



Nad smluvním právem obchodním

I. Úvodem

V několika posledních letech probíhají u nás práce na rekodifikaci soukromého práva. Výsledkem těchto prací má být nový občanský zákoník a nový obecný předpis upravující obchodně-právní vztahy, tj. obchodní zákoník či obchodní zákon.¹⁾

Mohou přitom vznikat pochybnosti, zda mají smysl pojednání k tématice smluvního obchodní práva vycházející z právní úpravy současné. Na tuto otázku odpovídá S. Plíva ve svojí publikaci *Obchodní závazkové vztahy*,²⁾ který je o smyslu těchto prací přesvědčen. S jeho stanoviskem se ztotožňujeme. Pojednání s touto tematikou mohou být totiž stále užitečná. I když je již připraveno paragrafové znění nového občanského zákoníku, nebude zřejmě nový kodex účinný v nejbližší době.

Řádky věnované smluvnímu obchodnímu právu jsou ovlivněny nejen současným návrhem nového občanského zákoníku, ale i evropským děním v soukromém právu.

Zajímá nás přitom především oblast občanského práva. Evropským ob-

čanským právem nerozumíme přitom civilní právo platné v jednotlivých evropských státech ani principy těchto jurisdikcím společné, ale rozumíme jím příslušné normy komunitárního práva.³⁾

Pro evropské občanské právo je zatím typické, že upravuje jen jednotlivé dílčí otázky, které nevytvářejí ucelený systém. Neexistuje ani není navržen „evropský občanský zákoník“, který by mohl sblížit právo členských států, i když úvahy v tomto směru existují. Jeví se však, že by mohl být vytvořen „Společný referenční rámec“ zabývající se otázkami smluvního práva, resp. otázkami závazkových vztahů, což je třeba vítat. I kdyby byl totiž vypracován Společný referenční rámec jen jako nezávazný nástroj, bylo by to významné východisko pro zákonodárce i pro smluvní strany.

Cestou, která vede ke sblížování civilního, resp. soukromého práva je dnes sblížování prostřednictvím soukromých projektů. Do této skupiny lze řadit např. UNIDROIT a další.⁴⁾

1) K těmto otázkám viz mj. Pelikánová, I.: *Návrh občanskoprávní kodifikace*, Právní fórum č. 10/2006.

2) Plíva, S.: *Obchodní závazkové vztahy*, ASPI Praha, první vydání 2006.

3) Shodně viz Hurdík, J.; Fiala, J.; Lavický, P.; Ronovská, K.: *Východiska a tendence vývoje českého občanského práva po vstupu České republiky do Evropské unie*, sborník Evropský kontext vývoje českého práva po roce 2004, AUMBI 2006.

4) Blíže viz např. Šilhan, J.: *Evropské smluvní právo*, Právní fórum č. 11/2006. Čech, P.: *Několik dalších poznámek ke smluvní limitaci náhrady škody*, Právní fórum č. 12/2006.



Při tvorbě nového občanského zákoníku a obchodního zákoníku bychom měli respektovat evropské trendy a současně vycházet z možné právní kontinuity a posoudit i dosavadní znění právní úpravy. Současně se jeví nutnost prohloubit provádění srovnávacího výzkumu.⁵⁾

To přitom neznamená, že by nebylo možno čerpat i z výsledků již učiněných legislativních prací.

Komplexně by se přitom mohlo posoudit i dosavadní znění právní úpravy smluvních typů III. části zákona č. 513/1991Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „obchodní zákoník“, nebo jen „ObchZ“). Řada těchto zákoných textů může být totiž při rekonstrukci využita.⁶⁾

Do případného vytvoření evropského občanského práva, jehož základem bude občanský zákoník je

zřejmě ještě daleko. V nejbližším období lze nejspíše očekávat úpravy fragmentární k aktuálním dílčím problémům.

V oblasti evropského sekundárního práva bylo již uskutečněno rozsáhlé uspořádávací dílo. Jak známo, inkorporační metodou jsou nahrazeny starší směrnice směrnicemi novými, kodifikujícími.

I náš obchodní zákoník směrnice ES transponoval a transponuje.

Obchodní zákoník uvozuje **obecná ustanovení**, která vymezují rozsah úpravy a základní pojmy. Specifickou hlavu první části obchodního zákoníku tvoří **ustanovení o podnikání zahraničních osob** (tyto podnikají zásadně za stejných podmínek jako české subjekty). V první části najdeme i **ustanovení o obchodním rejstříku**. Samostatnou hlavu první části zákona (ovšem jen s rámcovou úpravou) tvoří **„Účetnictví podnikatelů“**.

Poslední z hlav první části je pak nazvána **„Hospodářská soutěž“** a řeší účast na hospodářské soutěži, nekalá soutěžní jednání a právní prostředky ochrany proti nekalé soutěži (nedovolené omezování soutěže upravuje zvláštní zákon).

Druhá část, kromě obecných ustanovení o obchodní společnosti, upravuje **veřejnou obchodní společnost, komanditní společnost, společnost s ručením omezeným, akciovou společnost** a v samostatné

5) Pelikánová, I.: *Návrh občanskoprávní kodifikace*, Právní fórum č. 10/2006.

6) Náměty ke změnám ve III. části obchodního zákoníku viz mj. ve Bejček, J. ve Eliáš, K. a kol.: *Kurs obchodního práva, Obchodní závazky, Cenné papíry*, C. H. BECK Praha, 1996, 2. vydání 1999 a 3. vydání 2003.; Bejček, J.: *Obchodní závazky* (obecná úprava a kupní smlouva), MU Brno, 2. aktualizované a doplněné vydání, 1994.; Ke změnám jednotlivých ustanovení in Pelikánová, I.: *Komentář k obchodnímu zákoníku*, 3., 4. a 5. díl, Linde Praha, 1996, 1997, 1999, 959.; Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M.: *Obchodní zákoník, Komentář, 10. rozšířené a přepracované vydání*, C. H. Beck Praha, 2005, 11. vydání 2006.



hlavě **družstvo**. Obsah této části je jen potvrzením toho, že obchodní zákoník je kodexem, který obsahuje problematiku dříve rozloženou do řady předpisů (např. o akciových společnostech a o družstvech).

„Obchodní závazkové vztahy“ je název třetí části. Zde jsou soustředěna některá ustanovení o právních úkonech, některá ustanovení o uzavírání smluv, ustanovení o zániku závazku jeho splněním, některá ustanovení o zániku nesplněného závazku, ustanovení o zajištění závazku, některá ustanovení o započtení pohledávek apod.

Jakmile je v názvu ustanovení uvedeno, že jde o ustanovení „některá“, je třeba si uvědomit, že další ustanovení jsou uvedena v občanskoprávních předpisech, zejména v zákoně č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“, nebo jen „ObčZ“). Neznamená to však, že tam, kde v nadpisu slovo „některá“ nenajdeme, vystačíme vždy jen s úpravou obchodně-právní.

Jak ukázaly praktické poznatky, nepatří řešení otázek vztahu ustanovení občanského zákoníku a obchodního zákoníku vždy k nejsnadnějším. Pro praxi nezbyvá než doporučit (což ostatně platí obecně) zejména pečlivé sledování judikatury.

Praktikům se pak osvědčuje (a řada komentářů obchodního zákoníku to již řeší) vyznačit si v ko-

dexu, kdy je úprava v obchodním zákoníku, kdy je jen v občanském zákoníku a kdy platí ustanovení občanského zákoníku s odchylkami a doplňky obchodního zákoníku.

Pro praktické používání lze rovněž doporučit vhodně si v předpisu označit ve třetí části obchodního zákoníku ustanovení kogentní (novely obchodního zákoníku však výčet kogentních ustanovení mění, změněn byl zejména zákonem č. 370/2000 Sb., tedy tzv. harmonizační novelou a zákonem č. 501/2001 Sb., tzv. technickou novelou).

Třetí část kodexu se dále nečlení podle předmětu plnění, jak jsme tomu byli zvyklí u dřívějšího hospodářského zákoníku (závazky při dodávkách výrobků, při přípravě a provádění investiční výstavby atd.), ale podle obsahu závazku, resp. podle druhu smlouvy.

Ve třetí části jsou též **zvláštní ustanovení pro závazkové vztahy v mezinárodním obchodu**.

Kodex uzavírají **ustanovení společná, přechodná a závěrečná** (čtvrtá část zákona).

Vztah obchodního zákoníku jako specifické úpravy a obecné úpravy občanskoprávní lze zjednodušeně vyjádřit trojím způsobem. Tam, kde nejsou specifika, nemá obchodní zákoník zvláštní ustanovení a platí jen úprava občanského zákoníku, event. občanskoprávních předpisů. Tam, kde jsou určitá specifika, obsahuje



obchodní zákoník některá (často jsou také tak nadepsána) odchylná doplňující ustanovení. Platí tedy zčásti obecná úprava občanského zákoníku a dále platí odchylky a doplňky upravené v obchodním zákoníku. Tam, kde jde o specifické závazkové vztahy, obsahuje obchodní zákoník specifickou úpravu. Provázanost zákonů však mohla být přesnější, aby jejich vztah činil méně problémů.

Důležitou otázkou řešenou v obchodním zákoníku je **určení podnikatelů**. Podnikateli podle obchodního zákoníku jsou osoby, které jsou zapsány v obchodním rejstříku, osoby, které podnikají na základě živnostenského oprávnění (živnostníci), dále osoby, které podnikají na základě jiného než živnostenského oprávnění podle zvláštních předpisů, a osoby, které provozují zemědělskou výrobu a jsou evidovány podle zvláštních předpisů.

Velmi frekventovaná jsou právě ustanovení třetí části o obchodně závazkových vztazích. Předmětem úpravy této části zákona jsou **závazkové vztahy mezi podnikateli** (§ 261 odst. 1 ObchZ), jestliže při jejich vzniku je zřejmé s přihlédnutím ke všem okolnostem, že se týkají jejich podnikatelské činnosti (jsou to tzv. relativní obchody - přesnější by bylo hovořit o relativních závazkových vztazích; přednost dáváme zde i v celém následujícím textu

kratšímu vyjádření, které se vžilo v praxi).

Touto částí zákona se řídí rovněž **závazkové vztahy mezi státem nebo samosprávnou územní jednotkou a podnikateli** při jejich podnikatelské činnosti (jsou to také relativní obchody), jestliže se týkají zabezpečování veřejných potřeb. K tomuto účelu se za stát považují i státní organizace, jež nejsou podnikateli, při uzavírání smluv, ze kterých vyplývá, že jejich obsahem je uspokojování veřejných potřeb (§ 261 odst. 2 ObchZ).

Třetí částí zákona se pak řídí **bez ohledu na povahu účastníků** závazkové vztahy mezi zakladateli obchodních společností, mezi společníkem a obchodní společností, jakož i mezi společníky navzájem, pokud jde o vztahy týkající se účasti na společnosti, jakož i vztahy ze smluv, jimiž se převádí podíl společníka, rovněž závazkové vztahy mezi zakladateli družstva a mezi družstvem a členem, jakož i mezi členy družstva navzájem, pokud vyplývají ze členského vztahu v družstvu, jakož i ze smluv o převodu členských práv a povinností, závazkové vztahy vznikající z burzovních obchodů a jejich zprostředkování a dále z úplatných smluv týkajících se cenných papírů, ze smlouvy o prodeji podniku nebo jeho částí, smlouvy o nájmu podniku, zástavní právo k obchodnímu podílu, smlouvy



o úvěru, smlouvy o kontrolní činnosti, smlouvy zasílatelské, smlouvy o provozu dopravního prostředku, smlouvy o tichém společenství, smlouvy o otevření akreditivu, smlouvy o inkasu, smlouvy o bankovním uložení věci, smlouvy o běžném účtu, smlouvy o vkladovém účtu, jakož i závazkové vztahy z bankovní záruky, z cestovního šeku a slibu odškodnění, mezi společnostmi nebo družstvem a osobou, která je statutárním orgánem nebo jiným orgánem nebo jeho členem, mezi zakladateli a správcem vkladu a z finančního zajištění (viz § 261 odst. 3 ObchZ).

V souladu se zásadou smluvní volnosti si dále **mohou strany dohodnout** (§ 262 ObchZ), že jejich závazkový vztah, jenž není vztahem, který by se měl řídit obchodním zákoníkem na základě ustanovení zákona, se jím bude řídit na základě této dohody (tzv. fakultativní obchody).

O tom, že **obchodní zákoník výrazně preferuje zásadu smluvní volnosti** svědčí, že strany se mohou ve smlouvě odchýlit od ustanovení této části zákona nebo její jednotlivá ustanovení vyloučit z použití. Strany si však nemohou ve smlouvě sjednat úpravu, jež by odporovala kogentním ustanovením, která jsou v této souvislosti pro jeho třetí část v obchodním zákoníku zásadně citována (jejich počet však není ve

vztahu k rozsahu závazkové části příliš rozsáhlý) v ustanovení § 263 obchodního zákoníku. Přitom je nutno respektovat i znění § 263 odst. 2 obchodního zákoníku, který určuje, že **všechna „Základní ustanovení“ smluvních typů jsou kogentní** a kogentní jsou i ustanovení, která předepisují povinnou písemnou formu právního úkonu.

K výraznému rozdílu (proti dřívějším hospodářsko-právním úpravám) dochází při uzavírání smluv. Úprava uzavírání smluv je vyjádřením zásady, že smluvního partnera si každý subjekt volí sám. Každý si ovšem nese i důsledky volby nezápravné.

Smlouvy jsou přitom podle obecné úpravy uzavřeny dohodou o celém jejich obsahu. Ustanovení § 409 až § 719b obchodního zákoníku upravující jednotlivé typy smluv se použijí jen na smlouvy, jejichž obsah dohodnutý stranami zahrnuje podstatné části smlouvy stanovené v základním ustanovení pro každou z těchto smluv. Ostatní smlouvy - tzv. nepojmenované smlouvy (podle ustanovení § 269 odst. 2 ObchZ) nejsou uzavřeny, jestliže strany ve smlouvě dostatečně neurčí obsah svých závazků (obchodní zákoník uvádí „předmět závazků“).

Další významná změna oproti předchozí úpravě se týká typických dřívějších **důsledků odpovědnosti za vady a za prodlení**, tj. „majetkových



sankcí“ (kterých bylo v hospodářském zákoníku i „základních podmínkách dodávek“ značné množství). Mimo povinnosti platit úroky z prodlení podle ustanovení § 369 obchodního zákoníku nejsou nyní v kodexu stanoveny, může však být mezi stranami sjednána tzv. smluvní pokuta.

Odpovědnost za škodu způsobenou porušením závazku je v obchodním zákoníku koncipována podle tzv. objektivního principu (nevyžaduje se zavinění škůdce, je však dána možnost liberace).

Jak je zřejmé, byť i jen při orientačním seznámení se s obchodním zákoníkem, na rozdíl od dřívějších úprav, nepředepisuje obchodní zákoník kogentní regulaci, zejména u závazkových vztahů v řadě otázek. Rozsah i obsah právní úpravy není přitom tak podrobná jako předchozí úprava, pro kterou bylo charakteristické množství podzákoných prováděcích předpisů.

Obchodní zákoník zrušil více než 80 předpisů (včetně hospodářského zákoníku, mj. včetně vyhlášek a výnosů, kterými byly vydány „základní podmínky dodávek“).

Konkrétní úprava je zásadně ponechána smlouvě, to platí mimo jiné pro otázky placení, fakturace, zkoušek atd., jejichž nevhodná úprava či absence těchto ustanovení ve smlouvě může mít event. nepříznivý dopad pro realizaci.

Úspěšně fungující ekonomice daného subjektu bude tedy přímo úměrná kvalifikovaně provedená smluvní činnost. „Umění kontrahovat“ výrazně ovlivňuje ekonomickou úspěšnost podnikajícího subjektu.

II. K efektivnosti právní úpravy

Činnost podnikatelských subjektů v dnešní společnosti by měla být určována důsledným snažením se o efektivnost veškerých aktivit, které tyto subjekty provozují. Efektivnosti má napomáhat i právní úprava, která by měla být prosta brzdících mechanismů a podnikatelskou činnost podporovat, napomáhat k uplatňování vůle podnikatelů při uzavírání a realizaci smluv. Současně by však právní úprava neměla sledovat jen zájem podnikatele, ale i zájem veřejný (zejména vyloučení těch subjektů, které zabezpečují své příjmy porušováním zásady poctivého obchodního styku). Prosperitu společnosti lze totiž podle našeho názoru založit jen na poskytování kvalitních služeb při respektování etických zásad platných i v podnikání.

II.1. Efektivnost práva a její pojetí

Snaha o efektivnost je patrná též z platné právní úpravy smluvních typů v rámci obchodních závazkových vztahů českého obchodního



zákoníku. Subjektům se dostalo díky této právní regulaci opravdu široké smluvní volnosti. Současné jsou zde uplatňovány i prvky reprezentující veřejný zájem (viz mj. ustanovení § 265 ObchZ, které určuje, že výkon práva, jestliže je v rozporu se zásadami poctivého obchodního styku, nepoživá právní ochrany).

Zkoumá-li se přitom efektivnost právní úpravy, lze považovat za míru její efektivnosti uskutečňování funkcí práva. Existují však i jiná pojetí efektivnosti, která pojímají efektivnost práva jen jako kvalitu právních norem, nebo jen jako realizaci právních norem; existuje i cílově výsledkové pojetí efektivnosti práva, nákladově výsledkové pojetí; uplatňují se i jiná, další pojetí.

Při **funkčním pojetí efektivnosti** práva hledáme podstatu efektivnosti především v jeho funkčnosti; vycházíme přitom z pojetí představitel funkční teorie p. prof. Hajna a jeho přednášek vyslovených na brněnské právnické fakultě. Jde o zjištění míry, jak se naplňují funkce práva i o zjištění okolností, za nichž se plní.

Obecně jsou rozlišovány dvě skupiny funkcí práva: **organizačně - regulativní** a **ochranně - zajišťovací**. Tyto skupiny funkcí vyjadřují potřebu zabezpečit veřejné zájmy, ale i ochránit zájmy jednotlivých osob. V rámci těchto skupin funkcí bývají pak zejména na úrovni jednotlivých

odvětví specifikovány a zkoumány funkce těchto odvětví. Příčiny odlišností ve funkcích jednotlivých právních odvětví se shledávají zejména v okolnosti, že jednotlivá odvětví přispívají k realizaci obecných funkcí práva v různé míře a různých oblastech.

Funkce naplňující se v obecných skupinách i funkce ve vztahu mezi skupinami funkcí **mohou být navzájem komplementární** (např. kogentní právní úprava promlčení stanoví lhůty dostatečné pro uplatnění práva, hájí obecný zájem a brání sjednávání nepřiměřeně krátkých lhůt, avšak po uplynutí těchto lhůt umožňuje námitku promlčení).

Funkce vůči sobě mohou však být i ve vztahu konkurence (kogentní právní úprava může prezentovat zájem společenský a může bránit individuálnímu odlišnému smluvnímu řešení i v případech, kdy by takové řešení bylo v souladu se zájmem obou smluvních stran). Při konkurenčním vztahu funkcí může přitom být diskusní, zda převažuje zájem společnosti nad zájmem jednotlivců či naopak (viz např. ustanovení § 446 ObchZ, které stanoví zásadně vlastnické právo kupujících z kupní smlouvy i tehdy, kdy nebyl vlastníkem prodávající; na jedné straně se zde preferuje jistota kupujících - což je jistě obecným zájmem, na straně druhé jde však o podstatný zásah do dosavadních



vlastnických práv; může přitom vystát otázka, zda je žádoucí zvyšovat jistotu kupujících právě takovým ustanovením a zda je to skutečně též v zájmu společenském).

Vztah konkurence funkcí můžeme chápat též jako vztah jejich vzájemné limitace - např. snaha o zajištění práv věřitele pomocí zástavního práva je limitována ochranou právního postavení zástavního dlužníka, do jehož vlastnického práva může zástavní věřitel zasáhnout jen zákonem stanoveným způsobem.

Vyvážený vztah naplňování funkcí je sice žádoucí, ale jen obtížně dosažitelný stav. Je jistým ideálním modelem, kterému by se měla legislativa i realizační praxe stále přibližovat.

Dnes se spíše může jevit, že **po období silných společenských preferencí určitých subjektů**, event. určitých ekonomických aktivit (viz mj. dřívější hospodářsko-právní povinnost k uzavírání smluv stanovená zrušeným hospodářským zákoníkem), se pomyslné **váhy naklonily ve prospěch individuálních zájmů** (viz např. možnost působení obchodních společností s poměrně nízkým základním kapitálem a možnost působení živnostníků u tzv. živností volných), což může mít pozitivní vliv na rozšiřování počtu podnikatelských subjektů, avšak i nechtěné důsledky spočívající v případné nestabilitě i nižší profesijní úrovni těchto osob.

V této souvislosti hovoříme - v závislosti na tom, jak jsou uskutečňovány funkce práva - o efektivnosti jednak předpokládané (vznik desetitisíců podnikatelských subjektů) a jednak nepředpokládané (někteří podnikatelé se slabým majetkovým a odborným zázemím a případně nízkou morální a občanskou úrovní narušují vztahový řetězec podnikové sféry se společenskými dopady). Lze též hovořit o **předpokládaných či nepředpokládaných negativních důsledcích právní normy** (nebo více právních norem) či právních předpisů.

K základním skutečnostem podmiňujícím realizaci funkcí práva náleží: kvalita právních norem samotných, kterou určuje adekvátnost upravovaných vztahů v právní normě, koordinovanost právních norem, respektování výslednosti práva a jeho mezí, systematika právních norem a kromě toho i jazyk a styl právních předpisů (základním požadavkem stylu právních norem je stručný a v tomto smyslu ekonomický způsob vyjadřování; omezuje rozsah normativního materiálu a usnadňuje jeho ovládnutí; stručnost právníckého stylu je ovšem v jisté konkurenci s jeho komunikativností), faktory spojené s osobami, které budou právo realizovat, zejména jejich postoje (které jsou pro realizaci právních norem limitující), znalosti a dovednosti (kde lze přispět ke zlepšení dosavadního stavu



i publikační činností - např. články v odborném tisku a veřejnými přednáškami), existence odpovídajících kontrolních mechanismů. To vše je třeba brát v potaz při nahlížení na dnešní právní úpravu a především při tvorbě nové právní úpravy, protože právě tím lze mj. přispět k trvale udržitelnému rozvoji společnosti.

Přestože **právní úprava jednotlivých smluvních typů** obchodního zákoníku (což platí i pro zákoník slovenský) je značně **stručná**, obsahuje pochopitelně ve svém souhrnu řadu právních ustanovení. Celý obchodní zákoník (přestože zrušil cca 80 právních předpisů) je z pohledu převážné většiny adresátů právních norem (neprávníků) dílem tak rozsáhlým (měřeno jejich viděním), že mnozí (často právě i z důvodu dřívějšího působení desítek předpisů, v nichž se neoborník nemohl orientovat) jen těžko překonávají zábrany k seznamování se s textem zákona. Přitom některé komplikované partie různých zákonů (roztržité řadou novelizací do nepřehlednosti), v nichž se příslušný subjekt snaží orientovat, mohou působit negativní postoje vůči právu vůbec (z tohoto pohledu se nám jeví úprava smluvních typů podle druhé hlavy třetí části ObchZ. příznivější ve srovnání s úpravami jinými).

Na postoje k právu výrazně působí kvalita právních norem. Závislost je tu však oboustranná.

Oboustranná podmíněnost existuje i mezi právními znalostmi a dovednostmi.

Podarí-li se však postupně dosahovat kladných postojů subjektů k právu (můžeme k tomu přispět i delší přípravou rozhodujících předpisů za účasti odborné veřejnosti) a k získávání jeho širších znalostí, lze pak teprve hovořit o rozvíjení příslušných dovedností. Individuální znalosti lze sice nahrazovat různými pomůckami - vzory, předtisky, formuláři, avšak každou takovou pomůcku můžeme použít jen jako východisko k individuálnímu řešení daného případu (vzor není dotazník). Čas a úsilí, o něž se při přípravě kontraktu obchodní případ zkrátí, může mít příp. i negativní důsledek.

Zdá se, že **nepřetržité novelizace různých právních předpisů bez jejich sladění** v průběhu jejich přípravy, by mohly navozovat dojem, že pro běžné adresáty norem jde o stav, který nejsou schopni reflektovat; může se jevit, že podmínka efektivnosti není dána.

II.II. Předpoklady efektivnosti práva

Předpoklady efektivnosti práva pak jsou ty či ony okolnosti, které v tom či onom stupni ovlivňují výslednou efektivnost práva (příkladem nenaplnění předpokladů může být i nepublikování úplných znění



předpisů po sérii jejich novelizací ve Sbírce zákonů České republiky a nedostatečné legisvakanční lhůty, přitom např. formulované tak, že předpis „nabývá účinnosti prvního dne druhého měsíce po vyhlášení“). Stupeň existence každého předpokladu ovlivňuje - ve vzájemném spolupůsobení s předpoklady ostatními - míru efektivnosti práva, aniž by o ní mohl sám rozhodovat či ji vylučovat. Příkladem vytváření základních předpokladů může být dodržení legislativní procedury, vhodný obsah předpisů, legislativně technická úroveň; tyto předpoklady samy ještě efektivnost práva nezabepečují.

Při přípravě nových právních úprav je třeba mít na paměti, že vedle nových, právem vyžadovaných způsobů chování přežívají ve větší či menší míře i způsoby chování dřívější a jejich efekty. K takovému stavu dochází zvláště v případech, kdy požadavky nových právních norem se výrazně liší od požadavků norem původních; zásadní změny by tedy měly být jen ve zvláště odůvodněných případech (příkladem mohou být dnešní „zápisy o splnění“ smlouvy o dílo ve výstavbě, obsahující soupis tzv. „ojedinelých drobných vad a ojedinelých drobných nedodělků“, neboť se jim v praxi plně nelze vyhnout, což dřívější úprava respektovala; tyto zápisy, které v praxi dnes „osvědčují“ splnění dí-

la, jsou přitom naopak důkazním prostředkem o jeho nesplnění, neboť kogentní ustanovení § 324 obchodního zákoníku přineslo zcela nový požadavek na plnění a to i ve výstavbě - plnit řádně a včas, tj. bez jakýchkoli vad a nedodělků; přitom převzetí s limitovanými vadami a nedodělků a zápisy o převzetí s těmito vadami jsou v souladu se zákonem - neosvědčují však splnění).

Novelizace mohou napravovat nedostatky platné právní úpravy, ale jejich působení nemusí být vždy jen pozitivní.

Z tohoto pohledu se nemusí jevit efektivní dílčí novelizace právních předpisů řešící jen jednotlivé otázky. Např. i k právní úpravě smluvních typů podle druhé hlavy třetí části obchodního zákoníku existují náměty *de lege ferenda*. Po jejich pečlivém posouzení by však bylo i z nákladového hlediska vhodné jejich řešení komplexní.

Objevení dílčího nedostatku právní úpravy však často vede k volání po její okamžité změně.

Neustálá příprava novelizací současně klade vysoké nároky na koordinaci, aby obecně docházelo k opakování normativního textu jen výjimečně.

Na druhé straně, je-li třeba dílčí novelty případné dispozitivní úpravy některého smluvního typu, může se odložit potřebná novelizace s argumentací, že může být „nahrazena“



odchylným ujednáním smluvních stran. Pokud by však bylo takové ujednání u „převažujícího počtu smluv“, může to společensky zvyšovat nákladové hledisko při volbě odchylných ujednání. I dispozitivní právní úprava smluv je totiž nepochybně vzorem - můžeme mluvit o naplňování racionalizační funkce práva - při organizaci závazkových vztahů a měla by konkrétním řešením začasté vyhovovat.

Naplňování racionalizační funkce práva dovoluje, aby mohly mít subjekty uspořádány vztahy způsobem, který byl propracován odborníky a dostatečně ověřen. Brání se tak mj. tomu, aby se pracně hledala již ověřená řešení.

Racionálnost ekonomického rozhodování předpokládá perspektivnost, a proto i určitou míru jistoty. Prvek nejistoty je přitom možné pouze regulovat, nelze jej zcela vyloučit.

Při zkoumání efektivity práva specifikujeme již její základní předpoklady, potřebujeme však znát i aktuální stav efektivity platné právní úpravy. **Zkoumat naplňování funkcí práva můžeme různými způsoby.** Můžeme provést mj. porovnání s jiným právním řádem. Tuto metodu je vhodné též použít tam, kde se v našem právním řádu formuje nový institut (např. leasing). Porovnání s dalším právním řádem dovoluje totiž především zvážit úplnost či neúplnost (a v tom-

to smyslu adekvátnost či neadekvátnost) úpravy té či oné oblasti společenských vztahů.

I tam, kde případně zjistíme, že naše právní úprava není v porovnání s jiným právním řádem úplná (např. že v porovnání s regulací některých druhů závazků ve Spolkové republice Německo chybí právní úprava vystavování účtů za provedené služby, tj. právní úprava fakturace) není možno očekávat, že event. doplněním této úpravy do našeho právního řádu „automaticky“ odstraníme některé nežádoucí jevy (např. pozdní provádění plateb mezi podnikateli a neplnění povinností stanovených „daňovými předpisy“). Tyto jevy mohou mít totiž celou řadu objektivních a subjektivních příčin.

Respektování známé skutečnosti, že právo není ani všemocné ani bezmocné (může svým dílem přispívat ke zlepšení daného stavu), je důležitým předpokladem efektivity právních norem.

II.III. Priority a preference

Při našich úvahách o funkcích právní úpravy se nevyhneme ani otázkám možných priorit a preferencí. Jsme přesvědčeni, že mají-li preference vůbec působit, musí se týkat jen úzkého okruhu případů (na podporu tohoto názoru můžeme uvést dřívější negativní zkušenost



s kontraktačními prioritami pro tzv. závazné úkoly státního plánu v dřívějším společenském zřízení; jakmile totiž jejich počet dosahoval několika set a vyjádření jejich objemu přesáhlo kapacitní možnosti příslušných oborů, pak nebyla prioritou žádnou prioritou - vše bylo prioritní). U preferencí se naplňují funkce organizačně - regulativní. Z opačného pólu však nemusí jít jen o potlačení smluvní svobody, ale i o zvýšenou ochranu určitých vztahů - o naplňování funkcí ochranně - zajišťovacích.

Preferovat ty či ony aktivity (stimulovat k nim) lze i snížením rozsahu sankcí pro případ určitých nezdarů. Jde - jak je zřejmé - také o poměrně tradiční techniku. V hospodářském životě však nalézá širokou příležitost k uplatnění. Převládají tu racionální, kalkulované způsoby chování. Výběr aktivit se provádí zpravidla tak, že se srovnávají výhody a rizika celé řady příležitostí. Je možno mj. posoudit, zda preferovat např. dodávky složitých investičních celků a též tzv. provozně nevyzkoušených strojů. Případně přiznáním možnosti limitace náhrady škody omezujeme sice jednoho partnera daného vztahu, na druhé straně poskytujeme možnost, aby vznikly vztahy, které by jinak vznikaly jen obtížně, popř. by nevznikaly jako vztahy právní, ale jen faktické, což by ve svém důsledku limitovalo i naplnění funkcí ochranně - zajišťovacích.

Pokud vznik určitých vztahů preferovat nebudeme, můžeme sice „vítat naplňování funkcí ochranně - zajišťovacích“ (bez limitace je možnost, že by škodu snášel poškozený, menší), k realizaci právních vztahů však pro velikost rizika vůbec nemusí dojít a pak nebude o efektivnosti takové právní úpravy možno vůbec mluvit. Preferencí některých činností se lze přiblížit stavu, kdy to, co je výhodné pro společnost, je výhodné i pro podnikatele.

Bylo by jistě žádoucí, aby to, co je výhodné obecně, bylo výhodné také v konkrétním případě. Představa, že by tomu tak vždy mohlo být, je představou ideální. Plné dosažení tohoto stavu možné není. I zde však lze vyvíjet úsilí tímto směrem.

Efektivnost podnikatelských činností, jak z hlediska společenského, tak i individuálního, nelze podle našeho názoru **dosáhnout** jedním nebo několika opatřeními, ale jen postupným **systémovým působením**. I když individuálním izolovaným opatřením nebo několika opatřeními nelze dosáhnout žádaných výsledků, je potřebné některé otázky zkoumat relativně samostatně. Mezi takové řadíme i prohlubování racionalizační funkce práva na úseku smluvních typů obchodního zákoníku (sem proto orientujeme a chceme směřovat naše publikační výstupy).

V právní vědě existují pochopitelně integrační směry - společné zkou-



mání problémů řadou disciplín; vytváření vysoce abstraktních pojmů, konstrukcí, teorií, které by byly schopny postihnout základní, společné znaky širokých oblastí reality. Obecně teoretické studium je doplňováno výzkumem v rámci jednotlivých disciplín pozitivního práva, dochází ke specializaci tohoto poznání.

Schopnost předvídat v legislativní činnosti efektivnost právních norem se vůbec může prohlubovat jen za podmínky rozvinutého zjišťování efektivnosti aktuálně platných právních norem. Takové zjišťování má totiž charakter zpětné informační vazby.

Jestliže je podnikatelských subjektů v České republice cca dva miliony a každý den vznikají tisíce smluv, považujeme oblast našeho zájmu za aktuální.

III. K pojmovým otázkám

Po vydání obchodního zákoníku se obchodní závazkové vztahy v ČR členily v odborné literatuře vč. literatury komentářové na tzv. absolutní obchodní závazkové vztahy (s výčtem v § 261 odst. 3 ObchZ; tento výčet se však novelami měnil), relativní obchodní závazkové vztahy (za splnění podmínek § 261 odst. 1 a odst. 2 ObchZ), fakultativní obchodní závazkové vztahy (na základě dohody stran podle § 262 ObchZ)

a absolutní neobchodní závazkové vztahy (neboli absolutní občansko-právní vztahy podle § 261 odst. 6 ObchZ). Zkráceně (při vědomí nepřesnosti a při praktické potřebě stručného vyjádření) se hovořilo a hovoří o tzv. absolutních obchodech, relativních obchodech, fakultativních obchodech a absolutních neobchodech.

Právní úprava se přitom změnila⁷⁾ a je otázkou, zda a jak tuto vžitou terminologii zachovat či korigovat.⁹⁾ Tomuto tématu věnujeme následující řádky. Těmto otázkám se přitom již věnovala odborná pojednání časopisecká,¹⁰⁾ reagovala i komentářová literatura.

Velmi významnou změnou právní úpravy v této souvislosti je přitom provedená změna ustanovení § 262 obchodního zákoníku.

- 7) Měnila se pak vícekrát (ne vždy shodně) i na Slovensku, viz mj. Moravčíková, A.: *Novela Obchodného zákonníka*, Slovenský profit, č. 15/1998; Patakyová, M., Moravčíková, A.: *Obchodný zákoník*, Ekonomický a právny poradca podnikateľa, č. 5-6/2002.
- 8) Vycházíme ze Marek, K.: *K obchodním závazkovým vztahům*, Právní rádce, č. 3/2004.
- 9) Viz Bejček, J.: *Změny v typologii obchodních závazků*, Obchodní právo č. 3/2003.
- 10) Srov. např. Štenglová, I.; Plíva, S.; Tomsa, M.: *Obchodní zákoník*, 8. vydání, C. H. Beck Praha s předchozími vydáními; Dědič, J. a kol.: *Obchodní zákoník, komentář, díl. IV.*, Polygon Praha 2002.



Konkrétně jde o znění § 262 odst. 4 obchodního zákoníku. Původně přitom byla změna ustanovení § 262 odst. 4 obchodního zákoníku navrhována v užší podobě a i u této podoby jsme se obávali složitosti.¹¹⁾ Dnešní znění § 262 odst. 4 obchodního zákoníku přitom určuje:

Ve vztazích podle § 261 obchodního zákoníku nebo podřízených obchodnímu zákoníku dohodou podle odstavce 1 se použijí, nevyplývá-li z tohoto zákona nebo ze zvláštních právních předpisů něco jiného, ustanovení této části na obě strany; ustanovení občanského zákoníku nebo zvláštních právních předpisů o spotřebitelských smlouvách, adhézních smlouvách, zneužívajících klauzulích a jiná ustanovení směřující k ochraně spotřebitele je však třeba použít vždy, je-li to ve prospěch smluvní strany, která není podnikatelem. Smluvní strana, která není podnikatelem, nese odpovědnost za porušení povinností z těchto vztahů podle občanského zákoníku a na její společné závazky se použijí ustanovení občanského zákoníku (Slovenský obchodní zákoník dnes tuto právní úpravu neobsahuje.)

11) K těmto otázkám viz Pelikánová, I.: *Obchodní zákoník drcený novelami novel*, Právní zpravodaj č. 3/2001 a srov. Marek, K.: *Poznámka k článku Obchodní zákoník drcený novelami novel*, Právní zpravodaj č. 4/2001.

III.I. Typové - absolutní obchody

Interpretace ustanovení § 262 odst. 4 obchodního zákoníku se přitom dnes nezdá být jednoduchou. Jednou z otázek při dosavadním znění § 262 odst. 4 obchodního zákoníku nyní je, zda lze ještě pro vztahy upravené v ustanovení § 261 odst. 3 obchodního zákoníku, podle kterého se III. částí obchodního zákoníku řídí bez ohledu na povahu účastníků vztahy vyjmenované v tomto odstavci, používat pojem **absolutní obchody**.

Připomeňme, že dosud používaný pojem absolutní obchody nemohl snad vyjadřovat, že by se zde vyjmenované vztahy řídily jen obchodním zákoníkem. To by odporovalo mj. ustanovení § 1 odst. 2 obchodního zákoníku. **Pojem absolutní obchody** chtěl podle našeho názoru **vyjádřit, že** vyjmenované vztahy budou absolutně, tj. bez splnění dalších podmínek, vždy obchodněprávní a **nejprve se budou řídit zásadně** obchodním zákoníkem, i když dnes souběžně a rovněž na prvním místě i ustanovením § 262 odst. 4 obchodního zákoníku. Vyčítáme-li z ustanovení § 1 odst. 2 obchodního zákoníku, pak teprve, pokud některé otázky nelze řešit podle obchodněprávních ustanovení, se řeší podle předpisů práva občanského. Nelze-li je řešit podle těchto předpisů, posoudí se podle



obchodních zvyklostí, a není-li jich, podle zásad, na kterých spočívá obchodní zákoník.

Ustanovení § 262 odst. 4 obchodního zákoníku tvoří ovšem průnik i do této úpravy. Na tom, že jde vždy o výchozí obchodněprávní vztahy (přestože např. „nepodnikatel“ ponese odpovědnost za porušení povinností podle občanského zákoníku a bude tato speciální úprava použita v této otázce rovněž na prvním místě) se však nic nemění. I nadále totiž platí § 261 odst. 3 obchodního zákoníku: „Touto částí (rozumějme III. částí - poznámka autora) zákona se řídí bez ohledu na povahu účastníků závazkové vztahy ...“ a tyto vztahy jsou zde vyjmenované.

Za této situace nemůžeme zřejmě odsoudit ty, kteří budou nadále pojem „absolutní obchody“ používat. Ti, kteří tak budou činit, měli by však zřejmě upozornit (pokud to bude vzhledem k adresátům jejich působení vhodné, např. vzhledem ke studentům či při přednáškách pro veřejnost) na výše uvedené související úpravy zejména na § 1 odst. 2 obchodního zákoníku a § 262 odst. 4 obchodního zákoníku. Kladem takového řešení může být zachování kontinuity dosavadní terminologie ve vztahu k dosavadním odborným článkům, komentářům apod. Rubem pak může být špatné pochopení pojmu ve vztahu k jiným úpravám než

obchodněprávním, které i do „absolutních obchodů“, a to zejména podle § 262 odst. 4 obchodního zákoníku, pronikají.

Přitom lze ocenit a vážít si autorů (především lze uvést p. prof. Bejčka) při hledání pojmu nového, který by lépe vystihoval charakter vztahů upravených v ustanovení § 261 odst. 3 obchodního zákoníku. Takovým pohledem lze vidět návrhy pojmů **typové obchody** či **„nominální obchody“**, resp. **nominátní**. Zřejmě však se ani nositelé této terminologie nevyhnuou upozornění, že jde o vztahy dříve označované jako absolutní obchody (což je vhodné mj. pro vyhledávání v lexikonech apod.), přičemž označení „absolutní obchody“ mělo vyjádřit, že jde o vztahy obchodněprávní jako o vztahy výchozí a je to určeno jejich uvedením v § 261 odst. 3 obchodního zákoníku - jejich konkrétním vyjmenováním.

Zatímco u relativních obchodů se musí, aby se jednalo o obchodní závazkové vztahy, naplnit podmínky stanovené v ustanovení § 261 odst. 1 obchodního zákoníku nebo § 261 odst. 2 obchodního zákoníku - v obchodním zákoníku není a ani nemůže být proveden výčet. Pokud by to pak bylo u určitých adresátů vhodné (např. u pracovníků podnikové sféry), lze je upozornit též, že nejde o pojmy k určení smluv a typové smlouvy jsou samozřejmě pojmem odlišným.



Typové obchody resp. nominát-ní obchody tvoří však v § 261 odst. 3 obchodního zákoníku převážně vyjmenované smluvní typy a patří sem i další vyjmenované závazky, např. ze slibu odškodnění. I při této terminologické koncepci je nutno upozornit na průnik ustanovení § 262 odst. 4 obchodního zákoníku.

Bude přitom vhodné zdůraznit (zvláště při přednáškách nepráv-níkům), že mezi typovými obchody nejsou však všechny smluvní typy, ale jen ty, které § 261 odst. 3 obchod-ního zákoníku vyjmenovává.

Při použití nové terminologie pak nepůjde o možnost řazení pojmů stejné kategorie: absolutní (použití obchodního zákoníku je tu výchozí bez splnění podmínek) a rela-tivní (při splnění podmínek).

III.II. Relativní obchody

Ustanovení § 262 odst. 4 obchod-ního zákoníku je průnikem, resp. se promítá zásadně¹²⁾ do všech druhů obchodů (s výjimkou závazkových

vztahů upravených podle § 261 odst. 7 obchodního zákoníku, které ovšem nejsou obchodně-právní, i když jsou upraveny v rámci § 261 ObchZ). Promítá se tedy i do **rela-tivních obchodů**.

Relativní obchody, u kterých vý-chozí úprava je obchodně-právní při splnění stanovených podmínek, **se obvykle člení podle vymezení pro-vedených v ustanoveních § 261 odst. 1 obchodního zákoníku a § 261 odst. 2 obchodního zákoníku na:**

- závazkové vztahy mezi podnika-teli, jestliže při jejich vzniku je zřejmé s přihlédnutím ke všem okolnostem, že se týkají jejich podnikatelské činnosti
- závazkové vztahy mezi státem (k tomuto účelu se za stát pova-žují i státní organizace, jež nejsou podnikateli při uzavírání smluv, z jejichž obsahu vyplývá, že jejich obsahem je uspokojování veřej-ných potřeb) nebo samosprá-vnou územní jednotkou (sloven-ský obchodní zákoník na tomto místě uvádí ještě kromě uvede-ných subjektů i právnickou oso-bu zřízenou zákonem jako veřej-noprávní instituci a kromě veřejných potřeb uvádí, že se to může týkat i vlastního provozu vyjmenovaných nepodnikatel-ských subjektů) a podnikateli při jejich podnikatelské činnosti, jest-liže se týkají zabezpečování ve-řejných potřeb.

12) Nepromítá se do vztahů podle § 261 odst. 3 ObchZ, jsou-li jejich účastníci podni-katelé. Nepromítá se do vztahů podle § 261 odst. 1 ObchZ. Nepromítá se do vztahů podle § 261 odst. 6 ObchZ, pokud jde sou-časně o vztahy podle § 261 odst. 1 ObchZ. Nepromítá se do vztahů podle § 262 ObchZ, pokud jsou jejich účastníci podni-katelé a dohodli se na použití obchodního zákoníku v případech, kdy jde o vztahy ne-týkající se jejich podnikatelské činnosti.



I když se při použití ustanovení § 262 odst. 4 obchodního zákoníku problematika stala složitější, na to, zda půjde o výchozí obchodněprávní úpravu, mají vliv podmínky stanovené v § 261 odst. 1 a odst. 2 obchodního zákoníku. Používaný pojem relativní obchody by se proto měnit nemusel. To lze považovat za příznivé.

Tato příznivá situace však podle našeho názoru nenastává v případě úpravy stanovené v § 261 odst. 6 obchodního zákoníku v první větě. Původní text obchodního zákoníku určoval, že smlouvy mezi osobami uvedenými v § 261 odst. 1 a odst. 2 obchodního zákoníku, které nejsou upraveny v hlavě II. třetí části obchodního zákoníku, se řídí pouze ustanoveními občanského zákoníku. Proto se používal pojem absolutní neobchody.

Dnešní znění § 261 odst. 6 obchodního zákoníku v první větě však stanoví, že tyto smlouvy se řídí příslušnými ustanoveními o tomto smluvním typu v občanském zákoníku a obchodním zákoníku. Protože tedy již o absolutních neobchodech hovořit nelze, **je navrhováno používat pojmu smíšené obchody či obchody kombinované.**

To je pochopitelně plně proveditelné při případném možném upozornění na **odlišnost smíšených obchodů od tzv. smíšených smluv.** Domníváme se, že však bylo možno zvážit i takové řešení, kdy by tento

druh obchodů byl dnes rozlišován v rámci obchodů relativních. Jde totiž o smlouvy mezi osobami uvedenými v § 261 odst. 1 a odst. 2 obchodního zákoníku a řídí se také obchodním zákoníkem (i když se současně řídí i příslušnými ustanoveními o tomto smluvním typu v občanském zákoníku).

K výše uvedenému **členění relativních obchodů** na:

1. upravené v odst. 1 § 261 obchodního zákoníku,
2. upravené v odst. 2 § 261 obchodního zákoníku,

by pak přibýlo členění podle **dalšího kritéria.**

Relativní obchody pak lze i členit na ty, u nichž používáme:

- smluvní typ z obchodního zákoníku (pochopitelně s výjimkou smluvních typů uvedených v § 261 odst. 3 obchodního zákoníku).
- tzv. nepojmenovanou smlouvu uzavřenou podle obchodního zákoníku (viz první větu § 269 odst. 2 obchodního zákoníku).
- smluvní typ z občanského zákoníku (podle § 261 odst. 6 obchodního zákoníku).

III.III. Občanskoprávní vztahy (absolutní neobchody)

Tzv. **absolutní neobchody** (občanskoprávní vztahy) jsou dnes podle našeho názoru smlouvy **uzavírané v souladu s ustanovením § 261**



odst. 7 obchodního zákoníku. Toto ustanovení obsahuje stručný text: Pojistná smlouva se řídí občanským zákoníkem a zvláštními zákony.

Sice bychom přivítali, aby měla pojistná smlouva stejný režim jako ostatní smluvní typy z občanského zákoníku (podle § 261 odst. 6 obchodního zákoníku), tím, že ji však zákonodárce uvádí samostatně, nechtěl zřejmě vyjádřit to, že jde o smlouvu podle § 261 odst. 6 obchodního zákoníku, a že jediným rozdílem je, že se též řídí zvláštními zákony. Zvláštními zákony se totiž budou i jiné smlouvy řídit také. Zřejmě ji koncipoval jen jako občanskoprávní.¹³⁾

Skutečnost, že jde o smlouvu občanskoprávní, se nám však nejeví jako příliš systémové řešení (které po našem soudu nelze snad odůvodňovat tím, že je pojistných smluv mnoho). Avšak z hlediska platné právní úpravy to musíme re-spektovat.

III.IV. Fakultativní obchody

Přitom podle § 262 obchodního zákoníku zůstává možnost, **že si strany i nadále mohou dohodnout, že jejich závazkový vztah, který nespadá pod vztahy uvedené v § 261 obchodního zákoníku, se řídí tímto zákonem.** Používaný pojem **fakultativní obchody** by tedy mohl být zachován. Průnik ustanovení § 262 odst. 4 obchodního zákoníku pak platí i pro tento druh obchodních závazkových vztahů.

V terminologii obchodních závazkových vztahů je pak možno spolu s J. Bejčkem nazývat typové (absolutní) a relativní obchody společně jako tzv. obchody obligatorní a o závazcích podle ustanovení § 261 odst. 7 obchodního zákoníku hovořit jako o obligatorních neobchodech.

(poznámka redakce: článek byl na tomto místě redakcí rozdělen a bude pokračovat v nadcházejícím čísle, kde se autor bude věnovat zejména schématickému uchopení pramenů obchodního práva)

doc. JUDr. Karel Marek, CSc.

Katedra obchodního práva

Právnícká fakulta

Masarykovi univerzity v Brně

13) Shodně - s ohledem na novou zvláštní právní úpravu pojistných smluv s účinností k 1. 1. 2005 - v 9. vydání Štenglová, I.; Plíva, S.; Tomsa, M.: *Obchodní zákoník, komentář*, C. H. Beck Praha, 2004 a shodně pak i v 10. podstatně rozšířeném vydání, C. H. Beck Praha, 2005.