak tvoří veškerý základ společenského zřízení a její osudy určují osudy národů.²⁶ Zemědělství a zemědělskému družstevnictví je tedy připisována velká úloha. Právě v zemědělském družstevnictví vidí Hodža onu formu, která bude pojít země střední Evropy v mezinárodní organizaci světového hospodářství.²⁷

Hodža ve svých projevech vytváří koncept tzv. agrární demokracie, kterou se snaží prosazovat.²⁸ Hodža nepovažuje agrarismus jen za pouhý hospodářský program, nýbrž je pro něj politickou demokracií. Stát není pro Hodžu jen právním, ale i sociálním pojmem, přičemž *„základní složku těchto dvou pojmů nemůže uskutečnit ani individualismus ani socialismus, nýbrž demokracie, jako operativní s hodnotami individualistickými, která družstevnictvím tyto vymezuje ve smyslu a zájmu všech.“*²⁹

Protože charakter střední Evropy byl převážně zemědělský a agrární hnutí existovalo prakticky ve všech jejích státech, viděl

²⁵ Schelle, K., Veselá, R., Vojáček, L., Hloušek, J. *Historie integračních koncepcí a jejich vyústění v realitě EU*. Ostrava: KEY Publishing, 2007, s. 72.

²⁶ Ottův slovník naučný nové doby (1930-1943) [citováno 13. prosince 2008] dostupný z: <http://encyklopedie.seznam.cz/heslo/384215-agrarismus>.

²⁷ Hodža, M. *K rekonstrukci střední Evropy* (Projev ze 17. května 1925) publikován v Hodža, M. *Články, řeči, štúdie. Svazek IV*. Praha: Novina, tiskařské a vydavatelské noviny, 1931, s. 250 – 252.

²⁸ Koncept agrární demokracie nastínil Hodža v: Hodža, M. *Federácia v strednej Európe a iné štúdie*. Bratislava: Kalligram, 1997, s. 159 – 183.

²⁹ Citováno dle: Votočková-Lauermannová, O. *Dr. Milan Hodža. Stručný přehled života a díla*. Praha: Pražská akciová tiskárna, 1938, s. 23.

Hodža v agrarismu příležitost pro sblížení středoevropských národů. V agrární demokracii viděl i záruku bezpečnosti Československa. Podle něj „*mezinárodní garanční pakty neposkytují dost záruk bezpečnosti, nehájí-li národy svou bezpečnost z vlastních mravních a hmotných sil. Nejlepší mezinárodní záruky jsou v solidaritě národů: agrární demokracie je svou mezinárodní solidaritou vhodným instrumentem mírové politiky.*“³⁰

Byl toho názoru, že pouze formálně uzavřené garanční pakty či spojenecké smlouvy k účinným bezpečnostním zárukám nestačí a každá dohoda či smlouva by měla mít svůj podklad v duších celého národa a musí za ní stát nejen oficiální politika, nýbrž i celé masy všech národů, kterých se tyto smlouvy týkají. Podle Hodži právě agrární demokracie se svými sesterskými organizacemi ve všech státech střední a jihovýchodní Evropy náleží k činitelům, které dávají spojeneckým smlouvám jejich reálný podklad.³¹

V přednášce pronesené na agrárním semináři v Praze konstatoval nutnost vytvoření obraných bloků jako protiváhu blokům útočným. Za samozřejmost považuje skutečnost, že Československo, Polsko, Rumunsko a Jugoslávie náleží do jednoho společného bloku. Právě agrární demokracie měla být skutečným pojítkem takového bloku. Jako vhodnou základnu k reorganizaci československých mezinárodně politických vztahů viděl ve vytvoření Polsko-Československé celní unie.³² Hodža se obecně stavěl tvrdě k ochranářské politice.³³

Hodžovy koncepce středoevropské hospodářské integrace se v průběhu dvacátých a třicátých let minulého století postupně vyvíjely. Hodža vyzýval k vytvoření silného hospodářského středoevropského celku, jehož kupní síla by byla významná i pro

³⁰ Hodža, M. *Solidarita národů od Baltu k moři Egejskému* (Referát z 5. září 1925) publikován v Hodža, M. *Články, řeči, štúdie. Svazek IV.* Praha: Novina, tiskařské a vydavatelské noviny, 1931, s. 247 – 250.

³¹ Tamtéž, s. 249.

³² Hodža, M. *Agrarizmus v svednej Evrope* (Přednáška z 16. února 1926) publikována v Hodža, M. *Články, řeči, štúdie. Svazek IV.* Praha: Novina, tiskařské a vydavatelské noviny, 1931, s. 252 – 256.

³³ Goněc, V. *Evropská idea. Idea mírové, kooperující a sjednocující se Evropy I. (do roku 1938)*. 2. rozšířené vydání. Brno: Brněnské centrum evropských studií, 2007, s. 201.

státy západní Evropy. Jako iniciátora této hospodářské integrace považoval právě Československo.³⁴ Co se týče Malé Dohody, Hodža vyzdvihoval její význam z ohledu střeoevropské hospodářské spolupráce. Mezi jejími členskými státy byla zjednodušena železniční doprava či plavba na Dunaji.

4.3 Hodžova střední Evropa

Již v průběhu dvacátých let minulého století se ukázalo, že je z praktického hlediska nemožné uvažovat o sjednocení celé Evropy najednou v jeden časový okamžik, jedním aktem. Milan Hodža zastával stanovisko, že evropská integrace bude muset probíhat postupně a nebudou se jí moci účastnit všechny státy najednou. V první fázi se budou integrovat ty státy, které spojují některé společné zájmy či které mají podobné uspořádání. Ostatní státy Evropy pak budou následně k těmto již vytvořeným celkům přistupovat. Pro Hodžu byl směrodatný střeoevropský prostor, pro který navrhoval své integrační koncepce.³⁵

Československo a jeho postavení ve střední Evropě vymezil Hodža v roce 1931 v přednášce konané ve velké dvoraně Obchodní a živnostenské komory v Brně pod záštitou Střeoevropského ústavu. Podle něj by měli střední Evropu vést pouze Střeoevropané, přičemž největší úkol v tomto směru přisuzuje Malé dohodě a Polsku. Československo se svou aktivní platební bilancí, finanční nezávislostí na zahraničí, spolehlivou byrokracií a inteligentními a pokročilými zemědělci a dělníky považuje jako zvláště cenný činitel při integraci střední Evropy. Československo jako konsolidovaný stát by mělo mít právo a povinnost ujmout se iniciativy ve střední Evropě. Zároveň uvádí nutnost střeoevropské integrace, neboť malé státy mají mnoho nejen obchodně politických důvodů, aby se sbližovaly. Požaduje, aby se Československo integrovalo pouze se státy, které jsou Československu sociálně, kulturně nebo hospodářsky příbuzné se kterými může tvořit integrační složky.

³⁴ Jeřábek, M. Za silnou střední Evropu. Střeoevropské hnutí mezi Budapeští, Vídní a Brnem v letech 1925 – 1939. Praha: Nakladatelství Dokořán, 2008, s. 186.

³⁵ Goněc, V. *Evropská idea. Idea mírové, kooperující a sjednocující se Evropy I. (do roku 1938)*. 2. rozšířené vydání. Brno: Brněnské centrum evropských studií, 2007, s. 199.

Integraci střední Evropy musí podle Hodži být bez jakékoliv německé hegemonie, zároveň však varoval proti vytvoření bloku, který by byl zaměřen proti Německu. Mír bude nastolen po ustanovení kooperujícího mocenského uskupení Francie – Německo – Střední Evropa. Za hlavní úkol střední Evropy v oblasti hospodářství považoval odstranění obchodně a agrárně politických překážek pro vzájemnou spolupráci. To mělo být uskutečněno zavedením systému preferenčních cel ve středoevropských státech a vytvořením hospodářsky jednotného středoevropského prostoru. Odsuzoval dosavadní systém jednotlivých ekonomik malých států, které jsou vzájemně od sebe izolované a nepřátelské a nedokážou tak účelně čelit ruskému hospodářskému dumpingu či exportní politice Spojených států Amerických. Co se týče formy hospodářského sblížení, preferuje Hodža vzhledem k převážně agrárnímu charakteru střední Evropy uzavírání agrárních dohod mezi státy.³⁶

Tato Hodžova přednáška byla otištěna i ve vídeňském týdeníku *Die Börse*, kde byly zaznamenány hlavní myšlenky Hodžova vystoupení. Dokonce byl jeho text zveřejněn i ve francouzštině, zřejmě s cílem zvýšit informovanost o střední Evropě ve francouzském prostředí.³⁷

Hodža proslovil v témže roce v Evropském celním spolku v Praze přednášku, ve které usiloval o charakteristiku pojmu „střední Evropa“. Za páteř střední Evropy nepovažuje Německo, nýbrž koridor: Visla – těšínsko-žilinský průmysk – Váh – střední Dunaj – srbská Morava – Vardar – Solun. V této přednášce rovněž vyzývá k nové obchodně-politické reorganizaci střední Evropy států nacházející se mezi Německem, Rakouskem, Itálií a Ruskem. Zároveň zde poukazuje na nutnost zachování celní ochrany do té doby, než budou odstraněny podstatné rozdíly ve výši výrobních nákladů.³⁸

³⁶ Hodža, M. *Československo a střední Evropa* (Přednáška z 5. března 1931) publikována v Hodža, M. *Články, řeči, štúdie. Svazek IV*. Praha: Novina, tiskařské a vydavatelské noviny, 1931, s. 369 – 393.

³⁷ Jeřábek, M. *Za silnou střední Evropu. Středoevropské hnutí mezi Budapeští, Vídní a Brnem v letech 1925 – 1939*. Praha: Nakladatelství Dokořán, 2008, s. 136.

³⁸ Hodža, M. *Nová střední Evropa* (Přednáška z 21. dubna 1931) publikována v Hodža, M. *Články, řeči, štúdie. Svazek IV*. Praha: Novina, tiskařské a vydavatelské noviny, 1931, s. 402 – 409.

Ve svých koncepcích středoevropské hospodářské integrace akcentuje Hodža zlepšení vzájemných vztahů s Polskem, neboť „s Poláky si můžeme být ještě mnohem bližší, než jsme nyní. Polsko a my: tato polovice nové střední Evropy, jež jediné upraví náš poměr k Německu ve smyslu německo-slovanské rovnováhy, v kombinaci: Francie, Německo, nová střední Evropa.“³⁹

4.4 Hodžův plán

Jako tzv. Hodžův plán jsou označovány koncepty středoevropské integrace, které Hodža prosazoval v polovině třicátých let minulého století, když se na krátkou dobu stal československým ministrem zahraničí a poté na dobu tří let ministerským předsedou. Hodža byl stoupencem jiné zahraniční politiky, než bývalý dlouholetý ministr zahraničních věcí a prezident Edvard Beneš. Z tohoto důvodu se obě dvě tyto klíčové osobnosti československé politiky dostávaly často do vzájemných sporů, které vyvrcholily následně v průběhu druhé světové války. O realizaci Hodžova plánu Beneš pochyboval a odmítal ho i proto, že by se jeho provedením změnil dosavadní zahraničně-politický kurz Československa a došlo by k odklonu od Benešovy silně prosovětské zahraniční politiky.

Od počátku třicátých let a s postupným nástupem národních socialistů k moci v Německu byly státy Malé dohody nuceny přehodnotit svůj postoj k integračním snahám ve střední Evropě. Potíže v hospodářství a ekonomice způsobené velkou hospodářskou krizí a mocenské ambice Třetí říše a Itálie donutily středoevropské politiky, aby si uvědomili, že nesjednocená střední Evropa nemůže proti těmto státům obstát a může se stát jejich kořistí.⁴⁰

Tzv. Hodžův plán (v diplomatických kruzích nazýván také jako Dunajský plán) se skládal ze dvou fází: hospodářského sblížení a politického sblížení. Jeho účelem bylo docílit sblížení států ve střední

³⁹ Např. Hodža, M. *Hospodářská a politická situace našeho státu a střední Evropy* (Přednáška z 28. května 1931) publikována v Hodža, M. *Články, řeči, štúdie. Svazek IV*. Praha: Novina, tiskařské a vydavatelské noviny, 1931, s. 417 – 431.

⁴⁰ Jeřábek, M. *Za silnou střední Evropu. Středoevropské hnutí mezi Budapeští, Vídní a Brnem v letech 1925 – 1939*. Praha: Nakladatelství Dokořán, 2008, s. 199.

Evropě na principu hospodářské stabilizace a budoucí politické spolupráce států Malé dohody a států Římského protokolu.⁴¹

Svůj koncept nastínil Hodža ve svém projevu na meziparlamentní konferenci věnované otázkám světového obchodu konané ve Westminsterském paláci Londýně v říjnu 1935. Hodža zde zdůraznil naléhavou potřebu efektivního řešení krize v zemědělství a ekonomické konsolidace střední Evropy, neboť „*toto je v zájmu celé Evropy*.“⁴² Mezi účastníky této konference náleželo šest podunajských států a státy Římského protokolu a rezoluce přijatá na této konferenci v Londýně se stala prvním krokem k realizaci Hodžova plánu. Podle této rezoluce schválené Stálým zemědělským výborem na návrh Milana Hodži mělo Stálé byro konference navrhnout vládám států střední Evropy, aby vytvořily výbor pro koordinaci zemědělských zájmů tzv. „*orgán praktické akce*“. Tím by se zabezpečilo nejen vypracování statistik obilných přebytků v těchto zemích, nýbrž by byl zabezpečen i jejich vývoz. Londýnská hospodářská konference však skončila nezdarem a nepřinesla tak definitivní řešení, které se po zemědělských konferencích v Bukurešti, Bělehradě, Sinai, Varšavě a Strese od ní očekávalo.⁴³

Hodža vychází ve svých koncepcích z existence přirozené geopolitické civilizační osy Visla – Vardar – Soluň. Hodža do střední Evropy v širším slova smyslu řadí celkem jedenáct států, které zastávají společné zájmy a jejichž charakter je převážně zemědělský. Evropu podunajskou, nebo také střední Evropu v užším slova smyslu tvoří v Hodžových představách šest zemí: Československo, Rakousko, Jugoslávie, Rumunsko, Maďarsko a Bulharsko.

Milan Hodža razil zásadu „*postupovat od části k celku, od dohod regionálních k úmluvám širším a světovým*.“⁴⁴ Podle něj musí být celoevropský hospodářský systém založen na funkčních regionálních

⁴¹ Hodža, M. *Federácia v strednej Európe a iné štúdie*. Bratislava: Kalligram, 1997, s. 350.

⁴² Tamtéž, s. 164.

⁴³ Votočková-Lauermannová, O. *Dr. Milan Hodža. Stručný přehled života a díla*. Praha: Pražská akciová tiskárna, 1938, s. 30.

⁴⁴ Tamtéž, s. 30.

hospodářských systémech.⁴⁵ Navrhoval, aby „*hospodářská reorganizace ve střední Evropě mohla být vytvořena nejdříve jako regionální blok, jehož by se mohly zúčastnit také ony smluvní strany, které podepsaly římský protokol*“.⁴⁶ Zde vidíme Hodžovu snahu o zapojení nejen podunajských zemí do jeho projektu. Hodža vystupoval proti uzavírání se národních ekonomik vůči světovému obchodu a odsuzoval dlouhodobé udržování neefektivních a ztrátových hospodářských aktivit, jakožto podporu zemědělské činnosti v těch oblastech, kde nejsou proto optimální podmínky. Byl tedy proti všem aktivitám, které narušují či odstraňují volnou hospodářskou soutěž a tím vlastně poškozují spotřebitele.⁴⁷ Přebytky středoevropské zemědělské produkce měly být exportovány především na západní trhy. Celý Hodžův koncept hospodářské spolupráce je založen na preferenčním systému, tedy na systému poskytování vzájemných výhod.

Klíčové myšlenky tzv. Dunajského plánu shrnuje Hodža ve své knize „*Federácia v strednej Európe*“ do sedmi bodů:

- Další nezvyšování tarifů, jejich postupné snižování a konečně jejich úplné odstranění.
- Kvóty, které stanovily předcházející dohody se nebudou snižovat, ale dojde k jejich zvýšení, dokud úplně nezmizí.
- Bude nutné stanovit systém přímých preferencí, systém úvěrů a dalších institucí a prostředků pro kompenzaci.
- Zemědělská produkce bude regulována na základě geografických podmínek a možností, které dává trh.
- Harmonizace činnosti týkající se pošt, spojů a telegrafů, zjednodušení administrativy a legislativy.
- Zjednodušení platebních prostředků, koordinace devizové a clearingové politiky.

⁴⁵ Goněc, V. *Evropská idea. Idea mírové, kooperující a sjednocující se Evropy I. (do roku 1938)*. 2. rozšířené vydání. Brno: Brněnské centrum evropských studií, 2007, s. 204.

⁴⁶ Citováno dle: Dejmek, J. *Československá zahraniční politika ve třicátých letech (1935 – 1938)*. in: Pekník, M. a kol. Milan Hodža. Štátník a politik. Bratislava: Veda vydavateľstvo SAV, 2002, s. 247.

⁴⁷ Goněc, V. *Evropská idea. Idea mírové, kooperující a sjednocující se Evropy I. (do roku 1938)*. 2. rozšířené vydání. Brno: Brněnské centrum evropských studií, 2007, s. 207.

- Založení zemědělského byra, které by koordinovalo zemědělské zájmy zemí střední Evropy a které by zajistilo export obilných přebytků.⁴⁸

Jak Hodža sám uvádí, „*počátky podunajského systému byly slibné*“.⁴⁹ Na počátku roku 1936 začal jeho „podunajské vize“ také uskutečňovat. Určité sympatie našel v sousedním Rakousku. V lednu pozval do Prahy rakouského kancléře Kurta Schuschnigga, který byl pro rozvíjení vzájemných hospodářských a kulturních vztahů, avšak politickým otázkám se vyhýbal, neboť navázání užších kontaktů s Československem by změnilo dosavadní směřování rakouské zahraniční politiky.⁵⁰ Hodža se Schuschniggem střetl v tomto období celkem čtyřikrát: v lednu a červenci 1936 a v březnu a září 1937.⁵¹

Třetí říše a fašistická Itálie však integrační snahy ve střední Evropě z pochopitelného hlediska pozorovaly s obavami. Německý tisk se jednoznačně postavil proti Hodžově plánu a označil ho jako protiněmecký krok a snahu o vytvoření uzavřené skupiny.⁵² Hodža se tedy pokusil o jakousi syntézu mezi Malou Dohodou a státy Římských protokolů, avšak bezúspěšně. Jeho plány zhatil definitivně Anschluss Rakouska v březnu roku 1938.⁵³ Hodžův projekt nebylo možné uskutečnit, protože postrádal jak domácí tak i mezinárodní předpoklady. Jak bylo již uvedeno výše, Německo a Itálie tento koncept odmítly a Francie a Anglie neprojevily na jeho realizaci zájem. Přístup malodohodových spojenců byl v tomto ohledu velmi

⁴⁸ Hodža, M. *Federácia v strednej Európe a iné štúdie*. Bratislava: Kalligram, 1997, s. 190.

⁴⁹ Tamtéž, s. 191.

⁵⁰ Jeřábek, M. Za silnou střední Evropu. Středoevropské hnutí mezi Budapeští, Vídní a Brnem v letech 1925 – 1939. Praha: Nakladatelství Dokořán, 2008, s. 200.

⁵¹ Suppan, A. *Vzájomné zahraničně-politické aktivity Hodžu a Schuschnigga v rokov 1936 a 1937*. in: Pekník, M. a kol. Milan Hodža. Štátnik a politik. Bratislava: Veda vydavateľstvo SAV, 2002, s. 263.

⁵² Hodža, M. *Federácia v strednej Európe a iné štúdie*. Bratislava: Kalligram, 1997, s. 191; Rill, B. Böhmen und Mähren. Geschichte im Herzen Mitteleuropas. Von der Romantik bis zur Gegenwart. Gernsbach: Katz Verlag, 2006, s. 863.

⁵³ Schelle, K., Veselá, R., Vojáček, L., Tauchen, J. *Geschichte von Integrationskonzeptionen und ihre Äußerung in der Realität der EU*. Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 120.

vlažný. Hodžova střeoevropská iniciativa nikdy nepřesáhla rámec diplomatických sondáží.⁵⁴

5. Hodžova střeoevropská federace

Po mnichovských událostech opouští Hodža Československo a uchyluje se do exilu, kde se zapojuje do československého zahraničního odboje a usiluje o zřízení orgánů slovenské demokratické emigrace, jejichž úkolem bylo obhajovat slovenské zájmy (založení SNR v Paříži 22. listopadu 1939).⁵⁵ Záhy se dostává do přímého konfliktu s Edvardem Benešem, neboť se jejich pohledy na řadu klíčových otázek poválečného uspořádání Československa a střeoevropského prostoru diametrálně odlišovaly. Jednalo se především o Benešovu známou jednostrannou vázanost na velmoc, která se v době sudetoněmecké krize ukázala jako chybná. Hodža v minulosti často poukazoval na nebezpečí bolševismu, a proto se nemohl smířit s Benešovými snahami o vytvoření užší spolupráce mezi Československem a Sovětským svazem.

Po začátku druhé světové války, kdy několik států ve střední Evropě padlo za oběť německé agresí, si politici v Paříži a Londýně začali být vědomi toho, že prostor mezi Ruskem a Německem je nutné vyplnit útvarem, který by nahradil bývalé Rakousko – Uhersko.⁵⁶ V průběhu druhé světové války Hodža rozvedl myšlenku střeoevropské federace, kterou veřejnosti představil v již výše několikrát citované knize „*Federation in Central Europe, Reflections and Reminiscences*“, která vyšla v roce 1942 v Londýně. Na 236 stranách podrobně analyzuje své představy o tomto střeoevropském útvaru, tedy federálním státě s poměrně silnou centrální mocí. Jak Michal Múdry uvádí, někdy bývají zaměňovány nebo ztotožňovány pojmy „*dunajská federace*“ a „*střeoevropská federace*“. Dunajská

⁵⁴ Jeřábek, M. Za silnou střední Evropu. Střeoevropské hnutí mezi Budapeští, Vídní a Brnem v letech 1925 – 1939. Praha: Nakladatelství Dokořán, 2008, s. 217.

⁵⁵ Lukáč, P. *Stredoeurópska federácia v predstavách Milana Hodžu* in: Pekník, M. a kol. Milan Hodža. Štátnik a politik. Bratislava: Veda vydavateľstvo SAV, 2002, s. 338.

⁵⁶ Rychlík, J. *Milan Hodža a príprava európskej integrácie*. in: Pekník, M. (ed.) Milan Hodža a integrácia strednej Európy. Bratislava: Veda vydavateľstvo SAV, 2006, s. 146.

federace byla maďarskou myšlenkou po prohrané revoluci v letech 1848 – 1849 a opětovně po prohrané první světové válce. Hodža sám tento projekt Dunajské federace považoval jen za nástroj Budapešti, jak získat vliv v podunajském prostoru a jak udělat z Budapešti hospodářské a politické středisko. Hodža naopak usiloval o vytvoření federace zaujímající státy celé střední Evropy včetně např. Polska. Skutečností je, že literatura někdy nazývá Hodžovu federaci „podunajskou“, ale pravdou je, že i Hodža sám byl v tomto ohledu nedisciplinovaný a oba pojmy zaměňoval.⁵⁷

Jak jsem uvedl již výše, Hodža pochyboval o bezpečnostních garancích velmocí a považoval za nepravděpodobný jejich rychlý zákrok v případě ohrožení Československa. Východisko z této situace viděl v hospodářském a politickém spojení národů střední Evropy, které mělo být dostatečnou protiváhou jakémukoliv tlaku, jak z východu tak i ze západu.⁵⁸ Hodža si je vědom toho, že nacistické Německo bude poraženo, ale Němci zůstanou vždy v sousedství nesjednocené střední Evropy, které hrozí akutní nebezpečí bolševismu. V roce 1942 se ve Spojených státech v rozhovoru k tomuto vyjádřil takto: *„Střední Evropa ve vztahu k Německu a Rusku? Tam u nás bude třeba vždy dávat pozor na zbojníka – nacismus a komunismus. Ačkoliv je Rusko spojencem, požadavek středoevropské federace je odůvodněný právě a hlavně proto, aby střední Evropa jako organická součástka evropské civilizace byla po jejím osvobození od nacismu dost silná k tomu, aby se ubránila komunismu a zachovala se pro demokracii“*.⁵⁹

5.1 Ústava středoevropské federace

Hodža ve své práci z roku 1942 načrtl ústavu jím navrhované středoevropské federace, tedy jakéhosi „středoevropského commonwealthu“, i když současně vyjadřuje odmítavý postoj k napodobování cizích modelů ústav, avšak určitý britský vliv však

⁵⁷ Múdry, M. *Milan Hodža v Amerike*. Chicago: Geringer Press, 1949, s. 169 – 170. K dunajské federaci se Hodža vyjadřuje v: Hodža, M. *Dunajská federácia*. in: Hodža, M. *Články, řeči, štúdie. Svazek IV*. Praha: Novina, tiskařské a vydavatelské noviny, 1931, s. 216 – 220.

⁵⁸ Tamtéž, s. 170.

⁵⁹ Tamtéž, s. 176 – 177.

v jeho návrhu nelze popřít. Hodžův návrh ústavy vymezuje jen hlavní principy, na základě kterých se musí vytvořit systém federálního zákonodárství. „*Tento návrh nepodporuje volnou spolupráci, ale silnou unii nacionálních energií, ve kterých bude zakotvena svoboda a prosperita střední Evropy.*“⁶⁰ Na začátku svých úvah se zabývá otázkou, zda obětování státní suverenity ve prospěch federace je velkou ztrátou pro národ. Při těchto úvahách vychází z předpokladu, že jednou z hlavních úloh státu je zajistit svobodu a bezpečnost jednotlivců, kterou však po zkušenostech z předválečných let může zaručit pouze federace. Hodža dochází k závěru, že „*dobrovolné spojení suverénních států a vytvoření relativně silného celku znamená pro malý národ bezpochyby více, než ustavičné nebezpečí ztráty suverenity bez jakékoliv kompenzace.*“⁶¹

Ústava středoevropské federace musí jednoznačně vyjadřovat vůli spolupracovat pro dobro národní a evropské bezpečnosti a měla by vycházet z dohody zúčastněných států, tedy respektovat rozhodnutí jednotlivých členů federace: „*Nezávislé a zrekonstruované státy se budou muset dohodnout na smlouvě zakládající federaci, která stanoví společné záležitosti a vzájemné závazky, na základě kterých ústavy těchto států svěří správu společných záležitostí federální vládě.*“⁶² Federální ústavu musí schválit a publikovat jednotlivé parlamenty členských států federace.

Podle Hodžova návrhu tvoří základ středoevropské federace celní unie, která po dobu pěti let připouští vnitřní cla pro standardní výrobky a za pomoci regulace trhu by měl být usměrněn kritický bod střední Evropy, tedy zemědělství. Hodža předpokládá zavedení společné měny. Co se týče společných orgánů federace, tak by měl tento středoevropský celek spravovat federální prezident, který by byl zvolen na konferenci jednotlivých předsedů vlád členských států federace. Mezi pravomoci prezidenta by náleželo jmenování federálního kancléře a jednotlivých členů federativní vlády. Prezident by byl ze své funkce vrchním velitelem ozbrojených sil.

⁶⁰ Hodža, M. *Federácia v strednej Európe a iné štúdie*. Bratislava: Kalligram, 1997, s. 236.

⁶¹ Tamtéž, s. 231 – 232.

⁶² Tamtéž, s. 232.

Vedle federálního prezidenta by měl středoevropskou federaci spravovat Federální kongres, který patří k její druhé vrcholné instituci. Do jeho pravomoci měla spadat legislativní činnost týkající se federativních záležitostí a kontrola nad plněním rozpočtu federální vlády. Členové Federálního kongresu by byli do funkce jmenováni národními parlamenty v poměru jeden člen na jeden milion obyvatel.⁶³ Jejich funkční období by se překrývalo s funkčním obdobím národních parlamentů, které by byly oprávněny je kdykoliv podle své úvahy nahradit. Hodža dále řeší i otázku jednacího jazyka Federálního kongresu, o kterém rozhodnou dvoutřetinovou většinou sami delegáti. Možnost používat svůj národní jazyk zůstává zachována v individuálních projevech kongresmanů, které se budou simultánně převádět do úředního jazyka federace. Hodža exaktně nestanoví, kolik členů by měl Kongres mít (mezi 80 – 120 poslanci); ve svém návrhu ústavy např. zachází do takových podrobností, když omezuje projev poslance časovým limitem patnácti minut.

Stejně jako u národních parlamentů by měly být vytvořeny výbory i u Federálního kongresu, které by připravovaly legislativu a zabezpečovaly postup rozhodování Kongresu. Do kompetencí kongresu náleží rovněž stanovení stálého sídla federace, Kongresu a federální vlády. Co se týče zákonodárného procesu, federální kancléř může schválený zákon vrátit k přepracování kongresu do dvou týdnů od jeho přijetí. Pokud se kongres odmítne opětovně tímto návrhem zabývat, může federální kancléř celou záležitost postoupit federálnímu prezidentovi, který o věci definitivně rozhodne.

Hodža se také ve své práci zabývá otázkou spravedlivého volebního systému pro ustanovení poslanců Federálního kongresu. Volby, jako prostředek ustanovení poslanců Kongresu do funkce odmítá, neboť podle něj by bylo jen s těžší možností realizovat jednotný volební systém na území střední Evropy. Proto zastává koncepci jmenování poslanců národními vládami.

Milan Hodža vymezil ve svém návrhu ústavy středoevropské federace i pravomoci federální vlády, která by se zabývala záležitostmi společnými pro celou federaci:

- Finance a všechny ostatní záležitosti spojené se společnou měnou. Do této oblasti spadá rovněž rozpočet federace, který

⁶³ Tamtéž, s. 234.

se vztahuje na odvětví spravované federací. Hodža v této souvislosti počítá se zřízením federální banky, která by byla podřízena federálnímu ministerstvu financí. Do její kompetence by spadala správa padesáti procent státních poštovních a spořitelních bank.

- Na druhém místě řadí Hodža k pravomocem federální vlády mezinárodní obchod. S ním je spojeno plánování v určitých výrobních odvětvích tak, aby se jednotlivé státy vyvarovaly nadprodukce a tento postup zároveň ulehčil marketingovou politiku. Jak je tedy z tohoto návrhu patrné, Hodža připouští existenci centrálně plánované ekonomiky a centrální plánování, pro jehož úspěšnou realizaci bude nutno vytvořit zvláštní dohody mezi vládami jednotlivých členských států. Oblast mezinárodního obchodu by měla spadat do kompetence federálního ministerstva hospodářství.
- O diplomacii a zahraniční politice bude rozhodovat federální ministerstvo zahraničních věcí.
- Veškeré složky branné moci federace budou spadat pod společné federální ministerstvo obrany.
- Úkolem federálního ministerstva pošt a spojů bude uvést do souladu příslušné poštovní aparáty jednotlivých členských států federace.
- Hodža ve svém návrhu počítá s vytvořením zvláštního ministerstva pro vzdušnou a vodní dopravu.
- Koordinaci aparátů jednotlivých členských států federace svěřuje Hodža federálnímu ministerstvu spravedlnosti, přičemž zdůrazňuje dodržování principu reciprocit, na kterém musí být pevně zakotvena menšinová politika národních států. Federální vláda a přímo ministr spravedlnosti by měli dohlížet na dohody uzavřené na základě tohoto principu.
- Za zajímavé je z dnešního pohledu jistě možné považovat návrh na zřízení federálního ministerstva pro spolupráci, které by mělo podporovat otevřenou spolupráci exekutivní moci a veškerých legálních profesionálních asociací jednotlivých států.⁶⁴

⁶⁴ Tamtéž, s. 233-234.

Co se týče jednotlivých ministrů, Hodža rozlišuje mezi federálními ministry s portefeuille a bez portefeuille, přičemž požadoval, aby ve federální vládě byly zastoupeny všechny národy sdružené ve federaci ministry jejich státu bez portefeuille. Ministry bez portefeuille jmenují vlády jednotlivých členských států. Tito ministři podléhají dvojí odpovědnosti, a to jednak vládám, které je jmenovaly a jednak federálnímu kancléři. Do čela federální vlády staví Hodža federálního kancléře, který je zodpovědný federálnímu prezidentovi. Jednotlivé ministry jmenuje do funkce federální prezident na základě návrhu federálního kancléře, jemuž jsou také ministři odpovědní.

Hodža je ve svém návrhu středoevropské federace nucen zabývat rovněž národnostní otázkou a spravedlivým rozložením státních úřadů mezi představitele jednotlivých národů. V tomto ohledu poučen z problémů plynoucích z nedostatečného postavení národnostních menšin ve státním aparátu mnohonárodnostní první Československé republiky požaduje, aby si federální ministři s portefeuille zvolili takové státní tajemníky, kteří náležejí k příslušníkům všech národů federace. Stejný princip se uplatní i pro zaměstnance státní správy, kde Hodža požaduje zastoupení všech národů v odpovídajících proporcích. Oficiální jazyk, který bude používat správa středoevropské federace v souvislosti se zajištěním vnitřních federálních záležitostí, se kryje s oficiálním jazykem, který používá kongres. Federální správa v jednotlivých členských státech federace bude vykonávána pouze prostřednictvím federálních zaměstnanců příslušné národnosti a v příslušných národních jazycích.⁶⁵ Hodža ukládá federálním zaměstnancům povinnost od třetího roku trvání středoevropské federace ovládat její oficiální jazyk a počítá s povinnou výukou cizího jazyka, což považuje za nevyhnutelné. Toto odůvodňuje nutností vzájemného dorozumění v armádě, spojích, národním obchodě. Podle Hodži: „*Svobodné národy, které hledají ve spolupráci ulehčení existence a které obětovaly tomuto cíli svoji suverenitu, nebudou považovat federální jazyk za nepříjemnost, ale za výhodu. Co se týká učení cizích jazyků, většina Středoevropanů ovládá alespoň jeden světový jazyk... Jazyky*

⁶⁵ Tamtéž, s. 236.

by měly lidem pomáhat v komunikaci a ne je vzájemně oddělovat.“⁶⁶ Viděno z dnešního pohledu a poučení šedesátiletým vývojem historie evropské integrace se některé Hodžovy představy musí zdát čtenáři jako idealistické a v praxi zcela nerealizovatelné.

Posledním orgánem, který předvídá návrh ústavy středoevropské federace je zřízení Nejvyššího soudu, který by byl příslušný pro rozhodování o otázkách ústavní povahy vznesenými federální vládou či národními vládami.

Každý občan státu, který náleží do Hodžova federativního svazku, získá rovněž federální občanství, které je platné ve všech národních státech.

Návrh ústavy Milana Hodži nepočítá s možností vystoupení členského státu ze středoevropské federace.

5.2 Zhodnocení Hodžova konceptu středoevropské federace

Hodžův koncept středoevropské federace, který měl vzniknout ve středoevropském prostoru v období po skončení druhé světové války, lze jistě považovat za poměrně propracovaný a v mnohých ohledech konkrétní, ovšem pouze co se týče teorie. V mnoha jeho návrzích nevychází ze skutečné reality a nebere v úvahu vývoj tehdejších událostí v Evropě. Při zpracování návrhu středoevropské federace vycházel Hodža ze situace před válkou a snažil se navázat na kontinuitu z předválečného období, což jak další vývoj ukázal, bylo nemožné.

Hodžova federace měla zahrnovat státy od Baltského moře až po Jadran a Černé i Egejské moře, ovšem bez Německa.⁶⁷ Měly být spojeny čtyři slovanské a čtyři neslovanské země, konkrétně Československo, Polsko, Maďarsko, Rakousko, Jugoslávie, Bulharsko, Rumunsko a Řecko. Nevyloučil ani připojení Albánie či Turecka. Jak je z tohoto výčtu patrné, jednalo se o země s dříve

⁶⁶ Tamtéž, s. 238.

⁶⁷ Rychlík, J. *Milan Hodža a príprava európskej integrácie*. in: Pekník, M. (ed.) *Milan Hodža a integrácia strednej Európy*. Bratislava: Veda vydavateľstvo SAV, 2006, s. 146 – 147.

velmi rozmanitým uspořádáním a s odlišnou ústavní tradicí.⁶⁸ Hodža počítal s tím, že se členské státy středoevropské federace budou muset vzdát části své suverenity ve prospěch tohoto celku, neboť bez tohoto kroku by nebylo možno uskutečnit opravdovou fungující integraci, která by splnila cíle pro které byla zřízena. Podle mého názoru velmi důležitou a klíčovou otázku týkající se práv národnostních menšin ve federaci Hodža vůbec neřeší, pouze se částečně věnuje úpravě používání jazyka. Po velmi negativních zkušenostech z mnohonárodnostního Rakousko-Uherska a mnohonárodnostní první Československé republiky by neřešená tato otázka jistě s sebou přinesla budoucí neúspěch Hodžou navrhované federace.

Jak uvádí Jan Rychlík, Hodžova koncepce narážela ve střední Evropě v období druhé světové války na dvě hlavní překážky. Sovětský svaz zásadně odmítal jakoukoliv formu integrace středoevropských zemí, neboť v ní viděl překážku, která by oddělovala Sovětský svaz od států západní Evropy. Druhým důvodem pro nemožnost uskutečnění integrace ve středoevropském prostoru v průběhu a v období bezprostředně po druhé světové válce byla skutečnost, že potenciální členské státy měly mezi sebou vzájemné územní spory.⁶⁹

Sice myšlenky „*skutečného Evropana*“ (cit. Coudenhove-Kalergi)⁷⁰ týkající se vytvoření středoevropské federace nebyly realizovány, přesto však se staly určitým zdrojem inspirace v procesu západoevropské integrace a mohou si najít i své místo v dnešní aktuální diskuzi o dalším směřování Evropské unie.

⁶⁸Schelle, K., Veselá, R., Vojáček, L., Hloušek, J. *Historie integračních koncepcí a jejich vyústění v realitě EU*. Ostrava: KEY Publishing, 2007, s. 78.

⁶⁹Rychlík, J. *Milan Hodža a príprava európskej integrácie*. in: Pekník, M. (ed.) *Milan Hodža a integrácia strednej Európy*. Bratislava: Veda vydavateľstvo SAV, 2006, s. 147.

⁷⁰Lukáč, P. *Stredoeurópska federácia v predstavách Milana Hodžu* in: Pekník, M. a kol. *Milan Hodža. Štátnik a politik*. Bratislava: Veda vydavateľstvo SAV, 2002, s. 343.

6. Závěrem

Jak tento příspěvek ukázal, integrační projekty federalisty Milana Hodži jsou vysoce aktuální v době, kdy právě probíhají diskuze o přijetí tzv. Lisabonské smlouvy, dalším směřování evropské integrace a možném omezení národní suverenity členských států Evropské unie. Některé současné integrační otázky řešil již ve svých konceptech Milan Hodža. Bohužel, vzhledem k mezinárodně politické situaci před druhou světovou válkou a i bezprostředně po ní nemohly být Hodžovy představy o novém geopolitickém uspořádání střední Evropy realizovány. V Hodžových myšlenkách týkajících se integrace na evropském kontinentě lze najít inspiraci i pro další pokračování integrace na evropském kontinentě. John Foster Dulles, americký ministr zahraničních věcí charakterizoval v roce 1951 Milana Hodžu následovně: *„Byl to státník, který svým praktickým chápáním nezávislosti národů předběhl svoji dobu. Dnes si ho s úctou připomínáme za jeho konstruktivní podíl na sjednocení Evropy a mezinárodní porozumění. Kéž by přetrvávala jeho představa sjednocení suverénních a rovnoprávných národů ve volném sdružení v zájmu vzájemné bezpečnosti a větší prosperity, aby mohla inspirovat lidi vyznávající svobodu na obou stranách železné opony.“*⁷¹

Na závěr bych chtěl vyzvednout dvě Hodžovy myšlenky, které jsou platné i dnes a se kterými se lze plně ztotožnit: *„Svobodu a bezpečnost malých národů může zaručit jedině jejich federace a dobrovolné spojení suverenity a vytvoření relativně silného celku znamená bezpochyby víc než ustavičné nebezpečí ztráty suverenity bez jakékoliv kompenzace.“*⁷²

Kontaktní údaje na autora – email:

tauchen@mail.muni.cz

⁷¹ Citováno dle obálky k: Hodža, M. *Federácia v strednej Európe a iné štúdie*. Bratislava: Kalligram, 1997.

⁷² Citováno dle: Hodža, M. *Federácia v strednej Európe a iné štúdie*. Bratislava: Kalligram, 1997, s. 33.

Administrativní detence cizinců. Evropské a vnitrostátní aspekty

Mgr. Ladislav Vyhnánek

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Katedra ústavního práva a politologie, Česká republika

Abstract:

This contribution is concerned with the national and european aspects of administrative detentions of aliens. In the introduction, it delimits the concept of administrative detention (i. e. the detention which is ordered by an administrative body and not by an independent court) and offers a concise overview of the constitutional and international legal fundaments for the administrative detention.

The contribution further analyses some examples of alien detentions in the Czech legal order (i. e. the detentions pursuant to the Aliens' Act nr. 326/1999 Coll. and the Act on Asylum nr. 325/1999 Coll.). These detentions are however dealt with not only from the national perspective but (predominantly) from the european perspective.

The contribution thus examines the impact of the European Convention on Human Rights and the jurisprudence of European Court of Human Rights on the national regulation. It largely focuses on the weak spots in the Czech regulation (for example, the length of judicial review of administrative detentions).

Furthermore, the contribution surveys the current state of alien detention regulation in the law of European Union (mainly in the context of the Common European Asylum System) which is however still in the very beginning.

1. Úvodem

V tomto příspěvku se budu zabývat administrativními detencemi cizinců, evropskou judikaturou vztahující se k tomuto tématu a

možnými perspektivami vývoje evropského a českého práva v této oblasti.

Pokud jde o působení evropského práva v této oblasti, je třeba přihlídnout jak k právu EU (jehož význam v této oblasti vzrůstá a bude vzrůstat v souvislosti s budováním společného evropského azylového systému), tak zejména k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod (dále i jen „Úmluva“, tedy mezinárodnímu dokumentu Rady Evropy, který klade detencím lidskoprávní limity) a k judikatuře Evropského soudu pro lidská práva. Bez pochopení těchto vlivů by byl pohled na vnitrostátní úpravu administrativních detencí cizinců neúplný.

2. Administrativní detence

Pod pojmem „administrativní detence“ se pro účely tohoto příspěvku rozumí omezení osobní svobody, k němuž dochází (zpravidla) rozhodnutím správního orgánu. Tím se liší od případů omezení osobní svobody, k nimž dochází na základě soudního rozhodnutí (např. trest odnětí svobody). V našich podmínkách sem řadíme např. detence cizinců, žadatelů o azyl, osob duševně chorých apod.

Fakt, že stěžejní roli hrají správní orgány, však neznamená, že by problematika administrativních detencí nebyla předmětem řízení před soudy. Ustanovení čl. 5 odst. 4 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod totiž vyžaduje, aby vnitrostátní právo stanovilo možnost soudního a nezávislého přezkumu každého omezení osobní svobody (administrativní detence pochopitelně nevyjímaje).

Soudy při řešení administrativních detencí mohou vystupovat buďto tak, že správní rozhodnutí o detenci či podmínky trvání detence přezkoumají na návrh, či tak, že se přezkumem zabývají *ex lege* v určité lhůtě po omezení osobní svobody (srov. dále).

V tomto příspěvku nejprve nastíním ústavní a mezinárodní základy administrativních detencí, poté stručně popíšu zákonnou úpravu administrativních detencí cizinců a následně zmíním vliv Úmluvy a práva EU na naši vnitrostátní úpravu (a jejich vzájemné vztahy).

2.1 Ústavní a mezinárodní základy administrativních detencí

Administrativní detence je nepochybně zásahem do osobní svobody. Osobní svoboda, jež je chráněna čl. 8 Listiny¹, a čl. 5 Úmluvy² je jednou ze základních lidských svobod, což je reflektováno nejen Listinou, nýbrž i mezinárodními smlouvami o lidských právech. To vyplývá jak z jejího systematického zařazení v Listině i Úmluvě, tak z podstaty věci a historického vývoje lidských práv.

Důležitost a výsadní postavení osobní svobody je akcentována jak v judikatuře Ústavního soudu³, tak v rozhodovací činnosti ESLP.⁴ Z klasických základních práv si v našich podmínkách zaslouží právě osobní svoboda největší pozornost, neboť k jejímu porušování dochází (na rozdíl od práva na život, práva nebýt mučen, otroctví či nucené práce, jejichž porušování je v rámci naší civilizace v podstatě minulostí) poměrně často.

Zákonná úprava administrativních detencí cizinců nalézá svůj ústavní pendant v čl. 8 odst. 2 Listiny, který stanoví, že nikdo nesmí být stíhán nebo zbaven svobody jinak než z důvodů a způsobem, který stanoví zákon. Toto ustanovení zakládá obecnou výjimku z pravidla, že osobní svoboda je zaručena (čl. 8 odst. 1 Listiny), když

¹ Usnesení předsednictva České národní rady ze dne 16. prosince 1992 o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky, publikované ve Sbírce zákonů pod č. 2/1993 Sb.

² Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobody, vyhlášená jako sdělení MZV 209/1992 Sb.

³ Srov. např. nález sp. zn. II. ÚS 599/01, in: Sbírka nálezů a usnesení, sv. 29, str. 159 a násl.: „Při posuzování ústavnosti zásahů orgánů veřejné moci do osobní svobody jednotlivce bere Ústavní soud na zřetel to, že ochrana osobní svobody představuje jedno z nejvýznamnějších základních lidských práv. O tom svědčí i systematické zařazení tohoto práva do hlavy druhé, oddílu prvního Listiny, označeného "Základní lidská práva a svobody". Je zřejmé, že ústavní výjimky z uvedeného práva je třeba vykládat způsobem restriktivním a zásahy do něj musí být činěny citlivě a přiměřeně.“ Srov. i nález sp. zn. IV. ÚS 289/2000 in: Sbírka nálezů a usnesení, sv. 20, str. 249 a násl.

⁴ Srov. *inter alia* Rozsudek ESLP ze dne 18. 6. 1971, *De Wilde, Ooms & Versyp ("Vagrancy") proti Belgii*, č. 2832/66; 2835/66; 2899/66, kde ESLP vyslovil, že osobní svoboda ve smyslu čl. 5 Úmluvy je jedním z nejdůležitějších základních práv a samotný souhlas s omezením osobní svobody toto omezení nemůže ospravedlnit.

dovoluje zbavit někoho osobní svobody z důvodů stanovených zákonem způsobem, který je rovněž stanoven zákonem.

Listina tedy nestanoví taxativním výčtem (opačně Úmluva), která omezení osobní svobody jsou povolena. Stanoví však, že důvody a způsob omezení osobní svobody musejí být stanoveny zákonem.

Z hlediska Úmluvy je situace jiná. Omezení osobní svobody musí nastat pouze z důvodů předvídaných Úmluvou. Omezení osobní svobody z jiných důvodů by bylo s Úmluvou v rozporu.

Administrativní detence cizinců jsou zařaditelné pod ustanovení čl. 5 odst. 1 písm. f) Úmluvy, které umožňuje „*zákonné zatčení nebo jiné zbavení svobody osoby, aby se zabránilo jejímu nepovolenému vstupu na území nebo osoby, proti níž probíhá řízení o vyhoštění nebo vydání.*“

Dále je Úmluvou v čl. 5 odst. 4 stanoveno obecné právo každého, kdo byl zbaven svobody zatčením nebo jiným způsobem, podat návrh na řízení, ve kterém by soud **urychleně** rozhodl o zákonnosti jeho zbavení svobody a nařídil propuštění, je-li zbavení svobody nezákonné.

Zmínit je třeba i fakt, že každá osoba omezená na svobodě, musí být seznámena neprodleně a v jazyce jemuž rozumí, s důvody svého zatčení a s každým obviněním proti sobě (čl. 5 odst. 2 Úmluvy).

2.2 Zajištění cizince

Zajištění cizince je upraveno zejména v ustanoveních §§ 124 – 129 cizineckého zákona. Podle § 124 cizineckého zákona je policie oprávněna zajistit cizince staršího 15 let, jemuž bylo doručeno sdělení o zahájení řízení o správním vyhoštění, je-li nebezpečí, že by mohl ohrozit bezpečnost státu, závažným způsobem narušit veřejný pořádek nebo mařit anebo ztěžovat výkon rozhodnutí o správním vyhoštění. Účelem zajištění je tak primárně ochránit bezpečnost státu a veřejný pořádek. Dále může být cizinec zajištěn, je-li evidován v evidenci nežádoucích osob nebo je nežádoucí osobou zařazenou do informačního systému smluvních států. Policie může rovněž zajistit cizince, který učinil prohlášení o mezinárodní ochraně nebo podal žádost o mezinárodní ochranu, jestliže již bylo o jeho vyhoštění pravomocně rozhodnuto nebo je řízení o správním vyhoštění zahájeno z důvodů podle § 119 odst. 1 písm. a), anebo § 119 odst. 1

písm. b) bodu 6 nebo 7. Konečně lze zajištění provést i za podmínek stanovených v novém ustanovení § 124b cizineckého zákona.⁵

Doba zajištění přitom nesmí překročit 180 dnů a počítá se od okamžiku omezení osobní svobody. V případě cizince mladšího 18 let nesmí doba zajištění překročit 90 dnů (§ 125 odst. 1).

Zvláštním případem zajištění podle cizineckého zákona je pak zajištění cizince za účelem jeho předání nebo průvozu upravené v ustanovení § 129 cizineckého zákona.

O zajištění cizince rozhoduje orgán policie, přičemž jeho rozhodnutí nabývá právní moci doručením nebo poté, co cizinec rozhodnutí odmítne převzít. Po právní moci rozhodnutí může policie cizince zajistit.

Důvody zajištění je třeba vykládat restriktivně a je třeba bedlivě zkoumat, zda jsou dány. Městský soud v Praze v této věci vyslovil názor, s nímž se plně míře ztotožňuji: „*Skutečnost, že s cizincem bylo zahájeno řízení o správním vyhoštění, nemůže sama o sobě odůvodnit zajištění cizince. Při takovém výkladu by bylo nutno zajistit cizince vždy, když s ním bylo zahájeno řízení o správním vyhoštění, což ze zákona nevyplývá. Rozhodnutí o zajištění cizince je omezením jeho osobní svobody, a proto musí být řádně a konkrétně zdůvodněno.*“⁶ Tím soud reagoval na praxi policejních orgánů, které bez dalšího zajišťovaly osoby, s nimiž bylo zahájeno řízení o správním vyhoštění.

Zajištění musí být bez zbytečného odkladu ukončeno po zániku důvodu pro zajištění. Zda důvody pro zajištění trvají je přitom policie povinna zkoumat po celou dobu trvání zajištění. Dále se zajištění ukončuje, rozhodne-li soud ve správním soudnictví o zrušení rozhodnutí o zajištění cizince, nařídil-li soud v řízení podle

⁵ Policie zajistí na dobu nezbytně nutnou cizince staršího 15 let, který nevyužil možnosti dobrovolné repatriace podle zvláštního právního předpisu, za účelem jeho vycestování z území, jestliže

a) nepodal žádost o mezinárodní ochranu, ačkoliv k tomu byl vyzván,

b) nevycestoval po pravomocném ukončení řízení ve věci mezinárodní ochrany z území ve lhůtě stanovené výjezdním příkazem nebo ve lhůtě do 30 dnů, nebyl-li cizinci výjezdní příkaz udělen,

c) mu uplynula doba oprávnění k pobytu na území uděleného osobě požívající doplňkové ochrany.

⁶ Rozsudek Městského soudu v Praze, sp. zn. 7 Ca 209/2005, publikován ve Sb. NSS 5/2006, str. 467.

zvláštního právního předpisu (§ 200o až 200u zákona č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu ve znění pozdějších předpisů, dále jen „o.s.ř.“) propuštění cizince, je-li cizinci udělen azyl nebo doplňková ochrana či je-li cizinci povolen dlouhodobý pobyt za účelem ochrany na území.

Co se týče přezkumu zajištění, je proti rozhodnutí o zajištění možno podat správní žalobu. Správní soud poté rozhodne o zákonnosti rozhodnutí orgánu policie.

Navíc je možné postupovat podle občanského soudního řádu. Na návrh cizince se zahajuje řízení podle §§ 200o až 200u o.s.ř., ve kterém soud zkoumá, zda trvají podmínky jeho zajištění.

2.3 Detence žadatelů o azyl

V režimu azylového zákona se lze podle nynější úpravy⁷ setkat se dvěma dalšími případy omezení osobní svobody – s držením žadatele o udělení mezinárodní ochrany v přijímacím středisku v rámci tzv. letištní procedury podle ustanovení § 73 azylového zákona a s držením v přijímacím středisku podle ustanovení § 46 azylového zákona.

Omezení osobní svobody v rámci letištní procedury je upraveno v ustanovení § 73 azylového zákona. Podle tohoto ustanovení policie předá cizince, který učinil prohlášení o mezinárodní ochraně v tranzitním prostoru mezinárodního letiště a u něhož nejsou splněny podmínky pro zajištění podle cizineckého zákona, do přijímacího střediska na mezinárodním letišti. Doba pobytu cizince v přijímacím středisku na mezinárodním letišti nesmí být delší než 120 dnů ode dne učinění prohlášení o mezinárodní ochraně cizincem. Přijímací středisko je nepochybně zařízením, v němž je osobní svoboda omezena.

Držení v přijímacím středisku na území - podle nového (účinnost od 21. 12. 2007) ustanovení § 46a azylového zákona Ministerstvo vnitra rozhodne o povinnosti žadatele o udělení mezinárodní ochrany setrvat v přijímacím středisku až do vycestování, maximálně však po

⁷ Po novele č. 379/2007 Sb., která mimo jiné transponovala tzv. procedurální směrnici.

dobu 120 dní,⁸ jestliže nebyla spolehlivě zjištěna totožnost žadatele, žadatel se prokazuje padělanými nebo pozměněnými doklady totožnosti, nebo je důvodné se domnívat, že by žadatel mohl představovat nebezpečí pro bezpečnost státu.

3. Administrativní detence cizinců a Úmluva

Po obecném představení institutů, jimiž se budu v tomto příspěvku zabývat, přejdu k hodnocení vlivu Úmluvy a judikatury ESLP na české právo. Zejména se budu soustředit na otázku, zda je vnitrostátní úprava administrativních detencí v souladu s Úmluvou a judikaturou ESLP. Pokusím se rovněž poukázat na to jak se ustanovení čl. 5 Úmluvy na stávající úpravě podepsalo.

3.1 Relevantní judikatura ESLP vztahující se k administrativním detencím cizinců

V této části nastíním, jak judikatura Evropského soudu pro lidská práva vymezila podmínky administrativních detencí cizinců. Věnovat se budu jak judikatuře speciální (tj. judikatuře k čl. 5 odst. 1 písm. f) Úmluvy, tak judikatuře k obecným problémům omezení osobní svobody (zde zejména čl. 5 odst. 2 a 4 Úmluvy).

V teorii se často traktuje⁹ (a při pohledu na judikaturu ESLP nelze nesouhlasit), že cizincům omezeným na osobní svobodě podle čl. 5 odst. 1 písm. f) je poskytována relativně nižší úroveň ochrany, než osobám omezeným na svobodě podle ustanovení čl. 5 odst. 1 písm. a) – e).

Ustanovení čl. 5 odst. 1 písm. f) Úmluvy povoluje „*zákonné zatčení nebo jiné zbavení svobody osoby, aby se zabránilo jejímu nepovolenému vstupu na území nebo osoby, proti níž probíhá řízení o vyhoštění nebo vydání.*“

Lze tedy vysledovat v zásadě dva případy, kdy je detence cizinců povolena:

⁸ V původním návrhu novely dokonce nebyla uvedena maximální doba držení, což bylo předmětem kritiky – např. Větrovský, V. *Novela zákona o azylu*. Hostis, 2/2007, str. 1, 6 – 14. (Větrovský).

⁹ Ovey, C., White, R. *The European Convention on Human Rights*. 4th edition. Oxford : Oxford university press, 2006, str. 152.

- Za účelem zabránění nepovolenému vstupu osoby na území,
- Pro účely vyhošťovacího nebo vydávacího řízení.

Zřejmě nejdůležitějším rozhodnutím v této oblasti je rozsudek *Amuur proti Francii*¹⁰ (rozsudek ze dne 25. června 1996), který se týkal zadržování somálských žadatelů o azyl v hotelu umístěném v tranzitním prostoru letiště. Podle citovaného rozsudku státy disponují nepopíratelným právem kontrolovat vstup a pobyt cizinců na svém území. Toto právo však musí být vykonáváno v souladu se všemi ustanoveními Úmluvy včetně čl. 5. Pro účely tohoto příspěvku jsou podstatné zejména následující závěry ESLP. V § 43 ESLP konstatoval, že držení cizince v tranzitní zóně mezinárodního letiště je omezením osobní svobody vy smyslu čl. 5 Úmluvy. Takovéto držení nemůže být neúměrným způsobem prodlužováno, neboť je nebezpečí, že z pouhého omezení na svobodě – nezbytného k zabezpečení navrácení cizince do vlasti nebo, pokud požádal o azyl, k přezkumu žádosti o vstup na území za účelem azylu – dojde k přeměně na zbavení svobody. Je též třeba vzít v úvahu, že toto opatření není aplikováno na pachatele trestných činů ale na cizince, kteří uprchli ze země často z obavy o svůj život. Zároveň ESLP zdůraznil, že „*jestliže rozhodnutí o detenci spadá vzhledem k povaze věci do kompetence orgánu správního a nebo policejního, jeho prodloužení vyžaduje urychlenou kontrolu soudem* (§43).“

Ve věci *Shamsa proti Polsku*¹¹ při přezkumu držení dvou občanů Libye v tranzitním prostoru mezinárodního letiště ve Varšavě ESLP uvedl: „*(...) zbavení svobody, které trvá více dní (než 90 dní povolených polským právem, pozn. LV) a které nebylo nařízena soudem nebo soudcem nebo jinou osobou 'oprávněnou (...)' vykonávat soudní činnost, nelze považovat za 'zákonnou' ve smyslu tohoto ustanovení.* Tento požadavek lze dle ESLP vyvodit z čl. 5 Úmluvy jako celku (§ 59)“. ESLP tak striktně trvá na tom, aby detence probíhala v souladu s vnitrostátním právem.

Nejnovějším příspěvkem k debatě o detencích žadatelů o azyl jsou dva rozsudky (rozsudek senátu¹² a rozsudek Velkého senátu¹³)

¹⁰ Rozsudek ze dne 25. 6. 1996, *Amuur proti Francii*, č. 19776/92.

¹¹ Rozsudek ze dne 27. 11. 2003, *Shamsa proti Polsku*, č. 45355/99 a 45357/99

¹² Rozsudek ze dne 11. 6. 2006, *Saadi proti Spojenému království*, č. 13229/03.

ve věci *Saadi proti Spojenému království*. V obou dvou dospěl ESLP k závěru, že sedmidenní držení iráckého žadatele o azyl v přijímacím středisku Oakington (k němuž docházelo prakticky automaticky) nebylo porušením čl. 5 odst. 1 písm. f) Úmluvy. Zopakoval sice, že detence musí být provedena v dobré víře a musí být úzce spojena se sledovaným účelem – tj. zabránit neoprávněnému vstupu osob na území. Zároveň však je třeba přistupovat k detencím obezřetně, neboť *nejsou aplikovány na odsouzené zločince, nýbrž na osoby, které – často ze strachu o svůj život – uprchly ze své země*.¹⁴ Podle názoru ESLP je možné, vzhledem k narůstajícímu počtu žadatelů o azyl, zajistit cizince z důvodu rychlejšího a jednoduššího vyřízení žádosti o azyl, což – jak uvedl i Lord Slynn¹⁵ není jen v zájmu zajištěného žadatele o azyl, nýbrž i těch, kteří čekají ve frontě za ním.

ESLP navíc usoudil, že Středisko Oakington bylo navíc podle ESLP vhodné k detencím cizinců. Pokud se týče trvání detence (sedm dní), měl ESLP za to, že tato doba je odpovídající, neboť byla potřebná k dosažení (výše zmíněného) legitimního cíle.¹⁶

V návaznosti na rozsudek Velkého senátu ESLP již byly vyjádřeny obavy, aby tento rozsudek nebyl brán jako obecné ospravedlnění detencí žadatelů o azyl.¹⁷ Judikatura ESLP tak stále setrvává u svého relativně přísného přístupu k azylantům a úroveň ochrany poskytované osobám zajištěným podle čl. 5 odst. 1 písm. f) stále zůstává na poměrně nízké úrovni.¹⁸

Při detencích v rámci vyhošťovacího řízení mohou být dle ESLP mohou cizinci zbaveni osobní svobody pouze tehdy, pokud je to nezbytně nutné k jejich vyhoštění,¹⁹ což je nutným důsledkem znění

¹³ *Saadi proti Spojenému království*, , rozsudek ze dne 29. 1 2008, č. 13229/03.

¹⁴ Tamtéž, § 74.

¹⁵ Tamtéž, § 77

¹⁶ Tamtéž, § . § 79

¹⁷ Hammarberg, T. States should not impose penalties on arriving asylum-seekers. 20 Int'l J. Refugee L. 364.

¹⁸ Srov. výše, pozn. č. 11.

¹⁹ Srov. např. *Chahal v. United Kingdom*, rozsudek z 15. 11. 1996, stížnost č. 22414/93, §§ 112, 113. Dlužno však dodat, že v případě *Chahal* ESLP (podle mého názoru jde o jedno z nejhorších rozhodnutí v historii soud) posvětil šestileté zbavení osobní svobody, aniž by byla stěžovateli prokázána jakákoliv vina. Délka vyhošťovacího řízení přitom byla zapříčiněna zejména samotným státem.

čl. 5 odst. 1 písm. f) Úmluvy. Pokud tato podmínka není splněna, je zajištění protiprávní. Judikatura ESLP pak našla svůj odraz např. v nálezu rakouského Ústavního soudu, který zrušil ustanovení § 34(b) věty první *Asylgesetz*, jelikož dovolovalo zajistit všechny žadatele o azyl, kteří podali další žádost o azyl po prvním zamítavém rozhodnutí.²⁰ Takovýmto paušálním vymezením bylo vybočeno z mantinelů stanovených ESLP, které omezují možnost zajištění pouze na případy nezbytně nutné, přičemž tato nutnost musí být zkoumána v každém případě.

Kromě toho však – jak již bylo zmíněno – musejí být splněny další obecné podmínky stanovené ustanovením čl. 5 Úmluvy. Ustanovení čl. 5 odst. 4 garantuje právo na přístup k soudu, který urychleně rozhodne o zákonnosti zbavení svobody. Zadržené osoby mají právo na přezkoumání procesních a hmotněprávních podmínek, které jsou podstatné pro zákonnost zbavení jejich svobody. Navíc, aby mohl být soudní přezkum zákonnosti považován za souladný s čl. 5 odst. 4, musí být teoreticky i prakticky účinný (tj. musí mít potenciál zhojit případnou protiprávnost).

Jednou z nejdůležitějších podmínek přípustnosti omezení osobní svobody podle Úmluvy je právo každé osoby omezené na svobodě domáhat se soudního přezkumu. Čl. 5 odst. 4 Úmluvy říká, že: „*Každý, kdo byl zbaven svobody zatčením nebo jiným způsobem, má právo podat návrh na řízení, ve kterém by soud urychleně rozhodl o zákonnosti jeho zbavení svobody a nařídil propuštění, je-li zbavení svobody nezákonné.*“

Čl. 5 odst. 4 Úmluvy tak stanoví několik požadavků. Právo podat návrh k soudu musí mít každý, byl zbaven svobody zatčením nebo jiným způsobem. Nezáleží tak na tom, zda jde o vazbu, zatčení, zadržení, omezení osobní svobody ve zdravotnickém ústavu či o zajištění azylanta.

Pokud soud dospěje k závěru, že zatčení nezákonné, musí soud nařídít propuštění osoby. Nezákonnost je přitom třeba vykládat jako protiprávnost v nejširším slova smyslu. Pojem nezákonnost má totiž

²⁰ Verfassungsgerichtshof [VfGH] 15. 10. 2004, Erkenntnisse und Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes [VfSlg] No. 17340, Dále srov. Kotschy, B. *Austria: Asylum law in conflict with the Constitution*, International Journal of Constitutional Law. 2006, 4, 689 an.

autonomní význam z hlediska Úmluvy a zahrnuje tak i protiústavnost či porušení *common law*. Pokud by soud dospěl k závěru, že je omezení osobní svobody nezákonné a přesto by nenařídil propuštění (např. z důvodu veřejného zájmu), jednalo by se o porušení Úmluvy.

Přezkum musí být prováděn nezávislým soudem. Sice nemusí jít o soud „klasický“, který je součástí soustavy obecných soudů, avšak musí splňovat materiální nároky kladené na soud.²¹ Osoba zbavená svobody navíc musí mít možnost podat návrh opakovaně a perioda přezkumu nesmí být excesivně dlouhá.²²

Dalším a v praxi velice diskutovaným aspektem soudního přezkumu je jeho rychlost. Úmluva totiž stanoví, že soud musí rozhodnout urychleně. Žádný konkrétní časový limit dán není; posuzuje se vždy podle konkrétních skutkových okolností. S ohledem na relevantní judikaturu se však hranice může pohybovat okolo tří týdnů až jednoho měsíce.²³

Každá osoba omezená na svobodě, musí být seznámena neprodleně a v jazyce jemuž rozumí, s důvody svého zatčení a s každým obviněním proti sobě (čl. 5 odst. 2 Úmluvy).

ESLP se již ve své rozhodovací praxi samozřejmě vyslovil k materiálním náležitostem takového poučení. V rozhodnutí *Kerr proti Spojenému království*²⁴ ESLP konstatoval, že podmínky čl. 5 odst. 2 nesplňuje pouhé uvedení zákonného ustanovení, na jehož základě bylo zadržení provedeno a dále uvedl: „čl. 5 odst. 2 zajišťuje, aby každá zadržená osoba věděla, proč je omezena na svobodě. Toto ustanovení tvoří integrální část ochrany poskytované čl. 5 Úmluvy. Pro účely odst. 2 musí být každé osobě sdělenou jednoduchým, srozumitelným a nikoliv technickým jazykem, kterému je schopna porozumět, faktické i právní důvody jejího zadržení, aby této bylo umožněno, pokud to uzná za vhodné, podat návrh na přezkoumání omezení osobní svobody soudem v souladu s odst. 4. (...) Zda bylo

²¹ Rozsudek ESLP ze dne 2. 3. 1987, *Weeks proti Spojenému království*, č. 9787/82, § 61

²² Rozsudek ESLP ze dne 28. 10. 1998, *Assenov proti Bulharsku*, č. 24760/95

²³ Srov. např. rozsudek ze dne 28. 11. 2000, *Rehbock proti Slovinsku*, č. 29462/95 či rozsudek ze dne 11. 4. 2006, *Ševk proti Turecku*, č. 4528/02.

²⁴ Rozhodnutí ESLP o přijatelnosti ze dne 7. 12. 1999, *Kerr proti Spojenému království*, č. 40451/98

toto poučení provedeno neprodleně musí být rozhodnuto v každém jednotlivém případě s přihlédnutím k okolnostem.“ (překl. aut.).

3.2 Souladnost české úpravy administrativních detencí s čl. 5 Úmluvy

3.2.1 Zajištění cizince

Zajištění cizince je předvídáno Úmluvou, jelikož jde o detenci v souvislosti s řízením o vyhoštění (zajištění může být pouze cizinec, jemuž bylo doručeno sdělení o zahájení řízení o správním vyhoštění), a jde tedy o omezení osobní svobody, které je souladné s čl. 5 odst. 1 písm. f) Úmluvy.

Co se týče přezkumu zajištění, je proti rozhodnutí o zajištění možno podat správní žalobu. Správní soud poté rozhodne o zákonnosti rozhodnutí orgánu policie. Navíc je možné postupovat podle občanského soudního řádu. Na návrh cizince se zahajuje řízení podle §§ 200o až 200u o.s.ř., ve kterém soud zkoumá, zda trvají podmínky jeho zajištění. Požadavek vyjádřený v čl. 5 odst. 4 Úmluvy je tedy formálně naplněn. Je však třeba poznamenat, že dvoukolejnost přezkumu zajištění cizince vyvolává nemálo otázek. Řešení, kdy v řízení o správní žalobě zkoumá správní soud zákonnost rozhodnutí orgánu policie a v řízení podle §§ 200o až 200u o.s.ř. civilní soud zkoumá, zda trvají podmínky jeho zajištění, není právě šťastné. Speciální nároky na rychlost rozhodnutí jsou totiž stanoveny pouze v řízení podle o.s.ř., a to pouze teoreticky (srov. dále). Úmluva přitom požaduje urychlené projednání věci.

Rychlost přezkumu

Přezkum podle o.s.ř. probíhá v některých případech relativně pomalu.²⁵ Není stanovena pevná lhůta, je pouze stanoveno, že soud je povinen návrh projednat přednostně a s největším urychlením. Podle statistiky SOZE ve většině případů soud nestihne rozhodnout

²⁵ Např. usnesení Okresního soudu ve Frýdku-Místku, č.j. 18C 41/2007-14 ze dne 18.5.2007, nepublikováno, kdy bylo rozhodnuto o propuštění ze zajištění téměř čtyři měsíce po jeho zajištění.

před uplynutím maximální lhůty pro zajištění a to i přesto, že je návrh podán k soudu ihned po zajištění.²⁶

Ve správním soudnictví je situace podobná. Řízení o žalobě proti rozhodnutí o zajištění trvá pravidelně několik měsíců.²⁷ Vzhledem k výše uvedenému je velmi pochybné, zda v ČR existuje účinný soudní přezkum, který splňuje požadavek urychlenosti podle čl. 5 odst. 4 Úmluvy. Lze spíše učinit závěr, že takový prostředek v ČR chybí a čl. 5 odst. 4 Úmluvy je tak pravidelně porušován.

Z tohoto hlediska by zřejmě bylo vhodnější zvolit jinou alternativu soudního přezkumu než přezkum ex post na návrh zajištěného, při kterém může být osoba zajištěna po dobu 180 dní pouze na základě rozhodnutí orgánu policie. V úvahu připadá například o model podobný modelu vazebnímu, kdy soudu vyslovuje souhlas s omezením osobní svobody a po určitém čase zkoumá, zda podmínky omezení trvají či model podobný postupu dle čl. 8 odst. 6 Listiny,²⁸ kdy soud musí v určité lhůtě vyslovit souhlas s omezením osobní svobody. Tento model soudního přezkumu, kdy je zajištění cizince automaticky přezkoumáváno např. v Nizozemsku (do deseti dnů) či v Dánsku (po třech dnech musí být zajištěný předveden k soudu, který může zajištění prodloužit).²⁹

Efektivita poučení

Bez automatické kontroly soudy není dostatečně zajištěno dodržování práv zajištěných, kteří sice mají možnost podat návrh na přezkum rozhodnutí i trvání podmínek zajištění, avšak této možnosti téměř nevyužívají. Důvodem může být jejich nedostatečná jazyková vybavenost i fakt, že policejní orgány neplní své povinnosti podle zákona o zajištění cizince: „*Návštěvami všech zařízení bylo zjištěno, že ani pracovníci SUZ, ani příslušníci PČR nezkontrolují trvání*

²⁶ Pořízek, P. Komplexní analýza azylového systému v ČR včetně návrhu legislativních a praktických opatření k jeho zefektivnění. SOZE : 2004. str. 47 (Komplexní analýza)

²⁷ Srov. např. rozsudek Krajského soudu v Plzni, sp. zn. 57 Ca 9/2007, ze dne 16. 5. 2007 (téměř čtyři měsíce od podání žaloby do vynesení rozhodnutí) či rozsudek téhož soudu, sp. zn. 30 Ca 11/2007, ze dne 27. 4. 2007

²⁸ „Zákon stanoví, ve kterých případech může být osoba převzata nebo držena v ústavní zdravotnické péči bez svého souhlasu. Takové opatření musí být do 24 hodin oznámeno soudu, který o tomto umístění rozhodne do 7 dnů.“

²⁹ Oba dva údaje získány z: Komplexní analýza, str. 55 a 58

důvodů zajištění, které vedly k omezení svobody cizince. Ačkoliv je tento zákonný požadavek (ustanovení § 126 písm. a) zákona) uložen příslušníkům policie, je zřejmé, že tito jsou v kontaktu s cizinci pouze sporadicky (příslušníci PČR v zařízení nezkontrolují trvání důvodu zajištění vůbec, neboť dle jejich vyjádření směřuje tato povinnost vůči policistům, kteří o zajištění rozhodli a tito nejsou v kontaktu s cizinci vůbec). Pokud se změni trvání důvodů zajištění, je povětšinou sociální pracovník první osobou, která se o změně dozví, naopak je zřejmé, že policista, který o zajištění rozhodl a měl by zkoumat trvání důvodů zajištění, se o změně nedozví vůbec. Z tohoto důvodu by měli sociální pracovníci vystupovat nejen pasivně, ale i aktivně, tedy nečekat, až se od cizince o změně důvodů dozví.“³⁰ Tato povinnost je přitom v rámci zajištění cizince zcela klíčovou, neboť při absenci automatického soudního dohledu tvoří pojistku, že cizinec nebude zajištěn bezdůvodně.

V této souvislosti se nelze ubránit pochybnostem o plnění dalších povinností ze strany policejních orgánů, a to zejména o plnění druhé z klíčových povinností – poučovací povinnosti podle § 126 písm. b) cizineckého zákona. Pokud by tato povinnost byla plněna pouze formálně, tedy bez toho, aby byl cizinec o možnostech přezkumu a jejich uplatnění skutečně důkladně informován, znamenalo by to při soustavném neplnění povinnosti podle § 126 písm. a) zákona efektivní znemožnění přezkumu soudy. Jedním z navazujících problémů je i to, že cizinci z rozvojových zemí často nebudou znát řeč, ve které musejí být poučeni o možnosti soudního přezkumu. Zatímco VŘ zařízení musí být vydán v 9 cizojazyčných mutacích (§ 138 odst. 3 zákona), zákonné požadavky poučení o možnosti soudního přezkumu zákonnosti zajištění počítají již jen s 8 cizojazyčnými verzemi, a to bez znění hindského (§ 126 písm. b) zákona). Jsem si pochopitelně vědom, že může být často velmi obtížné poučit cizince v jazyku, kterému rozumí, ale nemožnost tohoto poučení nesmí být cizinci na újmu a nesmí mu bránit v efektivní obraně proti omezení osobní svobody. Právě proto by v takovém případě bylo vhodné, aby byla práva zajištěného cizince garantována automatickým soudním přezkumem jako v případech výše zmíněných případů omezení osobní svobody.

³⁰ Zprávu z návštěv zařízení pro zajištění cizinců, 14. 6. 2007, www.ochrance.cz

3.2.2 Detence v tranzitním prostoru mezinárodního letiště

Tento institut odpovídá ustanovení čl. 5 odst. 1 písm. f) Úmluvy, konkrétně důvodu „*aby se zabránilo jejímu nepovolenému vstupu na území*“. Držení v přijímacích střediscích v tranzitních prostorech mezinárodních letišť již bylo aprobevováno i ESLP, který ve věci *Amuur proti Francii*³¹ obecně uznal možnost držení cizinců v tranzitních prostorech letišť, avšak zároveň v konkrétním případě shledal porušení čl. 5 odst. 1 Úmluvy, jelikož omezení osobní svobody nebylo zákonné.³²

Problematickým aspektem ustanovení čl. 73 azylového zákona je doba omezení osobní svobody. Situace je sice po novele č. 379/2007 Sb. lepší v tom ohledu, že je již existuje omezení doby, avšak stále je maximální doba držení stanovena na 120 dní (§ 73 odst. 9 azylového zákona). V jiných evropských státech bývá maximální doba držení v přijímacím středisku v rámci letištní procedury kratší.³³ Ve Finsku musí být zajištění žadatele o azyl (opět pouze ze zákonem vymezených důvodů, např. za účelem zjištění totožnosti a pokud nebylo využito některé z alternativ k detenci) přezkoumáno soudem do čtyř dnů po zajištění a poté každých 14 dní. Ve Francii může být žadatel o azyl v rámci letištní procedury držen v čekacích zónách do vydání rozhodnutí o povolení vstupu. Pokud by však zajištění trvalo více než 4 dny, vyžaduje schválení soudcem. V Rakousku je maximální doba držení stanovena na 6 týdnů. Zásah do osobní svobody se tedy zdá být excesivním, ačkoliv sleduje legitimní účel (kontrola vstupu a pobytu cizinců na území).³⁴

³¹ Rozsudek ESLP ze dne 25. 6. 1996, *Amuur proti Francii*, č. 19776/92, srov. výše.

³² Jelikož čl. 5 Úmluvy odkazuje i na vnitrostátní právo, znamená porušení zákonnosti zároveň porušení Úmluvy. Jde o výjimku ze zásady, podle níž je pro ESLP domácí právo faktem.

³³ Následující údaje jsou převzaty z Pořízek, P. Napravuje novela nesoulad letištního řízení s Evropskou úmluvou? *Hostis* 2/2007, str. 3.

³⁴ V tomto kontextu lze odkázat na rozsudek Saadi proti Spojenému království (srov. výše), kde již doba okolo sedmi dní byla předmětem značných kontroverzí, ač ani senát (poměrem 4:3) ani Velký senát (11:6) porušení v případě sedmidenní detence neshledal.

Soudní přezkum je možný pouze ve správním soudnictví, a to v řízení o ochraně před nezákonným zásahem, pokynem nebo donucením správního orgánu podle § 82 a násl. s.ř.s. Naopak v není možné postupovat podle § 200o a násl. o.s.ř., jelikož tato ustanovení se použijí pouze ve vztahu k zajištění cizince. Tento názor je již potvrzen judikatorně. Nejvyšší správní soud³⁵ zrušil rozsudek Městského soudu v Praze, který odmítl žalobu osoby držené v přijímacím středisku v tranzitním prostoru mezinárodního letiště Praha-Ruzyně a odkázal žalobce na civilní soudy, které by podle jeho názoru měly aplikovat ustanovení § 200o o.s.ř. *per analogiūm*. Nejvyšší správní soudu v rozsudku uvedl, že „(...) podle § 200o o. s. ř. není co přezkoumávat, neboť ke zbavení osobní svobody cizince dochází nikoli rozhodnutím, ale ze zákona (ex lege), a to v důsledku skutečnosti, že přistál na letišti a v tranzitním prostoru projevil úmysl požádat o mezinárodní ochranu; navíc z logiky věci nelze ani uvažovat o pomnutí daného důvodu tak, jak v citovaném ustanovení předpokládá o. s. ř. Z hlediska smyslu a účelu se tak jedná o dva zcela odlišné instituty, které nelze zaměňovat a dovozovat, že ochrana cizince zajištěného za účelem správního vyhoštění a cizince umístěného do přijímacího střediska tranzitního prostoru mezinárodního letiště má podobný režim. Ostatně i sám městský soud vychází z toho, že úprava řízení dle § 200o a násl. o. s. ř. je koncipována na řízení o žalobě cizince zajištěného dle zákona o pobytu cizinců. Není to však pouze z důvodu, že na tento zákon výslovně odkazuje poznámka pod čarou č. 34e), ale zejména proto, že celé ustanovení § 200o a násl. o. s. ř. jednoznačně vychází z předpokladu, že o zajištění bylo vydáno rozhodnutí dle výše uvedeného zákona, jehož důvody, resp. jejich trvání, budou v přezkumném řízení prověřovány.“

Zřejmě i v reakci na judikaturu Nejvyššího správního soudu je po novele v ustanovení § 73 odst. 2 uvedeno, že“ „Za přijímací středisko na mezinárodním letišti se považuje i středisko na jiném mezinárodním letišti nebo jiné azylové zařízení určené ministerstvem, nelze-li z důvodů bezpečnostních, hygienických, kapacitních či jiných obdobně závažných důvodů cizince umístit do přijímacího střediska na mezinárodním letišti, v jehož tranzitním prostoru učinil

³⁵ Rozsudkem sp. zn. 2 Aps 4/2007, www.nssoud.cz.

prohlášení o mezinárodní ochraně.“ Na toto pak navazuje i ustanovení § 73 odst. 11 azylového zákona, podle něhož „*Pobyt cizince v přijímacím středisku na mezinárodním letišti, jeho přemístění do jiného přijímacího střediska na mezinárodním letišti nebo jeho přemístění do jiného azylového zařízení podle odstavce 2 a pobyt v něm se nepovažují za vstup a pobyt na území.*“

Podle Nejvyššího správního soudu však taková fikce není akceptovatelná:³⁶ „*Pokud je tedy žadatel o azyl přemístěn z přijímacího střediska v tranzitním prostoru mezinárodního letiště do jiného zařízení Ministerstva vnitra, je nutno na něj hledět jako na žadatele, jenž byl dopraven do jiného azylového zařízení ve smyslu § 73 odst. 2 zákona o azylu, byť se k tomuto postupu Ministerstvo vnitra rozhodlo z jiných důvodů, než pro překročení lhůt v tomto ustanovení uvedených. Nelze totiž akceptovat, že by na osobu, o níž je českou veřejnou mocí nejen rozhodováno ve smyslu zákona o azylu, ale s níž je nadto touto mocí i fyzicky manipulováno, jež je přemísťována a umísťována do zařízení nacházejícího se několik desítek kilometrů od mezinárodního letiště, bylo nadále pohlíženo jako na osobu, jež dosud nepřekročila české státní hranice a nedostala se tedy pod jurisdikci našeho státu. (...) Zdejší soud, který nemůže akceptovat, že by zařízení ve Velkých Přílepech mohlo být považováno za součást „tranzitního prostoru mezinárodního letiště“, či za jakousi jeho exklávu, neboť takový přístup by byl spíše účelovým a nikoli smysl zákona a práv respektujícím výkladem; považuje stěžovatele za osobu nacházející se v okamžiku podání žaloby v azylovém zařízení Ministerstva vnitra ve Velkých Přílepech, a toto místo považuje za jeho „místo pobytu“ ve smyslu § 77 zákona o azylu.*“ Nejvyšší správní soud přitom odkázal i na literaturu, která podobné machinace odsuzuje.³⁷ Vložení citovaných odstavců tak lze vnímat jako legislativní pokus o prosazení neakceptovatelné praxe, která byla odmítnuta správním soudem. Namísto toho, aby se na

³⁶ Rozsudek Nejvyššího správního soudu, sp. zn. 2 Azs 156/2006, www.nssoud.cz.

³⁷ „Je danou skutečností, že kdokoli se objeví na hraničním přechodu, přístavu či letišti, octne se automaticky na území státu a v jeho jurisdikci; právě proto, ve snaze lépe zabezpečit svou suverénní kontrolu, vytvořily státy řadu fikcí, aby i cizinci fyzicky na jejich území přítomní byli nadále pokládáni technicky, právně za nevpuštěné.“ (G. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, Oxford : Clarendon Press, 1998, str. 123).

osobu převezenu např. z kapacitních důvodů do jiného azylového zařízení (např. pobytové středisko) pohlíželo jako na osobu umístěnou v tomto zařízení se všemi důsledky, vytváří se pochybná fikce, která ovlivňuje mj. místní příslušnost soudu. Je otázkou, zda toto řešení, byť je upraveno zákonem, nenarušuje právo přemístěných osob na zákonného soudce.

Není rovněž jasné, nakolik mohou být ve správním soudnictví naplněny požadavky kladené na soudní přezkum ustanovením čl. 5 odst. 4 Úmluvy. Např. v citované věci³⁸ žalobce spatřoval nezákonný zásah v tom, že dne 4. 9. 2006 nebyl ukončen jeho pobyt v přijímacím středisku v tranzitním prostoru mezinárodního letiště letiště Praha – Ruzyně a jednak v tom, že dne 7. 9. 2006 byl umístěn do zařízení Ministerstva vnitra v obci Velkých Přílepech. Městský soud pak rozhodl usnesením až 29. 6. 2007. Ani při nejvyšší možné míře benevolence tak není možné považovat přezkum ve správním soudnictví za urychlený ve smyslu ustanovení čl. 5 odst. 4 Úmluvy.

3.2.3 Držení v přijímacím středisku na území

V případě tohoto institutu vyplouvají již při zkoumání formálních znaků souladu s Úmluvou na povrch některé nesrovnalosti. Způsob i důvody omezení osobní svobody jsou sice upraveny zákonem, avšak ustanovení § 46a není slučitelné s ustanovením čl. 5 odst. 1 Úmluvy.³⁹ Písm. f) tohoto ustanovení je možno omezit osobní svobodu osoby, jestliže proti ní probíhá řízení o vyhoštění, nebo aby se zabránilo jejímu nepovolenému vstupu na území. Ani jeden z těchto důvodů není splněn v případě ustanovení § 46a azylového zákona.⁴⁰ Navíc pro oba dva důvody již možnost omezení osobní

³⁸ Rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 Aps 4/2007, www.nssoud.cz.

³⁹ Stejný závěr lze ostatně učinit i ve vztahu k již zmíněnému ustanovení § 54 azylového zákona. Zde by připadalo v úvahu použití ustanovení čl. 5 odst. 1 písm. b) Úmluvy, avšak ani to není aplikovatelné, neboť vyžaduje zajištění za účelem specificky stanovené povinnosti, kterou měla osoba možnost splnit a nesplnila ji. Povinnost vycestování podle § 54 odst. 1 přitom v okamžiku omezení osobní svobody může teprve vzniknout a zajištění je tak preventivní, což je nepřipustné (k ustanovení čl. 5 odst. 1 písm. b) Úmluvy kapitola V.2.2).

⁴⁰ Shodně Větrovský, str. 10. K tomu srovnej i shora citovaný náález rakouského ÚS, který příliš paušalizující vymezení osob, jež mohou být zajištěny, s ohledem na judikaturu ESLP odmítl.

svobody existuje⁴¹ a bylo by tak nadbytečné vytvářet duplicitní. Jak uvádí i Větrovský, důvodová zpráva k novele o souladu nové úpravy s Úmluvou cudně mlčí.⁴² V úvahu by u ustanovení § 46a odst. 1 písm. a) a b) azylového mohl připadat důvod podle čl. 5 odst. 1 písm. b) Úmluvy, pokud by žadatel o mezinárodní ochranu měl povinnost prokázat spolehlivě svou totožnost; takovou povinnost však má pouze poté, co je mu vystaven průkaz žadatele (§ 52 azylového zákona). Svůj smysl by v opačném případě ztratilo např. ustanovení § 65 azylového zákona. Existence takové povinnosti je tedy dosti pochybná.

V této souvislosti je však vhodné připomenout, že podle ustanovení § 46a odst. 1 azylového zákona je možné o držení rozhodnout pouze tehdy, „*není-li takový postup v rozporu s mezinárodními závazky České republiky.*“ Vzhledem k uvedenému je pak namístě závěr, že Ministerstvo nemůže rozhodnout o držení nikdy [minimálně podle § 46a odst. 1 písm.c)], neboť by takové rozhodnutí bylo v rozporu s Úmluvou vždy.

Soudní přezkum

Soudní přezkum je možný ve správním soudnictví. Podle ustanovení § 46a odst. 5 je k řízení o žalobě místně příslušný krajský soud, v jehož obvodu je žadatel o udělení mezinárodní ochrany v den podání žaloby hlášen k pobytu. Soud vyřizuje žalobu přednostně. Vzhledem k době, která uběhla od data účinnosti novely ještě žádné řízení neproběhlo, avšak lze očekávat, že přes požadavek přednostního projednání nebude řízení dostatečně rychlé. Spolu s řízením o kasační stížnosti (a případným novým řízením před soudem prvního stupně) je prakticky nemyslitelné, aby konečné rozhodnutí padlo před uplynutím lhůty 120 dní.

Problematická je i proporcionalita zásahu a hledisko rovnosti. Z ustanovení § 46a azylového zákona je totiž patrná snaha omezit na svobodě téměř každého žadatele o azyl. Spolehlivé zjištění totožnosti je totiž u žadatelů o mezinárodní ochranu často problematické. Je poměrně pochybné, zda je takto paušálně vymezené omezení osobní svobody nezbytné v demokratické společnosti.

⁴¹ Zajištění cizince pro případ řízení o vyhoštění a omezení svobody v rámci letištní procedury pro zabránění ilegálního vstupu.

⁴² Větrovský, str. 10.

3.3 Další lidskoprávní otazníky

Při hodnocení přípustnosti administrativních detencí je třeba zaměřit pozornost nejen na formální souladnost s ústavním pořádkem a mezinárodními dokumenty, rychlost nezakumného řízení a kvalitu poučení, nýbrž i na ústavní a mezinárodní právní principy. V prvé řadě je třeba vyjít z „antidiskriminačního“ čl. 3 Listiny a z čl. 4 odst. 4 Listiny, který stanoví, že při používání ustanovení o mezích základních práv a svobod musí být šetřeno jejich podstaty a smyslu. Zákonná úprava tedy musí být v souladu se základními ústavními principy, jako jsou princip rovnosti a princip proporcionality. S oběma těmito principy je přitom úprava rozebíraných administrativních detencí podle mého názoru v rozporu, jak jsem se již podrobně pokusil poukázat jinde.⁴³ Problémem je zejména excesivní maximální doba zajištění a nízká úroveň ochrany práv zajištěných ve srovnání s jinými případy omezení osobní svobody (vazba, trest odnětí svobody, detence ve zdravotnických zařízeních).

4. Administrativní detence cizinců v právu EU – současnost a perspektivy

Evropská Unie se problematikou přistěhovalectví a azylu zabývá již delší dobu. V současné době se můžeme setkat s mnoha právními dokumenty týkajícími se azylu,⁴⁴ avšak žádný z nich se

⁴³ V podrobnostech viz Vyhnanek, L. *Omezení osobní svobody ve světle ústavních principů. K ústavní konformitě zajištění cizince*. Právní rozhledy 11/2008. Obdobné argumenty, které jsou v článku vzneseny stran zajištění cizince, lze použít i pro omezení osobní svobody podle azylového zákona.

⁴⁴ Jde o Směrnici Rady 2001/55/ES ze dne 20. července 2001 o minimálních standardech pro poskytování dočasné ochrany v případě hromadného přílivu vysídlených osob a o opatření k podpoře vyváženého sdílení břemene jednotlivými členskými státy při přijetí těchto osob a důsledcích z něho vyplývajících (směrnice o dočasné ochraně), Směrnici Rady 2003/9/ES ze dne 27. ledna 2003 stanovící minimální požadavky pro přijímání žadatelů o azyl (recepční směrnice), Nařízení Rady č. 343/2003, kterým se stanovují kritéria a mechanismy pro určení odpovědnosti členského státu za posouzení žádosti o poskytnutí azylu podané státním příslušníkem třetí země v jednom členském státě (nařízení „Dublin II“), Směrnici Rady 2004/83/ES ze dne 29. dubna 2004 o minimálních normách, které musí splňovat státní příslušníci třetích zemí nebo osoby bez státní příslušnosti, aby mohli žádat o postavení uprchlíka nebo osoby, která z jiných důvodů potřebuje

problematikou administrativních detencí přímo nezabývá. Určitou výjimku může tvořit čl. 7 recepční směrnice, podle něhož se žadatelé o azyl mohou volně pohybovat na území hostitelského členského státu nebo na území, které jim stát vymezí, přičemž vymezené území nesmí narušovat nedotknutelnost soukromí a musí poskytovat dostatečný prostor pro zajištění přístupu ke všem výhodám vyplývajícím z této směrnice.⁴⁵ Na druhé straně však čl. 7 odst. 3 recepční směrnice dovoluje – např. z důvodu veřejného z pořádku – nařídít žadateli o azyl, aby se zdržoval na určeném místě. Členské státy však toto ustanovení vykládají různě; proto není zcela jasné, zda se toto ustanovení vztahuje na pobyt či “zdržování se” v uzavřených prostorách (tedy detenci).⁴⁶ Z přípravných prací vyplývá, že Komise neměla v úmyslu, aby byl čl. 7 odst. 3 recepční směrnice vykládán tak, že povoluje detence.⁴⁷

Tohoto problému si je vědoma i Komise, která na něj upozornila v *Green Paper on the Future Common European Asylum System*.⁴⁸ Komise mj. poukazuje na fakt, že tato vnitrostátní opatření (tj. detence) znemožňují, aby žadatelé o azyl mohli efektivně užívat svých práv zaručených citovanými směrnici. Komise proto uvažuje o tom, že by se pravidla pro administrativní detence cizinců měla podrobně upravit (samozřejmě v souladu s judikaturou ESLP a Úmluvou).⁴⁹

mezinárodní ochranu, a o obsahu poskytované ochrany (kvalifikační směrnice) a Směrnicí Rady 2005/85/ES ze dne 1. prosince 2005 o minimálních normách pro řízení v členských státech o přiznávání a odnímání postavení uprchlíka (procedurální směrnice).

⁴⁵ Obdobně čl. 32 kvalifikační směrnice stanoví, že členské státy umožní osobám, kterým bylo přiznáno postavení uprchlíka nebo status podpůrné ochrany, volně se pohybovat na jejich území za stejných podmínek a omezení, jaké jsou stanoveny pro státní příslušníky třetích zemí oprávněně pobývající na jejich území.

⁴⁶ Detention in Europe, European Union. Dostupné na http://www.detention-in-europe.org/index.php?option=com_content&task=view&id=92&Itemid=213

⁴⁷ Explicitně vyjádřeno v Proposal for a Council Directive laying down minimum standards on the reception of applicants for asylum in Member States, Brussels, 3. 4. 2001, COM(2001) 181 final, dostupné na <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0181:FIN:EN:PDF>

⁴⁸ Green paper on the future Common European Asylum System, Brussels, 6.6.2007, COM(2007) 301 final, str. 5

⁴⁹ Tamtéž.

Sluší se zároveň poukázat na problémy, které vznikají při postupu podle nařízení Dublin II. V této oblasti totiž dochází ke střetu mezi oběma evropskými rovinami. Lze např. poukázat na stanovisko Thomase Hammarberga, Komisaře Rady Evropy pro lidská práva,⁵⁰ který vyjadřuje znepokojení nad skutečností, že některé členské státy EU zdržují žadatele o azyl při jejich předávání do států, v nichž má být jejich žádost prozkoumána. Zároveň Hammarberg volá po revizi nařízení Dublin II, které by dle jeho názoru mělo v budoucnosti reflektovat princip, podle něhož by žadatelé o azyl měli být zbavováni osobní svobody jen v odůvodněných případech a nikoliv automaticky (principle of non-detention).⁵¹

Tento problém se týká i České republiky. Ačkoliv nařízení *Dublin II* zmiňuje detenci pouze jednou a neobsahuje žádné zvláštní zmocnění, je jeho dopad na tuto problematiku značný. Podle zprávy Evropské rady pro uprchlíky (ECRE) a Evropské právní sítě pro azyl (ELENA).⁵² Je praxe, při níž jsou při aplikaci nařízení *Dublin II* žadatelé o azyl zajišťováni, patrná zejména v Belgii, České republice, Finsku, Rakousku, Nizozemí, Velké Británii a Lucembursku.

ECRE proto požaduje,⁵³ aby nařízení *Dublin II* výslovně stanovilo, že detence mohou být užívány pouze v krajních případech, pokud ostatní méně invazivní prostředky selžou (a nikoliv téměř automaticky).

Nyní zůstává otázkou, nakolik budou tato doporučení reflektována v komunitárním právu, a jak plánované změny a naplňování dalších fází společného evropského azylového systému ovlivní české právo.

⁵⁰ Hammarberg, T. States should not impose penalties on arriving asylum-seekers. 20 Int'l J. Refugee L. 364.

⁵¹ Hammarberg v této souvislosti odkazuje zejména na detence v rámci letištní procedury.

⁵² *Report on the Application of the Dublin II Regulation in Europe*. dostupné na <http://www.detention-in-europe.org/images/stories/ecre%20report%20dublii.pdf>.

⁵³ ECRE.: *Sharing Responsibility for Refugee Protection in Europe: Dublin Reconsidered*, dostupné na http://www.detention-in-europe.org/images/stories/ecre%202008_dublin%20reconsidered.pdf

5. Závěrem

Při pohledu na problematiku administrativních detencí cizinců (tj. problematiku jejich vnitrostátní úpravy) je nutné vzít v úvahu dvě „evropské“ roviny.

Pokud jde o vztah české zákonné úpravy v cizineckém a azylovém zákoně na straně jedné a Úmluvy na straně druhé, dospívám v tomto příspěvku k závěru, že administrativní detence jsou v českém řádu upraveny – z hlediska Úmluvy – nevhodně. Nejvýznamnější problémy spatřuji v oblasti soudního přezkumu a obecně v dlouhých maximálních dobách zajištění. Ani poměrně zřejmé problémy však zatím českého zákonodárce nepřiměly k provedení změn.⁵⁴ Pokud se situace nezmění, je podle mého názoru pouze otázkou času, kdy bude Evropským soudem pro lidská práva vynesen rozsudek vyjadřující se např. k rychlosti přezkumu administrativních detencí před soudy a jejímu nesouladu s čl. 5 odst. 4 Úmluvy⁵⁵.

Pokud jde o úpravu v Evropské Unii, jde spíše o hudbu budoucnosti, avšak již nyní se budování společného evropského azylového systému administrativních detencí dotýká. Mezi členskými státy EU však stále existují názorové rozpory týkající se aplikovatelnosti např. recepční směrnice na detence cizinců. Činnost nevládních organizací i Komise nasvědčuje tomu, že v by dohledné době mohlo dojít k úpravě komunitárního práva v této oblasti. Lze očekávat, že v připravované druhé fázi budování společného evropského azylového systému bude úprava detencí mnohem podrobnější a její dopady na vnitrostátní právo budou výrazně větší.

Kontaktní údaje na autora – email:

lvynhanek@seznam.cz

⁵⁴ Jedním z želízek v ohni je tak řízení před Ústavním soudem, sp. zn. Pl. ÚS 10/08, které probíhá již cca. rok a v brzké době tak snad lze očekávat vydání nálezu.

⁵⁵ Vzhledem k tomu, že s ohledem na dobu řízení před ESLP je řízení pro vyhoštěného cizince prakticky beze smyslu, by bylo možné uvažovat o „strategické litigaci“.

Interakce českého a evropského práva

Sborník příspěvků doktorského studia k výzkumnému záměru
„Evropský kontext vývoje českého práva po roce 2004“ na
Právnické fakultě Masarykovy univerzity

Ed.: Damian Czudek, Josef Kotásek, Jan Neckář

Vydala Masarykova univerzita roku 2009
Spisy Právnické fakulty MU č. 348

Ediční rada: J. Kotásek (předseda), J. Bejček, V. Kratochvíl,
N. Rozehnalová, P. Mrkývka, J. Hurdík, R. Polčák, J. Šabata

Výroba: Tribun EU s.r.o., Gorkého 41, Brno

1. vydání, 2009

Publikace PrF 6/09 - 02/58

ISBN 978-80-210-4881-2