

---

***AD HOC* LEGISLATÍVA  
V SÚKROMNOM PRÁVE  
*AD HOC* LEGISLATION  
IN PRIVATE LAW**

**XIV. LUBYHO PRÁVNICKÉ DNI  
XIV. DIES LUBY IURISPRUDENTIAE**

---



**XIV. Lubyho právnické dni**  
**XIV. Dies Luby Jurisprudentiae**

***AD HOC* LEGISLATÍVA  
V SÚKROMNOM PRÁVE**

***AD HOC* LEGISLATION  
IN PRIVATE LAW**

**Kristián Csach (ed.)**

Medzinárodná vedecká konferencia  
International Scientific Conference

Smolenice 19. – 20. 9. 2019

Nadácia Štefana Lubyho a Právnická fakulta,  
Trnavská univerzita v Trnave  
Štefan Luby Foundation and Faculty of Law,  
Trnava University in Trnava

**leges**

*Vzor citace/Recommended Citation Form:*

Csach, K. (ed.): *Ad hoc legislativa v súkromnom práve*. Praha: Leges, 2019, 263 s.

*Recenzenti/Reviewers:*

prof. JUDr. Oľga Ovečková, DrSc.

doc. JUDr. Monika Jurčová, PhD.

KATALOGIZACE V KNIZE – NÁRODNÍ KNIHOVNA ČR

Lubyho právnické dni (konferencie) (14. : 2019 : Smolenice, Slovensko)

Ad hoc legislativa v súkromnom práve : XIV. Lubyho právnické dni : medzinárodná vedecké konferencia : Smolenice 19.–20. 9. 2019 = Ad hoc legislation in private law : XIV. Dies Luby Jurisprudentiae : international scientific conference / Kristián Csach (ed.). – Vydání první. – Praha : Leges, 2019. – 263 stran. – (Teoretik)

Částečně anglický a český text

Pod názvem: Nadácia Štefana Lubyho a Právnická fakulta, Trnavská univerzita v Trnave. –

Obsahuje bibliografické odkazy

ISBN 978-80-7502-422-0 (vázáno)

\* 347 \* 342.537.3/.5 \* (437.3) \* (437.6) \* (062.534)

– soukromé právo

– soukromé právo – Česko

– soukromé právo – Slovensko

– zákonodárství

– zákonodárství – Česko

– zákonodárství – Slovensko

– sborníky konferencí

347 – Soukromé právo [16]

Tento zborník je súčasťou riešenia projektu APVV-17-0562 s názvom „Zmluvy uzatvárané prostredníctvom elektronických platforiem“.

Vydalo Nakladateľství Leges, s. r. o., Lublaňská 4/61, Praha 2, v roce 2019 jako svou 623. publikaci.

Vydání první

Edice Teoretik

Návrh obálky Michaela Vydrová

Redakce Mgr. Mária Pavláková

Sazba Gradis

Tisk powerprint, s. r. o., Horoměřice

[www.knihyleges.cz](http://www.knihyleges.cz)

© Kristián Csach (ed.), 2019

ISBN 978-80-7502-422-0

# PREDHOVOR

Predkladaný zborník prezentuje výstupy medzinárodného vedeckého biennále, XIV. Lubyho právnických dní, organizovaného Nadáciou Štefana Lubyho, Právnickou fakultou Trnavskej univerzity v Trnave s podporou Ústavu štátu a práva Slovenskej akadémie vied.

Témou pravidelnej medzinárodnej vedeckej konferencie, XIV. Lubyho právnických dní, ktorá sa uskutočnila v dňoch 19. – 20. septembra 2019 v kongresovom centre Slovenskej akadémie vied v Smoleniciach, bola *ad hoc* regulácia v súkromnom práve. Vedecký výbor konferencie sa pravidelne snaží nadviazať na vedecký odkaz Štefana Lubyho a tiež reflektovať na súčasné výzvy súkromného práva v stredoeurópskom kontexte, ktoré presahujú bežné témy pozitívneho práva a otvárajú aj hlbšie, principiálne či hodnotové otázky. Jednou z veľkých tém súčasnosti je legislatívna reakcia na akútne spoločensko-ekonomické situácie.

Kuvičie hlasy hlásia, že sa čas veľkých systematizácií a práva formulovaného ako všeobecné abstraktné pravidlá chýli ku koncu. Z práva sa stáva nástroj regulácie vzťahov formulovaný tak, aby jeho adresáti našli čo najkonkrétnejšiu odpoveď na praktický problém.

Problematika však nie je nová. Aj Štefan Luby sa zaoberal osobitnými prípadmi výnimočného práva (*ius singulare*), ktoré proti základným princípom právneho poriadku ustanovuje výnimočne pre osobitné prípady niečo iné (*contra rationem iuris*).<sup>1</sup>

Pri výbere témy konferencie, a teda aj obsahového zamerania príspevkov pozvaných hostí mali organizátori pred očami legislatívne reakcie v podobe predpisov vzťahujúcich sa na jeden jediný prípad (prototypovo *Einzelfallgesetze* podľa čl. 19 nemeckého Základného zákona), ale aj zákony prijaté ako reakcia na určitú konkrétnu situáciu či príležitosť (príležitostné zákony).

V tomto zborníku nájde čitateľ príspevky autorov rôznych krajín, venujúcich sa aktuálnym atypickým súkromnoprávnym reguláciám v ich vlastných jurisdikciách. Okrem *ad hoc* regulácie v prísnom zmysle slova nájdeme aj viaceré príspevky venujúce sa príležitostnej legislatíve. Ukazuje

---

<sup>1</sup> LUBY, Š. *Slovenské všeobecné súkromné právo I. zv. Všeobecná časť*. Bratislava, 1941, s. 48.

sa tiež, že spravidla ide o príležitosti negatívne, reakcia na nevhodný ekonomický vývoj. Podstatne menej príspevkov je zameraných na legislatívne pokusy o proaktívne využívanie príležitostí ekonomického rozvoja a atypických právnych vzťahov (elektronizácia a platformy). Aj tu sa potvrdzuje, že legislatíva je skôr reakciou na ekonomický vývoj a nie je jeho hlavným určovateľom či tvorcom perspektívnych pravidiel pre budúce transakcie. Zaujímavé je, že mnohé z týchto regulácií sa stali predmetom ústavnoprávneho prieskumu. Nedá sa však zovšeobecniť, že by ústavnoprávne zásahy proti novej reagujúcej legislatíve plošne vyčítali neústavnosť individuálnych či príležitostných zásahov, ale skôr iné porušenia hmotných či procesných ústavne chránených pravidiel a hodnôt.

Na tomto mieste ostáva poďakovať sa vedeckému a organizačnému výboru konferencie, reprezentantom organizujúcich inštitúcií, ako aj sponzorom a realizačnému tímu. V neposlednom rade sa žiada poďakovať aj všetkým referujúcim, diskutujúcim a účastníkom konferencie. Každý svojou mierou a nadšením umožnil nielen zdarný priebeh akcie, ale svojimi vstupmi do diskusie následne reflektovanej aj v zborníku prispel k vedeckému odkazu podujatia.

Nemôžeme taktiež opomenúť, že účastníci konferencie venovali spomienku dlhoročným organizátorom a patrónom konferencie, v roku 2018 zosnulým profesorom Trnavskej univerzity v Trnave, Petrovi Blahovi a Jozefovi Prusákovi.

Snáď sa predkladaný zborník zaradí do radu publikačných výstupov tejto tradičnej konferencie, ktoré si už našli tradičné miesto tak v právnických knižniciach, ako aj v knižniciach právnikov.

*zostavovateľ*

# OBSAH

Predhovor .....	5
<b>A. <i>Ad hoc</i> súkromnoprávne úpravy: dôvody vzniku, mechanizmus pôsobenia a ich postavenie v systéme práva .....</b>	<b>9</b>
Promoting Social Justice in Private Law .....	11
Stabilita soukromého práva a turbulencie politiky .....	29
Spontánnosť soukromého právniho řádu versus entropie jeho regulatorních veřejnoprávních korekcí .....	47
Kodifikácia, dekodifikácia, rekodifikácia a ďalšie cesty súkromného práva .....	76
<i>Leges singulares</i> : Atypické zákony z pohľadu súčasného právneho realizmu .....	96
<i>Ad hoc</i> legislatíva z pohľadu tvorby zákonov .....	111
<b>B. <i>Ad hoc</i> súkromnoprávne úpravy ako reakcie na externé okolnosti .....</b>	<b>117</b>
Does a nation have “personality rights”? On the abuse of civil law by involving it into the political struggle .....	119
Law no. 77/2016 concerning the giving in payment of immovable goods in order to discharge the obligations concluded by credit contracts .....	130
<i>Ad hoc</i> legislation in the financial crisis (Croatian model of the fight against over-indebtedness of citizens) .....	158

<b>Soukromoprávní regulace platforem .....</b>	<b>185</b>
<b><i>Ad hoc</i> regulácia zmlúv uzatváraných prostredníctvom platforiem .....</b>	<b>203</b>
<b>C. <i>Ad hoc</i> úpravy v jednotlivých právnych odvetviach .....</b>	<b>217</b>
<b><i>Ad hoc</i> úprava vs. všeobecné právny režimy v obchodním (korporačným) právu .....</b>	<b>219</b>
<b><i>Ad hoc</i> legislatíva v exekučnom práve .....</b>	<b>229</b>
<b><i>Ad hoc</i> legislatíva v konkurznom práve .....</b>	<b>238</b>
<b>Kauza Tipos – dôvod prijatia <i>ad hoc</i> procesnej legislatívy .....</b>	<b>253</b>



A.

***AD HOC* SÚKROMNOPRÁVNE ÚPRAVY:  
DÔVODY VZNIKU, MECHANIZMUS  
PÔSOBENIA A ICH POSTAVENIE  
V SYSTÉME PRÁVA**



# PROMOTING SOCIAL JUSTICE IN PRIVATE LAW

*Dr. Attila Menyhárd*

*Faculty of Law, Eötvös Loránd University in Budapest, Hungary*

This contribution attempts to assess *ad hoc* legislation as a tool of promoting social justice in private law if the parties were prevented from implementing it as a result of incompleteness of their contract and if adapting the contract to changed circumstances by the courts on the grounds of *clausula rebus sic stantibus* would be less efficient than statutory intervention. This contribution follows the idea that contracts are social relationships and that long-term contracts are to be seen as relational transactions. It is also argued that the legislation addressing consumer loans denominated in CHF is reallocation of risks of changed circumstances unforeseen by the parties in order to promote corrective justice. These cases should have been assessed correctly as *clausula rebus sic stantibus* cases, because they are about *ex post* reallocation of risks of a financial crisis unforeseen by both of the contracting parties. It is also examined why the structure of private law is important and should be kept intact even if the legislator uses *ad hoc* measures.

## **1. Importance of structure, coherence and the role of policy in private law**

In the course of addressing a legal problem in private law, we assume, that the judgement is the outcome of closed lines of arguments. These arguments point to one and only one correct conclusion. Thus, the outcome of the case is not arbitrable but is determined by principles. Sometimes the solution is a policy judgement. Such judgements are to be handed down when there are no answers to be derived from the existing legal provisions or when there is an answer, but the result is unacceptable from the point of view of social evaluation. Policy judgements are also supposed to be con-

sistent as they are to comply with the requirement, that same cases are to be decided the same way, while different cases are to be decided differently. Explanation of policy issues and the conclusions on such ground, however, are also to fit into the logical structure of private law. It means that normally the judgement is to be seen as the only logical consequence of premises that are relevant in the given case.

This internal logic resembles to the system of mathematics. There is a consent about axioms (premises) that we never doubt. They make the conceptual basis of private law. The basic structural concepts like person, ownership, contract, liability etc. provide the domain for the validity of conclusions. Arguments, presenting the line of conclusions are to be drawn by the logic on the basis of the concepts (axioms) as they are related to the social relationship, that is, the facts of the case. If we change concepts, then arguments and conclusions based upon them are not valid anymore. Syllogisms, on the basis of axioms and premises, establish a conclusion that is inevitable. This is the scientific element in the art of law, because the correctness or failure of syllogisms can verify or falsify the consequences, which is the basic criterion of science. The methodology, used in order to get conclusions in individual cases with application of law is based on consent of the interpretive community of the lawyers in the society.<sup>1</sup>

The underlying difference between the way of thinking of mathematics and law is that in legal adjudication, the logical consequences can and shall be assessed, and if necessary, overruled in the light of social values relevant in the given case. Such overruling, however, is also to fit into the logical structure. General clauses open the line of arguments for social evaluation. Concepts, premises and syllogisms create a system which is the basis of common understanding of lawyers, that is the interpretive community of the society entrusted with the task of social engineering. Judgements or legislative measures that do not comply with this system, undermine the common understanding and are to be deemed as detrimental.

The most precise description of how private law works depicts the judgement of the court as a process of evaluation. In this mechanism, the court decides the case on the basis of closed number of relevant values with counterweighing them in context of the facts of the case. Whether

---

<sup>1</sup> POPPER, K. R., *The Logic of Scientific Discovery*, London/New York: Routledge, Routledge Classics, 2002, 17, 27.

the party does or does not have a right against the other, is the result of such evaluation. Thus, private law shall be seen as a flexible system,<sup>2</sup> where judgements are the result of balancing relevant values and interests. In this flexible system, e.g. the binding force of the contract depends on counter-weighting four fundamental values: private autonomy, protection of reliance on the other party's conduct and statements, objective evaluation of the intended exchange and self-reliance.<sup>3</sup> The strength of the value of private autonomy depends on how informed the parties were in the course of contracting and if their decision upon contracting was a voluntary one. From this point of view, law can be described as a mechanism of transmitting and implementing values.<sup>4</sup> As such valuations of cases cannot be structured to build a system on, arguments anchored in legal provisions, as well as standards and doctrines are required to make that. In absence of such structure, professional discourse and common understanding of the arguments would not be possible. If there is no such common understanding, one cannot establish the scope of conclusions and cannot predict the consequences as to other cases.

In private law, the content of norms is to be established by the judges via interpretation and application of standards, doctrines and general clauses. These are the tools of opening the line of arguments for social evaluation. In so far as enforcing policy is the part of the methodology, the system remains coherent. The consequence of the role of courts is that the content of private law is actually consisted of statements about prediction of outcome of hypothetical cases.<sup>5</sup> The logical structure steered by considering policy

---

<sup>2</sup> WILBURG, W.: *Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht* (Rede gehalten bei der Inauguration als Rector magnificus der Karl-Franzes Universität in Graz am 22 November 1950), Kienreich: Graz, 1950; WILBURG, W.: *Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts*. 163 *AcP*, 1964, 364.

<sup>3</sup> BYDLINSKI, F., A "Flexible System" Approach to Contract Law. In HASUMANNINGER, H. et al (eds), *Developments in Austrian and Israeli Private Law*. Wien/New York: Springer, 1999, 9.

<sup>4</sup> HABERMAS, J., *Between Facts and Norms*. Cambridge: Polity Press, Blackwell, 1997, 255.

<sup>5</sup> MENYHÁRD, A., Text, Values and Interpretation – The Role of Judges and Legislative Power in Private Law. In BELOV, M. (ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law – Judicialization of Politics and Politization of the Judiciary*, Oxon/New York: Routledge, 2020, 69–82.

issues and social evaluation results in a specific method which brings law close to the nature of *art*.<sup>6</sup>

## 2. *Ad hoc* legislation and the structure of private law

The system of the written norms of private law is a mixture of broadly defined rules, formulated on a high level of abstraction and norms defined in a concrete and specific way with a regulatory nature. Both legislation and judicial adjudication may be seen as intervention of state in relationships of individuals. Especially, in context of contract law this intervention is limiting the freedom of contract, mostly in order to protect public interest or correcting market failures. From the model of private law follows that regulation, as a legislative intervention, is necessary if and in so far as judicial adjudication is not a proper tool for intervention of the state in private law relationships.

It is a historical experience in the development of private law that the more detailed and specific the applicable norms are, the less compatible the result of application is with the social evaluation of the specific case. This is the consequence of narrowing the room of judicial adjudication. The structural impact of *ad hoc* statutory intervention can be positive if it is able to increase legal certainty or is able to make social evaluation clearer. Its impact on this level basically depends on how coherent with the structure of existing law it is, including court practice as well. Regulatory approach is, in general, not the standard methodology of private law. In order to distinguish cases and to provide justice for the parties in individual cases, enough room is to be allowed for judicial adjudication. One of the problems with *ad hoc* legislation is, in most of the cases, that it narrows this playing field. The other is that mostly the consequence of such legislation is increased uncertainty in the flexible system of private law, because it makes it unclear whether cases that do not fall under the scope of the specific regulation but are similar to that, are to be distinguished and decided differently or are to be decided the same way.

Consumer protection is a good example of how specific legislation can make the contours of the structure of private law uncertain. The goal and

---

<sup>6</sup> See the reference to *ars* in the maxim “*ius est ars boni et aequi*” by ULPPIAN.

the underlying policy of consumer protection is clear. The division of private law on the basis of subjective qualification, however, raises the question if contracts of small and middle-size enterprises, individual entrepreneurs in particular, with big companies are to be assessed the same way as consumer contracts or are to be assessed differently. At some points, in order to avoid inconsistency, the rules that are relevant in consumer protection legislation could be shifted to general level. This was the solution followed by the Hungarian legislation with implementing the general concept of unfair contract terms in standard form contracts, making such contract terms unenforceable not only in consumer contracts but in contracts in general. It is, however, unclear, to what extent unfairness (incompliance with the requirement of good faith and fair dealing) is to be assessed differently according to the bargaining power of the parties. In other words, it is not possible to predict if a contract term declared unenforceable in a consumer contract would be – and if yes, under what circumstances – unenforceable in a “B to B” contract as well, if the bargaining power of the parties were extremely different. In such cases, policy arguments underlying consumer protection may suggest the same outcome while policy arguments underlying commercial law may suggest different conclusion.

### **3. Justice and private Law: from autonomy to solidarity**

Our relationship to justice is rather ambivalent. We think that it is the task of the law to implement justice in social relationships and also that the quality of the law shall be assessed in the light of its compliance with justice. On the other hand, we don't like the concept of justice because of its vagueness. We try to avoid using it in our discussions because our understanding of justice can be so different that such differences may prevent us from speaking the same language and certainly it is a source of risk of deep misunderstandings. There is a huge bulk of legal materials produced during thousands of years with the attempt of finding the proper concept of justice. Looking back now to these attempts it seems like the quest for finding the *Holy Grail*. We believe, that there should be an ultimate truth about justice. We never find it, but we don't give up searching. In the meantime,

we reach a deeper understanding of human nature and the idea of a perfect society.

This contribution is not an attempt to provide a synthesis of concepts of justice elaborated so far. It does not try to formulate an original concept either and also tries to avoid picking one of the existing concepts and establishing arguments on that. It seems, however, that a common ground and a starting point for discussions on justice is the concept of Aristotle, distinguishing between distributive and corrective justice.<sup>7</sup> While distributive justice addresses the distribution of goods among the members of the society, corrective justice addresses voluntary and involuntary transactions, that is, torts and contracts. The key element of justice is equality or fairness.<sup>8</sup> In context of distributive justice, injustice occurs if one of the members of the society has too much contrasting to the other. Both distributive and corrective justice construe equality but they do it in different ways. Distributive justice allocates social resources according to the merits of the members of the society, while corrective justice maintains and restores equality between the parties of the transaction. In context of corrective justice, injustice emerges if one party experiences gain and the other party experiences corresponding loss.<sup>9</sup> The paradigmatic justice of private law, however, is that equal situations are to be decided the same way, while different situations are to be decided different way. This requirement holds equally vis-à-vis the legislator as well as the courts.

From the point of view of private law, it is not the distributive but the corrective justice, which is primarily relevant. However, the bigger the role of the state in reallocation of social resources is, the more comes the task of maintaining distributive justice into the foreground. Corrective justice is the underlying value of market economy while distributive justice is the main goal of economies based on central reallocation of resources. While in a market economy the role of the state is safeguarding the market mechanisms, in a centralized economy the role of the state is providing just and fair allocation of resources. It is the task of the state and of the law to maintain justice, whether we call it balance, equality or fairness in legal relationship of the parties, that is, in private law relationships in general. Direct in-

---

<sup>7</sup> As established in his *Nicomachean Ethics*.

<sup>8</sup> RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Oxford/New York: Oxford University Press, 2000, 3–46.

<sup>9</sup> WEINRIB, E. J., Corrective justice in a nutshell. *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 52, No. 4 (Autumn, 2002) 349.



tervention of the state in private law relationship expanded as a reaction to rapid changes in the economy due to economic crisis created by the First and Second World War and the post-war eras. Although, as a main rule, contract of the parties was deemed as immune against state intervention, the *clausula rebus sic stantibus* also became a general doctrine.<sup>10</sup> Thus, it is an inherent element of the system of private law that the state intervenes if some exceptional circumstances justify such intervention. Maintaining corrective or distributive justice could certainly be proper justification for such intervention. If, according to the moral baseline of the society, allocation of risks and benefits became unequal or unfair, restoring the balance with correcting the allocation of risks and benefits via state intervention is justified.

Justice, however, can be defined not only on the level of philosophy but can be grasped on the level of social reality as well. Social justice is the composition of the values accepted generally in the society. Private law reflects the values, that is, the justice of market economy, in particular, private autonomy and freedom of contract. In context of modern welfare state and also in context of the fundamental values of the European Union social solidarity became an important factor of social justice. Promoting fairness includes protection against exploitation and social exclusion. Fundamental (social and economic) rights involve promoting distributive justice in contract law as well.<sup>11</sup> Solidarity and fairness as distributive justice are in the focus of social justice in the modern Europe.

#### **4. Social justice in private law: distributive justice, fairness and risk allocation**

Private law is about risk allocation. Maintaining distributive justice requires redistribution of wealth. In contract law, the way of redistribution of wealth is reallocation of risks. Risks can be reallocated with statutory or judicial intervention in the legal relationship of the parties. The development

---

<sup>10</sup> KÖBLER, R., *Die „clausula rebus sic stantibus“ als allgemeiner Rechtsgrundsatz*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1991, 272.

<sup>11</sup> MATTEI, U., Social Justice in European Contract Law A Manifesto. *European Law Journal*, Vol. 10 No. 6. November 2004, 653–674, 665.

of contract law in past 500 years can be described as a movement from the formal approach that each party is bound by the promise and unforeseen hardship can affect the obligation only if excusing condition was stipulated in the contract<sup>12</sup> to opening the contract for judicial intervention with implied terms and standards.<sup>13</sup> The justice of private autonomy, which is immune against state intervention, was reflected with the formal approach of allowing excuse only if it was stipulated in the contract. At the beginning of the 1900's, however, courts started to accept that contracts are not necessarily complete. That is, the parties do not provide explicit terms for all the possible risks which may occur in the course of performing the contractual obligations. In such cases the courts accepted that they may – and should – supplement the contract if the agreement of the parties rested on clear assumptions in absence of which they have never concluded the contract. The legal technique for such supplementation is establishing “implied term” in English court practice and supplementary construction of contract (*ergänzende Vertragsauslegung*) in German law. Both of the techniques attempt to establish contractual rights and obligations or making enforceability of obligations conditional upon circumstances that were actually not communicated as between the parties.

The basis of establishing such practice was the understanding that contracts are not able to provide complete risk allocation, and this also should not be expected from the parties. Contracts are necessarily incomplete and there are different grounds for it. One of these grounds could be that the parties don't find it feasible to anticipate all events of low possibility with a remote risk because that would result in high transactions costs. Another ground could be that the costs of providing evidences would be very high or it would be even impossible to prove the relevant contingencies.<sup>14</sup> Extraordinary circumstances are not foreseeable at the time of concluding

---

<sup>12</sup> An example is the judgement of the English Court in *Paradine v Jane* [1647] EWHC KB J5. In this case, a leaseholder was not able to use the land because of war and sought relief from payment of the fee for using the land. The Court decided that as the parties did not exempted explicitly the obligation of paying the fee in case of war, such exemption cannot be provided by the court. The contract shall bind the parties as it was stipulated and it is not to be amended by the court.

<sup>13</sup> SCOTT, R. E., The Death of Contract Law. *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 54 no. 4 (Autumn, 2004) 369–390, 374.

<sup>14</sup> SHAVELL S., *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge (Massachusetts)/ London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2004, 300–301.

the contract. If the law would require the parties to provide complete risk allocation, the parties should consider and address very remote risks. This increases transactions costs. Thus, there are necessarily gaps in risk allocation provided by contracts. These gaps are to be filled by the courts or by the legislator with an *ex post* risk allocation where the materialised risk is shifted to one of the parties. In the course of this *ex post* gap filling the court or the legislator has to find the risk allocation that would have been resulted if the parties addressed the risk in their contract and stipulated for an economically reasonable allocation of it, provided that there are no market failures that would prevent the parties from contracting on an informed and voluntary basis.<sup>15</sup>

Contracts are mechanisms which allocate risks for the future. It is the question if *pacta sunt servanda* is to be understood as a principle to comply with the contractual promise even if circumstances of contracting changed or as a principle to comply with the contractual promise provided that circumstances of contracting did not change. The binding force is the core conceptual element of contract. Thus, understanding of it provides the foundation of the concept of contract. The judgement in *Paradine v Jane*<sup>16</sup> clearly followed the first approach while modern legal systems are open to give a softer understanding to the binding force of contract and relieve the party from contractual obligations in cases of hardship. This development was clearly presented in English court practice in the beginning of the 1900's with the "coronation cases" and other landmark judgements.<sup>17</sup> It was, however, remarkable in this line of judgements that the courts were reluctant to shift business risk on the ground of frustration of purpose.<sup>18</sup>

The concept of contract is a legal category, but contracts are to be seen as social interactions as well. KOHLER stressed already at the beginning of the 21<sup>st</sup> century, that "contract is the special instrument by which individuals achieve their interests with a social effect. In this way connections are established between the individual and the communal life of mankind, and just as this occurs in the intercourse of individuals."<sup>19</sup> The contract is

---

<sup>15</sup> SCHÄFER, H-B. / OTT C., *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts* (4. überarb. Aufl.), Berlin/Heidelberg/New York: Springer, 2005, 436–437.

<sup>16</sup> Fn 11.

<sup>17</sup> *Krell v Henry* [1903] 2 KB 740, *Taylor v Caldwell* (1863) 3 B & S 826.

<sup>18</sup> *Herne Bay Steam Boat Co v Hutton* [1903] 2 KB 683.

<sup>19</sup> KOHLER, J., *Philosophy of Law*, New York: The Macmillan Company, 1921, 51.

an exchange, but with a time dimension, i.e. “present communication of a commitment to future engagement in a specified reciprocal measured exchange ... projecting exchange into the future.”<sup>20</sup> If, as MACNEIL emphasizes it, contracts are social relations, they are not to be assessed independently from the social context they are embedded in (relational contracts). That is, it is just logical that changes of the circumstances should change the content of the obligations as well just like plans are normally adjusted to changed circumstances. There is no ground to insist on understanding contracts as binding the parties according to the original risk allocation stipulated by them if the risk allocation changed due to changes of circumstances.

In other words, if the contract of the parties is voluntary exchange on an informed basis, that is, a market transaction, they provided a fair distribution of welfare on their legal relationship. If this balance of their position diminished due to changes of circumstances the risk of which has not been allocated by them, a shift occurs in costs and benefits. If the relevant risk fell outside the scope of the bargain, this shift is not justified by the contract. Enforcing corrective justice requires a reallocation of rights and duties as between the parties. The reallocation requires intervention of the state either by statutory measures or by the court. There are two possible ways of such intervention. One of them is declaring the contract as terminated or not enforceable anymore due to impossibility or frustration of purpose. Amending the contract with construction (*ergänzende Vertragsauslegung*) via application of general clauses (typically the requirement of good faith and fair dealing), assuming implied terms or simply establishing doctrines for economic impossibility providing the grounds for such conclusions. The other is amending the contract with statute or with judgement of the court, that is, upholding the contract with modified terms providing re-allocation of the rights and duties of parties in the contract. This reallocation is the result of enforcing corrective justice.

---

<sup>20</sup> MACNEIL, I.R. The Many Futures of Contract. (1974) 47 *Southern California Law Review*, 691, 715.

## 5. Adapting contracts to changing circumstances

The doctrine of adapting contract to changing circumstances with a judicial amendment is, in general, called *clausula rebus sic stantibus*, which may be established on general clauses, especially the requirement of good faith and fair dealing, or on specific rules on different level of abstraction in private law. Such amendment of the contract is reasonable in long-term relationships. In such contracts there is a high probability of incompleteness, i.e. that risks occur which are not allocated by the parties due to high transactions costs. Doctrines of frustration of purpose or impossibility of performance make the contract unenforceable. Thus, the parties should renegotiate their contract and reach a new consent if they want to uphold their legal relationship. Contrasted to this, doctrines of hardship pave the way for revising the contract with the consequence that one of the parties finds itself in a contract which it might have never concluded and without having the opportunity to renegotiate.

Thus, intervention of the state in private law relationship on an ad hoc basis is not new. What is new is its statutory (legislative) nature instead of judicial adjudication. Both the courts and the legislator have appropriate tools for restoring social justice in private law relationships. The task of the legislator and of the judge is the same. It does not make a difference if private law relationships are shaped by the legislator or by the courts, in so far as the legislative measures are flexible enough to open the opportunity for judicial interpretation. If the legislative measure does not allow playing field for the courts to assess individual cases according their merits, the premise that the same cases should be assessed the same way while different cases should be assessed different ways may not prevail. As a result, corrective justice may not be implemented properly. From this point of view, judicial measures are far more preferable than statutory intervention.

One important difference between legislative and judicial law-making is the different level of legitimacy. In democracies the source of legitimacy of legislative power is the election (which provides a strong legitimacy in a proper election system), while the legitimacy of the courts is supported by the system of choosing and appointing the judges. The legitimacy of judicial power primarily seems to be a question of state organization. The le-

gitimacy of legislative power comes to the foreground in cases where social evaluation is uncertain or if there is no consent among the community of lawyers upon the understanding and evaluating a case. In private law, judicial and legislative adjudication are basically of equal rank. Which measure to choose depends basically on legitimacy and efficiency. Legitimacy is a decisive factor where the social evaluation is unclear or where there is no consent among the interpretive community of lawyers. Just to give an example, it was one of the problems with assessing “wrongful birth” and “wrongful life” cases in tort law. Efficiency can be a decisive factor in cases of mass claims or when quick reaction is a public interest e.g. in order to avoid flood of claims.

In order to give an impression of the different attitude of the legislator and the courts in Hungary, I would mention two cases. The first is a judgement of the Constitutional Court from the beginning of the 1990’s. According to the preliminaries of the case, during the socialism, the state provided cheap long-term loans on a low level of fixed rate of interests in order to subsidize certain groups of the population, including victims of floods of the *Tisza* river. The legal technique for providing such loans was that the payment of the loan was made by the state-owned *OTP Bank*, actually the only bank providing services to consumers. After the change of the economic system into a market economy, interest rates increased dramatically, and these long-term cheap loans paid on fixed rate caused big losses to the *OTP*. The solution for managing the problem was that the loss of the *OTP* had been compensated from the central budget by the State. Subsidizing these loans became a huge burden on the central budget, because the interest rates available on the market were about six to eight times higher. In order to consolidate this burden, the interests of these loans have been increased with statutory amendment of these contracts to the half of the market rates. The statute also provided an option for the debtors, according to which if debtors paid the sixty percent of the debt, the remaining forty percent was forgiven.<sup>21</sup> The debtors turned to the Constitutional Court to have the statutory increase of the interests revised in the light of the constitutional order. The Constitutional Court established that the State has the right to intervene in contractual relationships if such intervention com-

---

<sup>21</sup> A Magyar Köztársaság 1991. évi költségvetéséről és az államháztartás vitelének 1991. évi szabályairól szóló 1990. évi CIV. törvény (Act upon the central budget of the Hungarian Republic) 64–68.

plies with the test of *clausula rebus sic stantibus* provided in the Civil Code. This provision allowed judicial intervention in long-term contracts if, as the result of changing the circumstances, the contract violates the protected interests of the party.<sup>22</sup> The Constitutional Court held<sup>23</sup> that the consequences of the transition into market economy established hardship and raising the interest rates were compatible with the Constitution. It is remarkable, that in the other case, in a very similar situation, when the *State Insurance Company* claimed for relief of too burdensome insurance policies provided to agricultural entrepreneurs, on the very same ground at the ordinary court, the ordinary court rejected the claim on the ground that consequences of economic and social changes affecting the society as a whole, are to be borne by everyone equally and no one shall get relieved of consequences of such impacts.<sup>24</sup>

These two judgements provide a good example of how important the moral baseline is when it comes to assessing justice. If the change of circumstances was the consequence of events affecting the society as a whole or, at least, a wide range of market players or consumers, there are two possible answers: the one of the answers is that such changes obviously provide a ground for intervening in the contractual relationship while the other is that the consequence of such changes is to be borne by everyone equally, that is, this is not the proper ground for state intervention. This makes the problem a policy issue and the state has to decide if such consequences are to be reallocated or not.

I believe, that a key factor in emerging direct state intervention is the changing role of the state in the society. Private law is modelled after the liberal market where the role of the state is enforcing transactions in so far as they were concluded voluntarily and on an informed basis. Thus, limits of freedom of contract address market failures and protection of public policy. They are not designed to protect the parties from impacts of economic changes. They can be capable only in a limited way to protect vulnerable parties or weaker groups of the society. Consumer protection be-

---

<sup>22</sup> According to the relevant rule of the Civil Code (1959) the court might amend a contract when it violated any substantial rightful interest of one of the parties in consequence of a circumstance arising in the long-term relationship of the parties following the conclusion of the contract (§ 241).

<sup>23</sup> 32/1991 (VI.6.) AB hat.

<sup>24</sup> Supreme Court, Legf. Bír. Gf. I. 30 197/1991. sz., BH 1992. no. 123.

came an important policy of private law, but considering the rules covering consumer contracts, they follow such a regulatory approach that is hardly compatible with the internal logic of private law. *Ad hoc* legislation does have a strong regulatory nature, which is much more inherent to public administrative law than to private law. The regulatory approach is reflected in detailed rules with less flexibility to adjust their application to the specific circumstances of the cases and also in the mandatory nature of such norms which is typical for such legislation. This is to be seen, however, as reflection to the demand of the society vis-à-vis the state.

In the model of market economy, the demand of the society vis-à-vis the state was to provide the legal framework for enforcement of transactions, to abstain from intervention and to allow a great playing field to the market players. In the modern welfare state the demand of the society is providing social security, the highest possible standard of living and protection against evil things that may occur to us. The reaction of the state to such demands is growing paternalism with intervention into the life of the citizen, including his or her private law relationships. It may sound a bit provocative, but under such social demands the values of the market economy and of the democracy are less important for the society. The members of the society focus on the quality of the services provided by the state much more than on freedom involving responsibility.

Statutory intervention in private law relationships normally is supported with the attempt to satisfy a social need for corrective justice. The price, however, is a big one in the longer run. What seems to be a fair and just solution satisfying the social demand in the short run, undermines the internal logic of private law and creates uncertainty for cases that do not fall under the specific *ad hoc* statutory regulation, but are somewhat similar. It may undermine promoting justice as well because it doesn't leave the way open for judicial adjudication which could transmit social evaluation according to the facts of specific cases. This seems to be the price of satisfying the demands for social welfare.



## 6. The case with CHF denominated consumer loans

A good example of how the principle of *clausula rebus sic stantibus* and the goal of promoting social justice are interrelated could be the enforceability of unilateral raise of interests of consumer loans denominated in foreign currency, which is a central topic of current discussions. In Hungary, as it has also happened in other Middle and East European countries, a great part of the citizens had become indebted with bank loans denominated in Swiss Francs. These consumer loans became a huge social problem because of drastic changes in the currency exchange rates and threatening with mass insolvency of the households. Thousands of claims have been submitted to the courts which followed diverging practice considering more than thirty different arguments presented by the legal representatives of the parties in such cases. They mostly argued that shifting the risk of changes in currency rates to the debtor consumer was unfair and unenforceable. In order to avoid the flood of claims the legislator enacted a law which declared such clauses explicitly unenforceable. The Hungarian legislator then passed an act which declared the provision in such consumer loan contracts shifting the risk of changes in currency rates to the consumer unfair.<sup>25</sup> This way the Hungarian legislator provided a statutory interpretation to the concept of unfair contract term in this respect. What the legislator established, could have been established by the courts as well. The statutory intervention, however, was quick and clear, capable to shut the floodgate and to provide legal certainty especially for these cases. The same conclusion with the same result could have been reached by the courts with applying the rules providing unenforceability of unfair standard terms in the Civil Code. It seemed, however, more efficient to provide a legislative solution instead of deciding (ten) thousands of claims in court procedure. The only difference between the legislative step and the solution provided with judicial adjudication was the efficiency.

Development of the court practice in Hungary also followed the judgements of the CJEU. The Supreme Court, alongside with the CJEU assessed

---

<sup>25</sup> A Kúriának a pénzügyi intézmények fogyasztói kölcsönszerződéseire vonatkozó jogegységi határozatával kapcsolatos egyes kérdések rendezéséről szóló 2014. évi XXXVIII. tv. [Act XXXVIII of 2014 on the Resolution of Questions Relating to the Uniformity Decision of the Curia Regarding Consumer Loan Agreements of Financial Institutions].

the problem with application of the Directive no. 13/1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts, unilateral right of the creditor to increase interests and shifting the risk of changes of currency exchange rate to the debtor.<sup>26</sup> In these cases, an element of test of enforceability was whether the bank complied with the duty of disclosure with revealing the risks involved in such transactions. Without going into the details of this case law and providing a critical analysis of it, it is remarkable that the court practice assessed this problem as an enforceability issue on the grounds of fairness of terms. The problem was actually much less an issue of fairness of risk allocation: it was far more about allocating the risks of changed circumstances, that is a *clausula rebus sic stantibus* issue.<sup>27</sup>

Reaching the heart of the problem, it can be established even without further analyses that these contracts became too burdensome to the debtors and caused a social problem as a consequence of the financial crisis started in 2008 with the bankruptcy of the *Lehmann Brothers*. Everyone, including the consumers were aware of the consequences of changes in the currency exchange rates. No one, however, was aware that those changes can be so big that the position of the debtor could be worse than taking the normal HUF denominated credit. No one actually considered the *range* of possible changes, not even banks. Although the risk of possible changes was foreseeable, it was not foreseeable at all, *how big* the range of such changes could be. On the contrary: according to the circumstances of the time of contracting, no one could have foreseen such dramatic changes in the financial economy and the impact of such changes was unforeseen as well. Thus, these cases are not about fairness or duty of disclosure but about allocation of risks of unforeseen changes of circumstances.

The task of the courts and of the legislator was actually not to assess the fairness of standard terms but the allocation of consequences of unforeseen changes in currency rates. The courts did not have any problems with these clauses in so far as they were beneficial for the debtor but declared them unfair as they proved to be detrimental to consumers due to economic changes. In the course of allocating the risks of economic changes the courts may (and should) consider policy issues on the level of the so-

---

<sup>26</sup> Supreme Court, Unificatory resolutions, no. 6/2013, 2/2014 and 1/2016.

<sup>27</sup> As it was, e.g. assessed by the Hungarian Supreme Court in the case of *Kúria Gfv. VII.30.030/2018.*, BH 2019 no. 54.

ciety. They can say that the consequences of general social and economic changes should be borne by everyone, that is, such risks could not be reallocated; or they can reallocate the risks and shift them to one of the parties. In this case those risks have been shifted to the creditors. This was, however, not the consequence of interpretation of law in a logical structure but the consequence of considering the social impact of reallocating the risks or not doing that.

## 7. Conclusions

*Ad hoc* legislation mostly aims at implementing corrective justice in private law relationships, in particular, long-term contracts. Contracts are necessarily incomplete. The gaps left open are to be filled with intervention of the courts or of the legislator. This is an *ex post* allocation of risks via applying doctrines like impossibility (or doctrines with the same effect), the principle of *clausula rebus sic stantibus* or with specific *ad hoc* legislation. Impossibility and doctrines equal to it, like *frustration of purpose*, result in terminating the contractual relationship. Thus, the parties shall renegotiate the transaction if they want to continue their legal relationship. The principle of *clausula rebus sic stantibus* does not terminate the contract but upholds it with different terms established by the court or by the legislator. The contract is not open for renegotiation: the court or the legislator gives a new contract to the parties which differs from what they originally stipulated for, although with a restored balance of interests.

Contracts also are to be understood as social relationships. Enforcing corrective justice is a social demand. Statutory intervention in private law relationships normally is supported with the attempt to satisfy a social need for corrective justice. That is the goal of intervention of courts as well. Thus, *ad hoc* legislation cannot be seen as wrong *per se*, but necessarily makes the room for judicial adaptation narrower. This involves the risk of eroding the internal structure of private law and also the risk of incompliance with the paradigm that same cases are to be decided the same way while different cases are to be decided differently, which is the fundamental principle of social justice in private law. In the view presented above, *ad hoc* legislation, as far as long-term contracts are concerned, shall be put into

the context of the principle *clausula rebus sic stantibus*. Although the cases of consumer loans denominated in foreign currency have been assessed according to the test of unfair contract terms, this approach was wrong. These cases should have been assessed correctly as *clausula rebus sic stantibus* cases, because they are about *ex post* reallocation of risks of a financial crisis unforeseen by both of the contracting parties.

# STABILITA SOUKROMÉHO PRÁVA A TURBULENCE POLITIKY

*Prof. Dr. JUDr. Karel Eliáš*

*Právnická fakulta, Trnavská univerzita v Trnave*

## 1. Stabilita jako předpoklad funkcionality práva

Svůj příspěvek začnu vzpomínkou na vystoupení Viktora Knappa (1913–1996) na neveřejném semináři, jež jsem organizoval v roce 1988 pro manažery koncernu,<sup>1</sup> kde jsem tehdy pracoval. Knapp přítomným – především právním laikům – vysvětloval, k čemu je dobré právo. Řekl, že o tom přemýšlel celý život, až dospěl k závěru, že hlavní funkcí práva je působit na homeostázi společnosti, tedy vyvažováním nerovnováhy kladně ovlivňovat její stabilitu i rozvoj. Knapp se k této myšlence vracel. V knize o teorii práva, vydané na sklonku jeho života, napsal, že právo jako normativní systém chrání jednotlivé zájmy proti jiným zájmům a rozhoduje kolize zájmů, udržuje homeostázi společnosti, a tím je „*dána justifikace práva [...] a [...] zdůvodněna i existence práva jako nutného, i když ne jediného a jistě ani dostatečného prostředku snižování společenské entropie, a to jak v zájmu společnosti jako celku, tak v zájmu jednotlivce.*“<sup>2</sup>

Sociální entropie, jak Knapp uznává, ovšem nemůže a nemá být vymýce-  
na.<sup>3</sup> Svobodná iniciativa jednotlivců vedoucí ke konkurenci individuálních zájmů, jejich soupeření, prosazování a uplatňování je pro společnosti euroamerické civilizace nutným předpokladem jejich existence a vývoje, jakkoli to vede k aktivitám a tvořivosti, které se vymykají z unifikací a vzbu-  
zují zdání chaosu. Ten chaos ale kypí životem a nadějemi. Emil Svoboda, k jehož dílu mě Viktor Knapp přivedl, formuloval myšlenku tak, že právo slouží společnosti a státu, obdobně jako slouží kostra člověku nebo sochař-

---

<sup>1</sup> Šlo o koncern zřízený podle nař. vl. č. 91/1974 Sb., který měl s tím, jak koncerny chápeme dnes, nemnoho společného.

<sup>2</sup> KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 32.

<sup>3</sup> Ibid.

ské lešení sochaři.<sup>4</sup> Je nezbytné, protože bez kostry by existoval jen amorf- ní celek. „*Právo jest kostrou, pevným základem života sociálního.*“<sup>5</sup> Viktor Knapp ani Emil Svoboda ovšem nespojovali své úvahy o právu s myšlen- kou, že by zákony měly sociální entropii zcela popřít a vymýtit. Tvořivá iniciativa jednotlivců vedoucí ke konkurenci individuálních zájmů, jejich střetávání, uskutečňování, také při formování a prosazování kolektivních zájmů představují pro demokraticky organizovaná společenství euroame- rické civilizace živnou půdu.

Vydeme-li z těchto úvah, dospějeme patrně k závěru, že stálost práva v čase představuje základní předpoklad, aby právo nastíněnou funkci plni- lo.<sup>6</sup> Stabilitu spojujeme zejména s požadavkem na zákony, tvořící základ- ní strukturu právního řádu. Ale *mutatis mutandis* platí totéž pro obecné závazné předpisy územní samosprávy (na Slovensku *nariadenia*, v Česku *vyhlášky*) obcí, městských částí nebo krajů,<sup>7</sup> jakož i pro obecná normativ- ní opatření veřejnoprávních korporací zajišťujících zájmovou nebo profes- ní či jinou samosprávu.<sup>8</sup> A právě proto, že téma konference je omezeno na soukromoprávní oblast, nelze pominout, že stabilita práva, jímž nelze rozumět jen právní předpisy, předpokládá i stabilitu smluv, tj. nejen důsled- né bránění snaze, že *smlouvu, která mi přestane vyhovovat, musí být mož- né i proti vůli druhé strany nějak zrušit* (jak často slyšíme advokáti ve svých kancelářích), ale i změnu v přístupu soudů judikujících nejednou neplat- nost smlouvy z malicherných příčin a proti vůli stran. Pominout nelze ani ustálenost judikatury a také požadavek na závaznost a nezměnitelnost roz- hodnutí, jež nabyla právní moci (ani jeho značnou relativizaci konstrukcí

<sup>4</sup> SVOBODA, E. *Myšlenky o právu, ethice a náboženství*. Praha: Český čtenář, 1920, s. 13. Srov. *ibid.*, s. 10: „*Hlavní věc je dobré lešení – protože je základem práce. Ale hlavní věc je dobrá práce, protože lešení o sobě může sloužit také špatnosti, která není hodna ani pohledu.*“ Podobně SVOBODA, E. *Demokracie jako názor na život a svět*. Praha: Státní nakladatelství, 1927, s. 161.

<sup>5</sup> SVOBODA, E. *Myšlenky o právu, ethice a náboženství*, s. 16. Obdobně SVOBODA, E. *Demokracie a volby*. Praha: Státní nakladatelství, 1920, s. 15.

<sup>6</sup> FULLER, L. L. *Morálka práva*. Praha: Oikoymenth, 1998, s. 77 an.

<sup>7</sup> Vydávaných ve Slovenské republice na základě čl. 71 Ústavy podle § 6 zák. č. 369/1990 Zb., o obecném zřízení, podle § 8 zák. č. 302/2001 Z. z., o samosprávných krajích, podle § 11 a 15 zák. č. 377/1990 Zb., o hlavním meste Slovenskej republiky Bratislave a podle § 10 zák. č. 401/1990 Zb., o meste Košice, v České republice pak na základě čl. 104 Ústavy podle § 7 a 19 zák. č. 138/2000 Sb., o obcích, podle § 6 a 14 zák. č. 129/2000 Sb., o krajích, a podle § 44 zák. č. 131/2000 Sb., o hlavním městě Praze.

<sup>8</sup> Např. stavovské předpisy komor nebo studijní a zkušební řady vysokých škol.

dovolání na Slovensku i v Česku jako mimořádného opravného prostředku a jeho frekventovaným využíváním v praxi).

Každý z těchto aspektů vyvolává řadu námětů, úvah a kritických poznámek nesených poznáváním právního prostředí v obou našich státech. Ale protože tématem konference je ad hoc legislativa, zaměřím se na ni. Legislativou rozumím výšeč z tvorby právních předpisů věnovanou tvorbě zákonů, zákonodárství (*leges ferre*). Pro soukromé právo je otázka stability zákonů, vytvářejících mu heteronomní rámec, otázkou klíčovou. Vezměme především v úvahu, že se změna zákona upravujícího privátní právní poměry usazuje do mysli člověka jen zvolna a postupně, často po generace, protože právní laici nevstřebávají právní pravidla regulující rodinné soužití, výkon vlastnických práv nebo uzavírání smluv čtením Sbírky zákonů, ale nabývají je životními zkušenostmi, informacemi z médií a jejich osvětovým působením (jehož efektem elektronické zdroje nejednou spíše otráasají, než aby jej posilovaly) a hlavně stykem s jinými lidmi. Tím se vytváří právní vědomí a to je – jak napsal nestor české procesualistiky – bezpečný základ státu.<sup>9</sup>

Stabilita práva předpokládá respekt k tradici a k rozumu. Tradice znamená udržovat, co bylo a co se osvědčilo, anebo co alespoň neškodí. Samozřejmě, co se osvědčilo těm, jimž má právo sloužit, nikoli co se osvědčilo těm, již mají sloužit právu (soudci, notáři, advokáti, exekutoři, exekutiva). Důraz na rozum znamená, že není důvod bránit změnám zákonů, ale že k nim má dojít po racionálním diskursu a se zřetelem k jeho výsledkům. Změny odmítající stabilitu plodí anarchii, ale stabilita beze změn vede k degeneraci.<sup>10</sup>

Myslím, že i běžný pozorovatel vidí, v čem jsou překážky. Aktuální stav je v mnohém jiný než teoretické a historickou zkušeností osvědčené maximy. Netřeba to detailně rozvádět. Vymykalo by se to i hlavnímu zaměření příspěvku. Hodí se ale poukázat alespoň na klíčové momenty.

---

<sup>9</sup> „*Prospěch vzházející ze správného soudnictví bije v oči. Čím bezpečněji důvěřovati lze v rychlé, úsečné odstranění všeho rušení práv, [...] tím více zesílí právní vědomí, bezpečný to základ státu.*“ OTT, E. *Soustavný úvod ve studium nového řízení soudního. Díl I. Část všeobecná.* Praha: Česká akademie císaře Františka Josefa pro vědy, slovesnost a umění, 1908, s. 4.

<sup>10</sup> GIABARDO, C. V. Private Law in the Age of the ‘Vanishing Trial’. In: BARKER, K. – FAIRWEATHER, K. – GRANTHAM, R. (eds.). *Private Law in the 21st Century.* Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2017, s. 571.

Aby bylo možné udržovat v platnosti již stanovené, je nutný dobrý základ. V Česku dlouho byla a na Slovensku stále je základem úpravy soukromého práva kodifikace práva občanského z roku 1964 poznamenaná ideologií zřízení, které mělo k ideji demokratického právního státu nesmírně daleko. Myslím, že bude ještě příležitost ukázat, že ani kodifikační změna v České republice nezměnila přes noc z 31. 12. 2013 na 1. 1. 2014 myšlenková paradigmat starého občanského práva. Stabilita zákonné úpravy vyžaduje její schopnost reagovat na budoucí proměny sociální i ekonomické. „*Zákon musí být stabilní, a přesto nemůže zůstat v klidu.*“<sup>11</sup> To znamená vyhýbat se přepjaté kazuistice. Právě obecné klauzule, užití neostrých pojmů nsvázaných definicemi, možnost soudců vykládat je *sub specie societatis* a reagovat za stejným účelem na mezery v zákoně a podobně, to vše „*rozmnoužuje schopnost zákonů, aby se přimykaly měnícím se potřebám života.*“<sup>12</sup> Lze tvrdit, že hlavním úkolem soudců je vdechnout mrtvým slovům vytištěným ve Sbírce zákonů život a překlenout tak průrvu mezi strnulostí zákona a pulsujícími společenskými potřebami.

Pokud jde o maximum změny zákona návazně na výsledek racionální debaty, často vidíme, že se zákony nejednou tvoří a mění výměnou za politickou příležitost stát se předmětem mediálního zájmu nebo pod aktivistickým tlakem „*twitterového pokřikování*“, jak to označil Jiří Peňás. Výsledek těchto procesů komentoval předseda českého Nejvyššího správního soudu hutnou zkratkou: „*V důsledku jakési legislativní vztekliny posledních let se postupně vytrácí tisícileté chápání psaného práva jako závazné normy chování. Objektivní právo se – s nadsázkou – posouvá někam na úroveň technického návodu k obsluze mixéru, občas špatně přeloženému z cizí řeči.*“<sup>13</sup>

To vše představuje mimo jiné také živnou půdu pro legislativu *ad hoc*.

---

<sup>11</sup> POUND, R. *Interpretation of Legal History*. New York: Macmillan Company, 1923, s. 16. Slavnou větou „*Law must be stable and yet cannot stand still*“ otevírá výrazná postava americké sociologické školy v knize kapitulu Law and History.

<sup>12</sup> SVOBODA, E. *Vůle vnitřní a vůle projevená právním činem*. Praha: nákl. vl., 1911, s. 26.

<sup>13</sup> GEALFOW, J. A.: Michal Mazanec: „Právo se začíná podobat technickému návodu k obsluze mixéru, občas špatně přeloženému z cizí řeči.“ *Iurium*, 9. 7. 2018. Dostupné na: <https://www.iurium.cz/2018/07/09/rozhovor-michal-mazanec-mistopredseda-nss/> [24. 10. 2019].



## 2. Stabilita práva v kontextu právního dualismu

Mnoho bylo napsáno o dualismu práva soukromého a veřejného. V České republice se tato otázka stala předmětem zvýšeného literárního zájmu a konferenčních diskusí zvláště po přijetí občanského zákoníku (o. z.), zejména vzhledem k druhé větě § 1 odst. 1 o. z.<sup>14</sup> Není nutné tento aspekt obsáhleji analyzovat, stačí vytknout následující.

Nejen vzhledem k Ulpianově poučce, připomínané dodnes, ale hlavně s ohledem na základní paradigma demokratického právního státu přednosti člověka před státem, se sluší uvádět soukromé právo na prvním místě. Soukromé právo, a to především obecné právo občanské, je totiž právem obecným i v poměru k právu veřejnému, jež vůči soukromému právu vystupuje jako právo zvláštní.<sup>15</sup>

Právě s ohledem na svobodu jednotlivce a možnosti jeho uplatnění a rozvoje sebe sama podle vlastních rozhodnutí, vystupuje jako klíčový – v našem prostoru zapomenutý a v posledních letech znovu oživovaný – pojem soukromé moci.<sup>16</sup> Bez soukromé moci není myslitelná personální autonomie. Jinak řečeno, soukromá moc je průmětem a projevem osobní

<sup>14</sup> Např. HANDRLICA, J. (ed.). *Veřejné právo a právo soukromé. Aktuální tendence a výzvy veřejnoprávní úpravy plynoucí z problematiky právního dualismu*. Praha: Univerzita Karlova – Právnická fakulta, 2014; GERLOCH, A. – ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, K. (eds.). *Soukromé a veřejné v kontextu institucionálních a normativních proměn práva*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2017.

<sup>15</sup> ELIÁŠ, K. K justifikaci pravidla o nezávislosti uplatňování soukromého práva na uplatňování práva veřejného. *Právník*, 2014, roč. CLIII, s. 1107 an. a tam citovaná literatura. Srov. rovněž nálezy českého Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 33/97 ze 17. 12. 1997 (č. 30/1998 Sb.), který při posouzení, jak se počítají lhůty v ústavním právu, subsidiárně aplikoval na ústavní právo příslušná ustanovení jednoduchého práva a na prvním místě § 122 odst. 1 obč. z. (zák. č. 40/1964 Sb.).

<sup>16</sup> Český Ústavní soud v usnesení sp. zn. IV. ÚS 174/02 z 15. 7. 2002 a poté ve více než dvou desítkách rozhodnutí poukázal na „*soukromou vlastní moc stran určovat si svůj osud*“. Dlužno ale podotknout, že se tato rozhodnutí, jakož i jimi inspirovaná rozhodnutí Nejvyššího soudu a Nejvyššího správního soudu týkají pouze rozhodčích smluv, popřípadě rozhodčích doložek, a rozhodčího řízení. O soukromé moci píší v odborné literatuře např. BĀRĀNY, E. Soukromná moc v Ústave. In: *Sborník Olomoucké právnické dni 2008*. Olomouc: Univerzita Palackého, 2008, s. 65 an., ELIÁŠ, K. K první větě občanského zákoníku: Prolegomena ke každému příštímu komentáři občanského zákoníku. *Právník*, 2014, roč. CLIII, s. 444, HAVEL, B. in ELIÁŠ, K. et al. *Občanské právo pro každého*. 2. vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 117 nebo LALÍK, T. Ústavodarná moc – včera, dnes a zajtra. *Právník*, 2016, roč. CLV, s. 521 an. a další.

svobody. Funkcí soukromého práva je upravit výkon soukromé moci, jeho důsledky a možnosti vzájemné kontroly soukromých mocí. Právě proto, že stát lidem svobodu nedává (nepovoluje),<sup>17</sup> platilo by pravidlo výslovně formulované v člancích 2 odst. 3 slovenské Ústavy a české Listiny základních práv a svobod i bez toho, že by mu v psaném právu byl dán normativní výraz.<sup>18</sup> Uvedené východisko má podstatný význam ve vztahu ke konceptu normativních dispozic. Vezmeme-li v úvahu občanské zákoníky jako ústřední kodifikace soukromého práva, převážný počet jejich právních pravidel má dispozitivní povahu, tj. *implicite* je v nich obsaženo dovolení odchýlit se od nich a rozhodnout se pro autonomní normotvorbu. Naproti tomu zákaz odchýlit se musí být vyjádřen explicitně, ať již konkrétním, nebo obecným zákonným výměrem.<sup>19</sup> Široký prostor ponechaný (heteronomní) zákonnou úpravou tvorbě autonomního práva – jinak řečeno, volné pole ponechané veřejnou mocí soukromé moci k tvorbě jejích vlastních normativních pravidel – podporuje stabilitu heteronomního práva soukromého. Svou úlohu má také obecnost ustanovení umožňující, aby si život hledal v nastaveném rámci vlastní cesty. Například vymezení kupní smlouvy jako jednoho smluvního typu se staletí nemění. Ale už Jellinek si všiml, že „*koupě (...) spadají právníkovi většinou pro jeden a týž typ*“, třebaže mezi závazky založenými kupními smlouvami panují veliké rozmanitosti podmíněné hospodářskými podmínkami a účely, jež si vynucují in-

<sup>17</sup> A to dokonce ani v politických soustavách předstírajících více či méně dovedně opak, jak dokázal V. Knapp in KNAPP, V. – PLANK, K. et al. *Učebnice československého občanského práva. I.* Praha: Orbis, 1965, s. 120, důkladněji pak KNAPP, V. *Filosofické problémy socialistického práva.* Praha: Academia, 1967, s. 248 an.

<sup>18</sup> Ovšem i dovolení formulované slovy „*každý může činit, co není zákonem zakázáno*“, je platnou součástí normativní soustavy a jakkoli jde fakticky o superfluum, má praktický význam, „*aby se dovolenost něčeho zdůraznila*“, resp. ve zdůraznění, že jednání v rozsahu zákonem nezakázaném, není protiprávní. K tomu již WEINBERGER, O. Die Sollsatzproblematik in der modernen Logik – Können Sollsätze (Imperative) als wahr bezeichnet werden? *Rozpravy ČSAV. Řada společenských věd*, 1958, roč. 68, s. 101. Rovněž BYSTRINA, I. K problematice právní normy. *Právník*, 1965, roč. CIV, s. 886 an. nebo KNAPP, V. *Filosofické problémy socialistického práva.* Praha: Academia, 1967, s. 250 (citace je z díla posledně uvedeného).

<sup>19</sup> Slovenský Občiansky zákoník (O. z.) to normuje v § 2 odst. 3 odkazem na výslovný zákaz zákona nebo případy, kdy z povahy ustanovení vyplývá, že se od něj odchýlit nelze. Český o. z. s poučením, jak judikatura poukazuje na *povahu ustanovení* extendovala směrem ke kogentnosti některých ustanovení občanského zákoníku, se snaží čelit těmto tendencím užší formulací zakazující „*ujednání porušující dobré mravy, veřejný pořádek nebo právo týkající se postavení osob, včetně práva na ochranu osobnosti*“.

dividualizaci, takže „zákonodárce v soukromém právu sice stanoví typy, ale dovoluje soukromé vůli dalekosáhlé úchylky od typu“.<sup>20</sup> To jsou důvody, proč soukromé právo – a občanské zákoníky zejména – vykazovaly tradičně rezistenci proti legislativním otřesům. Konec konců Slovensko nebo Polsko mají stále občanské zákoníky z doby nedemokratických poměrů, a přesto tyto kodexy letos dovršily pětapadesát let platnosti.

Naproti tomu účelem veřejného práva je regulovat výkon veřejné moci a její kontrolu. Ač je veřejná moc jediná a jednotná, jejími nositeli jsou různé mocenské orgány. Obecně závazné normy veřejného práva stanovují v mezích ústavních limitů orgánům veřejné moci pravomoc jak v jejich vzájemných poměrech, tak vůči jednotlivcům. Z charakteru veřejné moci a její struktury v právní státě plynou principy dělby moci a enumerativnosti veřejnoprávních pretenzí, a tím je dána direktiva k vyloučení libovůle. Dokonce i v případech, kdy veřejné právo ponechává orgánu veřejné moci prostor k uvážení, se tento orgán nemůže vymknout z příkazu, že jeho činnost je podzákonná a řízena zákonem. Takové limity soukromá moc nemá. Orgán veřejné moci se při jejím výkonu nemůže chovat mimozákonně nebo iracionálně, nemůže např. prohlásit svědka za nedůvěryhodného kvůli barvě vlasů, nebo protože má špinavé ruce nebo oblečení. (Soukromník se naproti tomu nezachová protiprávně, pokud s takovým člověkem odmítne uzavřít smlouvu nebo vůbec jednat.) Orgán veřejné moci se dokonce nesmí rozhodnout ani pro postup nebo pro řešení, jež se vzhledem ke konkrétní situaci jeví jako efektivní nebo dokonce optimální, pokud s ním zákon nepočítá, zatímco soukromníku nic nebrání ve využití cesty vedoucí např. k uzavření innominátní smlouvy. Proto má veřejné právo limitované možnosti reagovat na měnící se potřeby společnosti, hospodářské změny, proměnu mocenských poměrů ve státě atd., a je tedy méně odolné novelizačním tlakům právě proto, že rozvoj veřejnoprávní sféry závisí v prvé řadě na proměnách zákonodárství. Samozřejmě je tu ve hře otázka výkonu moci, mocenských ambicí a konkurencí jednotlivých orgánů veřejné moci a také otázka zásahů do soukromé sféry, stanovení pravomocí ovlivňujících rozsah jednotlivcovy svobody. To vše je prospikováno politikou mnohem víc než oblast soukromého života, a tak je politický tlak na změny veřejného práva mnohem výraznější než v oblasti práva soukromého. Ale i v politických kontextech je otázka důrazu na privat-

<sup>20</sup> JELLINEK, G. *Všeobecná státověda*. Praha: Jan Laichter, 1906, s. 33, 34.

ní autonomii významná.<sup>21</sup> Nelze přitom přehlédnout, že soukromé právo vnímá jednotlivcovu svobodu směrem k jeho úsilí o dosažení cílů s důrazem na jeho schopnost „*být autorem vlastního života*“<sup>22</sup> zatímco pro veřejné právo, které na svobodu nahlíží se zřetelem k absenci i ke konstrukci jejích překážek, je lákavé vydávat se na cestu omezování. I zde mohou být politické výkyvy živnou půdou legislativy ad hoc, a pokud se za jejího působení oslabuje kontrola veřejné moci a rozšiřují její kompetence vůči jednotlivci, mizí v přímém úměře k tomu demokratický právní stát – a stát se mění z dobrého nástroje ve službách člověka<sup>23</sup> v leviathanské *corpus monstrosum*, jehož vizi tak sugestivně narýsoval Thomas Hobbes.<sup>24</sup>

### 3. Destabilizace soukromého práva

V posledních desetiletích pozorujeme, že se stabilita soukromého práva opřená o základ ve velkých kodifikacích obecného práva občanského, rozkývala, ba destruuje, a že ji zasahují nejednou i překvapivé změny, často i docela nahodilé. Tento vývoj má řadu příčin.

Proti XIX. století se heteronomní soukromé právo viditelně rozrostlo. Nejde jen o samotné kodifikace obecného občanského práva v civilních kodexech, i když i ony dosti zvětšily svůj objem.<sup>25</sup> Soukromé právo reagovalo na změny, které si vynutily nejen život sám a vědecký i technic-

---

<sup>21</sup> „*The liberal mood hinges strongly on the emphasis on private autonomy in political context.*“ BESSELINK, L. F. M. Sovereignty, Criminal Law and the new European Context in: ALLDRIDGE, P. – BRANTS, Ch. (eds.) *Personal Autonomy, the Private Sphere and Criminal Law: A Comparative Study*. Oxford – Portland (Oregon): Hart Publishing, 2001, s. 99.

<sup>22</sup> MICKLITZ, H. W. *Constitutionalization of European Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, s. 59: „[...]the idea of private autonomy expresses the ideal that individuals should have the ability to be the authors of their own lives.“

<sup>23</sup> Český Ústavní soud, náleží sp. zn. Pl. ÚS 29/08 z 21. 4. 2009.

<sup>24</sup> HOBBS, T. *Leviathan*. Praha: Melantrich, 1941. K tomu BESSELINK, L. F. M. Sovereignty, Criminal Law and the new European Context in: ALLDRIDGE, P. – BRANTS, Ch. (eds.) *Personal Autonomy, the Private Sphere and Criminal Law: A Comparative Study*. Oxford – Portland (Oregon): Hart Publishing, 2001, s. 94.

<sup>25</sup> Všeobecný zákoník občanský z roku 1811 vystačil s patnácti sty paragrafy, přes dva a půl tisíce článků nebo paragrafů mají québecký *Code civil* z roku 1994 (2534) i rumunský *Codul civil* z roku 2009 (2663), český občanský zákoník z roku 2012 jich má přes tři tisíce (3081).

ký pokrok, ale i posílení sociální funkce soukromého práva odrážející se např. v úpravě posílení právní ochrany nezletilých dětí, liberalizace rozvodu manželství, soukromoprávní obrany proti domácímu násilí, zvýšené právní ochrany nájmu obydlí, pracovního poměru nebo posílení spotřebitelských práv. Tento vývoj s sebou přinesl tendenci k úpravám kogentním a značně podrobným, až kazuistickým. Za účelem sociálně jistě přijatelným tak vstoupil do soukromého práva prvek soukromému právu vlastně cizorodý, rozšiřující výjimečný charakter donucujících úprav. Avšak volba zákonných ustanovení formulovaných jako co nejpodrobnější likvidují „*schopnost zákonů, aby se přimykaly měnícím se potřebám života*“<sup>26</sup> což se právě děje klauzulemi nastavujícími jasné generální směrnice, a tím i zákonodárcovy cíle, a pojmy nesvazovanými pevnými definicemi, ponechávajícími soudci prostor nakládat s pozitivním právem volněji, aniž opustí jeho půdu,<sup>27</sup> protože tak může právní život držet krok s vyvíjejícím se sociálním životem. Je nutné myslet na zkušenost, že čím podrobnější je zákonná úprava, tím víc se soukromé právo byrokratizuje, tím víc přispívá k degeneraci tvořivého juristického myšlení, tím víc mezer v něm vzniká a v důsledku toho poskytuje víc příležitostí k obcházení zákona – a hlavně, tím rychleji ztrácí dech a vyžaduje nové a nové novelizace, takže co má být pevnou oporou života společnosti, se zvolna mění v amébu.

Myslím, že svoji roli sehrává i stále větší posun právníků ke specializaci, což je vynuceno dělbou práce vyvolanou hypertrofií práva a hypochondrickou motivací regulovat zákonem kdejaké počínání. Řekl bych, že specializace v tomto smyslu je jen eufemismem pro fachidiotismus, jak napsal autor, jehož spisy jsme byli několik desetiletí tak krmeni, že se dnes cituje jen minimálně: „*Dělbou práce uvnitř moderní společnosti charakterizuje fakt vytváření specializací, odborníků a s nimi fachidiotismus.*“<sup>28</sup> S ním se spojí ztráta schopnosti vnímat dílčí téma, jakkoli je zná do hloubky a všemožných detailů, v potřebných souvislostech. Výsledek pak spěje k tomu, že

<sup>26</sup> SVOBODA, E. *Vůle vnitřní a vůle projevená právním činem*. Praha: nákl. vl., 1911, s. 26.

<sup>27</sup> *Ibid.*, s. 19.

<sup>28</sup> „*Was die Arbeitsteilung in der modernen Gesellschaft charakterisiert, ist die Tatsache, daß sie die Spezialitäten, die Fachleute und mit ihnen den Fachidiotismus erzeugt.*“ MARX, K. *Das Elend der Philosophie: Antwort an Proudhons „Philosophie des Elends*. Berlin: Karl-Maria Guth, 2014, s. 103.

„každý odborník je ve svém oboru oslem“.<sup>29</sup> Ovládnou-li takoví specialisté legislativní práce, pak „každý si hlídá to své, náš zákon, váš zákon, jako by zde ani neexistoval jeden právní řád. Legislativní rada vlády nemá sílu to nějak koordinovat, vláda to neudělá a o parlamentu není třeba mluvit“.<sup>30</sup> Tak se legislativa přesouvá z agendy intelektuálů, kteří vědí všechno o něčem a něco o všem, do agendy uálů, jak estetik Tomáš Kulka označuje „intelektuály“ bez intelektu.<sup>31</sup>

Ale ať již zákony tvoří fachidioti nebo diletanti, je odtud jen krůček k tomu, aby se legislativy zmocnili demagogové. „A bezprostředním nebezpečím demokracie není diktatura, nýbrž demagogie, z níž se teprve diktatury rodí.“<sup>32</sup> Legislativa ad hoc, pokud se množí, představuje výstražná světla na cestě k tomuto nebezpečí.

## 4. Ad hoc legislativa

Výraz *ad hoc legislativa*<sup>33</sup> užitý v názvu konference naznačuje, že v rámci zákonodárství představuje legislativa ad hoc jeho podmnožinu. Překládáme-li výraz *ad hoc* (doslova: „k tomuto“) slovy „za určitým účelem“, můžeme namítnout, že veškerá legislativa vzniká ad hoc, neboť každý zákon má svůj určitý účel a smysl. Přeložíme-li jej však slovy „za konkrétním jednotlivým (zvláštním) účelem“, poodhalí se tím podstata pojetí ad hoc legislativy jako zákonodárství sledujícího nikoli účelnost, ale účelovost. Hranice mezi obojím je ale někdy nejasná, i když se obvykle legislativa ad hoc charakterizuje jako zákonodárství ve prospěch či neprospěch určité osoby nebo konkrétní záležitosti.

Je jistě zřejmé, že československý zák. č. 143/1947 Sb., o převodu vlastnictví hluboké větve Schwarzenberků na zemi Českou, je učebnicovým pří-

---

<sup>29</sup> „Jeder Fachmann ist in seinem Fach ein Esel.“ (Jean Paul) in: FRIEDEL, E. Essays, Satiren. Humoresken. Altenmünster: Jazzybee Verlag Jürgen Beck, 2012, s. 123.

<sup>30</sup> MALEČKÝ, R. Josef Baxa: Zákony dnes píše děti. Česká justice. 21. 1. 2014. Dostupné na: <https://www.ceska-justice.cz/2014/01/josef-baxa-zakony-dnes-pisi-deti/> (10. 11. 2019).

<sup>31</sup> Např. KULKA, T. Umění uálů – intelekt-uálů bez intelektu. Dostupné na: <https://babilonrevue.cz/umeni-ualu-intelekt-ualu-bez-intelektu/> (9. 12. 2019). Zejména ale KULKA, T. *Umění a jeho hodnoty. Logika umělecké kritiky*. Praha: Argo, 2019.

<sup>32</sup> FUCHS, A. Lomený kříž a romantika. *Moderní stát*, 1934, roč. VII, s. 64.

<sup>33</sup> Osobně se kloním k preferování výrazu *legislativa ad hoc*, pokládaje výraz v názvu konference za anglicismus (srov. *ad hoc legislature, ad hoc legislation*).

kladem legislativy ad hoc. Méně zřetelné to je v případě § 9 zák. č. 215/1919 Sb., o zabrání velkého majetku pozemkového, a zák. č. 354/1921 Sb., o převzetí statků a majetku, připadlých podle mírových smluv československému státu,<sup>34</sup> a ještě méně v případě zák. č. 14/2017 Sb., kterým se mění zákon č. 159/2006 Sb., o střetu zájmů, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony (tak řečený lex Babiš). Jakkoli byly všechny uvedené zákony schváleny za účelem zásahu do majetkových práv konkrétních osob, účelovost je očividná jen v prvním případě postihu „vykořisťovatele jihočeského lidu“<sup>35</sup> na jehož majetek by stát jinak nedosáhl. V případě majetkového postihu členů Habsbursko-Lotrinské rodiny, se účelovost zákonné úpravy relativizuje mimořádnými okolnostmi průběhu a důsledků první světové války, a pokud jde o poslední z uvedených zákonů, bylo jeho jedno opatření sice viditelně namířeno proti členu vlády, ale zároveň dopadlo na několik desítek tisíc dalších veřejně činných osob jako součást dalších úprav k podpoře transparentnosti a prevenci korupčních rizik.

Je ovšem otázka, zda okolnost, že se zákonná úprava dotkne většího (neurčitého) počtu osob vylučuje závěr, že jde o legislativu ad hoc. Záporná odpověď je nasnadě.

Nedávno byl v České republice přijat zák. č. 208/2019 Sb., kterým se mění zákon č. 252/1997 Sb., o zemědělství, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 256/2000 Sb., o Státním zemědělském intervenčním fondu a o změně některých dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů. Součástí změn, které tato novela přinesla, je přesun vyplácení tuzemských zemědělských dotací z ministerstva zemědělství na Státní zemědělský intervenční fond. Změna, zdůvodňovaná racionalizací dotační politiky, má ten důsledek, že změna plátce dotací vylučuje aplikaci ustanovení zákona o střetu zájmů, jehož úprava dopadá na dotace vyplácené ministerstvem, nikoli však státním zemědělským fondem. Pak se klade otázka, zda racionalizace jako tvrzený účel zákona jen nezakrývá jiný cíl, tedy umožnit po-

<sup>34</sup> Srov. zvláště § 1 bod 1. cit. zák., jímž byl konfiskován majetek „bývalé panovnické rodiny rakousko-uherské“ a jeho § 3, který uvádí bližší identifikaci jejich členů. Zák. č. 215/1919 Sb. tuto úpravu předjímal v § 9 slovy, že „zvláštním zákonem provede se zásada, že bez náhrady bude převzat majetek [...] příslušníků bývalé panovnické rodiny Habsbursko-Lotrinské“.

<sup>35</sup> Srov. zpravodajskou zprávu Jana Bartušky v Národním shromáždění přednesenou 10. 7. 1947. Dostupné na: <http://www.psp.cz/eknih/1946uns/stenprot/065schuz/s065001.htm> (29. 11. 2019). Tamtéž zazněla výtky, že předeek Schwarzenbergů získal povýšení za pomoc, kterou „poskytl císaři Zikmundovi v křížáckém tažení proti Husitům“.



skytování zemědělských dotací někomu, kdo je podle jiného zákona v zájmovém střetu.

Jiným příkladem může být český zák. č. 188/2011 Sb., kterým se mění zák. č. 189/2004 Sb., o kolektivním investování, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony. Ten ve své desáté části (čl. XII) doplnil do § 36 odst. 3 zák. č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů s účinností od 15. 7. 2011 větu, že se daň z příjmů vybíraná zvláštní sazbou zaokrouhluje na celé koruny dolů. V důsledku této zákonné změny a skutečností, že výnosy z jednotlivých tzv. korunových dluhopisů činily haléřové položky a že se v rozhodné době daň za každý dluhopis počítala samostatně, zaokrouhlovala se daň z výnosu každého z těchto dluhopisů na nulovou sazbu. Zde se za účel zákona prohlašovala podpora drobných střadatelů, ale vedlejší efekt úpravy byl, že ji investoři ze zcela jiné skupiny využili k čerpání finančních prostředků z akciových společností pomocí nezdaněných výnosů z dluhopisů namísto dividend podléhajících dani. Celkem šlo o víc než čtyři sta korporací. Skeptik by se mohl ptát, zdali snad vedlejší efekt nebyl při tvorbě novely zamýšlen jako ten hlavní a zdali protekcionismus drobných střadatelů nebyl jen proklamací zastírající skutečnost. Následně přijatý zák. č. 192/2012 Sb. sice možnost „nulového zdanění“ výnosů z těchto dluhopisů zrušil, ale pro ty, jež byly vydány před jeho účinností, dosavadní výhodu zachoval. S případem tzv. korunových dluhopisů souvisí i další příběh. Poté, co se ve veřejném prostoru objevilo zjištění, že uvedenou možnost využil také Andrej Babiš, reagoval zákonodárce návrhem zákona, kterým se mění některé daňové zákony v souvislosti se zvyšováním příjmů veřejných rozpočtů, předloženým v tomto roce Poslanecké sněmovně, který má umožnit „nenulové zdanění“ výnosů z korunových dluhopisů vydaných v roce 2012. Tento návrh se dosud zákonem nestal (aktuálně jej projednává český Senát). Za zmínku snad stojí, že podobné zdanění bylo předmětem zákonného návrhu zpracovaného v roce 2017 ministerstvem financí vedeném tehdy Andrejem Babišem; návrh sice nebyl vzhledem ke končícímu volebnímu období v parlamentu projednán, ale pokud by tak stalo, šlo by patrně o jeden z mála případů legislativy ad hoc iniciované ve vlastní neprospekch.

Z uvedených příkladů lze některé bez rozpaků zařadit k legislativě ad hoc, nad jinými lze váhat. Co ale mají společné je, že jde o zákonná opatření s využitím institutů veřejného práva (sekvestrace, konfiskace, dota-



ce, daně) zasahující do vlastnického práva jako klíčové soukromoprávní i ústavní instituce. Nelze přehlédnout, že i dotace z veřejných zdrojů sice určeným subjektům zlepšují jejich majetkovou pozici, jiné však znevýhodňují, a pokud nestrannost jejich přidělování rozkolísá legislativa ad hoc, nejenže negativně zasáhne vlastnickou sféru, ale závažně prolomí i princip rovnosti v právech. Ne nadarmo slovenský Ústavní soud poznamenal: *„Vlastnícké právo predstavuje dôležitý predpoklad sebarealizácie človeka, ktorému zaisťuje nezávislosť, a tak vytvára priestor pre realizáciu jeho slobody. Z uvedeného vyplýva, že nešetrné mocenské zásahy do práva na pokojné užívanie majetku narúšajú nielen dané základné právo, ale sú v napätí aj s ústavnou hodnotou personálnej autonómie jednotlivcov.“*<sup>36</sup>

Nejen na základě dosavadních poznatků se kloním k závěru, že legislativu ad hoc nelze poměřovat jen kritériem, zda sleduje prospěch nebo neprospěch někoho či něčeho konkrétního. Nicméně, mluvíme-li o prospěchu někoho, klade se otázka, zda hypotézu o legislativě ad hoc indikuje jen přijetí zákona (nebo změny zákona), který určité osobě nebo konkrétní skupině osob přináší majetkový prospěch, anebo zda je možné uvažovat o legislativě ad hoc i v případě, že někomu přinese prospěch nemajetkový, např. osobní uspokojení.

Dodejme ještě, že český Ústavní soud se problematikou legislativy ad hoc na úrovni ústavních zákonů zabýval v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 27/09 z 10. 9. 2009. V uvedeném judikátu se dovodilo, že i zákon ad hoc, jež soud výslovně označil za *zákon pro jedinečný případ*, může být ústavně konformní, pokud je vydán na základě výslovného zmocnění v ústavě, jak se stalo např. v čl. 100 odst. 3 české Ústavy, podle něhož lze ústavním zákonem vytvořit územní samosprávný celek. Druhý případ ústavní konformity zákona ad hoc odůvodňují výjimečné důvody (což je např. případ restitučních zákonů), ale také válečný stav nebo přírodní katastrofa. Ve všech těchto případech je podmínkou respekt k principu proporcionality.

## 5. Legislativní ataky ad hoc na soukromé právo

Ukažme si nyní na několika příkladech, co dokáže legislativa s cíli nesenými účelovostí v soukromém právu. Východiskem nám bude český občan-

<sup>36</sup> Nález PL. ÚS 19/2009 z 26. 1. 2011.

ský zákoník (zák. č. 89/2012 Sb., o. z.), který nabyl účinnosti 1. 1. 2014. Zejména v době od jeho přijetí a publikace (22. 3. 2012) do nabytí účinnosti vznikaly různé katastrofické scénáře – podobně jako např. v obdobných situacích v Nizozemí, Québeku nebo v Rusku – spojené v Česku i s návrhy na odložení účinnosti zákoníku. Nicméně v průběhu následujících let se ukázalo, že katastrofa nenastala.

Novelizačním tlakům však občanský zákoník neodolal. Zatím byl v nevelkém rozsahu novelizován čtyřikrát,<sup>37</sup> návrhy některých dalších novel se připravují nebo projednávají. Uskutečněné změny občanského zákoníku byly zatím rozsahem marginální, z největší části vyvolané implementačními povinnostmi vůči právu Evropské unie.

Ve vztahu k tématu legislativy ad hoc nelze zamlčet, že ani příprava samotného kodexu neunikla účelovým zásahům. Nejviditelnějšími výsledky jsou jednak vyškrtnutí návrhu úpravy zapsaného (registrovaného) partnerství ze zákonné osnovy a jeho ponechání úpravě zvláštního zákona (zák. č. 115/2006 Sb.), jakkoli jde o úpravu osobního statusu, politicky už dříve rozhodnutou, jež do občanského zákoníku logicky z pohledu právní vědy systematicky patří, jednak zařazení celé úpravy spotřebitelského práva do občanského zákoníku, přestože se po celou dobu příprav zákoníku ve shodě s jeho věcným záměrem předpokládalo, že soukromoprávní i veřejnoprávní dimenze spotřebitelského práva bude upravena speciálním zákonem po vzoru většiny západoevropských států. K oběma změnám došlo rozhodnutími vedení ministerstva spravedlnosti krátce před vypravením návrhu zákona do připomínkového řízení. Důvody obou rozhodnutí nebyly odborné, ale politické, nesené snahou snazšího prosazení zákonné osnovy v parlamentu.<sup>38</sup> Účelovost těchto opatření je zřejmá, nicméně je otázka, zda je lze zařadit pod pojem legislativy ad hoc.

Myslím však, že do sféry legislativy ad hoc nepochybně spadá to, co vzápětí následovalo. Bylo výsledkem politických kalkulací, že v českém občanském zákoníku je kodifikováno spotřebitelské právo v jeho soukromoprávním rozměru, zatímco veřejnoprávní otázky upravil zák. č. 634/1992 Sb.,

---

<sup>37</sup> Zákony č. 460/2016 Sb., č. 303/2017 Sb., č. 111/2018 Sb. a č. 171/2018 Sb.

<sup>38</sup> Zapsané (registrované) partnerství vyvolávalo hostilní reakce u některých konzervativních politiků a jeho zařazení do občanského zákoníku bylo bezmála vnímáno jako znesvěcení kodexu, naproti tomu koncept vyřazení spotřebitelského práva z občanského zákoníku do speciálního předpisu kritizovali někteří levicoví politici, majíce za to, že se zhorší spotřebitelský komfort.

o ochraně spotřebitele. Je to řešení v zemích Evropské unie nikoli ojedinělé; najdeme je v právních řádech Slovenska, Maďarska, Německa, Nizozemska i jinde, konec konců odpovídá i předchozímu právnímu stavu v Česku, a nelze tedy tvrdit, že to je řešení nemožné nebo špatné. Kuriózní však je, že necelé dva roky po nabytí účinnosti občanského zákoníku připravila ministerstva spravedlnosti i průmyslu a obchodu věcný záměr zákona běžně označovaného jako spotřebitelský kodex. Legislativní návrh byl zdůvodněn stejnými argumenty, s nimiž se při přípravě občanského zákoníku doporučovalo spotřebitelské právo z kodifikace vyčlenit, přičemž tyto argumenty byly v roce 2008 politicky odmítnuty. Není tajemstvím, že obnovený projekt spotřebitelského kodexu byl nesen především osobními ambicemi tehdejšího ministra spravedlnosti a lidí s ním úzce spojených. V tom spatřuji účelovost, ve snaze vystavět si pomník tím, že se táž materie bez obsahových změn upraví systematicky jinak, a s tím, že se oponentní názory – Legislativní rada vlády dala k návrhu dvakrát nesouhlasné stanovisko – válčují politickou demagogií. Přípravy „spotřebitelského kodexu“ byly posléze pro sílící odpor veřejnosti po dvou letech zastaveny.

Z legislativních zásahů ad hoc do občanského zákoníku lze příkladmo uvést:

Předmětem řady dlouholetých debat byla otázka navázání zákonné úpravy občanského a pracovního práva, když úprava pracovního poměru je v České republice, obdobně jako na Slovensku nebo v Polsku, dlouhá léta<sup>39</sup> vyhrazena zákoníku práce. Sporům, v nichž v souvislosti s přijetím nyní platného zákoníku práce č. 262/2006 Sb. nejprve zvítězil koncept „samostatného“ kodexu v duchu tradic totalitního státu, učinil posléze zadosť Ústavní soud nálezem č. 116/2008 Sb. Podle jeho rozhodnutí musí být občanský zákoník subsidiárně aplikován i na zákoník práce. V občanském zákoníku došlo k úpravě způsobilosti nezletilého uzavřít pracovní smlouvu na zaměstnanecké straně. Tato úprava (§ 35 o. z.) se v návrhu kodifikace postupně vyvíjela, hledal se kompromis a nakonec byla přijata podle finského vzoru: pokud nezletilý dovršil věk patnáct let a ukončil základní školní docházku, mohl sice sám jako zaměstnanec uzavřít pracovní smlouvu, ale jeho zákonnému zástupci bylo založeno právo takto vzniklý pracovní poměr nezletilého mladšího šestnácti let rozvázat, v případě že výkon

<sup>39</sup> V Česku a na Slovensku od roku 1965, v Polsku od roku 1974.

práce ohrožoval jeho vzdělávání, vývoj nebo zdraví. První novela o. z.<sup>40</sup> přinesla změnu této úpravy a návrh nového znění § 35 byl nesen myšlenkou obnovy koncepce z roku 1950. Není podstatné, že o takovou změnu usiloval významný činník odborové organizace, ale svůj význam má, že sám místopředseda ČMKOS Vít Samek, jenž rozhodně není stoupencem koncepce platného českého kodexu občanského práva,<sup>41</sup> na zasedání Legislativní rady vlády projednávající návrh novely, potvrdil, že dosavadní úprava v § 35 o. z. v praxi nevyvolala žádné problémy. Za změnou zákonně úpravy nebylo víc než ideologie.

Jinou změnou občanského zákoníku, kterou přinesla novela z roku 2016, byl zásah do § 113 o. z. Toto ustanovení nalezlo svůj výraz rozhodnutím ústavněprávního výboru Poslanecké sněmovny z 11. října 2011 a následným schválením parlamentem. Výsledkem byla zákonná směrnice, že zásadně nelze bez souhlasu člověka použít po jeho smrti jeho tělo k vědeckým, výzkumným nebo výukovým účelům. Tím se občanský zákoník přiklonil k modelu stejnému, jaký je například uplatňován v Německu, a odvrátila se od řešení, na němž stavěla dosavadní právní úprava ve vleku úprav tradovaných v době tzv. „socialismu“.<sup>42</sup> Zákonná změna vyvolala lobbistickou kampaň iniciovanou Českou lékařskou komorou (především však Společností českých patologů ČLS JES) provázenou v některých nemocnicích absurdními praktikami na hranici morálky.<sup>43</sup> Následně byly novelizovány zákon o zdravotních službách i občanský zákoník a bez nějakých debat o společenských, etických, ekonomických a právních aspektech měněné úpravy<sup>44</sup> se vzal v úvahu jen ohled na zájmy lékařů. Lidské mrtvoly tak byly opět znárodněny, resp. zprivatizovány, protože kromě taxativně uvedených důvodů provedení pitvy spojených s veřejným zájmem,<sup>45</sup> lze

---

<sup>40</sup> Zák. č. 460/2016 Sb.

<sup>41</sup> Do kamene by měla být tesána jeho slova porovnávající občanské zákoníky z roku 1964 a z roku 2012: „Dnes člověk věděl, že tu je zákon, který velmi přesně popisuje, co se smí a co se nesmí. A člověk se jenom v určitých směrech, kde to ten zákon dovolil, mohl odchýlit. Od Nového roku se (...) věc úplně obrátí. Lidé si budou moci vzájemně ve smlouvách sepsat cokoli podle své domluvy a zákoník bude sloužit jako metodická pomůcka.“ Citováno in MENSCHIK, T. – CECHL, P. Vítejte v říši chaosu. Týden, 16. 12. 2013, s. 26.

<sup>42</sup> V té době se tak naposledy stalo ve vyhlášce č. 19/1988 Sb., § 4 a násl.

<sup>43</sup> V některých nemocnicích se např. začaly vyžadovat u přijímaných pacientů souhlasy s případnou pitvou.

<sup>44</sup> Srovnej čl. 28 Úmluvy o lidských právech a biomedicíně.

<sup>45</sup> Tedy zájmem na veřejném zdraví nebo na opatření důkazů v souvislosti s násilným úmrtím a trestným činem.

pitvu provést podle volného uvážení lékaře provádějícího ohledání mrtvého těla nebo dle zvážení patologa, tedy i v jeho soukromém zájmu.

Třetí příklad, na který chci poukázat je tento: již v době, kdy se zpracovával věcný záměr občanského zákoníku a po opakovaných diskusích v průběhu prací na jeho paragrafovém znění se vycházelo z konceptu opuštění zákonného předkupního práva spoluvlastníků (až na výjimky) u vědomí, že jde o koncept soukromému právu vzdálený, který byl do tuzemského občanského práva zaveden v roce 1950 se záměrem preferovat tzv. socialistického spoluvlastníka. Tato změna byla při přípravě a projednávání návrhu zákoníku mnohokrát diskutována a vždy převážily hlasy v její prospěch. Hlavně však byli zpracovatelé zákonné osnovy, pokud jde o věcná řešení, politicky vázání usnesením vlády schvalujícím věcný záměr občanského zákoníku.<sup>46</sup> Připomeňme, že vláda byla v té době výlučně sociálnědemokratická<sup>47</sup> a že její stanovisko k zákonnému předkupnímu právu ani následně reprezentace ve vedení státu nerevokovaly. Krátce poté, co občanský zákoník nabyl platnosti, začal poslanec České strany sociálně demokratické Jan Chvojka usilovat o obnovení zákonného předkupního práva spoluvlastníků, prohlásiv, „*že se necítí být vázán tím, že institut předkupního práva zrušila vláda Miloše Zemana v roce 2001*“.<sup>48</sup> Vláda schvalující návrh první novely občanského zákoníku sice obnovení zákonného předkupního práva neschválila, Chvojkovou aktivitou v zákonodárném sboru však byla tato změna prosazena a byla zahrnuta do novely z roku 2016. Jiná otázka je, že se vzápětí ukázalo, jaké praktické problémy plošné zavedení předkupního práva působí, takže se následně začaly vymýšlet novelizační výjimky. Nakonec došlo k tomu, že se k 1. 7. 2020 zákonná úprava předkupního práva vrátila do původní podoby, tj. v jaké byla v době, kdy byl občanský zákoník přijat. Můžeme to komentovat tak, že pro praktické dění v soukromé sféře je jistý stupeň chaosu sice přirozený, ale chaos v legislativě signalizuje nedobrou správu státu.

Tři příklady zásahů do občanského zákoníku mají společné, že vznikly v důsledku tlaku konkrétních osob a v důsledku jejich legislativní inicia-

<sup>46</sup> Usnesení vlády ČR č. 345 ze dne 18. 4. 2001.

<sup>47</sup> Byla to na základě výsledku voleb z roku 1998 vláda vedená předsedou Milošem Zemanem (1998–2002).

<sup>48</sup> PASEKOVÁ, E. (epa). Je předkupní právo koncepční změna občanského zákoníku? Poslanci se neshodli. Dostupné na: <https://www.ceska-justice.cz/2016/06/je-predkupni-pravo-koncepcni-zmena-obcanskeho-zakoniku-poslanci-se-neshodli/> (8. 12. 2010).

ce, ale jen v případě změn § 113 o. z. a zákona o zdravotních službách lze snad uzavřít, že šlo o legislativu k prospěchu určitých osob, resp. že iniciátoři novely sledovali především svůj vlastní prospěch. V případě změny § 35 o. z. ohledně způsobilosti k uzavření pracovní smlouvy nešlo o víc než o ideologii a případ návratu zákonného předkupního práva je dosti podobný. Nicméně mám za to, že o legislativu ad hoc jde ve všech těchto případech – z důvodů, o nichž byla řeč výše. Ideologie, navíc vázaná na „hodnoty“ zrozené v někdejší Československu v temných padesátých letech, není ovšem nic, do by demokratickému právnímu státu zvláště prospívalo.

## 6. Facit

Řekl bych, že právní systém, jakož i soukromé právo, u něhož je význam ustálenosti velmi podstatný, můžeme pokládat za stabilní, i když se v něm jednotlivosti proměňují – to však za podmínky, že změny práva nedosahují co do počtu, rozsahu nebo významu takového stupně, který způsobí otřesy směřující k rozvratu.

Legislativa ad hoc, jak ji chápu v tomto příspěvku, tedy schvalování zákonů a jejich změn, ať již s dobrým úmyslem reagovat na určité sociální nebo ekonomické jevy, anebo s motivy méně dobročinnými nesenými třeba osobním prospěchářstvím nebo ideologií, ale v každém případě provedené bez náležitého rozmyslu, pochopení platného práva a vyhodnocení možností, které nabízí, zhodnocení dopadů zamýšlených změn do společenského života, hospodářství a osudu jednotlivců, k takovému rozvratu nutně vede, pokud přesáhne únosnou mez. Pozorujeme-li v českém prostředí chaotické působení „legislativní vztekliny“, jak dění na tomto úseku nazval Michal Mazanec, nutně to vyvolává podněty k vážnému zamýšlení.<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> Příspěvek je výstupem projektu APVV-18-0443 „Prieniky pracovného práva do iných odvetví súkromného práva (a vice versa)“.

# SPONTÁNNOST SOUKROMÉHO PRÁVNÍHO ŘÁDU VERSUS ENTROPIE JEHO REGULATORNÍCH VEŘEJNOPRÁVNÍCH KOREKCÍ

*Prof. JUDr. Josef Bejček, CSc.*

*Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno, Česká republika*

## Úvodem

Téma konference je provokativní, mnohovýznamové. Vyvolává řadu otázek, jako např. zda je tzv. *ad hoc* legislativa častější ve veřejném právu nežli v právu soukromém. Nejde určitě jen o legislativu z oblasti práva soukromého nebo jen ve prospěch soukromého zájmu. Soukromoprávní principy se prolamují i prostřednictvím řady veřejnoprávních předpisů.

Kromě evidentních případů zasahování státu do soukromých právních vztahů s jasným účelem a cílem (právo rodinné, tzv. právo hospodářské, některé sektory práva obchodního, jako např. úprava obchodního rejstříku nebo práva cenných papírů atd.) a s poměrně jasným rozhrančením soukromé a veřejné sféry existují i případy jakési „plíživé publicizace“. Její podstata spočívá v nepozorovaném judikatorním rozšiřování faktického vlivu veřejné moci nebo v ne dosti zdůvodněném (byť legislativně vyjádřeném) nadřazování veřejnoprávní úpravy nad úpravu soukromoprávní.<sup>1</sup>

A co je to vlastně *ad hoc* legislativa? Vždyť i pod touto zkratkou se skrývají letité zákony, které se v průběhu doby staly kánony světového významu – viz Sherman Act z r. 1890, který byl při vzniku označován jako „legislativní obušek“ koncipovaný k použití proti Standard Oil<sup>2</sup> a dalším monopolům na trhu USA ke konci 19. století; přitom platí dodnes nejen

---

<sup>1</sup> Poukazoval jsem na to již v příspěvku „Privatizace“ veřejného a „publicizace“ soukromého práva na IX. Dies Luby Iurisprudentiae, Smolenice, 20.–21. 9. 2007.

<sup>2</sup> Srov. např. [https://www.econedlink.org/wp-content/uploads/legacy/686\\_standard\\_oil1.pdf](https://www.econedlink.org/wp-content/uploads/legacy/686_standard_oil1.pdf), nebo [http://www.digitalhistory.uh.edu/teachers/lesson\\_plans/pdfs/unit7\\_8.pdf](http://www.digitalhistory.uh.edu/teachers/lesson_plans/pdfs/unit7_8.pdf).

v USA, ale je a byl vzorem pro desítky antitrustových předpisů po celém světě.

Kontrast „atypických“ a „systémových“ právních úprav může být falešný a přechodný. Co je zpočátku atypické, může se stát systémovým (Sherman Act, ochrana spotřebitele, ochrana slabší strany), nebo také naopak (zvláštní úprava obchodních závazků v ObchZ a systémové sjednocení v dnešním OZ). Trpím snad předsudkem (fixní ideou), že podobně jako schematické dělení na soukromoprávní a veřejnoprávní (a ev. jakési „přechodové“) aspekty právních otázek (kromě snad omluvitelného didaktického použití), je i dělení legislativy na systémovou a atypickou (či *ad hoc*) zrádné a může bránit optimálnímu řešení podstaty právních vztahů a konkrétních problémů při jejich realizaci. Uvznutí v uměle vytvořeném pomyslném kruhů zdanlivě dichotomických pojmů často ztěžuje poznání podstaty právního problému a jeho optimální společenské řešení.<sup>3</sup> Pojem *ad hoc* legislativy je velmi rozostřený a spíše intuitivní. Vnímáme jej jako označení něčeho dočasného, provizorního, přechodného a vzhledem k typické jednoúčelovosti spíše méně kvalitního.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Podobné pojmy spíše vytvářejí předsudky a fixují je, namísto aby otevíraly prostor pro věcnou diskusi. Nabízí se i paralela s novinářsky vědeckým (předsudečným a rozplizle účelovým) kvaziringem hnutí a stran jakožto uskupení demokratických, populistických a ne(proti)systémových, sloužící k jejich apriorní bonifikaci či diskvalifikaci, ačkoliv všechny fungují v souladu s ústavou a se zákony a žádná nebyla zakázána jako nedemokratická.

<sup>4</sup> Nemám statistická data, jen se domnívám, že mezi tzv. legislativou *ad hoc* a její kvalitou na jedné straně, a tím, že příslušný předpis či ustanovení vznikly na základě poslanceké iniciativy, bude nezanedbatelná korelace. Poslanecký návrh zákona se podle naší právní úpravy (srov. § 86 a násl. zák. č. 90/1995 Sb., o jednacím řádu Poslanecké sněmovny a čl. 20 Legislativních pravidel vlády ČR – <https://www.vlada.cz/cz/ppov/lrv/dokumenty/legislativni-pravidla-vlady-91209>) vymyká běžnému připomínkovému řízení. Někdy vznikají pod lobbistickým tlakem úzce pojatých skupinových zájmů opravdové „klenoty“ legislativnětechnické kultury, jež nesnesou standardní měřítka kvality a jež jsou vysmívány jako „legislativní dadaismus“ (což se stalo před několika lety níže komentovanému českému zákonu o významné tržní síle, viz PELIKÁN, R.: *Zákon o významné tržní síle – legislativní „Dada“ směřuje do praxe*. Antitrust 2009, č. 0, s. 34). Kutlíská nepromyšlenost, která bývá pravidelným znakem poslancekých zákonodárných iniciativ, se projevila i u novely ZOHS v podobě § 19a.

Když už byla vůle rozšířit působnost zákona o ochraně soutěže na orgány veřejné správy, tak zřejmě nebyl důvod, proč nezakázat i zkresení soutěže, které je typicky na obecní úrovni lehce představitelné. Nectila se též zásada potenciality a nezakazovala se ohrožovací jednání, ale až jednání (tedy včetně nečinnosti), která soutěž již vyloučila nebo omezila. Původní návrh v poslední novele – totiž zakázat jen *zjevnou* podporu – byl



Není snad veškerá legislativa v době svého vzniku vlastně typově *ad hoc*, včetně ústav?<sup>5</sup>

*Ad hoc* určitě nemusí být jen jednotlivá ustanovení zákonná ustanovení, ale celé zákony. Může jít ale i o obecně závazné vyhlášky obcí, i o *ad hoc* soukromoprávní autonomní korporátní „legislativu“ (jež může vázat i budoucí společníky, takže má normativní znaky) apod.

Začalo to nepochybně nejpozději ve starém Římě, jehož právo nevyrostlo vůbec na nějakých „systémových“ kodifikacích, ale spíše na sebrání toho, co bychom dnes pojmenovali jako *ad hoc* úpravy.

Za *ad hoc* legislativu lze pokládat i nálezy ÚS jakožto „negativního zákonodárce“, který může zrušit ustanovení všeobecně závazného předpisu nebo předpis celý, což se děje nikoliv „obecně“, ale také vlastně *ad hoc*, jsou-li dotčeny něčí zájmy a je podána ústavní stížnost. Nebo ÚS upřesňu-

---

mnohomluvně dadaistický; neboť *zjevná* podpora je jakožto transparentní postup evidentně méně nebezpečná než podpora *skrytá*; navíc se omezení nebo vyloučení soutěže zakazuje, byť by se událo „jiným způsobem“, tedy vlastně *jakkoliv*, takže na charakteru oné podpory vlastně nezáleží vůbec... [Pozn.: pozměňovací poslanecký návrh Jaroslava Plachého k § 19a ZOHS navrhoval zakázat právě *zjevnou* podporu zvýhodňující určitého soutěžitele nebo jiný způsob narušení hospodářské soutěže. Evidentně se inspiroval zněním slovenského zákona č. 136/2001 Z. z. O ochrane hospodárskej súťaže, který v § 39 převzal znění § 18 původního československého ZOHS (zák. č. 63/1991 Sb.). V Senátu PČR byl tento evidentní dílčí nesmysl odstraněn, byť byl ještě větší rébus akceptován – totiž celá úprava v § 19a a v souvisejících ustanoveních v § 1 odst. 1 písm. d), § 20 odst. 1 písm. b), § 22aa, § 22b.]

Pokud tedy zákon stanoví, že se orgánům veřejné správy zakazuje narušit hospodářskou soutěž podporou zvýhodňující určitého soutěžitele nebo jiným způsobem, pak se tedy tímto orgánům zakazuje narušovat hospodářskou soutěž *jakýmkoliv způsobem* (arg.: § 19a odst. 1 ZOHS „nebo jiným způsobem“. Blíže BEJČEK, J.: *Dozor nad orgány veřejné správy*. Antitrust 2012, č. 4).

Podobně nestandardně nepromyšlený byl poslanecký návrh novely zákona o potravinách (§ 11 odst. 2 zákona č. 110/1997 Sb., účinnost od 1. 1. 2018), který zavádí pod heslem obecného blaha nucenou a tvrdě veřejnoprávně sankcionovanou účast na charitě, pomoci níž stát přenáší náklady na sociální politiku na úzce vymezený okruh podnikatelů. Blíže viz bod 5. tohoto příspěvku.

<sup>5</sup> Může jít též o úpravu *ad personam*, což je vlastně také varianta úpravy *ad hoc*. Viz třeba některé ústavní jmenovací pravomoci prezidenta republiky přizpůsobené při tvorbě Ústavy vkusu a přání tehdejšího prezidenta V. Havla, který si údajně přál v parlamentní (neprezidentské) republice přece jen silnější osobní vliv. Srov. rozhovor s tehdejším poslancem FS ČSFR prof. Zdeňkem Jičínským z 16. 12. 2018 – <https://www.parlamentnilisty.cz/arena/rozhovory/Vaclav-Havel-si-prosadi-lvlastni-pravomoci-a-pak-zacala-uradovat-pravice-Profesor-vzpomina-co-se-delo-kdyz-prave-pred-cvrtstoletim-prijimali-Ustavu-516533>.

je či posouvá výkladem rozsah obecného pravidla chování a vlastně je tak pro konkrétní případ (*ad hoc*) dotváří. Lze hovořit o hybridu jakéhosi „*ad hoc* kvazilegislativního soudního výroku“.

Nepřijímají se však i dnes zákony častěji (nebo zejména) spíše díky a kvůli konkrétním zájmům nežli kvůli obecným principům? Nejsou tedy principy právní, včetně těch soukromoprávních, vlastně jen hutným komprimátem a zobecněním zcela konkrétních zájmů? Jsou principy nové úpravy „vytčeny před závorku“ před jejím přijetím, nebo se spíše dovozují včetně výjimek z toho, co je „v závorce“?<sup>6</sup> Jsou to tedy jakési hodnotové předsudečné konstanty, nebo spíše zobecnění konkrétních zájmů prosazovaných v právním předpisu?<sup>7</sup> Myslím, že je nasnadě odpověď na otázku, zda je častější případ, kdy se vytváří „systém“ z regulací „*ad hoc*“, nebo zda naopak do „systému“ cíleně a plánovitě doplňujeme chybějící prvky. K *ad hoc* legislativě mohou také vést *ad hoc* interpretace právních norem, které zákonodárce chce korigovat v souladu se svým původním záměrem (jde o zpětnovazebně vyvolané změny v psaném právu).

Vytváří se pomocí *ad hoc* regulace to, co Hayek<sup>8</sup> označuje jako spontánní řád, nebo se tím spíše narušuje?

Príznačný je tento konflikt u regulace soutěžního prostředí, bez níž – jak se všeobecně uznává – nemůže dnes existovat takzvaná „spontánní“ svobodná soutěž. Na druhé straně se mohou prosazovat politickou cestou protisoutěžní tlaky, byť by právní rámec ochrany konkurence byl upraven jakkoliv. Vláda může být nejen prosazovatelem „průmyslové organizace“, ale i hlavním prostředkem, kterého korporace používají k formování a udržování koncentrace ekonomiky a k utváření oligopolů a monopolů.<sup>9</sup> Ekonomické subjekty mohou díky použití politických prostředků dosahovat různých efektů, které jsou přisuzovány koncentraci ekonomické moci. Po-

---

<sup>6</sup> ETZIONI, A.: *Morální dimenze ekonomiky*. Praha: Victoria Publishing, 1995, str. 188.

<sup>7</sup> Kdysi jsem s ironickou nadsázkou konstatoval, že obecně se neprojevuje ve zvláštním, ale je ze zvláštního konstruováno a že možná platí, že opakované = obecné; srov. BEJČEK, J.: *Demorality*, in *Jiné právo literární*. Michal Bobek, Vojtěch Šimíček (eds.), Auditorium, Praha 2011.

<sup>8</sup> HAYEK, F. A.: *Právo, zákonodárství a svoboda, 1) Pravidla a řád*. Praha: Academia, 1991, s. 44.

<sup>9</sup> Srov. ETZIONI, A.: op. cit., str. 85. Zde se rovněž zcela neidealisticky konstatuje, že z hlediska stupně koncentrace je americká ekonomika velmi konkurenceschopná, ale z hlediska použitelnosti politických prostředků k prosazení ekonomických zájmů jednotlivých konkurentů vpadá situace podstatně jinak.

litická intervenční moc je naopak často zdrojem moci ekonomické a tyto dvě moci mohou (ale nutně nemusí) korelovat.<sup>10</sup> Někteří soutěžitelé mohou i bez tržní dominance a za malých nákladů na politickou ochranu zablokovat nebo omezit vstupy, a tím zamezit přístupu dalších konkurentů na trh.

Součástí soutěžní politiky v širším smyslu není tedy jen vylepšování soutěžních zákonů, ale i postupy proti možnostem a pokusům ekonomických subjektů o získání intervenční moci politické (financování politických stran, zákony o střetu zájmů,<sup>11</sup> kontrolní systém ve společnosti včetně práva sdělovacích prostředků na informace apod.). Jakákoliv opatření omezující potenciálně nebo fakticky získání politické moci ekonomickými subjekty mohou být nejméně srovnatelná s normativními nástroji soutěžního práva. Politická moc může být jinak využita k vychýlení neutrality samořídícího a samokontrolního působení hospodářské soutěže ve prospěch jednoho účastníka (nebo jejich skupiny) proti druhým (např. podporou velkého podnikání proti malému, ale i malého proti velkému).<sup>12</sup>

Prozření z „právního romantismu“ napomůže i zjištění, že politická moc konkurentů (přímá či zprostředkovaná) je koneckonců účinnějším nástrojem k ovlivnění soutěžního prostředí než tržní moc, neboť je předržena tvorbě právního prostředí pro rozvoj a ochranu konkurence.<sup>13</sup>

I v českém OZ je řada *ad hoc* kazuistických ustanovení reagujících na (přirozeně *ad hoc*) judikaturu – např. na dřívější preferenci absolutní neplatnosti právních jednání i v důsledku jejich nepodstatných vad. V ní našla zalíbení dobová judikatura Nejvyššího soudu, zesílila ji a dovedla ji do nečekaných poloh.<sup>14</sup>

Pojem regulace *ad hoc* nezahrnuje tedy podle mého soudu nutně jen regulaci vzniklou v náhlém hnutí mysli či spíše ekonomických a politických

<sup>10</sup> ETZIONI, A.: op. cit., str. 188.

<sup>11</sup> Např. italský antimonopolní úřad má pravomoc i v této oblasti.

<sup>12</sup> Etzioni uvádí (cit. práce, str. 185), že jednou z neefektivnějších cest pro získání tzv. neúměrných zisků je nikoliv zvyšování cen nad marginální náklady, ale požadování tržních cen a získání vlády k získání jednoho nebo více vstupních faktorů při nákladech podstatně nižších, než musí vynaložit konkurenti. Řada příkladů tohoto postupu použitého v české privatizaci se přímo vnučuje.

<sup>13</sup> ETZIONI, A.: op. cit., tamtéž.

<sup>14</sup> Lze uvést dřívější setrvalou tendenci českého Nejvyššího soudu rigidně zneplatňovat právní jednání i pro drobná formální pochybení.

zájmů. Úprava tohoto typu se může objevit i v stabilizačních pilířích právního řádu, tedy v kodexech, o prostých zákonech nemluvě.

Příkladem může být § 301 obchodního zákoníku (ObchZ) účinného od 1. 1. 1992 do 31. 12. 2013. Ten stanovil, že „*nepřiměřeně vysokou smluvní pokutu může soud snížit s přihlédnutím k hodnotě a významu zajišťované povinnosti, a to až do výše škody vzniklé do doby soudního rozhodnutí porušením smluvní povinnosti, na kterou se vztahuje smluvní pokuta*“. Zákon neobsahoval požadavek, aby se tak stalo na návrh dlužníka, což již požaduje stávající občanský zákoník v § 2051. Snížit pokutu mohl tedy soud podle vlastní úvahy. ObchZ přijal toto výrazně antiliberální opatření v reakci na nebezpečí privatizačních machinací v době svého přijetí. Hodnota privatizovaných podniků se dramaticky snižovala a fiktivně zatěžovala *ex post* konstruovanými a extrémně vysokými smluvními pokutami (šlo tedy o reakci *ad hoc*). Toto „příležitostné“ ustanovení vydrželo ovšem v právním řádu přes dvacet let.

Jinou ukázkou může být zákon č. 526/1990 Sb., o cenách, který platí již téměř třicet let a obsahuje velmi „socialistické“ (rovnostářské) ustanovení § 2 odst. 3, že „*prodávající ani kupující nesmí zneužít svého výhodnějšího hospodářského postavení k tomu, aby získal nepřiměřený majetkový prospěch*“. Budeme pokládat za úpravu *ad hoc* i tuto – po několik desetiletí trvající – regulaci, jež vznikla jako „poslední pojistka“ proti obávaným excesům v souvislosti s cenovou liberalizací a s celkově slabým právním rámcem přechodu na tržní ekonomiku?<sup>15</sup> Náznakem přitakavé odpovědi je zdráhání Ministerstva financí i soudů tento předpis uplatňovat.

---

<sup>15</sup> Zákon dříve obsahoval obecné omezení, že onen nepřiměřený (!) hospodářský prospěch nelze získat nákupem za sjednanou (!) cenu výrazně (!) nedosahující oprávněných nákladů. Šlo o velmi vágní ustanovení charakteru spíše proklamativního, protože se později ony neurčité pojmy poněkud upřesňovaly (srov. doplněná ustanovení § 2 odst. 4–8 zákona). V době přijetí zákona o cenách, kdy se zárodky trhu teprve vytvářely a kdy ještě neexistoval ani zákon o ochraně hospodářské soutěže, nebylo špatné mít po ruce nějaký nástroj k zamezení evidentních excesů silných tržních subjektů, který by umožňoval zásah proti nim alespoň v oblasti cenové. Dnes působí toto ustanovení spíše jako antikvární ozvuk či neodstraněné „mateřské znaménko“ předchozího období cenové regulace. Vágnost tohoto ustanovení se blížila některým generálním klauzulím, které ovšem bývají zpravidla zpřesněny přímo v zákoně příklady a konkretizovány judikaturou. Přiměřenost hospodářského prospěchu nemá též dostatečně určitá kritéria. Počítá se vzhledem k vynaloženým investicím, resp. i k potřebě rozvojových investic budoucích? Jde jen o průměrnou míru zisku? A obecnou, nebo v daném odvětví? Proč se má kupující postihovat za dosažení nízkonákladových vstupů, které je schopen promítnout

Jak plyne z výše uvedených příkladů, charakteristika předpisů či norem epitetem *ad hoc* neznamena nutně jejich vztažení jen na jednotlivý případ – to by ostatně neodpovídalo ani charakteristice právní normy jakožto obecného pravidla uplatňovaného na neurčitý počet případů v budoucnosti. Onen „jednotlivý případ“ může stát v pozadí a iniciovat legislativu jako katalyzátor úpravy, která řeší obecnější problém typu „struna praskla“. Takže iniciace předpisu může být *ad hoc* a bývá vysmívána postiženými,<sup>16</sup> ale jde o standardní plošně a perspektivně platný a účinný předpis. Nejde tedy o legislativu, která se musí upínat nutně pouze k jednotlivému případu či osobě, ale třeba také ke znepokojivému nebo škodlivému obecnějšímu jevu nebo tendenci (ekonomické, společenské, nebo i judikatorní), kterou je politicky žádoucí regulovat.

O regulaci kvazilegislativou *ad hoc* lze mluvit i u originární normotvorné činnosti obcí formou obecně závazných vyhlášek. Ty jsou typicky reakcí na zcela konkrétní a aktuální potřeby a problémy komunity, která ovšem

---

do nízkých konečných cen? Pokud by se tento případ nepovažoval za dosažení nepřiměřeného prospěchu kupujícího (protože se o prospěch podělil se spotřebiteli), jaký je důvod postihnout kupujícího v případě, že koupil za tutéž nízkou cenu, ale ponechal si např. vyšší část výnosů na budoucí investice a nepromítl je do nižších spotřebitelských cen? Zdá se, že jde o slepou uličku cenové regulace v tržních podmínkách, která byla již dříve předmětem kritiky (srov. BEJČEK, J.: *Právní význam cenových vybočení – mimořádně vysokých a mimořádně nízkých cen*. Právník, 2009, č. 6, s. 592–630. BĚLOHLÁVEK, A.: *Novela zákona o cenách – nepřímá novelizace OHS?* Právní zpravodaj 2005, č. 11, str. 10).

Tzv. oprávněné náklady (myslí se samozřejmě náklady prodávajícího) jsou velmi neurčitým a těžko operacionalizovatelným konceptem, byť se o to zákon o cenách (CenZ) jistými obecnými testy pokouší. Náklady, které vynaloží na výrobu méně efektivní výrobce, jsou z jeho (!) hlediska oprávněné; pohled kupujícího je však určitě odchylný. Jeho požadavek může znít, že nakoupí od prodejce zboží za nižší než prodejcem požadovanou cenu, jíž by kupující jinak dosáhl na trhu. Pokud prodejce souhlasí a za tuto cenu (být pro sebe ztrátovou) zboží prodá, jistě se vzpírá zdravému rozumu a citu pro spravedlnost, aby se později přisvědčilo jeho námitce, že kupující zneužil svého hospodářského postavení – on měl přece alternativu koupit jinde, zatímco neefektivní prodávající měl alternativu neprodat vůbec, a tedy v důsledku utrpět ještě větší ztrátu, nežli při prodeji za „podnákladovou“ cenu. Náklady prodávajícího by nemohly být uznány jako oprávněné tím, že by se porovnávaly s náklady tržních konkurentů prodávajícího. Je však otázkou, proč má cenový úřad porovnávat náklady a jejich „oprávněnost“, když tuto funkci nezprostředkovaně plní trh sám – on přece vyřadí ze hry ty, jejichž nákladová struktura neodpovídá poměrům.

<sup>16</sup> Srov. zák. č. 159/2006 Sb., o střetu zájmů (a jeho četné novely), přezdívaný „lex Babiš“.

může výrazně zasáhnout do spontánně vytvořených poměrů a může dokonce ohrozit nebo vyloučit soutěž.<sup>17</sup>

Se špetkou neuctivosti a expanzivnosti (inspirované dále komentovaným podobným přístupem soudů) lze říci, že někdy nepotřebujeme ani legislativu *ad hoc*, pokud roli *ad hoc* zákonodárce převezmou soudy.<sup>18</sup>

Spontánnost soukromého právního řádu se někdy liberalisticky chápe jako výron samoregulace hnané trhem, která je spíše jen zaznamenaná (indukována, reflektována) v podobě optimálních hutných pravidel do psaných zákonů. Železný zákon liberalismu však tvrdí, že „každá reforma trhu, každá vládní iniciativa určená k omezení byrokracie a podpoře tržních mechanismů má v konečném důsledku za následek nárůst pravidel, papírování a počtu byrokratů které vláda zaměstnává“, a že zabezpečování volného trhu si vyžaduje mnohem více papírování než absolutistická monarchie.<sup>19</sup>

Regulace, která může být a nejčastěji také bývá typu *ad hoc*, není nutně zlo, kterému by se mělo plošně čelit pod líbivým heslem deregulace (srov. banky, které nemohou být neregulované), ale jde o nezbytnost. Díky před-  
sudečnému vnímání pojmu se také mnohé „regulace *de facto*“ prezentují

---

<sup>17</sup> Srov. BEJČEK, J.: *Dozor nad orgány veřejné správy*. Antitrust, Praha: Kairos, 2012, č. 4, s. 143–148.

<sup>18</sup> Ilustrativní byla tahanice českých soudů o to, zda je ČEZ veřejnoprávní institucí, která má jako kterýkoliv státní či veřejný úřad informační povinnost vůči občanům a spolkům podle informačního zákona, a zda je tedy součástí veřejné správy. Městský soud v Praze původně zamítl žalobu jednoho ekologického spolku o informace týkající se paliva v jaderné elektrárně Temelín. ČEZ je podle soudu soukromou osobou, na niž se informační povinnost ze zákona nevztahuje. Poté musel soud po zásahu NSS rozsudek změnit. NSS docela aktivisticky určil, že ČEZ je veřejnou institucí, že vykonává veřejnou činnost, protože byl státem zřízen, privatizován a kontrolován (2 As 155/2015-84). Kva-  
zilegislativní „soudní přetahovanou“ (o tom, co vlastně upravuje *zákon*) zatím uzavřel v červnu 2017 Ústavní soud, který konstatoval (IV. ÚS 1146/16), že obchodní společnosti nejsou veřejnou institucí, neboť nenaplnějí definiční znaky a veškeré následky jejich činnosti spojené s tímto postavením nejdou k tíži veřejné moci. S tímto závěrem nejsou někteří politici spokojeni (srov. VRABEC, P.: *Piráti plánují zákonem znevýhodnit na trhu státní firmy*. Ekonomický magazín, 4. 3. 2018). Ve vleku této politické účelovosti hrozí, že se dočkáme dalšího z *ad hoc* zákonů či přilepků označitelných tentokrát jako „lex ČEZ“. Ten by mohl poškodit podnikatelské a obchodní zájmy soukromých společností (ale i státu jako ev. spoluvlastníka, a tedy i všech občanů, jakož i menšinových vlastníků), a to vše pod marketinkově přitažlivým populisticko-ideologickým heslem „transparentnosti za každou cenu“.

<sup>19</sup> GERBER, D.: *Utopie pravidel. O technologii, stupiditě a skryté přitažlivosti byrokracie*, Praha: Prostor, 2017, str. 16.

veřejnosti jako deregulace.<sup>20</sup> To nic nemění na mém podezření, že mnohé politicky a mediálně propagované *ad hoc* regulace ve skutečnosti představují entropický útok na spontánně fungující soukromoprávní řád a někdy dokonce na jeho fundamenty, tedy zásady právní.<sup>21</sup> To ilustruji na několika příkladech v následující kapitole.<sup>22</sup>

## Soukromé právo jako otloukánek (snad) krátkodechých veřejnoprávních regulací?

Představy různých osob a skupin o „spravedlnosti“ se samozřejmě liší mj. v závislosti na sledovaných zájmech. Ve prospěch svých zájmů by zpravidla leckdo bez námitek přivítal podpůrnou právní intervenci, jejíž paralelu na opačné straně by však pokládal za nespravedlivou, ovšem na rozdíl od nějaké jiné „vhodné“ intervence, která by prosazování zájmů protistrany omezila či ztížila.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> GERBER, D.: op. cit., str. 24.

<sup>21</sup> Před pár lety zaujal odbornou veřejnost pokus vlády zneužít legislativu se zcela pro-fábním jednoúčelovým záměrem pomoci z problémů jediné společnosti, ač se návrh zákona tvářil jako obecné zajištění zvláštního režimu pro právnické osoby vykonávající hornickou činnost. Proto se mu dostalo přívlastka „Lex OKD“ (srov. PASEKOVÁ, E.: Lex OKD: Vláda se snaží řešit problémy jedné firmy úpravou insolvenčního zákona. Česká justice, 26. 4. 2016, <https://www.ceska-justice.cz/2016/04/lex-okd-vlada-se-sna-zi-resit-problem-jedne-firmy-upravou-insolvenčního-zákona/>). Za naléhavý veřejný zájem a sociální nepřijemnosti úpadku hornického giganta se skrýl výsostně politický úkol nejnásne splnitelný právě zákonem. Hrozící zvláštní způsob instalace insolvenčního správce, možnost dotovat ztráty z veřejných prostředků, nerovnost investorů a zdeformování soutěžního prostředí apod. nakonec patřily mj. k překážkám, jež znemožnily tento velmi kvapně koncipovaný jednoúčelový zákon přijmout.

<sup>22</sup> Navazuji mj. na příspěvek BEJČEK, J.: Podnikání mezi Scyllou právního liberalismu a Charybdou přeregulovanosti [in SUCHOŽA, J., HUSÁR, J., HUČKOVÁ, R. (eds.): *Právo, obchod, ekonomika VI*. Košice: UPJŠ, 2016, str. 48–66] a některé pasáže přejímám. Usiluji však dlouhodobě nespadat mezi ty právníky, o nichž se předsudečně prohlašuje, že mají „téměř myšlenkový návyk považovat fakt, že legislativa o něčem rozhodla, za důkaz moudrosti tohoto rozhodnutí“; srov. HAYEK, F. A.: *Právo, zákonodárství a svoboda, 1) Pravidla a řád*. Praha. Academia 1991, str. 65. Níže uvedené případy vstupují do právního řádu sice jako jeho jednotlivé prvky, adaptace na něž (HAYEK, F. A.: op. cit., str. 41) jej však spíše eroduje a činí ze zákonnosti vybudované na principech služku politické či ekonomické krátkodobé účelnosti.

<sup>23</sup> Podle přísloví, že každý má rád spravedlnost; zejména však, když jde o jiné.



Někdo přitom pokládá za důležitější soutěž a rovnost šancí, jiný zase ochranu slabšího před tržními riziky. Na kvalifikaci a odborném zaměření to nezáleží. Jde tedy o hodnotové a ideologické spory, které se řeší konc konců politicky. Ani jedna z extrémních etických poloh (ani víra v sobectví, ani víra v altruismus a solidaritu) se přitom bez regulace podporující hlavní cíle neobejde, byť z povahy věci je vnucovaný solidarismus na regulaci odkázán podstatně více.<sup>24</sup>

Volání po čestně přiznané ideologické diskusi a po soutěži ideologických vizí namísto kvaziekonomických disputací, jež jsou jen zástěrkou a zástupným kolbištěm politických idejí,<sup>25</sup> většinou zůstanou nevyslyšena. Realističtější a v praxi častější je totiž cynický názor, že diskuse končí tam, kde se předmětem sporu stanou hodnoty;<sup>26</sup> tam pak nastupuje síla.

Tento příspěvek si samozřejmě neklade nerealistické ambice, že by mohl něco změnit v právní politice, která je – coby druh politiky – také především mocenskou, a nikoliv akademickou disciplínou.<sup>27</sup> Přináší jen a pouze obecnější zamyšlení nad některými důsledky státních intervencí do ekonomiky na vybraných příkladech; je nesen ideou, že míra regulace a kontaminace zásahů jinými mimoekonomickými cíli přesahuje rozumnou hranici a ekonomice a obchodu (a tím i nám všem jakožto spotřebitelům) škodí.

### ***Skupinové zvýhodnění v neprospěch autoregulace – zákon o významné tržní síle (ZVTS)***

Novela ZVTS<sup>28</sup> se přiklonila k absolutnímu konceptu významné tržní síly kvůli záhaduplnému znění původního zákona a snaze zákon nějak pro-

---

<sup>24</sup> Známý je uštěpačný ironizující výrok odpůrců státních regulací ekonomiky, přisuzovaný Ronaldu Reaganovi: „Pokud se to hýbá, zdaňme to; hýbá-li se to stále, regulujme to; jestli se to již nehýbá, dotujme to!“

<sup>25</sup> Tak LAO, M.: *Ideology Matters in the Antitrust Debate*. Antitrust Law Journal, vol. 79, 2014, vol. 2, s. 685.

<sup>26</sup> BECKER, G. S.: *Teorie preferencí*. Praha: Grada Publishing, 1. vyd., Praha, 1997. Ještě přímočařejší je ukrajinské přísloví „kde vlaje prapor, je rozum v troubě“.

<sup>27</sup> V níž je mocenská (prosazovací) síla samostatným argumentem důraznějším nežli případná síla odborného argumentu. Srov. BEJČEK, J.: Racionalita regulace rozhodování, a regulace racionality rozhodování, in SUCHOŽA, J., HUSÁR, J. (eds.): *Sborník Právo, Obchod, Ekonomika*. Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, 2013, str. 14 a násl.

<sup>28</sup> Zákonem č. 50/2016 Sb., kterým se mění zákon č. 395/2009 Sb., o významné tržní síle při prodeji zemědělských a potravinářských produktů.



sadit. Zákonodárce neměl v tomto směru samozřejmě koncepci žádnou, protože mu šlo prvoplánově o redistribuci zisků, ztrát a rizik v neprospěch velkých odběratelů v situaci, kdy to kvůli koncentraci na straně poptávky bylo spíše naopak.

Forma a podmínky distribuce potravinářského zboží se v posledních desetiletích podstatně změnily. Snad jen metafyzický smysl by měl spor o to, zda jde o výraz spontánního zájmu spotřebitelů o tyto masové formy nákupu v hypermarketech a o nezvratný objektivní trend spotřebitelského chování, nebo zda šlo o řetězci vyvolaný a zmanipulovaný spotřebitelský zájem, nebo zda řetězce spotřebitelům tuto formu vnutily.

Těto nově vzniklé struktury poptávky a institucionalizované podobě jejího zajištění obchodními řetězci se nabídka nemůže nepřizpůsobit. Pyramida je úplně obrácená oproti předlistopadovým a krátce porevolučním poměrům, kdy naopak ve slabší pozici byli distributoři vůči dodavatelům.

Měřítko na obsah právních vztahů a jejich „spravedlnost“ se musí v souladu se změněnými podmínkami modifikovat. Ti dodavatelé, kteří mají zájem podílet se na velkoobjemových zaručených obchodech s velkými úsporami z měřítka a mít z nich dlouhodobě zajištěnou existenci, nemožnou očekávat stejné zacházení jako v situaci, kdy na nich ekonomicky závisel kupující.

Korektivy slušného chování, dobrých mravů a poctivého obchodního styku a nově i ochrany slabší strany bez ohledu na její podnikatelský či spotřebitelský status v našem právu existují a mohou se uplatňovat. Takové ryze individualizované korektivy však nelze aplikovat bez posouzení konkrétních vztahů konkrétních subjektů.

Chránit veřejnoprávními prostředky bychom měli z dobrých důvodů především soutěž a spotřebitele. Obecně slabší (včetně menších podnikatelů) nechtě se chrání soukromoprávními cestami.

Soutěžní politika a soutěžní právo nejsou nástroji pro řešení soukromých sporů obchodníků a výrobců či jejich nekalosoutěžních praktik, ledaže by přerostly do intenzity ohrožující samotnou existenci a funkčnost soutěže.

Novela ZVTS záměrně rezignuje na vztah významné tržní síly k soutěži, který se vůbec nemá prokazovat. V zákoně totiž vůbec nejde o ochranu soutěže, ale o poctivost a férovost v soukromých vztazích. Pak si ovšem přiznejme, že stát prostřednictvím ÚOHS „hospodaří v cizí zahradě a na

cizí náklady“. Toto „vměšování do soukromých obchodních záležitostí“<sup>29</sup> mohou strany pocítovat snad z hlediska právně politického a ekonomického, neboť z čistě pozitivistického pohledu koná stát oprávněně. Nabízí se však paralela se situací, kdy ÚOHS také chrání spíše soutěžitele a spotřebitele nežli samotnou soutěž, a to při postihu vykořisťovatelského zneužití dominantního postavení.

Právní regulace by měla podporovat *efektivnost i poctivost*. Konflikt těchto hodnot se nemá zvažovat jen v případě *zvláště chráněných subjektů* (např. spotřebitelů nebo dodavatelů potravin), ale zvažovat se musí i na druhé straně, která se implicitně nebo explicitně pokládá za tu horší a regulace vyžadující. Efektivnost není samozřejmě *ultima ratio* a všeobecně se akceptuje, že musí být v určitých případech omezena požadavkem mravnosti (poctivosti, férovosti), zejm. v situaci strukturální nebo výrazné nerovnosti stran (zejm. při informační a mocenské asymetrii). ZVTS obsahuje řadu paušálních (*per-se*) řešení (zákazů) současně *jak neefektivních, tak i nespravedlivých*.<sup>30</sup> Konflikt těchto hodnot by se přitom dal vyřešit nebo aspoň zmírnit zákazem podmíněným a individualizací podmínek, za nichž se zákaz uplatňuje (relativní ekonomická závislost).

---

<sup>29</sup> Spojené mj. i s dodatečnými náklady, které účastníci buď pocítí ve sníženém zisku, nebo je přenesou na konečného spotřebitele, ev. i na smluvní protistranu. Tak i Hodnocení dopadů regulace (RIA) v rámci důvodové zprávy k návrhu novely ZVTS koneckonců přiznává, že „vyrovnaní smluvních vztahů může přinést jistý náklad smluvní straně s významnou tržní silou a může dojít např. k následnému omezení sortimentu. Toto se může promítnout i do nákladů koncového spotřebitele“.

<sup>30</sup> Blíže srov. BEJČEK, J.: *Regulace obchodu mezi (ne)efektivností a (ne)spravedlností*. Právní rozhledy 2016, č. 17, str. 573 a násl. Novela ZVTS zakotvila např. *samostatný správní delikt* neuzavření smlouvy písemně, a to bez ohledu na její obsah a bez vlivu na soukromoprávní platnost a účinky. Smlouva by tedy byla ve shodě vůlí obou stran *platně uzavřena* podle soukromého práva, ale přesto by byla *protiprávní* a naplnila by skutkovou podstatu správního deliktu. Novinkou je *povinnost* smluvních stran dojednat si *způsob postoupení* pohledávky, který se řídí příslušnými ustanoveními občanského zákoníku. Vzniká opět nejasnost především kolem *nesjednaného* režimu postoupení. Podle soukromoprávní úpravy nemusí být možnost postoupení pohledávky předem sjednána a postoupení je platné, splňuje-li podmínky stanovené zákonem. Novela fakticky zakázala darovací smlouvy a sponzoring mezi stranami kvalifikovanými podle zákona, ale také asi prominutí dluhu a dohodu o narovnání, která by obsahovala zákonem uváděné prvky. Zákon absolutně zakázal tzv. *regálovné* – prodejce potravin poskytuje dodavateli určitou *distribuční službu*, která vyžaduje nemalé náklady. Ty se mohou promítnout buď *transparentně* do poplatku za umístění zboží, nebo *méně transparentně*, třeba v podobě tlaku na nižší cenu nakupovaných potravin či vyžadováním různých slev.

Snadnější uplatnění regulace správním orgánem, která přitom nevyvažuje mezi spravedlností (ochranou)<sup>31</sup> a efektivností, není přijatelným argumentem pro zjednodušení a hrubou paušalizaci regulace, přinejmenším v případech, kdy paušální zákaz není ani ekonomicky účelný, ani spravedlivý.<sup>32</sup> Tuto úpravu pokládám za invazivní a masivní nadbytečnou ingerenci (*overregulation*) do podlimitních vztahů mezi profesionály, která může významně ohrožovat funkční hospodářskou soutěž a její alokativní a dynamickou efektivnost.

### **Zahlčení (přebytečnými) informacemi a vyvolané náklady – zákon o registru smluv (ZRS)**

Český zákon č. 340/2015 Sb. vzbudil<sup>33</sup> kontroverzní reakce a očekávání.<sup>34</sup> Zasahuje totiž výrazně a do té doby bezprecedentním způsobem do obecného smluvního soukromého práva, neboť klade na vymezené účastníky smluv s danou hodnotou předmětu plnění<sup>35</sup> zásadně<sup>36</sup> dodatečnou informační povinnost, jejíž nesplnění může negovat jejich smluvní autonomii. Důvodem tohoto zásahu je transparentnost smluv uzavíraných určenými veřejnoprávními subjekty a očekávané zúžení prostoru pro nehospodárné a korupční jednání při nakládání s veřejnými prostředky.<sup>37</sup> Zákon je pří-

<sup>31</sup> I požadavek na „právo být efektivní“ se ostatně musí v tržní ekonomice pokládat za spravedlivý. Podnikání se nedá redukovat a instrumentalizovat na zajišťování kvalitní laciné produkce a služeb pro zákazníky a spotřebitele.

<sup>32</sup> Na řadu neodůvodnitelných a arbitrárních rozdílů ve srovnatelných právních úpravách upozornil předchozí text (např. důraz na konkrétní ekonomickou relativní závislost; plošnost-nesektorovost úpravy i v mnohem koncentrovanějších tržních podmínkách a její působnost i na dodavatele; důraz na konsenzuální řešení autoregulací apod.).

Věcná argumentace je ovšem málo platná, pokud v praxi vítězí silový a aprioristický přístup, který se projevil např. prohlášením významného funkcionáře ÚOHS na Svatomartinské konferenci 12. 11. 2015: „Záměrně jsme se neřídili na Rakousko či Německo...“

<sup>33</sup> Podobně jako jeho slovenský předchůdce – zák. č. 546/2010 Z. z.

<sup>34</sup> Tato tématika by si zasloužila samostatné komplexní pojednání; omezují se proto jen na obecnější souvislost zákona s tématem příspěvku.

<sup>35</sup> Pravidla analogická zákazu rozdělení zakázky pro účely zákona o veřejných zakázkách ZRS neobsahuje, ale dá se předpokládat jejich judikatorní nebo metodické dovození a hodnotu předmětu plnění bude patrně nutno posuzovat ve všech souvislostech. Nicméně se uveřejňují jen smlouvy, takže je formálně vzato jen na stranách, jak budou obsah a předmět plnění koncipovat. Nastane tradiční rozpor slov a účelu zákona.

<sup>36</sup> S několika výjimkami subjektivními a obsahovými podle § 3 ZRS.

<sup>37</sup> Uvádí se, že v žebříčku vnímání korupce („mezinárodním protikorupčním žebříčku“) se Slovensko za dobu účinnosti zákona posunulo o 12 míst (z kontextu plyne, že asi do-

kladem, jak se materiální deregulace nahrazuje regulací informací.<sup>38</sup> I zde jde o příklad *ad hoc* reakce na negativní společenský jev – ztíženou veřejnou dostupnost informací o hospodaření s veřejnými zdroji, kterou stávající předpisy podle názoru předkladatelů sice umožňovaly, ale podle názoru iniciátorů úpravy nikoliv dostatečně komfortně.

Zákon je „na české poměry“ velmi stručný a přehledný, ovšem jen co do formy. Druhou stranou věci je řada nejasností a otevřených otázek, které bude muset řešit až judikatura nebo „nabízet“ bez formální právní závaznosti metodika. Z hlediska tématu příspěvku je otevřená otázka, co je lepší, pokud již podobný předpis „musel“ být přijat; zda stručný a krátký normativní text s mnoha otevřenými problémy, nebo raději podrobná (a nepřehledná) reglementace. V oblasti stýkání veřejného a soukromého práva s výraznými dopady na smluvní autonomii jsou „volné“ veřejno-právní koncepty nebezpečné a zásahy veřejné moci do smluvní autonomie by měly být vymezeny co nejpřesněji.<sup>39</sup>

---

předu); srov. *Stuchlíková, L.*: Státní firmy útočí na registr smluv: i Slováci jsou mírnější. *Hospodářské noviny* z 27. 4. 2016, str. 4. Z této skutečnosti ovlivnitelné mnoha různými faktory nelze samozřejmě dovozovat kauzalitu a účinnost jednoho předpisu. Je možné, že přinejmenším k pozitivnímu dojmu obyvatel o snížení korupce přispět mohl.

<sup>38</sup> Zatímco v SR se registr smluv zavádí novelou zákona č. 211/2000 Z. z. o slobodnom prístupe k informáciám a OZ, v ČR se to děje samostatným zákonem (ZRS), který fakticky navazuje na analogický zákon č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím (InfZ). Podstatná změna spočívá v tom, že informace o smlouvách poskytnutelné na požádání podle InfZ musí účastníci smluv zveřejňovat na své náklady a riziko v rejstříku smluv – tím se dále snižuje bariéra přístupu k informacím a zvyšuje se teoreticky riziko smluvních partnerů plynoucí z odhalení nekorektních smluv z hlediska nakládání s veřejnými prostředky.

<sup>39</sup> Jsem skeptický vůči uplatňování estetického kritéria pro regulaturní zásahy státu do ekonomiky. Není vůbec relevantní, zda jde o „elegantní a přehledný předpis“ (METELKA, J.: *Co zbudě z registru smluv?* e-pravo 101755, 15. 6. 2016; ZRS se jakožto „zákon roku“ označuje za nejkrásnější zákon, ale i za paskvil, který znehodňuje státní podniky – srov. KRAMER, J.: *Veřejné peníze kontroluje deset paragrafů*. *Lidové noviny* z 16. 3. 2016, str. 4). Nejde o poezii, ale o tvrdé korektivní zásahy, které by měly být především minimalistické (nezbytné) a jasné. Případná elegance textu je přidanou hodnotou a neuškodí, ale není omlouvou pro obětovanou obsahovou jasnost.

Průlom spočívá v zavedení sankcí za včasné nezveřejnění (povinně písemně uzavřené) smlouvy:<sup>40</sup>

- za prvé, smlouva nenabude účinnosti dříve než zápisem (bezodkladně, nejdéle však v pořádkové lhůtě do 30 dnů od jejího uzavření);
- za druhé, není-li smlouva uveřejněna ani do 3 měsíců ode dne kontraktace, zpětně se ruší od samého počátku.<sup>41</sup>

Někteří autoři<sup>42</sup> označují tento následek jako absolutní neplatnost, ač se jedná o nicotnost. Neplatná smlouva je stále smlouvou, tedy právním jednáním, zatímco zpětné zrušení smlouvy znamená, že nikdy neexistovala (ani jako neplatná). Praktické důsledky jsou ovšem podobné. Ať už se bezdůvodně obohatí jedna či obě strany v důsledku neplatného právního jednání nebo plněním bez právního důvodu, nemění to nic na povinnosti takové bezdůvodné obohacení vypořádat, neboť jde o obohacení bez spravedlivého důvodu.<sup>43</sup> Podle některých jiných autorů zavedl ZRS v podobě zrušení neregistrované smlouvy podle § 7 ZRS institut *sui generis*, který nepřebírá známé instituty občanského práva a není pod ně podřaditelný,

<sup>40</sup> Na rozdíl od slovenské úpravy, která vyžaduje i zveřejnění objednávek a faktur. Samostatnou otázkou je zhodnocení samotného okamžiku uzavření smlouvy. Strany mohou být v dobré víře, že se jedná stále o předmluvní jednání, ale smlouva mohla být již podle práva uzavřena. Strany se např. mohou domnívat, že se již obsahově dohodly, ale jejich jednání nemá písemnou formu podle zákona (forma projevu podle zákona, podpis oprávněné osoby atp.), ač tomu je právě naopak a smlouva je písemně uzavřena a měla být vložena do registru. Kromě toho je česká platná právní úprava kontraktace dispozitivní (srov. § 1770 OZ), takže hodnocení, zda vůbec došlo k uzavření smlouvy, bude muset být velmi pečlivě a individualizované. Slovenská úprava chrání strany o něco více, i když to paradoxně vypadá, že je spíše více obtěžuje – tím, že se musí zveřejnit i objednávky. Nikoliv však již reakce na ně, pokud neznamenají uzavření smlouvy.

<sup>41</sup> Podle § 7 odst. 1 ZRS. Nic nelze vyčítat přesvědčení, že „kdo využívá veřejné prostředky, ale i podniky, které jen patří státu, kraji či obci, musí jistě břemeno transparency nést, a že...veřejný sektor hospodaří s příliš mnoha prostředky, než abychom jej mohli ponechat mimo dosah slunečního svitu veřejné kontroly“ (soudce NSS Karel Šimka, eFOCUS, tisková zpráva: Podnikatelé již posedmé rozhodnou o nejlepším zákonu roku, e-pravo.cz z 23. 3. 2016, str. 0, dostupné na: <http://www.epravo, 100905.html>). Otázka je mj., zda ona kýžená transparency hospodaření není lépe zajištěna svobodným přístupem k informacím, zda jsou důsledky a náklady na zajištění této formální transparency proporcionální účelu, a zejména zda se požadavku transparentnosti má obětovat samotná hmotněprávní existence smluv.

<sup>42</sup> KORBEL, F., MOLITORISOVÁ, A. *Zákon o registru smluv*. Právní novinky Havel Holásek, 2016, č. 6, str. 11. KUŽÍLEK, O., RUT, A. *Nestahujte registru smluv kalhoty před brodem*. Lidové noviny z 16. 3. 2016, str. 11.

<sup>43</sup> Podle § 2991 OZ.

byť se faktickými následky blíží nejvíce absolutní neplatnosti právního jednání.<sup>44</sup>

Eventuální odškodňovací nároky za porušení povinnosti uveřejnit smlouvu v registru budou patrně zásadně vyloučeny, resp. se budou kompenzovat, protože možnost zveřejnit smlouvu a splnit tak zákonný požadavek má do konce 3. měsíce po uveřejnění jak vymezený veřejnoprávní subjekt, tak i druhá strana (resp. více stran) smlouvy. Nesplnění povinnosti kteroukoliv ze smluvních stran zakládá deliktní odpovědnost za škodu způsobenou porušením zákonné povinnosti každé z nich. Lze samozřejmě sjednat, která ze stran zveřejnění smlouvy zajistí, ale nedostatek zavinění bude spoléhající se strana těžko prokazovat, protože měla až do konce třetího měsíce po kontraktaci možnost se ve veřejném rejstříku přesvědčit o vložení či nevložení smlouvy a eventuální nedostatek lehce napravit.<sup>45</sup>

Zásah ZRS do soukromoprávních vztahů je velmi invazivní, byť nikdo nepochybuje o dobrých úmyslech předkladatelů zprůhlednit hospodaření veřejnoprávních korporací a dále omezit prostor pro korupci. Ustanovení § 1762 OZ se použít nedá<sup>46</sup> a § 1 odst. 1 in fine OZ se zdá být popřeh.<sup>47</sup> Konzistentnější a proporcionálnější řešení by bylo oddělit spáchání správního deliktu nezveřejnění smlouvy, postihované třeba i dramatickou

---

<sup>44</sup> Srov. KORBEL, F., KYNCL, L., MATYSOVÁ, M., BURDA, D.: *Sankční následky neuveřejnění smlouvy v registru smluv*. Bulletin advokacie 2017, č. 5, str. 32–35.

<sup>45</sup> Na jednu komplikaci je však nutno upozornit – zatímco podle metodiky (tedy non – práva) k fungování registru smluv mohou orgány veřejné moci uveřejňovat záznamy v registru bez dalšího, ostatní subjekty tak mohou činit až na základě povolení Ministerstva vnitra, což hraničí s diskriminací (tak VÍTEK, M.: *Úvod do zákona o registru smluv*. Bulletin advokacie, 2016, č. 6, str. 28). Pokud by strana zavázaná smluvně k registraci nebyla orgánem veřejné moci a musela by nejprve žádat o povolení, dostala by se do poněkud nevýhodnější pozice. Východisko pragmatické je vkládat bezodkladně ať už bez dalšího nebo po získání povolení, a to i v případě pochybnosti, zda jde již o kompletní smlouvu.

<sup>46</sup> Podle něho je smlouva účinná rozhodnutím určitého orgánu, pokud zákon stanoví, že je k účinnosti smlouvy třeba takové rozhodnutí. ZRS váže účinnost soukromoprávní smlouvy na okamžik zápisu do registru smluv a v případě prodlení dokonce neguje vůli stran a z moci zákona smlouvu vůbec neuznává se všemi účinky navzdory nezpochybnitelné a jasné vůli stran, a to z důvodu veskrze formálních (absence publikace třeba i obsahově perfektní a nezpochybnitelné smlouvy).

<sup>47</sup> Podle něj je uplatňování soukromého práva nezávislé na uplatňování práva veřejného. Slovenská úprava v novelizovaném § 47a OZ výslovně uvádí, že smlouva je účinná dnem následujícím po dni zveřejnění smlouvy, pokud zákon povinně zveřejnění smlouvy stanoví.

správný pokutou, a účinnost a platnost soukromoprávního jednání.<sup>48</sup> Veřejně i soukromé náklady a důsledky pro právní jistotu by se měly porovnat s cílem ZRS: totiž s plošným zpřístupněním informací o smlouvách, které již byly přístupné těm, kdo o ně měli zájem, na základě zák. č. 106/1999 Sb. (InfZ). Je otázka, o kolik zájemců o uveřejněné smlouvy bude díky ZRS více, než by bylo zájemců podle InfZ. Soudím, že jde o případ docela ne-dbale koncipované a nedomyšlené přeregulace, která navíc neodolala novelizačním tlakům a snahám o proděravění dalšími výjimkami.<sup>49</sup>

Objevují se ostatně i nejasnosti, zda se nemělo odsunout nejen tradiční instrumentárium občanského práva (neplatnost, bezúčinnost), ale také obecná pravidla interpretace právního jednání podle § 556 OZ a 553 odst. 2 OZ.<sup>50</sup> Pokud je hlavním cílem ZRS zvýšení transparentnosti, ale strany by mohly modifikovat obsah svého právního jednání odlišně od písemně zachycených smluv v registru, bylo by uveřejnění písemného znění smluv pochybné. Pokud bychom však přijali takový závěr o mlčky učiněné derogaci zákonem stanovených výkladových pravidel (což pokládám za nepřijatelné – ne-li dokonce za protiústavní), šlo by o absurdní důsledek *ad hoc* veřejnoprávní regulace s dramatickým dopadem do soukromoprávních vztahů (dotčena by byla právní jistota, legitimní očekávání, dobrá víra, autonomie vůle, rovnost stran...). Pokud se současně zákonem o registru smluv nestanovila interpretační pravidla jiná, nelze je dovozovat jen účelovým administrativním či soudním výkladem v rozporu se zněním OZ. Muselo by se tedy postupovat podle obecných zásad soukromoprávních uvedených v úvodu OZ, jež jsou ostatně dekomponovány ve výkladových pravidlech § 551–558 OZ. Kruh se tedy uzavírá a jiný závěr, než že interpretační pravidla podle OZ nejsou dotčena, není podle mého soudu přijatelný.

<sup>48</sup> Senát toto řešení navrhoval, ale Sněmovna PČR jej přehlasovala a prosadila tzv. neplatnost (nicotnost) neregistrovaných smluv. Tlak na další výjimky ovšem přetrvává od samého počátku. Srov. BARTÍK, S.: *Registr dle Senátu: hliďač, který nekouše*. Lidové noviny z 23. 11. 2015, str. 11; VLKOVÁ, J.: *Registr smluv: zákonu hrozí, že bude bezzubý*. Lidové noviny z 24. 11. 2015, str. 7.

<sup>49</sup> Podružným argumentem na straně pochybností o vhodnosti této regulace je okolnost, že jiné státy takové úpravy nepokládají za potřebné; nevím o tom, že by zavedl podobný zákon ve světě jiný stát než Slovensko a Česko. Srov. pozdější novely zákony č. 298/2016 Sb., č. 249/2017 Sb. a č. 177/2019 Sb., přinášející drobné technické změny.

<sup>50</sup> Srov. KRÍŽ, J.: *K základním výkladovým otázkám zákona o registru smluv – soukromoprávní smlouva*. Soukromé právo 2018, č. 11, str. 2–8.

Výhrady a pochybnosti o této regulaci lze tedy shrnout následovně. Informace veřejně přístupné již nyní (princip *opt-in* podle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím – InfZ) musí být v RS přístupné „přednastaveně“ všem, bez iniciativy zájemců (*default*). Náklady nesou účastníci smlouvy (aspoň jeden veřejnoprávní subjekt, hodnota předmětu 50 tis. Kč bez DPH). Riziko nezveřejnění nesou též oba. Intervence do smluvní autonomie (kdy je smlouva uzavřena) je často soukromoprávně sporná, ale veřejnoprávně relevantní (srov. obligatorní plošná písemnost bez ohledu na typ smlouvy). V sázce je tedy samotná hmotněprávní existence smluv (nenabytí účinnosti neregistrované smlouvy, resp. její zpětné zrušení *ex tunc*). Dobrý úmysl zákonodárce nepostačuje – ten byl ale i u formulace § 1 odst. 1 *in fine* OZ – platí tedy nezávislost uplatňování soukromého a veřejného práva? ZRS je spíše nedbale koncipovanou přeregulací (srov. přesahy s informačními povinnostmi podle zákona o zadávání veřejných zakázek a zákona o službách informační společnosti). Ochranné účely zákona o registru smluv a občanského zákoníku si mohou neproporcionálně konkurovat. Navíc je nejasné, co „zrušení smlouvy od počátku“ vlastně znamená: zda absolutní neplatnost způsobenou oběma stranami, a tedy bez možnosti uplatnit náhradu škody (o relativní neúčinnosti se neuvažuje, i když účelu ZRS lze dosáhnout prostřednictvím InfZ), nebo nicotnost či kvaziodstoupení.

ZRS je sice podle dobových vyjádření „elegantní a stručný“<sup>51</sup> a „brání veřejnému sektoru ocitnout se mimo dosah slunečního svitu veřejné kontroly“;<sup>52</sup> cenou je ale odklon k (přece jen poněkud jasnějšímu) „metodickeému právu“ vychvalovanému coby „zářný příklad“ (ovšem příklad čeho?) v právním státě. Vhodnější by bylo upravit správní delikt (třeba s drakonickou sankcí), a nikoliv hned omezit až anulovat soukromoprávní smluvní autonomii.<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> METELKA, J.: op. cit.

<sup>52</sup> ŠIMKA, K.: op. cit.

<sup>53</sup> Poslanecká sněmovna v tomto bodě přehlasovala Senát, jenž ono regulatorně adekvátnější řešení původně schválil. Platný stav úpravy může způsobit i jisté odrazení od kontraktace (*chilling effect*).



## **Spotřebitelský komfort a zisky obchodníků v. odborářsko-rodinné „výchovné“ hodnoty: prodej o svátcích**

V létě 2016 byl po letech bojů podepsán zákon o prodejní době v maloobchodě a velkoobchodě.<sup>54</sup> Pod drakonickou sankcí 1 mil. Kč (a v případě opakovaného porušení podnikatelem až 5 mil. Kč) se zásadně zakazuje prodej v prodejních s prodejní plochou nad 200 m<sup>2</sup> v uvedených sedmi dnech a v osmém dnu se omezuje jen na dopoledne.

Jde o typický příklad sociálně pseudovýchovného a odborářského opatření, které nemá ekonomické zdůvodnění. Cílem zákona je podle předkladatelů, aby zaměstnanci jakožto rodiče mohli trávit státní svátky se svými rodinami. Evidentní je ovšem i náboženská motivace tohoto opatření. Zaměstnanců prodejen menších se tato péče zřejmě netýká, jako ostatně ani jiných profesí s nepřetržitým provozem, pohotovostmi apod. Ekonomicky přinese zákon ztrátu.<sup>55</sup>

Spontánní soukromoprávní řád, jemuž se daří v nepřeregulovaném souěžním prostředí, se narušuje diskriminačním omezením založeným na chatrných argumentech<sup>56</sup> a očividném lobbismu malé aktivní skupiny beneficientů tohoto opatření.

Možnost svobodného výběru se tak odnímá nejen podnikatelům a spotřebitelům, ale i těm zaměstnancům, kteří v práci o svátcích vidí možnost vyššího výdělku nebo přivýdělku k pravidelnému týdennímu zaměstnání jinde. Regulace, která kurátorsky páchá dobro, protože její autoři jsou povoláni vědět lépe než podnikatelé, spotřebitelé a zaměstnanci, co je pro ně dobré, je předmětem kritiky.

Zákon byl napaden skupinou senátorů u Ústavního soudu jakožto zákon diskriminační a omezující právo na svobodné podnikání. Stížnost

<sup>54</sup> Jakožto zákon č. 223/2016 Sb.

<sup>55</sup> Podle Svazu obchodu a cestovního ruchu až 700 mil. Kč za každý den zavření velkých prodejen – srov. JUNEK, A.: *Sváteční nákupy končí. Bude zavřeno*. Lidové noviny z 29. 6. 2016, str. 3.

<sup>56</sup> Není pravdivé ani zdůvodnění této regulace ochranou rodiny, jak dokazuje PALÁSEK, M.: *Regulace prodejní doby jako projev ochrany rodiny*. Právní rozhledy 2018, č. 10, str. 360 a násl. Naopak jde spíše o uspokojení politických zájmů poslanců parlamentu, a nikoliv o proklamovaný legislativní cíl. Skupinový zájem malého počtu občanů se prosadil na úkor ostatních ekonomicky aktivních obyvatel, a to jak podnikatelů a jejich zaměstnanců, tak i spotřebitelů (tamtéž, str. 363–364).

ovšem neuspěla.<sup>57</sup> To nic nemění na skutečnosti, že motiv k zavedení diskriminačního zákona v podobě snahy umožnit určité skupině zaměstnanců, aby si trochu více odpočinuli od práce, není dostatečným důvodem k omezování ostatních a ke křivení soutěžního prostředí. Větší podnikatelé jsou diskriminováni oproti menším (pod 200 m<sup>2</sup>), u nichž nevádí, že onen bohubilý rodinně výchovný záměr nesledujeme. Pravý důvod omezení jen na velké lze tušit – bez omezení by takové opatření bylo plošně neproveditelné, nekontrolovatelné, kapacitně nemožné, a tedy selektivní (diskriminační je to opatření ovšem i teď). Navíc by plošné řešení spolehlivě vyvolalo větší nevoli spotřebitelů (a tedy i větší odpor proti zákonu), protože by to znamenalo ztrátu i náhradní či nouzové možnosti nákupu o svátcích.

### **Kontraktační povinnost výrobců léčiv – novela zákona o léčivech**

Jako jeden z novějších příkladů bezprostřední reakce (*ad hoc*) na naléhavý společenský problém – v tomto případě výpadky dodávek na trh v důsledku výhodnějších exportů léčiv<sup>58</sup> – může posloužit novela č. 66/2017 Sb.

---

<sup>57</sup> V březnu 2019 ÚS konstatoval (Pl. ÚS 37/16), že rozvolňování pravidelnosti střídání pracovních a svátečních dnů je ke škodě rodinného života, tak i k újmě na osobní spokojenosti (*sic!*). Tak jako uzákonění čehokoliv není důkazem moudrosti tohoto rozhodnutí, tak to přirozeně neplatí ani (zejm. o „hodnotově výchovných“) nálezech ÚS. Omezení svobody prodeje podnikatelům a svobody nákupu spotřebitelům tvrdým zákonným zákazem prostě přeregulace je. Vždyť se bez něj nikomu nepřikazuje nakupovat ani mít otevřeno či prodávat ve svátky. Každému by měla být dána možnost rozhodnout se podle vlastního uvážení. Nábožensko-kulturní důvody zákazu svátečního prodeje dávno pominuly. Řetězce reagují tím, že otevírají menší obchody – zčásti i kvůli omezení na svátky, čímž se zákonný zákaz obchází. Chtějí dosáhnout rovného přístupu ke všem podnikatelským subjektům (srov. Novinky.cz ze dne 31. 5. 2019; <https://www.novinky.cz/ekonomika/clanek/retezce-oteviraji-mensi-obchody-zcasti-i-kvuli-omezeni-na-svatky-17866>).

Podobně v Německu požadují řetězce, aby mohly samy rozhodovat o tom, zda budou mít o nedělích otevřeno (srov. Novinky.cz z 30. 5. 2017 – <https://www.novinky.cz/ekonomika/clanek/nemecke-obchodni-domy-chteji-samy-rozhodovat-o-nedelnim-prodeji-40035169>).

Kamenné obchody se dostávají do nevýhodného postavení vůči obchodům internetovým, na něž se žádná omezení prodejní doby nevztahují. V Evropě probíhá ostatně postupná deregulace těchto „výchovných“ zákazů (Rakousko, Německo, Irsko, Dánsko, Švédsko, Maďarsko) – srov. JÉGL, P. 9. 4. 2018, <https://finmag.penize.cz/ekonomika/335134-ven-z-obchodu-mars-slavit!>

<sup>58</sup> Za fakta, zdroje a postřehy k novele zákona o léčivech, které tu parafrázuji či přebírám, vděčím svému doktorandovi J. Kupčíkovi. Později vyšla podrobnější analýza – srov.

zákona o léčivech,<sup>59</sup> jež mj. zavedla povinnost držitele rozhodnutí o registraci dodávat distributorům humánní léčivé přípravky podle tržních podílů distributorů. Šlo o poslanecký pozměňovací návrh prosazený navzdory nesouhlasu Senátu.<sup>60</sup> Před tím měli distributoři povinnost dodávat léčiva v dostatečném množství a včas.<sup>61</sup> Podle nové úpravy v § 77 odst. 1 písm. h) zákona o léčivech (ZoL) je distributor a držitel rozhodnutí o registraci povinen na základě požadavku provozovatele oprávněného k výdeji léčivých přípravků zajistit dodání léčivého přípravku ve velmi krátké dvoudenní zákonné lhůtě.

Distributor léčiv na trhu v České republice má právo vyzvat držitele rozhodnutí o registraci k dodávce humánních léčivých přípravků v rozsahu tržního podílu distributora a držitel rozhodnutí o registraci má povinnost mu je dodat.<sup>62</sup>

Prodejní ceny na trhu léčiv určuje Státní ústav pro kontrolu léčiv. Vyjednávací prostor stran je tedy omezen v podstatě na necenové podmínky velkoobchodních dodávek. Uvedené ustanovení i tento malý prostor ještě omezuje v neprospěch dodavatele, který má k dispozici jediný výpovědní důvod a ani nemá možnost se ze své povinnosti dodávat léčiva vyvázat např. snížením dodávek. Smluvní svoboda výrobce léčiv je tak omezena na naprosté minimum; výrobce je prakticky jen nástrojem v rukou odběratelů. Legislativní zásahy vyvolávají kvazi-protisoutěžní praktiky, které sice

---

KINDL, J., KUPČÍK, J., MŇUK, J.: *Povinnost farmaceutických společností dodat léčiva podle tržního podílu: soutěžněprávní a různé praktické otázky*. Právní rozhledy 2019, č. 20, str. 693 a násl.

<sup>59</sup> Zákon č. 378/2007 Sb., o léčivech a o změnách některých souvisejících zákonů (zákon o léčivech), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o léčivech“ nebo „ZoL“).

<sup>60</sup> Srov. článek „Sněmovna schválila novelu zákona o léčivech v poslanecké verzi, až praxe ukáže, zda uškodí či pomůže“ ze dne 1. 2. 2017, dostupný z: [www.zdravotnickyydenik.cz](http://www.zdravotnickyydenik.cz); SILNÁ, B.: *Ministerstvo zdravotnictví mírní paniku okolo novely zákona o léčivech*. Medical News [on-line]. 7. 12. 2017. Dostupné z: [www.medicalnews.cz](http://www.medicalnews.cz); Dočkal, M. *Novela zákona o léčivech podruhé – zvítězí opět emoce? Apatykář* [on-line]. 30. 1. 2017. Dostupné z: <http://lekarenstvi.apatykar.info>.

<sup>61</sup> Srov. předchozí znění § 77 odst. 1 písm. h) ZoL.

<sup>62</sup> S jedinou výjimkou podle § 77 odst. 1 písm. h) ZoL in fine: „Distributor ani držitel rozhodnutí o registraci nemají povinnost dodávat léčivé přípravky smluvní straně, která vůči nim má alespoň jeden peněžitý dluh po dobu delší než 30 dnů po lhůtě splatnosti.“ To už pamětníkům může připomínat režim starých známých dodavatelsko-odběratelských vztahů.

nejsou právně zakázané, ale co do důsledků jsou se skutečnými protisoutěžními praktikami srovnatelné.

Pokud SÚKL stanoví maximální prodejní ceny, ty mohou jakožto jakési „referenční optimum“ ve skutečnosti fungovat podobně jako tzv. vertikální cenová fixace (stanovení ceny pro další prodej – *resale price maintenance*). Tato praktika se přitom pokládá za tzv. tvrdé omezení soutěže,<sup>63</sup> jehož předpokládané negativní důsledky pro hospodářskou soutěž jsou tak nebezpečné, že pro ně neplatí bloková výjimka pro vertikální dohody. Právní regulace coby důsledek politického tlaku a mimoekonomických hledisek vlastních tomuto sektoru<sup>64</sup> není tedy z tohoto hlediska optimální.

Úprava povinných dodávek podle tržních podílů by měla své opodstatnění, pokud by se vztahovala např. na určitou oblast, a zajišťovala by tedy, že pacient bude mít vždy přístup k potřebnému léku. Platná úprava nicméně nerozlišuje mezi oblastmi (v nichž by mohli maloobchodníci efektivně soutěžit o pacienta – spotřebitele), ale mezi právními subjekty, a to navíc na úrovni distributorů. Není přitom výjimkou, že jeden distributor dodává do lékáren v několika městech či celé České republice, a povinnost dodávat mu léčiva podle tržního podílu nijak efektivně nezajistí, aby se potřebný lék dostal k pacientovi v konkrétní oblasti včas. Pro omezení smluvní volnosti výrobců neexistuje žádný zřejmý veřejný zájem, který by takové omezení odůvodňoval. Úprava zhoršuje i soutěžní situaci na trhu v oblasti distribuce léčiv,<sup>65</sup> neboť vytváří podmínky pro to, aby se zafixoval stávající stav a aby tržní podíly distributorů zůstaly na stávající úrovni, což brání rozvoji účinné hospodářské soutěže.

Hrozí i nebezpečí vzniku dohod o rozdělení trhu (tzv. segmentačních kartelů).<sup>66</sup> To dále zhoršuje již tak velmi omezené soutěžní podmínky na regulatorně silně svázaném farmaceutickém trhu. Ač některá opatření mají

---

<sup>63</sup> Viz bod 48 Pokynů k nařízení Komise (EU) č. 330/2010 ze dne 20. dubna 2010 o použití čl. 101 odst. 3 Smlouvy o fungování Evropské unie na kategorie vertikálních dohod a jednání ve vzájemné shodě.

<sup>64</sup> Pod heslem, že „se zdravím se neobchoduje“.

<sup>65</sup> Na určité negativní důsledky přitom již při projednávání novely v Parlamentu ČR upozorňoval i předseda ÚOHS (srov. stenoprotokol z jednání Poslanecké sněmovny dne 31. 1. 2017).

<sup>66</sup> Srov. § 3 odst. 2 písm. c) ZOHS, popř. čl. 101 odst. 1 písm. c) SFEU. K segmentačním kartelům viz dále zejm. KINDL, J., MUNKOVÁ, J.: § 3 [Zakázané dohody]. In: KINDL, J., MUNKOVÁ, J.: *Zákon o ochraně hospodářské soutěže*. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 124.

své opodstatnění ve veřejném zájmu na dostupnosti zdravotní péče, kontraktační povinnost výrobců dodávat distributorům léčiva podle jejich tržních podílů tímto důvodem podepřít nelze.

Dále se tak omezuje svoboda podnikání a to navíc za cenu suboptimálních ekonomických výsledků. To nemá nic společného s akceptovatelným účelem v podobě zajištění dodávek léčiv pacientům za dostupnou cenu a včas. Jde tedy o další zbytečnou regulaci, jež pravděpodobně omezí hospodářskou soutěž a ochudí i spotřebitele o výhody zostřeného konkurenčního boje. Změna právních pravidel se projeví i v horších ekonomických výsledcích a z dlouhodobého hlediska může přispět ke zpomalení hospodářského růstu oproti hypotetické situaci, v níž by taková regulace neexistovala.

Jedná se sice o jednotlivost, ale součet takových a podobných „přeregulačních hřebíčků do rakve“ může mít „rdousící efekt“<sup>67</sup> nejen na některé podnikatele, ale na celou ekonomiku. Zdá se, že negativní důsledky socialistického centrálního řízení ekonomiky, které byly empiricky prokázány, se bohužel kompenzují zbytečným postupným (v jednotlivostech zanedbatelným, ale kumulativně velmi nebezpečným) omezováním smluvní svobody a prostoru pro samoorganizační vliv svobodné soutěže.

### ***Zbavením vlastnického práva k vyšším cílům? „Charitativní“ kontraktační povinnost podle zákona o potravinách***

Novela zákona o potravinách a tabákových výrobcích<sup>68</sup> stanovila od 1. ledna 2018 provozovatelům potravinářských podniků s prodejní plochou nad 400 m<sup>2</sup> mj. zákonnou kontraktační povinnost k uzavření darovací smlouvy na potraviny s privilegovanými neziskovými organizacemi určenými Ministerstvem zemědělství. Má jít o potraviny zdravotně nezávadné (bezpečné), jež nesplňují jiné požadavky zákona (např. deformovaný obal, způsobilost klamat spotřebitele či dílčí kvalitativní požadavky). Zákon byl napaden ústavní stížností která namítala, že příslušná ustanovení novely

<sup>67</sup> Viz zejm. disent k výroku IV. nálezu Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 26/16 ze dne 15. 12. 2017 soudců Vojtěcha Šimíčka, Jaromíra Jirsy, Tomáše Lichovníka, Kateřiny Šimáčkové a Davida Uhlíře.

<sup>68</sup> Zákon č. 118/2016 Sb., jímž se mění zákon č. 110/1997 Sb., o potravinách a tabákových výrobcích.

jsou ústavně nekonformní a že jde o formu vyvlastnění; navrhovalo se jejich zrušení. ÚS návrh zamítl.

Sociální bohulibý cíl je evidentní a sotva se dá sám o sobě zpochybnit (zamezit plýtvání potravinami a zpřístupnit je těm, kteří je mohou ještě využít). Jiná věc je, kdo by měl nést náklady na sociální politiku a podporu lidí bez domova a handicapovaných. U dobrovolného snášení nákladů není problém – zde jde však o nucený povinný přenos nákladů na veřejně prospěšný účel na soukromé subjekty, tedy bez ohledu na jejich vůli.<sup>69</sup> Sankce do výše 10 mil. Kč za porušení této „darovací“ povinnosti je prohibitivní. Nicméně je sporné, zda by její uložení obstálo v soudním přezkumu v případě, že by potraviny nesplňující požadavky zákona na prodejnost byly poskytnuty jiným subjektům, než které uvádí zákon, pokud by další použití potravin také zabránilo plýtvání s nimi, šetřilo životní prostředí, snižovalo produkci odpadu a pomáhalo sociálně slabým. Přestupkový zákon totiž vyžaduje u přestupku jakožto protiprávního činu materiální podmínku společenské škodlivosti.<sup>70</sup>

Ve Francii jsou aspoň upřímnější než u nás a hovoří o povinnosti podepsat darovací smlouvu nebo zaplatit pokutu.<sup>71</sup> Ale náš ÚS neví, co to vlastně je za institut a snaží se „politicky korektně“ nepřiznat některá nelibězná slova, jako kontraktační povinnost, nucené darování.<sup>72</sup>

Povinnost poskytnout bezplatně potraviny ve vlastnictví distributorů vybraným neziskovým subjektům vykládá ÚS jen jako omezení vlastnického práva, ale obhajuje nakládání s nimi, jako by šlo o společenský statek. Má to blíže k vyvlastnění, než se zdá.

---

<sup>69</sup> Určité úspory na likvidaci odpadu, pokud by se potraviny odpadem staly, mohou prodejčům v této souvislosti ovšem rovněž vzniknout.

<sup>70</sup> Srov. § 5 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich. Pochybnost vyslovil i MOHELSKÝ, M.: *Praktické aspekty plnění povinnosti darovat potraviny potravinové bance*. Dostupné na: <https://www.epravo.cz/top/clanky/prakticke-aspekty-plneni-povinnosti-darovat-potraviny-potravinove-bance-109027.html>.

<sup>71</sup> Srov. CHRISAFIS, A.: *French law forbids food waste by supermarkets*, The Guardian, World News, 5 February 2016. <https://www.theguardian.com/world/2016/feb/04/french-law-forbids-food-waste-by-supermarkets>.

<sup>72</sup> Srov. náleží Pl. ÚS 27/16 ze dne 18. 12. 2019, jímž byl návrh na vyslovení protiústavnosti zmíněné novely zákona o potravinách zamítnut. Přitom se ovšem stanovila nulová DPH na takto „darované potraviny“.

Vzniká hypotetická otázka, proč neuložit stejnou povinnost i občanům či menším prodejním pod 400 m<sup>2</sup>? Tam se přece v součtu proplývá potraviny mnohonásobně více.<sup>73</sup> Protože by to vyvolalo větší odpor? A navíc proto, že by se to hůře kontrolovalo, vynucovalo a logisticky zajišťovalo?<sup>74</sup> Podstata ovšem i přes tyto „technikálie“ zůstává stejná – nehledě na pojmoslovné „tanečky“ jde o nucené zbavení vlastnického práva (což se normálně nazývá vyvlastnění<sup>75</sup>) a o údajně spravedlivé přerozdělení soukromého majetku s ušlechtilým společenským záměrem – o totéž ovšem šlo

<sup>73</sup> Podle francouzských údajů představují supermarkety a potravinářské obchody (bez rozlišení, patrně všechny) jen 14 % celkového mrhání potravinami – srov. HINCKLEY, S.: *How France became a global leader in curbing food waste*, <https://www.worldhunger.org/france-became-global-leader-curbing-food-waste/> January 2018. Konstatuje se tu, že Francie byla v lednu 2016 prvním státem na světě, který zakázal supermarketům s prodejní plochou nad 400 m<sup>2</sup> pod hrozbou pokuty vyházet potraviny; KOMYATI, A.: *How France's Food Waste Law Helps Those In Need*, <https://borgenproject.org/frances-food-waste-law/>. Uvádí se tu, že i Itálie přijala podobný zákon a že se řada zemí ve světě o podobné předpisy zajímá. Autor si pochvaluje, že na těchto zákonech je nejlepší to, že nic nestojí stát ani daňové poplatníky. O náklady podnikatelů není žádný zájem patrný. Ve Francii jsou prý supermarkety nejen místem pro zisk, ale také pro charitu a humanitu (jako by jim i bez onoho zákona dříve i později nebyly, alespoň u nás – viz nákupy spotřebitelů lidí do potravinových bank). Napadá mě něco o pokrytectví postmoderního newspeaku. Mají „charita“ a „humanita“ vynucované bičem drsných sankcí ještě svůj původní obsah? Nepřipomíná to – nám starším dobře známý – reálné socialistický modus „dobrovolné povinné“? Co jiného je nucení k „dobru“ drakonickou pokutou? Ostatně Evropská komise ve svém sdělení (Pokyny EU k darování potravin, Úřední věstník EU C 361, z 25. října 2017) používá nápadně podobný slovník. V bodu 102 cit. materiálu (Účel) důrazně doporučuje (*sic!*), aby byla na vnitrostátní úrovni vypracována příslušná pravidla a/nebo pokyny pro *darování* (*sic!*) potravin... České pravidlo podle ÚS (nucené) darování nazakotvuje. Svaz obchodu a cestovního ruchu ČR a Česká federace potravinových bank nicméně (intuitivně a podstatně blíže pravdě) novou zákonnou povinnost za povinné darování potravin pokládají (srov. Zásady „povinného darování potravin“, dostupno na <http://www.socr.cz/obchod-potraviny/>).

<sup>74</sup> Je jasné, že náklady na omezení plýtvání potravinami v domácnostech by byly pravděpodobně vysoké v poměru k hodnotě a množství potravin, jež by se daly zachránit. Srov. EVANS, A. I., NAGELE, R. M.: *A Lot to Digest: Advancing Food Waste Policy in the United States*, *Natural Resources Journal* 2018, Vol. 58, s. 214.

<sup>75</sup> Srov. HANDRLICA, J.: *Expropiační tituly soukromého práva*, *Právník* 2016, č. 10, str. 818–828.

i u konfiskací a různých forem a stadií znárodnování.<sup>76</sup> Jiný název nebo neochota nazvat věci pravým jménem podstatu nezmění.<sup>77</sup>

Jakkoliv to zní nelibozvučně, stát tu prostě nařizuje soukromým subjektům, že musí část svého majetku dát bezplatně někomu jinému „za účelem sledování obecného blaha a současně veřejného zájmu“.<sup>78</sup> To, že se tak na venek děje soukromoprávním jednáním (jež je ovšem zbaveno základních atributů autonomie vůle a rovnosti stran), jemuž je vnucena bezúplatnost na straně povinného, je jen jevová forma zastírající nucené vzdání se majetku s účinky identickými s vyvlastněním, přičemž nejde o vyvlastnění ve veřejném zájmu v souvislosti s konkrétním záměrem, ale se záměrem vymezeným genericky.<sup>79</sup>

Občansky je pro mě nepřijatelná samozřejmost, s níž se určité potraviny pro jisté zdravotně nerizikové nedostatky zbytečně vyřazují z běžného prodeje, činí se tak uměle neprodejnými a vyřazují se nuceně z trhu, ale „pro charitu a zadarmo“ jsou najednou dost dobré. Ostatně, co by ti potřební zadarmo vlastně chtěli, že? Tak jsou ty potraviny vhodné ke spotřebě, nebo vhodné nejsou jen proto, že by jejich obal mohl klamat spotřebitele? Jestli ano (jsou vhodné), proč je vlastně velké obchody nesmí prodávat? Jestli ne, jak to že se jimi mohou živit klienti charity – nespotřebitelé? Jistě bychom pro tuto arogantní diskriminaci našli i šťavnatější označení. ÚS sám tápe v tom, co to vlastně novela zákona zavedla.<sup>80</sup>

---

<sup>76</sup> ÚS v cit. nálezu uplatňuje povýtce politicko-ideologický účelový argument, pokud (viz bod 56 nálezu) tvrdí, že zákon o potravinách nelze srovnávat se znárodnovacími dekrety, protože „zapadá do snah o řešení několika klíčových problémů současnosti v měřítku státu, EU i celého světa“.

<sup>77</sup> Zákon hovoří v § 11 odst. 2 alibisticky a zamlženě (namísto o „povinném darování“ – což je, pravda, oxymorón – či o kontraktační povinnosti) o povinnosti *bezplatně poskytnout* (sic!) potraviny neziskové organizaci. Nesplnění této povinnosti sankcionuje v § 17 odst. 2 písm. j) a v § 17f písm. c) pokutou do deseti miliónů Kč. ÚS v nálezu (bod 74) ovšem tvrdí, že povinné poskytnutí nelze stavět na roveň povinnému darování či smluvnímu přímusu. Ztotožňují se s disentaním stanoviskem V. Šimíčka k uvedenému nálezu (bod 4 odlišného stanoviska), že argumentace ÚS ohledně charakteru povinného poskytnutí potravin je velmi nepřesvědčivá a že prostě o smluvní přímusu jde. Neřeší se zásah do práv prodejce potravin a pasáže o vlastnictví se zbytečně ideologizují (body 5 a 6 odlišného stanoviska).

<sup>78</sup> Cit. nález ÚS, bod 80.

<sup>79</sup> Shodně GRYGAR, T.: *Expropriace prostřednictvím kontraktační povinnosti, aneb k novele zákona o potravinách*. Právní rozhledy 2018, č. 12, s. 445; HANDRLICA, J.: op. cit., str. 824, pozn. pod čarou č. 50.

<sup>80</sup> Srov. odlišné stanovisko V. Šimíčka, str. 39 nálezu Pl. ÚS 27/16.



Nebylo by jednodušší racionalizovat a zúžit kategorii neprodejných potravin, nežli krkolomně řešit (a to na úkor potravinářských prodejen) důsledky takové zbytečné restriktce? Proč např. nelze prodávat potraviny s poškozeným obalem či s neprávne uvedenými údaji na etiketě (ev. po prověrce nezávadnosti či upozornění na nesprávnost)?

## Závěrem

Oportunismus v principiálních otázkách – vzhledem k užitečnosti či šlechetnému idealismu udělat v konkrétním případě (*ad hoc*) výjimku, protože „jde přece o dobrou věc“ – je „cesta do pekel“, na niž se však nevydáváme vůbec zřídka – jde spíše již o průběžnou záležitost, že jdeme cestou postupné eroze základních principů.

Platí tu analogie uvařené žaby ponořené v postupně se ohřívající vodě. My jsme jako právníci povinováni cítit i menší změny teploty, v níž nás někdo chce uvařit; máme funkci podobnou Vonnegutovým kanárkům v hlubinném dole,<sup>81</sup> kteří indikují únik zemního plynu svou senzitivitou a uhynou dříve, než si čehokoliv nebezpečného povšimnou lidé...<sup>82</sup>

Hodnotově podmíněná a kontextuální interpretace obecné normy se od vytvoření nové normy nemusí moc lišit (je snad známo málo případů úplně opačné interpretace téhož zákonného ustanovení?). Nástrojem verifikace (falzifikace) je především autorita (obecně soudní, ev. ústavně soudní, málokdy jen intelektuálně akademická), nikoliv vědecká metoda.

Ozvuky kvaziteologického přístupu ke „správnému“ výkladu (*Roma locuta, causa finita*) na nás intenzivně doléhají i v právu a vnucují analogii s fatvou, tedy s formou nábožensko-právního prohlášení ajatolláhů, zdůvodňujících či posvěcujících z náboženských (tedy axiologických) pozic určité jednání či politiku. Bylo by zpozdlilé nadřazené se tomuto způsobu

<sup>81</sup> „Dříve brali horníci do dolů kanárky, aby zpozorovali plyn dříve než lidé. Umělci se chovají podobně. Převalí se na záda jako kanárek v zamořeném uhelném dole dřív, než si robustnější typy uvědomí, že nějaké nebezpečí existuje.“ Více zde: <https://harckykanar.webnode.cz/kanari-v-literature/kurt-vonnegut-jr/>. Myslím, že právníci by měli být raději paranoidní a mít v tomto směru blíže ke kanárkům a k umělcům, nežli být pohodlně apatičtí k signálům narušování spontánního řádu a principů, na nichž spočívá společnost.

<sup>82</sup> Nemusíme při plnění své varovné funkce na rozdíl od kanárků nutně hynout, stačí jen občas nemlčet.

vysmívat – jde jen o určitou (kulturně, historicky a ideologicky podmíněnou) techniku řešení obecného a trvalého napětí mezi autoritou textu zákona a autoritou jeho racionální soudržnosti. Děláme to zkrátka také, jen se přitom halíme do jiné autority, třeba ústavněprávní.

Deklarovaná absence protiústavnosti (ZVTS, zákaz prodeje o svátcích, „povinné darování“ umělé neprodejných potravin, diskriminace spotřebitele na základě deklarace politického postoje<sup>83</sup>) neznamena ještě ani rozumnost či správnost předpisu, ani jeho spravedlnost. Za ústavně souladný lze přece prohlásit i nesmysl. Nález ÚS nás zavazuje jen formálněprávně, nikoliv intelektuálně a hodnotově (chcete-li: ideologicky). Koneckonců o ústavněprávní „pravdě“ se také rozhoduje jen hlasováním a většinová teorie pravdy má daleko ke spolehlivosti.<sup>84</sup>

V řeči vázané to hutně vyjadřuji takto:

*Právnick je profese skeptická vposledku,  
jistého pro něho předem nic není.  
Metody výkladu funkcí jsou výsledku,  
a v zájmu silnějších pružně se mění.*

Někdy přinese útěchu (a to nejen malým dětem) i ujištění, že situace někoho jiného nebo jinde je také špatná, nebo dokonce horší. Dětem to někdy mírní pláč nad vlastními křivdami. Závěrem příspěvku proto uvádím některé další odstrašující příklady *ad hoc* zásahů a pokusů o ně, které deformují i soukromoprávní vztahy. Komentáře nejsou potřebné – jednak jde o příklady samovypovídající, a jednak se nedostává prostoru.

Francouzská socialistická vláda přišla před pár lety s návrhem velmi bizarního zákona. Aby ochránila tradiční provozovatele taxislužeb, nařídila jejich stále oblíbenějším on-line konkurentům povinné patnáctiminutové zdržení, během něhož nemohou zákazníka vyzvednout. To je více než dvojnásobek současné čekací doby u těchto služeb. Mobilní aplikace

---

<sup>83</sup> Srov. většinový názor ústavních soudců V. Šimíčka a K. Šimáčkové (disent L. Davida), že jednání hoteliéra, požadujícího po hostech z Ruska písemné odsouzení okupace Krymu jako podmínku poskytnutí ubytovacích služeb, není diskriminační (nález II. ÚS 3212/18 ze 17. dubna 2019).

<sup>84</sup> I nerozumnému zákonu a oportunní judikatuře se bude nějak čelit – zaznamenal jsem i kontroverzní názor, že novou povinnost budou prodejny obcházet včasným odprodejem potravin jinému subjektu, na nějž se zákon o potravinách nebude vztahovat a jenž s nimi naloží podle své úvahy.

na chytrém telefonu totiž najde polohu zákazníka pomocí GPS a přivolá mu rychlý odvoz za předem určenou cenu. Služby jako Uber, LeCab nebo Chauffeur-Prive si rychle našly své zákazníky, protože jsou jednoduché, rychlé a spolehlivé. To však není podle taxikářů férová konkurence, takže se konkurenti musejí podrobit bizarnímu zákonu uměle křivícímu výkonnost na trhu a snižujícímú spotřebitelský komfort. Francouzský soutěžní úřad s opatřením přirozeně nesouhlasí.<sup>85</sup>

Příkladem, jak je speciální sektorová regulace neúčinná ve srovnání s konkurencí, může být „cenová revoluce“ českých mobilních operátorů na jaře 2013. V očekávání vstupu nového konkurenta na trh snížili operátoři ceny tarifů na neomezené mobilní volání až o dvě třetiny. Ještě v lednu téhož roku tvrdili, že to není možné, a sektorový regulátor je ponechával v poklidné kooperaci i na poli cenovém a opakoval argumenty operátorů.<sup>86</sup>

Lze uvádět mnoho dalších příkladů, zejména regulace nadbytečné. Příkladů regulace nedostatečné je o mnoho méně, zejména má-li být nutnost a kvalita úprav posuzována podle uznávaných pravidel. Věcí mentality, právní kultury, hodnotového založení a tradice je volba mezi obavou, aby se něco neregulovalo zbytečně, pokud to regulaci nezbytně nevyžaduje (typický liberální anglosaský přístup), a na druhé straně obavou, aby nezůstalo nezregulováno něco, co by se ještě případně zregulovat dalo (převažující kontinentální přístup). Jednotný „regulatořní recept“ samozřejmě neexistuje a oba dva přístupy by se v konkrétním případě někdy rády obohatily o (ne)možnosti toho druhého.<sup>87</sup>

<sup>85</sup> Srov. NEVYHOŠTĚNÝ, M.: *Další francouzský přešlap: na objednané taxi musíte čekat 15 minut*. Lidové noviny z 3. 1. 2014.

<sup>86</sup> Srov. ŠŮRA, A.: *Naše drahé mobily*. Respekt 2013, č. 17, str. 32–34.

<sup>87</sup> Srov. např. případ, kdy přísahání na tržní principy a nemožnost regulatořně zasáhnout je doprovázena jen veřejným pobouřením, které ovšem peněz nekrade (srov. red.: V USA ho nenávidí. Nový majitel zdrazil lék pro pacienty s AIDS o 5000 procent, in: <http://novinky.cz>, ze dne 22. 9. 2015). Nabyvatel léku Daraprin, nehorázně zdraživší na padesátinásobek původní ceny produkt, jehož jedna tabletky stojí na výrobních nákladech zhruba jeden dolar, se v USA regulace nemusí obávat. V ČR by mu hrozila přinejmenším sankce za zneužití dominantního postavení nebo i postup podle CenZ za zneužití hospodářského postavení prodejem za nepřiměřené ceny.

# KODIFIKÁCIA, DEKODIFIKÁCIA, REKODIFIKÁCIA A ĎALŠIE CESTY SÚKROMNÉHO PRÁVA

*Prof. JUDr. Anton Dulak, PhD.*

*Paneurópska vysoká škola, Bratislava*

Hádam nikoho neprekvapuje, že vývoj súkromného práva si pripomíname skôr s (veľkými) kodifikačnými dielami ako účelovou *ad hoc* legislatívou. Možno až príliš sa súkromné právo spája s kódexami, ktoré sa prirovnávajú k monumentom.<sup>1</sup> Literatúra o zákonníkoch je plná architektonických metafor, kde zákonníky sú pripodobňované sakrálnym stavbám. Nie však preto, že by právnikov bolo treba považovať za kňazov alebo strážcov svätostánku. Dôvody treba hľadať v architektúre stavieb. Vysvetľuje sa, že na rozdiel od iných budov sakrálnu stavbu tvorí jeden veľký priestor. Aj keď každá časť chrámu predstavuje výnimočné miesto, vždy ide o priestor, dostupný voľnej komunikácii s ostatnými časťami budovy. Tak ako Gaiove *Institutes*, členené na tri časti, aj chrám<sup>2</sup> má svoju chrámovú loď, chór a priečnu chrámovú loď, kde každá je otvorená tej ďalšej a spolu tvoria systém vibrujúci v jednom duchu – práve tak, ako kódex predstavuje jednotu, hoci sa skladá z tisícov samostatných článkov (stavebných kameňov).<sup>3</sup>

Kodifikácie sa zvyčajne spájajú s vývojom práva na európskom kontinente. Myšlienka kodifikácie sa úzko spája s budovaním moderných suverénnych štátov, ktoré majú exkluzívne právomoci pri príprave zákonov. Kodifikácie sa tak stávali symbolom jedného nerozdeleného národa a tiež

---

<sup>1</sup> Pôvod slova „monument“ sa odvodzuje z gréckeho *mnenosynon* a latinského *moneo*, *monere*, ktoré sa prekladajú ako „pripomínať“, „poradiť“ alebo „varovať“ v tom zmysle, že monumenty ako obraz minulého nám pomáhajú vizualizovať to, čo priniesie budúcnosť. Pozri napr. <https://en.wikipedia.org/wiki/Monument>.

<sup>2</sup> Trojčastová dispozícia – predsieň s babincom (podvežie), uprostred štvorcová loď a na východe svätyňa bola typickou aj pre východoslovenské drevené kostolné stavby (napr. gréckokatolícky kostol sv. Michala v Bodružale).

<sup>3</sup> MORÉTEAU, O., PARISE, A. Recodification in Louisiana and Latin America. In *Journal Articles, Paper* [online]. 2009. s. 1 – 61. Dostupné na internete: <[http://digitalcommons.law.lsu.edu/faculty\\_scholarship/302](http://digitalcommons.law.lsu.edu/faculty_scholarship/302)>.

symbolom politickej jednoty.<sup>4</sup> Tiež prispievali k upevňovaniu kultúrnej homogenity v rámci nového suverénneho štátu. Kodifikačnú ideu však nesledovali všetky európske krajiny; nerozhoduje pritom, do ktorej právnej rodiny patria. Jednu stranu predstavujú krajiny *common law* s právom tvoreným sudcovskou činnosťou, na strane druhej sú to škandinávske krajiny (Fínsko, Švédsko, Dánsko a Island) s právom odvodeným z legislatívnej činnosti. Osobitné postavenie má Škótsko, kde sa prepájajú črty civilnoprávnej tradície a *common law* práva, ale kde právo nie je kodifikované.

Neexistencia kódexov v škandinávskych krajinách býva zdôvodňovaná viacerými odlišnosťami vývoja spoločnosti a práva. Osobitne sa poukazuje na to, že nordické krajiny nikdy netrpeli nadbytkom prameňov práva a ich domáce právo nepodliehalo vplyvu rímskeho práva. Pre ďalší vývoj práva sa v týchto krajinách ujalo vyjadrenie „protocodifications“ (akési „pred kodifikácie“, resp. primitívne kodifikácie), ktorých výsledkom je *Danske Lov* z roku 1683, *Norske Lov* z roku 1867 a švédske ríšske právo z roku 1734. Slovom „proto-kodifikácie“ sa má vyjadriť, že na rozdiel napr. od pruského Landrechtu, francúzskeho Code Civil tieto úpravy neboli stavané na filozofii prirodzeného práva či koncepcijnej jurisprudencie. Hoci neboli kodifikáciami v modernom zmysle slova, slúžili obdobnému účelu.<sup>5</sup>

Jedným z prvých v rade pokusov kodifikovať spoločenský poriadok pre štátom organizovanú spoločnosť bol pruský zákonník (*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*), vyhlásený v roku 1791 a účinný až o tri roky neskôr od 1. júna 1794. Napriek tomu, že išlo o grandiózny pokus implementovať nové spôsoby nakladania s právom, t. j. metódou komplexného spracovania celej matérie a následným organizovaním masy<sup>7</sup> normatívnych ustanovení do konzistentného celku, výsledkom nebol kódex. V skutočnosti išlo o zbierku zákonov z obdobia osvieteného patriarchálneho despotizmu vyplnenú morálnymi glosami, vyznačujúcu sa právnou nejasnosťou a nekonzistenciou. Pruský zákonník sa stal križovatkou medzi tým, čo by mohlo byť kódexom a niečím, čo možno nazývať „príručkou

<sup>4</sup> Toto osobitne platí pre kodifikáciu v Taliansku a Nemecku. Slovanmi jedného z hlavných tvorcov Code civil Jeana-Étienne Marie Portalisa zámerom bolo dosiahnuť, aby sa viac nehovorilo o Bretónoch, Alsanoch či Provencáloch, ale už len o Francúzoch. Podľa ZIMMERMANN, R. Codification – Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law. *Max Planck Private Law Research Paper*. 2012, No 12/30, s. 374.

<sup>5</sup> RIVERA, J.C. *The Scope and Structure of Civil Codes*. Ed. Julio César Rivera. Dordrecht: Springer Science & Business Media, 2014, s. 165.

práva“. Vzhľadom na uvedené výhrady sa v prípade pruského Landrechtu niekedy hovorí ako o „formálnej“ kodifikácii práva.<sup>6</sup> Hlavnými dôvodmi je to, že Landrecht nepredstavoval exkluzívny prameň práva a že sa voči miestnemu právu vymedzoval ako právo vedľajšie (subsidiary).

## Klasické kodifikácie

Zrodenie kodifikácií klasického typu sa spája až nástupom buržoázie, obdobím revolúcií<sup>7</sup> a triednych zápasov, nepretržitej konfrontácie revolučných myšlienok, nových predstáv a nastupujúcich ideológií. Vo Francúzsku vedúcu úlohu pri ideologickej príprave kodifikácie niesli predstavitelia filozofie. „Teória kodifikácie“ vyvstala z myšlienok osvietenstva. Bola to predstava o kodifikácii ako prostriedku reformovania spoločnosti a jej kompletného oddelenia od feudálneho právneho poriadku. Osobitnú úlohu pritom zohral Voltaire, ktorý účinným spôsobom ovplyvnil verejnú mienku v prospech akceptovania myšlienky kodifikácie. Najdôležitejším bolo, že jeho kritika spoločenských podmienok prepojila kodifikáciu s konceptom nového spoločenského a právneho počiatku bez toho, aby sa zmieňoval o revolúcii. Cieľom kodifikácie bolo implementovať ideu spoločenskej zmluvy a takýmto spôsobom chrániť slobodu, rovnosť a vlastníctvo.<sup>8</sup>

Aj systematický prístup k právnemu materiálu je výsledkom doby osvietenstva, poznačenej étosom racionalizmu a snahy aj na právnu úpravu aplikovať geometrické postupy (*more geometrico*) dovtedy vlastné exaktným vedám, akými sú matematika a fyzika. Vďaka tomuto prístupu sa právo začalo prezentovať ako systém s axiomatickou logikou, ako vzor, ktorý vedie k nahradeniu chaotickej masy pravidiel bez systému, avšak plnej kontradikcií. Kodifikáciou dochádza k presadzovaniu systému vyskladaného

---

<sup>6</sup> VARGA, C. *Codification as a socio-historical phenomenon*. 2nd. vyd. Budapest: Akadémiai Kiadó, 2010, s. 19.

<sup>7</sup> Grossi sa vo svojej monografii prihovára skôr za výraz „the revolution“ alebo „great revolution“. Podľa autora označenie „revolution“ simplifikuje hnutie v rokoch 1789 – 1795, a to, čo revolúcia znamenala pre právnu históriu kontinentálnej Európy. Pozri GROSSI, P. *A history of European law*: Chichester, West Sussex, U.K.; Malden, Mass.: Wiley-Blackwell, 2010, s. 80. ISBN 1444319256.

<sup>8</sup> PIHLAJAMÄKI, H. *Private Law Codification, Modernization and Nationalism: A View from Critical Legal History*. In: *Critical Analysis of Law*. 2015, s. 138.

podľa základných princípov slúžiacich ako základ pre nadstavbu podľa vzoru – základné princípy, osobitné pravidlá, výnimky z týchto pravidiel a výnimky z výnimiek. Všetko to má obsahovať kódex pozostávajúci obvykle z dvoch častí – všeobecnej a osobitej.

Treba však pripomenúť, že v procese prípravných prác sa predstava o kódexe menila.<sup>9</sup> V rokoch 1790 – 1791 sa nerozhodovalo o ničom inom, len o tom, že príprava kódexu má slúžiť všeobecnému poznaniu a má zabezpečiť jednotu práva. Spoločným bol akýsi kult sekularizácie (zosvetštenia) a dosiahnutia perfektnej jednoduchosti.<sup>10</sup> Prijatie Civil Code už predstavuje víťazstvo *esprit juridique* nad *esprit philosophique*.<sup>11</sup>

Napoleonove kodifikácie, ktorých výsledkom bol nielen Code Civil des Français/Code Napoleon<sup>12</sup> (1804), ale tiež Code de procédure civile (1806), Code de commerce (1807), Code penal (1810) a Code d'instruction criminelle (1808, účinný od 1811) otvorili novú tradíciu kodifikácie, ktorá ako vzor ovplyvňuje vývoj zákonníkov podnes.<sup>13</sup> Ako nové vlastnosti kodifikácie klasického typu sa do popredia dostali najmä unifikácia práva cestou jeho radikálnej obnovy, prepojenie revolučnej zmeny s tradicionalizmom a národ-kreujúci efekt kódexu. Novou črtou je aj vytvorenie systému, ktorý umožňuje navodzovať rovnováhu medzi konfliktnými a napriek tomu komplementárnymi požiadavkami na jeho uzavretosť a zároveň relatívnu otvorenosť.<sup>14</sup>

Francúzske kodifikácie predstavujú zrod skutočne národných právnych systémov kontinentálnej Európy. Vybudovali prepojenie medzi politickým modernizmom, národnou nezávislosťou a možnosťou národa mať vlastný kódex. Civil Code nebol len praktickým nástrojom pre občanov a právni-

---

<sup>9</sup> Podľa Grossiho v tomto šesťročnom období sú zreteľne odlišné pohľady a filozofie na postavenie jednotlivca v štáte. Pozri GROSSI, P. A history of European law.: Chichester, West Sussex, U.K.; Malden, Mass.: Wiley-Blackwell, 2010, s. 80. ISBN 1444319256.

<sup>10</sup> VARGA, C. *Codification as a socio-historical phenomenon*. 2nd. vyd. Budapest: Akadémiai Kiadó, 2010, s. 97.

<sup>11</sup> Tamže, s. 100 – 101.

<sup>12</sup> V rokoch 1807 až 1816 a potom v rokoch 1852 až 1870 sa označoval ako Code Napoleon.

<sup>13</sup> BORGHETTI, J.S. French Law. In: VERA, Julio César. *The Scope and Structure of Civil Codes*. Dordrecht: Springer Science & Business Media, 2014, 182. ISBN 9400779429.

<sup>14</sup> VARGA, C. *Codification as a socio-historical phenomenon*. 2nd. vyd.: Akadémiai Kiado, 2010, s. 97.

Tamže, s. 104.

kov, ale stal sa tiež symbolom politickej modernosti a národnej prestíže.<sup>15</sup> Unikátnosť Code Civil spočíva aj v tom, že vo Francúzsku nikdy neexistoval iný kódex. Napriek tomu, že v priebehu storočí sa niektoré jeho časti zmenili, väčšina ostala takmer nedotknutá. Code Civil ako celok nebol nikdy oficiálne zmenený, vynovený alebo nahradený,<sup>16</sup> tak ako sa to stalo s kódexami v Taliansku, Québecu alebo Holandsku. Pre Francúzsko to znamená, že nie ústava, ale Code Civil sa stal pevným základom a symbolom právnej kontinuity. Túto politickú úlohu mohol Civil Code naplniť aj preto, že oplýval osobitnými vlastnosťami, ktoré sú známe podnes. Jednou z nich, ktorú nemožno podceňovať, je elegantný jazyk typický pre Francúzsko konca 18. storočia. To robí Code Civil nielen nástrojom práva, ale tiež časťou francúzskej kultúry a literárneho dedičstva.

Dlhovekosť kódexu treba pripísať tiež spôsobu jeho formulácie. Mnoho ustanovení je formulovaných skôr všeobecne, čo je veľmi dôležitým faktorom flexibility a adaptability zákona, pretože umožňuje, aby to isté pravidlo bolo možné aplikovať pre prípady vyskytujúce sa v dlhom, neraz chaotickom období. Kódex tým, že nastavuje všeobecný rámec, ponecháva sudcom možnosť adaptovať svoje riešenie na zmenené okolnosti.<sup>17</sup>

V kontraste s vývojom vo Francúzsku, na čele kodifikačných snáh v Nemecku stáli právnici. To možno vysvetľuje, prečo sa kodifikácia v Nemecku, ako výsledok prirodzenoprávneho hnutia považuje za viac-menej samoučelnú (autotelickú),<sup>18</sup> kde legislatívny technicizmus hnala snaha o vyčerpávajúce podanie. Nemeckú kodifikáciu si nemožno predstaviť bez dišputy medzi Thibautom a Savignym o podobe budúcej právnej úpravy. Dnešná veda oceňuje, že táto debata priniesla verejnosti dva protistojace pohľady na kodifikáciu – tých, ktorí ju podporovali, ako aj tých, ktorí rešpektovali prirodzenú plasticitu práva prameniacu z dvoch zdrojov – obyčajového

---

<sup>15</sup> BORGHETTI, J.S. French Law. In: VERA, Julio César. The Scope and Structure of Civil Codes. Dordrecht: Springer Science & Business Media, 2014, s. 182. ISBN 9400779429.

<sup>16</sup> A to aj napriek tomu, že od obdobia revolúcie až do roku 1960, t. j. za obdobie menej než 150 rokov Francúzsko prešlo viac než desiatimi ústavnými režimami – dvakrát bolo cisárstvom, dvakrát monarchiou, päťkrát republikou a niekoľkokrát iným „exotickým“ štátnym útvárom.

<sup>17</sup> BORGHETTI, J.S. French Law. In: VERA, Julio César. The Scope and Structure of Civil Codes. Dordrecht: Springer Science & Business Media, 2014, s. 185. ISBN 9400779429.

<sup>18</sup> Slovo „autotelický“ sa skladá z dvoch gréckych slov: *auto* znamená „samo-“ a *télos* znamená „cieľ“.



práva a právnej náuky. BGB tak ostal ukázkou schopnosti právnej náuky interpretovať právne zvyklosti tak, aby tým prezentovali vôľu ľudu.<sup>19</sup>

Na druhej strane sa BGB vyčíta, že prišiel „tak priskoro, ako aj neskoro“.<sup>20</sup> Pre kodifikáciu zvolený čisto konceptuálny prístup, vlastný nemeckej „Begriffsjurisprudenz“<sup>21</sup> pre niektorých znamenal metodologický krok späť.<sup>22</sup> Výsledkom snaženia sa stal „Juristenrecht“, písaný právnikmi pre právnikov, kódex abstraktnej logickej štruktúry a perfekcionistaicky vytvoreného systému. V tejto súvislosti sa uvádza, že to, čo BGB nedokázal dosiahnuť s usporiadaním obsahu, dosiahol jej organizáciou.

Napriek týmto výhradám sa BGB stal vzorom pre mnohé iné kodifikácie. Úspech BGB ako kodifikačného vzoru sa pričítava tomu, že bol pripravovaný legislatívne zdatnými právnikmi a že základ prístupu určovala právna veda so zmyslom pre historickú reflexiu právnych podkladov. Dôvodom bolo aj to, že došlo k formulovaniu základných pravidiel so zámerom, aby vydržali dlhú dobu aplikácie; vysvetľovanie detailov sa ponechal na proces aplikácie. Napokon kódex vyhovoval vtedajším politickým pohybom – BGB sa stal dieťaťom nemeckého národa.<sup>23</sup>

Švajčiarsky občiansky zákonník zrodený len desaťročie po nemeckom už vykazuje značné rozdiely vo viacerých oblastiach, a to aj napriek tomu, že tak nemecký, ako aj švajčiarsky kódex vznikali pod vplyvom podobných inšpirácií. Obidva kódexy boli výsledkom urgentného pocitu unifikovať civilné právo<sup>24</sup> v čase, keď už táto potreba bola liečená kodifikáciou obchodného práva. Obidva sa zakladali na tradíciách pandektistiky a boli výsledkom úspechu domácej právnej vedy. Napriek tomu je to práve švajčiarsky občiansky zákonník, ktorý sa považuje za „najlepší príklad nemecky hovoriacej jurisprudencie 20. storočia“ a za pokračovateľa nemeckých

<sup>19</sup> GROSSI, P. A history of European law: Chichester, West Sussex, U.K.; Malden, Mass.: Wiley-Blackwell, 2010, s. 103. ISBN 1444319256.

<sup>20</sup> Uvádza sa pritom, že BGB je skôr dieťaťom 19. storočia než matkou storočia dvadsiateho.

<sup>21</sup> Pozri napr. <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/96-begriffsjurisprudenz>.

<sup>22</sup> VARGA, C. *Codification as a socio-historical phenomenon*. 2nd. vyd. Budapest: Akadémiai Kiadó, 2010, s. 109.

<sup>23</sup> Podľa GRAY, W. *Codification, Decodification and Recodification: History, Politics and Procedure*. In: WANG, W.-Y. *Codification in International Perspective*. Cham: Springer Science & Business Media, 2014, s. 5. ISBN 3319034553.

<sup>24</sup> Uvádza sa, že zvíťazila idea „Švajčiarska“ nad nezávislosťou kantónov.

ideí. Švajčiarska kodifikácia síce dala „stopku“ rozdielnym vývojom práva v kantónoch, no nie spôsobom, ktorým by ich zbavil vlastných tradícií. Od počiatku sa teoretická príprava kódexu koncentrovala na komparatívnu analýzu vývoja práva v kantónoch, so zámerom zachytiť potreby práva rozvíjajúceho sa cez súdnu prax.<sup>25</sup>

Francúzsky Code Civil, nemecký Bürgerliches Gesetzbuch a Schweizerische Zivilgesetzbuch sa tak stali základným modelom klasickej kodifikácie v buržoáznej spoločnosti, ktorý podstatným spôsobom ovplyvnil nielen vzhľad, ale aj obsah kontinentálneho práva. Od predchádzajúcich pokusov, akým bol pruský Landrecht alebo rakúsky ABGB, sa odlišovali tým, že predstavovali radikálnu zmenu práva.<sup>26</sup>

## Socialistické kodifikácie

Zaujímavým môže byť pohľad na kodifikačné práce v krajinách, ktoré nastúpili cestu socializmu. Podľa jednej zo štúdií socialistickým kodifikáciám je vlastné zdôrazňovanie spoločenských podmienok pri výbere kodifikácie.<sup>27</sup> Príkladom je sovietske Rusko, ktoré po revolúcii v roku 1917 nepovažovalo za potrebné hneď riešiť otázky kodifikácie. Do popredia sa pretlačili čiastkové úpravy – najskôr rozvodu manželstva,<sup>28</sup> po ktorej nasledovala kodifikovaná úprava rodinného práva a<sup>29</sup> súčasne s ňou bol prijatý zákoník práce. V tejto etape tzv. vojnového komunizmu sa nesledovalo (obvyklé) zabezpečenie jednoty práva cestou kodifikovaného práva, prvoradým

---

<sup>25</sup> VARGA, C. *Codification as a socio-historical phenomenon*. 2nd. ed. Budapest: Akadémiai Kiadó, 2010, s. 113.

<sup>26</sup> Tamže, s. 112.

<sup>27</sup> Založené na myšlienkach K. Marxa o vzťahu základne a nadstavby, ďalej rozpracované nasledovníkmi. Podľa Marxa (*Kritika politickej ekonomie*) „bytie ľudí nie je určované ich vedomím, ale naopak, ich vedomie je určované spoločenským bytím“. Stalin vo svojom príspevku „O dialektickom a historickom materializme“ formuluje túto myšlienku: „Aký výrobný spôsob má spoločnosť, takou je v podstate aj sama spoločnosť, také sú aj idey a teória, politické názory a inštitúcie.“

<sup>28</sup> Prijatím zákona o rozvode manželstva sa sledovala hlavne emancipácia manželstva od vplyvov ortodoxnej cirkvi.

<sup>29</sup> Kodeks Zakonov ob Aktah Grazhdanskogo Sostoianii, Brachnom, Semeinom i Opekunskom Prave, No. 76, item 818 SU RSFSR 1918 (1918).

bolo naplnenie politických cieľov zameraných na kondenzáciu právneho obsahu.<sup>30</sup>

Prvé pokusy<sup>31</sup> o naštartovanie kodifikačných prác v sovietskom Rusku sa tak nespájali s revolučnými rokmi, ale až neskoršou etapou konsolidácie spoločenských a ekonomických pomerov. Kodifikácia našla oporu v argumentoch Novej ekonomickej politiky (NEP)<sup>32</sup> z roku 1921 s proklamáciou potreby nahradiť „revolučnú spravodlivosť“ budovaním spoločnosti založenej na socialistickej zákonnosti.<sup>33</sup> Míľnikmi takýchto snáh o systematickú úpravu práva sa stali Trestný zákonník a Občiansky zákonník z roku 1922 s tým, že aj v prípade týchto kódexov neustávali rozpory o tom, ako vyriešiť konflikt medzi potrebou určitých prechodných riešení a (nežiadanou) rigiditou, ktorú prináša kodifikácia.<sup>34</sup>

Po prijatí prvých kódexov sa vzťah elít ku kodifikácii zmenil; kodifikácia práva sa stala jedinou alternatívou a *par excellence* formou socialistickeho práva, ktorá ako jediná forma právnej superštruktúry vyhovovala

<sup>30</sup> „nemá ísť o právo Kazane ..., ale o jednotné celoruské právo, a čo viac právo jednotné pre celú federáciu sovietskych republík“. Tamže, s. 212.

<sup>31</sup> Na výročie revolúcie v roku 1918 Stuchka predniesol nasledujúce slová: „Nastal čas, aby sme sa snažili o kodifikáciu s cieľom zosumarizovať výsledky prechodnej doby proletárskeho práva do systematicky usporiadaného kódexu. Musí to byť kódex, ktorý bude ľahko porozumiteľný pre najširšie masy. Sme však schopní vytvoriť takýto kódex počas niekoľkých nasledujúcich mesiacov? Aj keď áno, otáznym je, ako dlho bude účinným.“ Podľa VARGA, C. *Codification as a socio-historical phenomenon*. 2nd. vyd. Budapest: Akadémiai Kiadó, 2010, s. 209.

<sup>32</sup> Nová ekonomická politika bola politikou obmedzeného súkromného podnikania započatá sovietskou vládou po 10. zjazde komunistickej strany v roku 1921. NEP bol predovšetkým agrárny program, týkal sa tiež obchodu a niektorých odvetví priemyslu. K jeho opusteniu došlo v roku 1929. Pozri napr. [https://cs.wikipedia.org/wiki/Nov%C3%A1\\_ekonomick%C3%A1\\_politika](https://cs.wikipedia.org/wiki/Nov%C3%A1_ekonomick%C3%A1_politika).

<sup>33</sup> Tradičný socialistický prístup vychádza z toho, že predpokladom socialistickej zákonnosti je dostupnosť práva, a to predpokladá systematické usporiadanie legislatívy, ktoré sa dá dosiahnuť buď inkorporáciou, alebo kodifikáciou. Pozri napr. KERIMOV, D.A. *Poniatye i formy kodifikatzii: The Concept and Forms of Codification in Voprosy kodifikatzii sovetskogo prava (Questions of the Codification of soviet Law)*. Leningrad: Izdat. Leningradskogo Univerziteta 1957, s. 9.

<sup>34</sup> K obdobiu prác na príprave trestného zákonníka sa viaže výrok o tom, že „v prvom návrhu zákonníka boli normy, ktoré umožnili stíhať kriminálnikov len na podklade ustanovenia zákona ... to je však absolútne neakceptovateľné. Žijeme v dobe, kde je treba zákonov, ale takých zákonov, ktoré súdom umožnia, aby na prípad čo najširšie mohli aplikovať vlastné právne úvahy.“ Podľa VARGA, C. *Codification as a socio-historical phenomenon*. 2nd. vyd. Budapest: Akadémiai Kiadó, 2010, s. 215.

ekonomickej základni socializmu. Pre teóriu aj prax sa zákonníky stali *sine qua non* socialistického práva a hlavným komponentom prameňov systému socialistického práva.<sup>35</sup>

Spoločným pre kodifikácie v socialistických krajinách je aj určité omeškanie prác. Dôvodom je obvykle diverzita problémov vyplývajúcich hlavne zo zdedených podmienok. Prvé kodifikácie neboli len nositeľom nového socialistického právneho poriadku, ale tiež riešiteľom nevykonaných alebo omeškaných požiadaviek z etapy transformácie buržoáznej spoločnosti; tieto navyše úlohy viedli k určitému anachronizmu v porovnaní s vývojom v západnej Európe.<sup>36</sup>

Inou spoločnou črtou je to, že v krajinách so socialistickým právom sa kodifikácia objavuje spolu s rekodifikáciou. Dôvodom je spoločenský dynamizmus a z toho vyplývajúca potreba adaptovať právo na nové pomery. Vo svetle týchto skutočností sa všetky výsledky kodifikácie chápali len ako dočasné usporiadanie pomerov.

## Dekodifikácia

Z predchádzajúcej časti vyplýva, že kodifikované právo sa vyznačuje určitými znakmi, medzi ktoré sa obvykle zaraďuje komplexnosť, konzistencia, neprotirečivosť a systematický prístup, výsledkom ktorého je homogénny systém práva. Z tohto pohľadu by tak dekodifikáciou, ako to naznačuje prefix slova, bolo možné označiť opak kodifikácie, resp. jej oslabenie.

Fenoméni dekodifikácie sa objavil v druhej polovici 20. storočia a spája sa s nárastom nových právnych úprav, špecializovaných na určité oblasti práva. Pri opise dekodifikácie sa jej dôsledky obvykle sumarizujú tak, že „občiansky zákonník stráca svoje monopolné postavenie ... a svoju úlohu nachádza medzi malými zákonmi, kde hovorí ich jazykom a zdieľa ich koncept“.<sup>37</sup> Hovorí sa nielen o nástupe etapy dekodifikácie, ale tiež o „kríze

---

<sup>35</sup> Neskoršia prax však ukázala, že išlo viac o túžbu ako o realitu, pretože socialistické právo nedokázalo eliminovať pravidlá presadzované nariadeniami a nie zákonmi. VARGA, C. *Codification as a socio-historical phenomenon*. 2nd. ed. Budapest: Akadémiai Kiadó, 2010, s. 17.

<sup>36</sup> Tamže, s. 222, 223.

<sup>37</sup> IRTI, N. *L'età della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1979.

kodifikačnej predstavy<sup>38</sup>, prípadne aj o tom, že Európu opustila myšlienka kodifikácie a treba pripustiť „koniec kódexov“.

Strata centrálnej pozície občianskeho zákonníka vo vzťahu k ústave a iným zákonom nie je jediným dôsledkom kodifikácie. Tiež sa zdôrazňuje, že dekodifikácia vedie k významným trhlinám v jednote občianskeho zákonníka.<sup>39</sup> Nové právne úpravy totiž nevedú len k takej zmene kódexov, ktorou by sa dopĺňali alebo objasňovali ustanovenia kódexu; novoprijaté predpisy vytvárajú ďalšie oblasti práva, ktoré sa už ideologicky a metodologicky odlišujú od pôvodnej štruktúry kódexov.<sup>40</sup> Tým sa vytvára pluralita legislatívnych mikrosystémov<sup>41</sup> pôsobiaca proti konzistencii kódexu. Dekodifikáciou sa preto označuje aj stav, keď právo obsiahnuté v kódexe sa v dôsledku novelizácií stalo nesúrodým a roztriešteným.<sup>42</sup>

Najväčší dopad dekodifikácie sa spája s legislatívnou činnosťou, keď legislatíva vytvára nové súkromnoprávne pravidlá bez toho, aby ich integrovala do kódexu. Príkladom je prijímanie zákonov upravujúcich problematiku obchodnoprávných vzťahov, spotrebiteľského práva, rodinného práva a medzinárodného práva súkromného.<sup>43</sup> K dekodifikácii niekedy vedú aj čiastkové právne úpravy. Vo Francúzsku je takýmto príkladom úprava náhrady škody spôsobenej prevádzkou motorových vozidiel v zákone z roku 1985. Hoci ide o veľmi dôležitú úpravu deliktnej zodpovednosti, táto sa nestala súčasťou kódexu. Iným príkladom je úprava nájmu bytov (baux d'habitation).

Dekodifikácia sa nemusí nutne týkať len občianskeho práva. Príkladom je francúzsky obchodný zákonník, ktorý po roku 1980 zostal skoro prázd-

<sup>38</sup> WIEACKER, F. Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee. In: *Festschrift für Gustav Boehme*. Bonn: Roehrscheid, 1954.

<sup>39</sup> DIEZ-PICAZO, L. Codificación, Descodificación y Recodificación' (1992) 2 Anuario de Derecho Civil, s. 473, 478. Citované podľa RUDNICKI, J. *Formal and material decodification of civil law*. Dostupné na: [https://www.researchgate.net/publication/326468087\\_Formal\\_and\\_material\\_decodification\\_of\\_civil\\_law](https://www.researchgate.net/publication/326468087_Formal_and_material_decodification_of_civil_law).

<sup>40</sup> MERRYMAN, J.H. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. Stanford Uni Press, 2d ed. 1985, s. 151.

<sup>41</sup> DELIYANNI-DIMITRAKOU, Ch. The Greek Civil Code Facing the process of Decodification and Recodification of Law. In: CÉSAR, J. *The Scope and Structure of Civil Codes*. Dordrecht: Springer Science & Business Media, 2014, s. 217. ISBN 9400779429.

<sup>42</sup> McAULEY, M. Proposal for Theory and a Method of Recodification. 49 *Loy. L. Rev.* 2003, v pozn. 8, s. 274.

<sup>43</sup> DULAK, A. Dekodifikácia ako dôvod novej kodifikácie súkromného práva na Slovensku. In: *Acta Facultatis Iuridicae Universitatis Comenianae*. 2015, roč. 34, č. 2, s. 46 – 56.

nou škrupinkou.<sup>44</sup> Novoprijatý obchodný zákonník z roku 2001 už nepredstavoval kódex v „typickom ponímaní“, ale sa stal skôr kompiláciou zákonov rôznej povahy.<sup>45</sup>

Dekodifikačný dopad sa nespája len s legislatívnou činnosťou.<sup>46</sup> Napríklad francúzska náuka uznáva, že dôvodom, prečo sa časť občianskoprávnej problematiky nachádza mimo Code civil, je rozhodovacia činnosť súdov. Podľa náuky súdy svojím rozhodovaním prepracovali viaceré ustanovenia Code Civil a v mnohých prípadoch vytvorili aj pravidlá nové, ktoré sa dostali na okraj kódexu. Aj keď tieto nové pravidlá si zachovali silný vzťah ku kódexu, predsa len predstavujú nevítaný fenomén. Podobne aj v prípade belgického sa konštatuje, že na dekodifikáciu Code Napoleon malo väčší vplyv sudcovské právo než prijímanie zákonov. Rovnako sa hovorí o obrovskom vplyve doktríny, ktorá k právnym inštitútom pristupuje omnoho systematickejšie – viac v súlade s nemeckou právnou vedou 19. a 20. storočia, ale odlišne od systematiky kódexu. Vplyv doktríny sa považuje za značný, aj keď vplyv nemeckej náuky sa považuje skôr za nepriamy ako za priamy.<sup>47</sup>

Dôležitú úlohu v procese dekodifikácie zohráva aj nárast konštitucionalizmu a prijímanie nadnárodnej legislatívy. Podľa T. Giaro<sup>48</sup> dekodifikácia je dôsledkom prebiehajúcej europeizácie a globalizácie práva, keď k prijímaniu právnych noriem dochádza mimo zákonodárne zbory konkrétnej krajiny.<sup>49</sup>

Nie všetci nazerajú na „etapu dekodifikácie“ rovnako. Dôvodom môže byť to, že niektoré krajiny ako napríklad Holandsko nemajú s procesom

---

<sup>44</sup> Veľa z oblastí obchodného práva bolo regulované zákonmi mimo Obchodného zákonníka. Existoval zákon o spoločnostiach, insolvenčný zákon a pod.

<sup>45</sup> Code de Commerce obsahuje právo spoločností, insolvenčné právo, obchodné praktiky, niektoré obchodné zmluvy a pod.

<sup>46</sup> Niekedy sa rozlišuje medzi užším a širším chápaním fenoménu dekodifikácie. V užšom poňatí sa dôsledky dekodifikácie spájajú len s legislatívnou činnosťou.

<sup>47</sup> HEIBAUT, D., STORME, M.E. Private Law Codifications in Belgium. In: CÉSAR, J. *The Scope and Structure of Civil Codes*. Dordrecht: Springer Science & Business Media, 2014, s. 74. ISBN 9400779429.

<sup>48</sup> GIARO, T. Roman law always dies with a codification. In: Antoni Dębiński, Maciej Jońca (eds). *Roman Law and European Legal Culture* (Lublin 2008) 15, 24. Citované podľa

<sup>49</sup> RUDNICKI, J. *Formal and material decodification of civil law*, 2018, s. 1 – 13. Dostupné na: <https://www.researchgate.net/publication/326468087>.

dekodifikácie<sup>50</sup> civilného kódexu žiadnu skúsenosť. Protiargumentom tvrdení o dekodifikácii je napríklad aj to, že v etape označenej ako „koniec kódexov“ došlo k prijatiu 40 nových občianskych zákonníkov.<sup>51</sup> Zároveň v tej dobe prebehli viaceré reformy existujúcich kódexov v Holandsku, quebeckého občianskeho zákonníka, uskutočnila sa reforma nemeckého BGB a došlo k návrhom či revízií zákonníkov vo viacerých krajinách, ktoré nastúpili na cestu budovania trhového hospodárstva (Rusko, Litva, Estónsko, Maďarsko, Česká republika a pod.). Mílnikom v tomto procese má byť návrh talianskeho občianskeho zákonníka z roku 1942.<sup>52</sup>

Pri spochybnovaní dôsledkov dekodifikácie sa tiež odkazuje na historické súvislosti, konkrétne to, že vyčleňovanie osobitných otázok z kodifikovanej úpravy všeobecného súkromného práva sa javí ako tradícia siahajúca do 19. storočia. Príkladom je Nemecko a mimokódexová právna úprava úhrady v splátkach z roku 1894 či zavedenie prísnej zodpovednosti za škodu na zdraví spôsobenú v železničnej preprave v zákone z roku 1871.

Podľa ďalších, dekodifikáciu netreba nutne chápať negatívne. Napríklad J. C. Riviera sa pýta, či je dôvodné od občianskeho kódexu očakávať, aby obsahoval všetko. Podľa autora kódexy takéto potenciál nemajú, a preto kódexy musia existovať popri iných zdrojoch pozitívneho práva, hoci aj s vyšším stupňom hierarchie, ako je napríklad ústava, medzinárodné konvencie a právo EÚ, ku ktorým sa musia adaptovať.<sup>53</sup> Podľa iného názoru, ak zákonodarca neintegruje niektoré nové pravidlá do občianskeho zákonníka, neznamená to, že má záujem uberať kódexu jeho obsah; dôvodom je skôr snaha udržať (zdanlivú) operatívnosť kódexu, pretože integrovanie nových pravidiel a konceptov do kódexu by sa mohlo zdať až príliš komplikované.<sup>54</sup>

<sup>50</sup> BERLEE, A. A matter of Honour, in Which a Small People Can Be Great – The Dutch Codification Efforts in Brief. In: CÉSAR, J. *The Scope and Structure of Civil Codes*. Dordrecht: Springer Science & Business Media, 2014, s. 291. ISBN 9400779429.

<sup>51</sup> SACCO, R. *Codifi care, modo superato di legiferare?* Rivista di Diritto Civile, Cedam, Padova, 1983. Citované podľa RIVERA, J. C. *The Scope and Structure of Civil Codes*. Dordrecht: Springer Science & Business Media, 2014, s. 17. ISBN 9400779429.

<sup>52</sup> Tamže.

<sup>53</sup> RIVERA, J. C. *The Scope and Structure of Civil Codes*. Dordrecht: Springer Science & Business Media, 2014, s. 37. ISBN 9400779429.

<sup>54</sup> BORGHETTI, J.S. French Law. In: RIVERA, J. C. *The Scope and Structure of Civil Codes*. Dordrecht: Springer Science & Business Media, 2014, s. 190 – 191. ISBN 9400779429.

Inak problematiku vníma J.H. Merryman, ktorý svoj postoj k dekodifikácii uverejnil krátko po publikovaní Irthio „*Letà della decodificazione*“. Podľa autora dekodifikáciu treba akceptovať ako „časť podstatnej transformácie, ktorá súčasne prebieha v krajinách s civilistickou tradíciou“. <sup>55</sup> Aj pre ďalších autorov proces známy ako dekodifikácia neotvára problém idey kodifikácie, ale stáva sa jedným z jej elementov. <sup>56</sup>

Dopady dekodifikácie spochybňuje aj R. Sacco. <sup>33</sup> V polemike so svojim kolegom (Irtim) o tom, či v súčasnosti treba hovoriť o dekodifikácii, odpovedá záporne. Sacco argumentuje, že namiesto toho, aby sme hovorili, „čo je právo“, treba sa pýtať, „kde právo pramení“. Podľa autora skutočnosť je taká, že medzi súčasným kódexom a budúcou úpravou (kódexom) sa objavuje nové právo, ktoré neskôr absorbuje nový kódex, ale s vedomím, že aj toto nové právo sa bude ďalej (nekonečne) multiplikovať. Kodifikáciu tak podľa autora nemožno považovať za nehybný cieľ, ale za živý proces. Vo svojej podstate kódex predstavuje dynamickú množinu, kde konštantne dochádza k inkorporácii nových pravidiel a nahrádzaniu tých starých; kódex si tak vyžaduje permanentnú revíziu. <sup>57</sup>

## Rekodifikácia

Ani koncept rekodifikácie nie je jednoduchým a bez kontroverzií. Vo všeobecnosti sa chápe ako reforma práva procesom inkorporácie novej legislatívy do súčasného kódexu. Konkrétne okolnosti však môžu preukazovať, že takýto spôsob „oživenia“ nepostačuje a že treba celý systém nahradiť novou kodifikáciou. <sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> MERRYMAN, J.H. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. Stanford Uni Press, 2nd ed. 1985, s. 151.

<sup>56</sup> SCHMIDT, K. *Die Zukunft der Kodifikationsidee. Rechtsprechung, Wissenschaft und Gesetzgebung vor den Gesetzeswerken des geltenden Rechts*. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1985, s. 5.

<sup>57</sup> SACCO, R. *A Civil Code Originated During the War (The Italian Codice Civile)*. In: RIVIERA, C.J. *The Scope and Structure of Civil Codes*. Dordrecht: Springer Science & Business Media, 2014, s. 254. ISBN 9400779429.

<sup>58</sup> Pozri napr. LOS MOZOS, J.L. *Prologue to I El Código Civil Del Siglo XXI* 11, 25 (Comisión de Reforma de Códigos del Congreso de la República del Perú ed. 2000); Alvarez, v poznámke 9, s. 11, 25. Citované podľa MURILLO, M.L. *The Evolution of Codifica-*



Rekodifikáciou sa môžu sledovať rozdielne ciele; typickým je revízia textu so zámerom adaptovať sa na potreby vyplývajúce z vývoja spoločnosti. V takomto prípade sa rekodifikácia nedotýka základných pilierov systému regulácie, osnovných konceptov, princípov, štruktúry, terminológie. Takouto rekodifikáciou zostáva prevažná časť ustanovení zákonníka nedotknutá a dochádza len k tvarovaniu, modifikácii, zmene alebo reformám – variáciám existujúceho do vynovenej kodifikačnej formy. Kodifikácia v tomto poňatí je rezervoárom zmien, ktoré ovplyvňujú celok kodifikovaného práva a tiež je faktorom stability a continuity v rámci systému.<sup>59</sup> Na rozdiel od takejto „horizontálnej reformy“ vertikálna reforma vyvolaná nedostatkami v spoločnosti („*roots of the social ills*“)<sup>60</sup> si už vyžaduje zásah do samotných základov kódexu.

Niekedy sa zdôrazňuje rozdiel medzi revidovaním a rekodifikáciou. Zatiaľ čo revidovanie sa zakladá na starom právnom poriadku a jeho derivátoch, rekodifikácia je implementáciou moderného právneho poriadku so zámerom zachytiť súčasnú realitu. Rekodifikácia je rekonštrukciou systematického, syntetického a synkretického prístupu k právu; je obrozením prvotných princípov kodifikácie (aktuálne opustených alebo podceňovaných) pre účely nového poriadku. Od rekodifikácie, podobne ako kodifikácie sa vyžaduje, aby mala svoju ústrednú myšlienku.<sup>61</sup>

Rekodifikácia prináša do civilistickej tradície nový život. Príkladom je Francúzsko, Nemecko, Belgicko, Taliansko, Švajčiarsko a Španielsko, ktoré revidovali a čiastočne reformovali svoje pôvodné kódexy. Iné krajiny<sup>62</sup> naopak pristúpili k prijatiu druhej či tretej generácie kódexov.

Pri porovnaní procesov rekodifikácie a revízie kódexov z 20. storočia je treba vidieť, že sa podstatne odlišujú od klasických kodifikácií 19. sto-

---

tion in the Civil Law Legal Systems: Towards Decodification and Recodification. In: *J. Transnational Law Policy*. 2001, Vol. 1:11, s. 14.

<sup>59</sup> VARGA, C. *Codification as a socio-historical phenomenon*. 2nd. vyd. [s. l.]. Budapest: Akadémiai Kiadó, 2010, s. 226 – 227.

<sup>60</sup> McAULEY, M. *Proposal for Theory and a Method of Recodification*. 49 *Loy. L. Rev.* 2003, s. 270.

<sup>61</sup> Tamže, s. 262. Autor uvádza, že takéto vymedzenie sa blíži k „intelektuálnej“ definícii rekodifikácie.

<sup>62</sup> Napríklad taliansky OZ z roku 1942, portugalský OZ z roku 1966, holandský OZ z roku 1992, quebecký OZ z roku 1994. Taliansky *Codice Civile* z roku 1942 významným spôsobom ovplyvnil druhú generáciu kódexov, akým je portugalský OZ a aj holandský OZ.

ročia. Novšie rekodifikácie sa vyznačujú eklektizmom.<sup>63</sup> Príkladom je holandský Burgerlijk Wetboek aj Civil Code of Québec, kde sa autori inšpirovali nielen rôznymi európskymi modelmi, ale tiež právom *common law* a medzinárodnými konvenciami. Z tohto pohľadu v procese rekodifikácie dochádza k výmene myšlienok medzi kontinentálnym právom, *common law*, systémom práva v škandinávskych krajinách a právom, ktoré je presadzované Európskou úniou a nadnárodnými organizáciami. Dnešné reformy súkromného práva sa vo veľkej miere opierajú aj o poznatky z oblasti komparatívneho práva a sociológie. Súčasné súkromné právo má snahu vyháňať sa prílišnej kazuistike a naopak má snahu presadzovať generálne klauzuly o dobrej viere a ekvite. Takéto flexibilné pravidlá predpokladajú zvýšenú účasť súdnej praxe.

V obvyklom poňatí sa rekodifikácia javí ako vynútený následok nedostatkov pôvodných prác, ako reakcia na to, čo nevyhovuje súčasnosti pri porovnaní s minulosťou. Rekodifikácia sa tak považuje za ideálny spôsob rekonštrukcie kódexu. Od takejto (tzv. pravej rekodifikácie), ktorou sa naprávajú minulé chyby, sa niekedy odlišuje rekodifikácia vnímaná ako plánovaná nutnosť typická pre krajiny s pôvodne socialistickým právom. Rozhodujúcim je poznanie, že v pôvodných kodifikačných dielach sa potreba rekodifikovať nevnímala ako bežný zásah. Tieto kódexy (CC, ABGB, BGB) mali trvať večne s tým, že riešenie „nových“ problémov obvykle ponechávali na súdnu prax. Naopak, v krajinách so socialistickým právom sa všetky výsledky kodifikácie vnímali ako dočasné; v dynamizme spoločenských zmien sa pretláčala potreba adaptovať právo na nové pomery.<sup>64</sup>

Možno súhlasiť s McAuleym, ktorý priznáva, že nie všetky predstavy o rekodifikácii sa stávajú štandardom pre obrodu starých kódexov. Pre autora je dôležité to, či nové myšlienky sa sústreďujú okolo „ducha“ kódexu, pričom zároveň pripúšťa pluralitu takýchto „centier“. Podľa autora rekodifikácia je v najširšom zmysle procesom zameraným na redukovanie podstatnej časti súkromného práva (bez ohľadu na nastavené parametre) do

<sup>63</sup> Eklekticismus alebo eklektizmus (z gr. *eklegein* – vyberať) predstavuje nesúrodé, bezzásadové vyberanie a spájanie rôznorodých prvkov rozličných smerov, teórií, názorov, prác a pod. Je metódou alebo sústavou, ktorá sa snaží zlúčiť do uspokojivej syntézy tézy vybrané z rôznych systémov; miešanie rozličných, často protirečivých názorov, predpokladov, hodnotení. Pozri napr. <https://sk.wikipedia.org/wiki/Eklekticismus>.

<sup>64</sup> VARGA, C. *Codification as a socio-historical phenomenon*. 2nd ed. Budapest: Akadémiai Kiadó, 2010, s. 226. Autor poznamenáva, že v krajinách so socialistickým právom procesy kodifikácie a rekodifikácie existovali popri sebe.

jediného dokumentu, ktorý sa má stať autoritatívnym textom. Na dosiahnutie tohto cieľa je potrebná tak konsolidácia, ako aj novelizácia („restatement“) založená na legislatíve zahrňujúca významné súdne rozhodnutia, akumulovanú múdrosť právnych komentátorov, zaužívané zvyklosti a rôzne, aj protistojace právne inštitúty. Tento proces, samozrejme, nevyklučuje reformu a revíziu práva.<sup>65</sup>

Pozoruhodným v definícii McAuleyho je to, že do procesu rekodifikácie zahŕňa aj konsolidáciu a tiež „restatement“. V takomto zmysle sa do rekodifikácie zaraďujú aj tie legislatívne diela, ktoré sa vo Francúzsku nazývajú *la codification à droit constant*.<sup>66</sup> Na tomto základe autor prináša dve koncepcie rekodifikácie. V prvej, ktorú nazýva kodifikáciou v tradičnom zmysle slova, prispôsobuje potreby požiadavkám pluralistickej a technologickkej spoločnosti. Pre McAuleyho kódex 21. storočia má reflektovať to, čo sa vyžadovalo od Napoleonovho kódexu, t. j. že je určený občanom a že sa dobre číta.<sup>67</sup> Keďže v tomto poňatí ostáva centrom rekodifikácie občiansky zákonník, autor koncepciu nazýva „solárnou rekodifikáciou“.

Vzhľadom na to, že systémy civilného práva sa nesústreďujú len v „občianskych kódexoch“,<sup>68</sup> pri druhom poňatí (re)kodifikácie autor pripúšťa existenciu „satelitných kódexov“ sústredených okolo (sčasti) vyprázdneného kódexu. Podľa autora tieto satelitné kódexy nie sú len kompiláciou špecifických oblastí práva, ktoré sa dostali mimo zákonníka, a tým generovali proces dekodifikácie. Svojou povahou sa približujú myšlienkam konsolidácie tak, ako je prijímaná v systéme *common law*.<sup>69</sup> Aj úlohou tejto, tzv.

<sup>65</sup> McAULEY, M. *Proposal for Theory and a Method of Recodification*. 49 Loy. L. Rev. 2003, v pozn. 8, s. 263.

<sup>66</sup> Typickým reprezentantom je *Code de la consommation* či *Code de Commerce*, ktoré sú svojou povahou skôr kompiláciami revidovaných, už existujúcich právnych predpisov, bez ambície meniť samotnú podstatu práva.

<sup>67</sup> Z tohto dôvodu autor odmieta za vzor nemecký BGB. Vo svojej predstave dostupnosti autor dokonca navrhuje, aby výsledkom (re)kodifikácie boli dva texty – v jednoduchej verzii pre bežného čitateľa a sofistikovanejší text pre právnikov. Kódexy by mali využívať príklady a vizualizáciu.

<sup>68</sup> MORÉTEAU, O., PARISE, A. *Recodification in Louisiana and Latin America*. In: *Journal Articles, Paper* [online]. 2009. s. 1111. Dostupné na internete: <[http://digitalcommons.lsu.edu/faculty\\_scholarship/302](http://digitalcommons.lsu.edu/faculty_scholarship/302)>.

<sup>69</sup> CONSOLIDATED LAWS OR STATUTES: A collection or compilation into one statute or one code or volume of all the laws of the state in general, or of those relating to a particular subject; nearly the same as “compiled laws” or “compiled statutes.” See COMPI-LATION. And see *Ellis v. Parsell*, 100 Mich. 170, 58 N. W. 830; *Graham v. Muskegon*

satelitnej rekodifikácie je uľahčiť adresátom – bežnému čitateľovi aj právnikom prístup k právnym normám.<sup>70</sup>

## Záver

Snahu zdôvodniť potrebu širšieho, sociálno-historického skúmania kodifikácie a kódexov súkromného práva, možno ilustrovať na príklade myšlienky európskeho občianskeho zákonníka. Keď v roku 2002 protagonistu konceptu – von Bar predniesol v Paríži predstavu európskej kodifikácie, šokom pre francúzske auditorium nebol len samotný projekt; skutočné pobúrenie vyvolalo to, že prezentácia bola „*en anglais, et ce dans la Grand'Chambre de la Cour de cassation*“. Pre Francúzov táto prezentácia pripomínala útok dvoch úhlavných nepriateľov – Nemecka, krajiny, z ktorej von Bar pochádza a Anglicka ako krajiny jazyka, ktorým profesor hovoril.

Následná reakcia francúzskeho obecnstva pripomínala odpoveď Američanov po útoku Japoncov na Pearl Harbour v roku 1941 – po šoku nasledovalo prezbrowenie a protiútok. Aj keď podľa autora ide o hyperbolu, do veľkej miery však opisuje spôsob vedenia debaty.<sup>71</sup> Pre francúzsku náuku bol šokom projekt unifikácie súkromného práva až do takej miery, že ho neváhali prirovnáť k politike identity v nacistickom Nemecku, Sovietskom zväze či k politike Červených Kmérov. Pre francúzsku náuku európsky projekt predstavoval druh kultúrnej genocídy.<sup>72</sup>

Po šoku nasledovala reakcia v podobe projektu *Catala* (*Avant-projet Catala*)<sup>73</sup> zameraného na reformu francúzskeho obligačného práva. Hoci

---

Countv Clerk, 116 Mich. 571, 74 N. W. 729. Pozri: <https://thelawdictionary.org/consolidatedlaws-or-statutes/>.

<sup>70</sup> MORÉTEAU, O., PARISE, A. Recodification in Louisiana and Latin America. In: *Journal Articles, Paper* [online]. 2009. s. 1111. Dostupné na internete: <[http://digitalcommons.law.lsu.edu/faculty\\_scholarship/302](http://digitalcommons.law.lsu.edu/faculty_scholarship/302)>.

<sup>71</sup> MICHAELS, R. Code vs. Code: Nationalist and Internationalist Images of the Code Civil in the French resistance to European Codification. *European Review of Contract Law*, 2012, No. 8, s. 20.

<sup>72</sup> LEQUETTE, Y. D'une celebration à l'autre, in 1804 – 2004: Le Code civil – un passé un présent un avenir (2004) 9. Podľa MICHAELS, R. Code vs. Code: Nationalist and Internationalist Images of the Code Civil in the French resistance to European Codification. *European Review of Contract Law*. 2012, No. 8, s. 23.

<sup>73</sup> CATALA. P. (ed.). *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* (La documentation Française, Paris, 2006); English translation by John Cartwright/

na prvý pohľad ide o projekt zmeny domáceho práva, jeho podstata a zameranie bolo omnoho širšie. Dôvodom reakcie bola obava z toho, že by sa európsky občiansky zákonník odlišoval od francúzskeho práva.<sup>74</sup> Zámerom francúzskeho projektu nebolo len chrániť francúzsky kódex, ale tiež znovuzískať vplyv v Európe<sup>75</sup> ... reforma sa mala dostať až na európsky stôl. Problémom väčšieho vplyvu francúzskeho projektu sa však stalo presadzovanie „la cause“ síce zodpovedajúcej francúzskej právnej kultúre, ale v Európe neznámej, vnímanej ako osobitosť francúzskeho právneho systému a v projekte európskeho kódexu vyslovene odmietnutého inštitútu. Projekt Catala nedosiahol úspech. Nasledovali projekty kancelárskeho úradu<sup>76</sup> a projekt akademikov okolo profesora François Terré.<sup>77</sup>

Tretou reakciou na európsky projekt občianskeho zákonníka bol protiútok v podobe francúzskej participácie na europeizácii<sup>78</sup> prostredníctvom asociácie Henri Capitant (*Association Henri Capitant des Amis des Amis de la Culture Juridique Française*) a Société de législation comparée. Výsledkom bola publikácia dvoch titulov „Terminologie contractuelle communée“ a „Principes contractuels communs“ v roku 2008 so zámerom neskôr ovplyvniť európsky projekt.

Vo všeobecnosti bolo zrejmé, že francúzska oponentúra európskeho kódexu bola vystavaná na dvoch základných skupinách argumentov: kultúrnych a politických. Z kultúrneho hľadiska najčastejšie sa spomínala kultúra francúzskeho Code Civil v porovnaní s európskym kódexom. Podľa tohto argumentu európsky kódex treba odmietnuť, pretože nereprezentuje kul-

---

Simon Whittaker, in John Cartwright/Stefan Vogenauer/Simon Whittaker (eds.). *Reforming the French Law of Obligations: Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* ('the Avantprojet Catala') (2009).

<sup>74</sup> Navrhovatelia našli paralelu k situácii v roku 1940, no s odpoveďou, že vtedy Hitlerova invázia narazila na nepripravené Francúzsko; Bar však narazí na väčší odpor. Podľa MICHAELS, R. Code vs. Code: Nationalist and Internationalist Images of the Code Civil in the French resistance to European Codification. *European Review of Contract Law*. 2012, No. 8, s. 6.

<sup>75</sup> Pre tento účel komisia dala ihneď vypracovať preklad do 5 jazykov, z toho dve odlišné verzie v angličtine. Zámerom bolo osloviť čo najširšie publikum.

<sup>76</sup> LARROUMET, Ch. De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat, D. 2008, 2441.

<sup>77</sup> TERRÉ, F. (ed.). *Pour une réforme du droit des contrats* (2008).

<sup>78</sup> Vyjadrené vojenskou terminológiou, vojne medzi Francúzskom a Pruskom v rokoch 1870 – 1871 bolo možné zabrániť, ak by Prusko prijal Code Civil.

túru. Francúzsky kódex je „ovocím tradícií“,<sup>79</sup> zatiaľ čo európsky predstavuje opustenie tradícií.<sup>80</sup>

Kultúrnym argumentom proti europeizácii bol aj jazyk kodifikácie ... Civil Code je svojou podstatou zviazaný s francúzskym jazykom a vyzdvihovaný je jeho štýl a zrozumiteľnosť. Európskemu právu chýba takýto jazyk, je právnym babylónom, „Volapük“<sup>81</sup> *juridique*“ právnickým esperantom.

Ďalšia časť argumentov sa týkala ducha zákona, jeho hodnôt. Dôraz na kultúrne hodnoty sa týkal hlavne navrhovanej úpravy zmluvného práva, ktoré predstavuje určitú kultúru, a tak je nevyhnutne viazané k národnému štátu. Z pohľadu Francúzov európsky kódex nemá dušu, reprezentuje studenú ekonomickú realitu, podobne ako *common law*, ktoré uprednostňuje efektívnosť pred hodnotami.<sup>82</sup>

Politické argumenty sa týkali predstavy, že francúzsky kódex je bez akýchkoľvek pochybností politickým symbolom a európsky kódex by mal prevziať tú istú úlohu. Code Civil je prejavom suverenity vybojovanej revolúciami a oslobodením od feudalizmu, Code Civil má skoro ústavný charakter, je to „*constitution civile*“.<sup>83</sup> Podľa francúzskeho postoja Európska únia mimo priestoru hospodárskeho práva stráca svoju legitimitu. Navyše predstava európskeho zákonníka ako civilnej ústavy Európy nemá vo Francúzsku veľkú podporu.

Aké ponaučenie možno z toho prijať? Podľa autora štúdie ide o generálny problém stretu každého moderného práva, osobitne pokiaľ ide o tradičnú formu kodifikácie a nacionalizmu, o tenzie medzi národným a uni-

---

<sup>79</sup> Podľa Portalisa a Carbonniera je Civil Code stavaný na hlbokom porozumení zvykov a tradícií zachytením „ducha storočí“ v tom zmysle, že vyžaduje zachovať všetko, čo nie je nevyhnutné zničiť.

<sup>80</sup> Európsky kódex nie je len „*étranger à la culture française*“, ale je tiež utópiou „*sans racines historiques ni culturelles*“. Pozri odkazy na MICHAELS, R. Code vs. Code: Nationalist and Internationalist Images of the Code Civil in the French resistance to European Codification. *European Review of Contract Law*. 2012, No. 8, s. 10.

<sup>81</sup> Volapük [vola'pyk] je umelý jazyk, ktorý vytvoril v rokoch 1879 – 1880 Johann Martin Schleyer, rímskokatolícky kňaz v Nemecku.

<sup>82</sup> MICHAELS, R. Code vs. Code: Nationalist and Internationalist Images of the Code Civil in the French Resistance to European Codification. *European Review of Contract Law*. 2012, No. 8, s. 12 – 13.

<sup>83</sup> CARBONNIER, J. Le Code Civil, in II Les lieux de mémoire – La Nation 293 (P. Nora ed.); cf. Yves Gaudement, Le Code Civil, „*Constitution Civile de la France*“, in 1804 – 2004.

verzálnym, medzi vnútorným pokojom a externým narušením, medzi inklúziou a exklúziou, racionalizmom a antiracionalizmom.<sup>84</sup> Tieto strety sa dajú riešiť, ak sa týkajú jedného systému, problémom je stret dvoch komparatívnych konfrontujúcich sa projektov.

Vážnym problémom je vnímanie kódexu nie z pozície racionality, ale viery. Podľa Georgea Fletchera je francúzsky Civil Code jedným z troch „skoro posvätných kníh“ práva západnej Európy.<sup>85</sup> Zápas o kodifikáciu európskeho občianskeho zákonníka tak pripomína náboženské vojny, keď rozdielne sekty v rámci toho istého náboženstva (civilné právo) bojujú proti sebe, požadujúc zároveň slobodu svojho vyznania (ponímanej ako nacionalizmus) a uznanie svojho náboženstva ako oficiálneho (chápaného ako internacionalizmus). Podľa autora bolo by chybné podceňovať potenciál takýchto náboženských sporov, s ktorými sú v Európe bohaté skúsenosti.<sup>86</sup> Aj tento poznatok nám opäť pripomína, že v kultúre (západnej) Európy je kódex vnímaný ako konečný produkt nasmerovania legislatívneho mysticismu, ktorý právo premenil na mýtus a kult. Z historického pohľadu však kódex treba chápať nie ako posledný článok dlhej reťaze udalostí, ktoré predchádzali jeho prijatiu, ale ako začiatok niečoho nového.<sup>87</sup>

---

<sup>84</sup> MICHAELS, R. Code vs. Code: Nationalist and Internationalist Images of the Code Civil in the French Resistance to European Codification. *European Review of Contract Law*, 2012, No. 8, s. 18 – 19.

<sup>85</sup> FLETCHER, G. Three Nearly Sacred Books in Western Law, 54 *Ark. L. Rev.* 1, 2001 – 2002.

<sup>86</sup> Tamže, s. 20.

<sup>87</sup> GROSSI, P. *A history of European law*: Chichester, West Sussex, U.K.; Malden, Mass.: Wiley-Blackwell, 2010, s. 85, 86. ISBN 1444319256.

# LEGES SINGULARES: ATYPICKÉ ZÁKONY Z POHLADU SÚČASNÉHO PRÁVNEHO REALIZMU<sup>1</sup>

Prof. JUDr. PhDr. Tomáš Gábriš, PhD., LL.M., MA

Právnická fakulta, Trnavská univerzita v Trnave

## Úvod

Základná poučka súčasnej teórie práva učí, že právne predpisy a z nich vyplývajúce právne normy ako stavebné prvky právneho poriadku by mali byť formulované všeobecne – pre neurčitý počet prípadov určitého (rovnakého) druhu. Uvedené tvrdenie sa zdôrazňuje i napriek tomu, že z hľadiska pôsobnosti predsa pri normách rozlišujeme určité obmedzenia a ich „špecializáciu“ – časovú, územnú, vecnú a osobnú pôsobnosť. Tie obmedzujú „všeobecnosť“ pôsobnosti noriem a do istej miery ich „konkretizujú“, hoci stále tieto normy majú byť aplikovateľné „pre neurčitý počet prípadov určitého druhu“. Časová pôsobnosť (temporalita) tak konkrétne vymedzuje časový úsek, v ktorom právna norma v spoločnosti regulačne pôsobí. Z tohto hľadiska je napríklad zásadne výnimočnou jednorazová, termínovaná alebo časovo spätne (retroaktívne) pôsobiaca právna norma. Z územného hľadiska zasa rozlišujeme právne normy, ktorých pôsobnosť sa vzťahuje na celé územie štátu (*ius universale*) a právne normy s lokálnou pôsobnosťou (*ius particulare*). Podobne podľa vecnej pôsobnosti rozlišujeme právne normy so všeobecnou pôsobnosťou (*leges generales*) a právne normy so špeciálnou pôsobnosťou (*leges speciales*) – na vymedzené okruhy otázok a vzťahov. Považuje sa však pritom za zásadne nežiaduce, aby právne predpisy upravovali jednu konkrétnu (jednorazovú) záležitosť; podobne je však tiež nevhodné, aby právny predpis upravoval vecne vymedzené záujmy súkromnej osoby, ale tiež neverejný záujem štátu zasahujúci do práv iných

---

<sup>1</sup> Príspevok je výstupom projektu APVV-18-0443 Prieniky pracovného práva do iných odvetví súkromného práva (a vice versa) a projektu VEGA 1/0638/18 Hospodárske právne dejiny: hospodárstvo a podnikanie v právnych dejinách.



subjektov. Napokon, ako poslednú „špecializáciu“ právnych noriem poznáme osobnú pôsobnosť (personalita) noriem – tá vymedzuje okruh osôb, pre ktoré právna norma platí. Platnosť právnej normy sa tak môže vzťahovať buď na všetky subjekty (všeobecná norma), alebo len na určitú množinu subjektov – na štátnych občanov, na cudzincov, či na užšie vymedzenú skupinu subjektov, napríklad podľa profesie, aktuálnej činnosti, statusu a podobne (špeciálna norma). Ani tu však nepovažujeme za vhodné, aby sa zákon vzťahoval iba na jednu konkrétnu osobu. Ak teda norma stanovuje určité pravidlo správania sa napríklad vo vzťahu k prezidentovi, myslí sa tým všeobecne úrad prezidenta, nie konkrétna osoba, ktorá tento úrad (pozíciu) aktuálne zastáva.

Sumárne ako anomáliu, resp. výnimku z pravidla všeobecnosti a normatívnosti právnych predpisov vnímame tie situácie, ak je predpis (nielen zákon) z časového hľadiska jednorazový, z vecného a územného hľadiska týkajúci sa určitej konkrétnej záležitosti na určitom konkrétnom mieste (napríklad vyvlastnenie/znárodnenie konkrétnej nehnuteľnosti) a z osobného hľadiska týkajúci sa jednej konkrétnej fyzickej alebo právnickej osoby (či už v jej prospech, alebo naopak neprospech). Realisticky vzaté, existencia takýchto predpisov a noriem však ani v našom právnom poriadku v skutočnosti nie je výnimočnou – skôr je iba odmietanou, opomínanou a aj preto teoreticky nerozpracovanou a vnútorne nerozčlenenou na jednotlivé možné prípady a druhy.

Vzhľadom na snahu o postihnutie skutočnej reality práva sa o určité rozčlenenie „atypických zákonov“ v súčasnej kontinentálnej právnej teórii snaží taliansky (janovský) prúd právneho myslenia známy ako právny realizmus, ktorého čelným predstaviteľom je Riccardo Guastini. Na jeho kategorizácie „atypických predpisov“ v tomto príspevku v záujme rozvíjania slovenskej teórie atypických predpisov nadviažeme, a to aj v komparácii s právnym poriadkom a právnou teóriou štátov *common law*, ktoré určité druhy „atypických“ právnych predpisov už tradične rozlišujú, ba dokonca aj osobitne upravujú ich prijímanie a tiež ich publikujú samostatne v osobitných zbierkach. Právny systém *common law* totiž výslovne pozná inštitút tzv. „*private acts*“ – súkromných zákonov, ktorými sa rozumejú zákony: (1) z hľadiska ich pôsobnosti prijaté iba v prospech konkrétne vymedzenej osoby, odlišnej od verejnosti či štátu a často vnímanej ako akýsi „sponzor“ zákona, ktorý aj sám návrh zákona pripraví a predloží alebo (2) prijaté iba

na účely regulácie jednorazovej situácie. V našich kontinentálnych podmienkach by sme však k atypickým zákonom mohli podľa Guastiniho navyše priradiť ešte aj iné druhy tzv. „nenormatívnych“ právnych predpisov, akými sú napríklad zákony o štátnom rozpočte na konkrétny rok. V slovenských podmienkach sú však nenormatívnymi zákonmi aj napríklad tzv. spomienkové zákony, t. j. zákony vyzdvihujúce alebo naopak kriticky hodnotiace dejiny, najmä udalosti a osobnosti 20. storočia. Celistvejšia taxonómia druhov atypických zákonov v špecificky slovenských podmienkach tak bude jedným z cieľov nášho príspevku.

V druhej rovine bude naším cieľom poukázať na skutočnosť, že súčasná post-positivistická doba je v podmienkach kontinentálnej Európy 21. storočia vo väčšej miere než to bolo v 20. storočí charakterizovaná oslabovaním normativistického (formálneho iuspozitivistického) poňatia práva, čo sa prejavuje jednak akýmsi návratom k významu súdnej moci, ale tiež na úrovni samotnej zákonodarnej moci a legislatívy sa prejavuje rozširovaním praxe prijímania takých predpisov, ktoré v padajúcej legislatívnej lavíne nespĺňajú všeobecné predpoklady právnych predpisov postulované teóriou (tvorby) práva – takými sú totiž práve tzv. atypické zákony. Okrem rozlíšenia druhov takýchto predpisov (zákonov) sa tak pokúsime aj o objasnenie dôvodu ich súčasného pribúdania, a to nielen v slovenských právnych podmienkach.

## 1. Súkromné zákony v systéme *common law*

Ako už bolo uvedené, právny systém *common law* pozná nielen kategóriu tzv. verejných zákonov, ale tiež osobitnú kategóriu tzv. „*private acts*“ – súkromných zákonov, ktorými sa rozumejú zákony:

(1) z hľadiska ich pôsobnosti prijaté v prospech (či historicky aj v neprospech ako v prípade už nepoužívaných tzv. *bills of attainder*) iba konkrétne vymedzenej osoby odlišnej od verejnosti či štátu a často vnímanej ako akýsi „sponzor“ zákona, ktorý aj sám návrh zákona pripraví a predloží alebo

(2) prijaté iba na účely regulácie jednorazovej situácie.

Aby nám bolo jasnejšie pôvodné rozlíšenie verejných a súkromných zákonov v systéme *common law*, zacitujme tu autora z 19. storočia, kto-

rý vysvetľuje, že súkromnými zákonmi sa na britských ostrovoch tradične chápali „*zákony týkajúce sa záujmov jednotlivcov alebo určitých miestnych pospolitostí, a nie celej verejnosti*“.<sup>2</sup> Na druhej strane, aj zákony týkajúce sa iba určitej časti územia však mohli byť stále považované za zákony všeobecného záujmu a celej verejnosti – také sa potom považovali za „verejné“, nie súkromné. Rozlišovacím kritériom teda bolo skôr kritérium vecnej pôsobnosti, prípadne osobnej pôsobnosti, v menšej miere aj kritérium územnej pôsobnosti (časová pôsobnosť sa v tejto súvislosti nezdôrazňuje). K rozlíšeniu a jednoduchému odlíšeniu takýchto zákonov pritom pôvodne až do konca 18. storočia prispieval aj fakt, že súkromné zákony nielenže neboli prijímané tým istým spôsobom ako verejné zákony, ale tiež sa publikovali iba súkromne. Na konci 19. storočia však už všeobecne platilo, že aj súkromné zákony sa vo väčšine prípadov publikovali „verejne“, hoci v osobitnej zbierke popri ďalších dvoch samostatných zbierkach – pre verejné zákony a pre miestne zákony.

Tradičným príkladom tzv. súkromných zákonov v britskom právnom systéme boli v minulosti napríklad jednorazové právne úpravy budovania konkrétnych riečnych kanálov, železníc, vodných priehrad, prístavov a podobne, ktoré v naznačenom dvojdelení súkromných zákonov na kategóriu (1) a (2) spadajú do kategórie (2) z dôvodu svojej jednorazovosti.<sup>3</sup> Iba menšinu predstavovali súkromné zákony prijímané len pre súkromný záujem konkrétneho sponzora zákona – ako zákony uvedenej kategórie (1).

Aj s ohľadom na inú tradíciu v podmienkach Britských ostrovov v pomere zákonnej (legislatívnej) a obyčajovej právnej úpravy – s prevahou obyčajového, resp. precedenčného práva – nás pritom nemôže udivovať štatistika, podľa ktorej bolo v rokoch 1800 – 1884 celkovo prijatých až 18 497 „súkromných zákonov“, čo je asi dvojnásobok „verejných zákonov“, ktorých bolo v rovnakom období prijatých „iba“ 9 556.<sup>4</sup>

Súkromné zákony pritom v právnom systéme *common law* existujú aj v 21. storočí – a to nielen na Britských ostrovoch. Kanadská autorka Ruth Sullivan tak uvádza, že súkromné zákony sa ešte stále môžu prijímať aj v Kanade, a to buď z iniciatívy vlády, alebo aj na podnet súkromných iniciátorov, na účely regulácie ich súkromných obchodných alebo iných

<sup>2</sup> CLIFFORD, F. A *History of private Bill Legislation in two volumes*. Vol. I. Reprint. London: Routledge, 1968 (prvé vydanie 1885), s. 267.

<sup>3</sup> Tamže, s. vi.

<sup>4</sup> Tamže, s. vii.

záujmov. Takýchto prípadov síce podľa autorky nie je toľko, koľko ich bývalo v minulosti, stále však predstavujú pomerne početnú súčasť kanadského právneho systému.<sup>5</sup> Dokazuje to aj osobitný verejne dostupný prehľad – zoznam všetkých súkromných zákonov platných v Kanade, zverejnený online.<sup>6</sup>

Novozélandský autor Sir Ivor Richardson zasa poskytuje prehľad dejín a súčasnosti konceptu súkromných zákonov v podmienkach Nového Zélandu. Citujúc Davida McGeeho, zákony možno podľa Richardsons rozdeliť všeobecne do štyroch kategórií: (1) vládne zákony (návrhy zákonov), ktoré sa zvyčajne týkajú verejného záujmu a predkladá ich minister, (2) poslance zákony (návrhy zákonov), ktoré sa tiež týkajú verejného záujmu, ale predkladá ich konkrétny poslanec (poslanci), (3) miestne (lokálne) zákony (návrhy zákonov), ktoré iniciuje miestna autorita, na ktorej oblasť pôsobnosti (či územie) sa majú takéto zákony vzťahovať a napokon (4) súkromné zákony (návrhy zákonov), ktoré iniciuje súkromná osoba alebo združenie osôb či skupina osôb v záujme sledovania vlastných cieľov.<sup>7</sup>

Iné členenie podľa Burrowsa a Cartera podobne hovorí o troch druhoch zákonov (návrhov zákonov) – verejných, lokálnych a súkromných.<sup>8</sup>

Súkromné zákony pritom musia byť ako také označené samotným predkladateľom zákona a priebeh ich schvaľovania upravujú osobitné ustanovenia v predpisoch novozélandského legislatívneho procesu. Osobitosťou týchto zákonov je pritom tiež to, že sa vypracúvajú v spolupráci s kanceláriou parlamentu, čo umožňuje vopred odstrániť prípadné legislatívne nedostatky, a tým zvýšiť šance takéhoto zákona na prijatie. Dokonca tieto šance sú štatisticky vyššie ako šance návrhov „verejných“ zákonov predkladaných poslancami – za posledných 60 rokov sledovaných Richardsonom iba sedem z návrhov súkromných zákonov nebolo prijatých.<sup>9</sup>

Podľa Richardsons na Novom Zélande boli takto v roku 1856 prijaté tri súkromné zákony, v roku 1858 päť, v roku 1860 sedem a v roku 1861 štyri

---

<sup>5</sup> SULLIVAN, R. *Statutory interpretation*. Toronto: Irwin Law, 2007, s. 8.

<sup>6</sup> Table of Private Acts (1867 to December 31, 2017). Dostupné na internete: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/TablePrivateActs/index.html> [cit. 2019-08-31].

<sup>7</sup> MCGEE, D. *Parliamentary Practice in New Zealand*. 3rd ed. Wellington: Dunmore Publishing, 2005, s. 307 – 309.

<sup>8</sup> BURROWS, J. F., CARTER, R. I. *Statute Law in New Zealand*. 4th ed. Wellington: LexisNexis, 2009, s. 9.

<sup>9</sup> Pozri RICHARDSON, I. Private Acts of Parliament. In: *Victoria University of Wellington Legal Research Paper Series*. 2010, 41, s. 694.

súkromné zákony. Týkali sa priznania penzie konkrétnym štátnym úradníkom, udelenia patentovej ochrany konkrétnym vynálezom a spoločnostiam využívajúcim tieto vynálezy (čím sa predbehlo prijatie všeobecnej úpravy patentov v patentovom zákone z roku 1860), ale tiež sa nimi priznávala naturalizácia (občianstvo) konkrétnym osobám a prijímali sa osobitné úpravy pre miestne inštitúcie, spoločnosti, charity, združenia a korporácie. Po roku 1861 sa takéto zákony až do roku 1879 publikovali veľmi nesystematicky – niekedy v „zbierke verejných zákonov“, inokedy v tzv. „zbierke lokálnych a osobných zákonov“. Potom do roku 1908 sa súkromné zákony publikovali iba v osobitnej „zbierke osobných zákonov“, ale v rokoch 1908 – 1912 opäť v spoločnej „zbierke lokálnych a osobných zákonov“.<sup>10</sup> Celkovo za roky 1856 – 2010 v 20-ročných cykloch Richardson identifikoval prijímanie pravidelne okolo 50 – 70 takýchto zákonov. V poslednej ním skúmanej dekáde v rokoch 2000 – 2010 ich bolo vyše 20. Spolu za celé skúmané obdobie identifikoval 445 súkromných zákonov.<sup>11</sup> Podľa ich obsahu pritom Richardson zosumarizoval, že ich účelom tradične bolo pomôcť odstrániť či napraviť nespravodlivosť aktuálneho právneho statusu jednotlivcov – fyzických osôb, ktorí sa ocitli v nešťastných životných situáciách; za posledných 50 rokov však už boli väčšinou prijímané v prospech právnických osôb.

## 2. Súkromné zákony a iné atypické zákony na Slovensku

Naše súčasné zaužívané predstavy o tvorbe, realizácii aj aplikácii práva, ako aj o delbe moci, sú dobovo podmienené a ako také nie sú automaticky správne, nespochybniteľné a nemenné. Už len krátky pohľad do právnych dejín na území Slovenska nám totiž môže poukázať na skutočnosť, že premoderné chápanie práva prítomné na našom území do 19. storočia aj v našich podmienkach výslovne pripúšťalo určité „súkromné zákony“.

V uhorských právnych dejinách tak nachádzame množstvo príkladov zákonov zo 17. a 18. storočia, keď zákony (dobovou terminológiou zákonné články) upravovali status a otázky týkajúce sa iba konkrétnych osôb či

---

<sup>10</sup> Tamže, s. 656.

<sup>11</sup> Tamže.

konkrétnych panstiev. Príkladom možno uviesť nasledujúce, ešte na začiatku 20. storočia v Uhorsku platné a účinné zákony:

- zák. čl. 74/1715 – *Ratione controversiae dimidietatem arcis et dominii Bozók tangentis* (týkajúci sa sporu o polovicu pevnosti a panstva Bozók),
- zák. čl. 12/1647 – *Ne dominus episcopus Jaurinensis in jura et jurisdictionem capituli sese intromittat* (aby rábsky biskup nezasahoval do práv kapituly),
- osobitnými zákonmi však boli tiež udeľované „občianstva“, resp. domovské práva, indigenáty cudzím šľachticom, ktorí sa chceli v Uhorsku usídlieť a požívať uhorské šľachtictvo.

Nešlo však „iba“ o nejakú neželanú prax. I dobová uhorská právna teória výslovne operovala s pojmom súkromných zákonov – rozumela však pod nimi najmä panovníkom vydávané privilégia. Ján Kitonič, autor známeho procesnoprávneho diela *Directio methodica* z roku 1619, tak v tomto diele otvorene konštatuje, že jeden z typických prameňov feudálneho práva v Uhorsku – privilégia – boli dobovo vnímané ako súkromné zákony. Privilégiom totiž panovník priznával konkrétnej osobe (fyzickej alebo právnickej osobe, rodu, mestu a pod.) osobitné práva alebo jej udeľoval donáciu (majetok). Odvolávajúc sa aj na Werbőczyho Kitonič tvrdí, že obyčaj v Uhorsku „vznikla z troch základov: z verejných dekrétov alebo nariadení Kráľovstva, t. j. zo všeobecných zákonov; z panovníckych privilégií, t. j. zo všetkých súkromných zákonov; a nakoniec z rozsudkov riadnych sudcov opakovaných viackrát rovnakým spôsobom, teda už používaných ako zákony“.<sup>12</sup>

V roku 1848 síce privilégia stratili do budúcnosti povahu noriem všeobecne záväzného objektívneho práva (teda formy práva), ale nároky (subjektívne práva) z nich vyplývajúce platili naďalej, ak neboli zrušené zákonom. Platil teda princíp zachovania nadobudnutých práv. S touto „súkromnou“ formou práva má pritom skúsenosť aj národné (národovecké) hnutie Slovákov, ktoré v roku 1861 predložilo v rámci Viedenského memoranda cisárovi Františkovi Jozefovi I. „Návrh privilegálnej listiny, ktorou sa zriadiuje hornouhorské slovenské okolie“ – panovníkom vydané privilégia.

---

<sup>12</sup> Metodická uputa na sudbeni postupak po običajnom pravu slavnog ugarskog kraljevstva. Prel. Neven Jovanović. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2004, 9, otázka prvej hlavy.

gium ako „súkromný“, resp. skôr „lokálny“ predpis tak malo potenciálne predstavovať akýsi ústavný základ autonómie Slovákov v Uhorsku. Zjavne teda v období nefunkčnosti uhorského snemu jedinou právnou možnosťou získať autonómiu bola forma akéhosi verejnoprávneho privilégia od neoabsolutistického panovníka, bez ohľadu na to, že od roku 1848 sa súkromnoprávne privilégia neudelovali.

Netreba sa však vracieť až takto ďaleko späť do uhorských dejín. Situáciu obdobnú anglo-americkým „súkromným zákonom“ totiž zrejme predstavujú aj niektoré súčasné zákony Slovenskej republiky, keď sa u nás aj dnes prijímajú zákony, pri ktorých vlastnosti elektronického dokumentu s textom návrhu zákona vykazujú prípravu konkrétnymi finančnými skupinami.<sup>13</sup> Slovenská republika a jej teória práva ani legislatívne pravidlá však nepoznajú na rozdiel od štátov *common law* výslovne kategóriu súkromných zákonov s osobitným procesom ich predkladania a prijímania. Preto označenie akéhokoľvek predpisu za „súkromný“ zákon je v slovenských podmienkach vskutku iba neoficiálne a akademické, pričom takto pripravované zákony aj z dôvodu absencie osobitnej právnej úpravy možno iba veľmi ťažko odlišiť od prípadov zákonov prijímaných na základe „lobingu“.<sup>14</sup>

Na Slovensku však dnes máme i také zákony, ktoré majú otvorene sanovať konkrétny príklad zlyhania štátu pri ochrane jeho neverejných záujmov (*lex Tipos*<sup>15</sup>) alebo sanovať hroziaci bankrot súkromnej korporácie (*lex Váhostav*<sup>16</sup>) – kde bolo každému zrejme a aj otvorene deklarované, že tieto zákony sledujú jednorazový a nie striktné verejný záujem.

Sporným ďalej môže byť i to, či a do akej miery medzi „súkromné zákony“ radíť nie tak dávne a pritom ešte stále „živé“ dekréty prezidenta Beneša či súvisiace nariadenia Slovenskej národnej rady z rokov 1944 a 1945 – tie totiž zjavne sledovali konkrétne ciele jednorazovej konfiškácie majetku Nemcov, Maďarov, zradcov a kolaborantov – pričom naplnením tohto cie-

<sup>13</sup> Ide o podozrenia na autorstvo zdravotníckych predpisov autormi zo skupiny Penta a vládnych materiálov k plynárenstvu autormi z dielne J&T.

<sup>14</sup> PAVOL, S., SKALOŠ, M. *Korupcia a lobing: vo svetle právnej úpravy na Slovensku*. Bratislava: Wolters Kluwer SR, 2019.

<sup>15</sup> VOZÁR, J. Kauza Tipos – návod na oškľbanie štátu a ochudobnenie nás všetkých. In: *Denník N*. 12. 12. 2019. Dostupné na internete: <https://dennikn.sk/1684188/kauzatiposnavod-na-oskľbanie-statu-a-ochudobnenie-nas-vsetkych/?ref=in> [cit. 2019-12-12].

<sup>16</sup> Pozri napr. MANDELÍK, J., BUTVIN, P. *Lex Váhostav – stručná právna analýza*. In: *Hospodárske noviny*. 5. 5. 2015.

la došlo k ich „konzumácii“, čo je aj dnešný argument Českej aj Slovenskej republiky, prečo tieto úpravy nie je potrebné rušiť. Tu pritom vzhľadom na jednorazovosť tejto úpravy možno hovoriť zrejme skôr o *ad hoc* legislatíve, jednorazových zákonoch či *leges singulares* než o „súkromných zákonoch“ v pravom zmysle slova. Akýkoľvek súkromný záujem tu absentoval. Do rovnakej kategórie, ale pritom navyše ako príklad zákona postihujúceho konkrétne určené osoby, patrí tiež tzv. *lex Schwarzenberg*<sup>17</sup> – zákon č. 143/1947 Sb., o *prevedení vlastníctví majetku hlubocké větve Schwarzenbergů na zemi Českou*.

Naopak, ďalšiu kategóriu atypických zákonov predstavujú v podmienkach súčasnej Slovenskej republiky známe „spomienkové zákony“ vyzdvihujúce historické zásluhy konkrétnych osobností našich dejín (Masaryk, Štefánik, Hlinka a pod.), či odsudzujúce minulý režim (zákon č. 125/1996 Z. z. o nemorálnosti a protiprávnosti komunistického systému<sup>18</sup>). Je totiž zrejme, že tieto zákony nie sú ani súkromné, ani jednorazové, ale tiež platí, že majú zjavne „nenormatívny“ obsah – posudzujú a hodnotia minulosť, a to najmä minulé historické osobnosti a režimy.

Napokon do kategórie jednorazových či súkromných zákonov, ale dokonca zrejme ani len do kategórie atypických zákonov nemožno zaradiť také zákony, ktoré síce reagujú na konkrétnu udalosť (*lex DAC*<sup>19</sup>), ale formulované sú všeobecne – jednorazová udalosť ako dôvod na prijatie právnej úpravy totiž nie je žiadnym výnimočným javom v normotvorbe štátov a nerobí zo žiadneho zákona zákon atypický.

---

<sup>17</sup> Pozri BLAŽKOVÁ, T., BLAŽEK, L. *Lex Schwarzenberg – historicko-právny pohľad*. In: *Paměť a dějiny*. 2017, 01, s. 15 a nasl. Dostupné na internete: [https://www.ustrcr.cz/wp-content/uploads/2017/08/PD\\_1\\_17\\_s15-26.pdf](https://www.ustrcr.cz/wp-content/uploads/2017/08/PD_1_17_s15-26.pdf) [cit. 2019-08-31].

<sup>18</sup> Obdobný český zákon o protiprávnosti komunistického režimu a o odporu proti nemu č. 198/1993 Sb. v § 2 ods. 1 použil silnejšie výrazové prostriedky ako neskorší slovenský zákon v spomenutom § 1 ods. 1. Kým slovenský zákon hovoril o odsúdeniahodnom režime, český zákon ustanovil: „*Zejména pro skutečnosti uvedené v § 1 odst. 1 tohoto zákona byl režim založený na komunistické ideologii, který rozhodoval o řízení státu a osudech občanů v Československu od 25. února 1948 do 17. listopadu 1989, zločinný, nelegitimní a je zavrženíhodný.*“ Zákon má však podľa nálezů Ústavného súdu Českej republiky (19/1993) iba morálne politickú a nie juristickú povahu. Nevylučuje preto iný vedecký názor na obdobie komunistickej vlády.

<sup>19</sup> Pozri napr. JASENKA, J. *Zákaz maďarskej štátnej hymny na území Slovenska nebudeme dodržiavať, vyhlásil majiteľ DAC Oszkár Világi*. Dostupné na internete: <https://sport.aktuality.sk/c/391800/zakaz-madarskej-statnej-hymny-na-uzemi-slovenska-nebudeme-dodrziavat-vyhlasil-majitel-dac-oszkar-vilagi/> [cit. 2019-08-31].



Záverom, zdá sa teda, že aj slovenský (a československý či predtým uhorský) právny poriadok má bohaté skúsenosti s tzv. atypickými zákonmi – či už z hľadiska toho, že sa dotýkajú iba jednorazovej udalosti alebo (záujmu) konkrétnej fyzickej či právnickej osoby (vrátane neverejného záujmu štátu), alebo napokon tiež z hľadiska toho, že ich obsah je nenormatívny. Napriek tomu ich však naša právna teória doteraz v zásade opomínala.

### 3. Atypické zákony z pohľadu súčasného právneho realizmu

Rozčlenením a vzájomným vzťahom medzi množinou *leges singulares*, súkromnými zákonmi a jednorazovými (*ad hoc*) zákonmi sa zaoberal v recentnej spisbe osobitne Filip Tubler, na ktorého príspevok tu odkazujeme.<sup>20</sup> Širšie, v spojení s nenormatívnymi predpismi však o kategórii tzv. atypických zákonov (právnych predpisov) hovorí primárne súčasný popredný taliansky právny realista Riccardo Guastini.<sup>21</sup>

Práve právni realisti, ktorých predstaviteľom je R. Guastini, v súčasnosti najhlasnejšie poukazujú na to, že naše zažité predstavy a poučky právnej teórie (*received view*) nemusia vždy platiť, treba to vziať na vedomie a počítať s tým. To pritom platí nielen pre realizáciu a aplikáciu, ale aj pre tvorbu práva a pre vzťahy medzi zákonodarnou mocou a inými mocami vrátane spochybňovania delby moci a praktického fungovania odčlenenia zákonodarnej a súdnej moci.

Guastini tak konkrétne poukazuje iba na zažitý, ale fakticky v praxi popieraný a obchádzaný materiálny a formálny rozdiel medzi rozsudkami a zákonmi. Materiálny rozdiel medzi zákonmi a rozsudkami Guastini špecifikuje tradične prijímanými znakmi:

- zákony majú normatívny obsah, t. j. zákon je všeobecný a abstraktný, kým rozsudok je individuálny a konkrétny,
- zákon je výsledok vôle (prejav voluntarizmu), kým rozsudok je výsledkom poznania a potvrdenia skutočnosti (skutkového stavu, ale aj zákona),

---

<sup>20</sup> TUBLER, F. Majetkový postih bývalého následníka trónu Františka Ferdinanda D'Este a jeho potomkov. In: *Leges singulares*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2020 (v tlači).

<sup>21</sup> GUASTINI, R. *Il Giudice e la Legge*. Torino: Giappichelli, 1995, s. 11 a nasl.

- zákon má voľne určené ciele, kým rozsudok má konkrétny cieľ – správne aplikovať zákon,
- zákonodarstvo je činnosť primárna, kým súdnictvo je činnosť sekundárna, podriadená, akcesorická.<sup>22</sup>

Formálne rozdiely medzi zákonodarstvom a súdnictvom Guastini zasa vysvetľuje na základe viacerých formálnych odlišovacích kritérií:

- na základe druhu orgánu: parlament je reprezentatívny orgán, kým súd je naopak byrokratickým orgánom,
- na základe postupu tvorby zákona a rozsudku: pre legislatívu a zákonodarnú činnosť je typická deliberácia, kým pre súdne konanie je najtypickejším znakom „spor o právo“,
- na základe štruktúry dokumentu: zákon má výlučne normatívny obsah, kým rozsudok má ako svoju neoddeliteľnú súčasť aj tzv. motivačnú časť, t. j. odôvodnenie,
- na základe právneho režimu, resp. rozsahu pôsobnosti: zákon pôsobí *erga omnes*, kým rozsudok pôsobí *inter partes*.<sup>23</sup>

Uvedené rozlíšenie zákonov (právnych predpisov) a rozsudkov však následne Guastini spochybňuje aktuálnou právnou praxou. Poukazuje totiž na to, že v praxi:

- existujú aj zákony so singulárnym, konkrétnym obsahom,
- tak ako je úlohou a cieľom súdnictva aplikácia zákonov, tak je cieľom a úlohou zákonodarstva aplikácia ústavy,
- interpretácia práva súdmi nie je podobne ako tvorba zákonov čisto kognitivistická činnosť, ale rolu v súdnej interpretácii a v súdnom rozhodovaní hrajú aj hodnoty a princípy – takže aj v činnosti súdov sa vyskytuje prvok vôle a voluntarizmu,
- súdy tiež vyplňajú medzery v zákonoch, čím akoby tvoria právo „*erga omnes*“.<sup>24</sup>

Podľa právnych realistov tak žijeme v dobe, ktorá je príznačná nielen spochybňovaním tradičných poučiek teórie práva o tvorbe práva a o právnych predpisoch a právnych normách, ale je charakterizovaná i krízou delby moci (krízou vzťahu medzi zákonodarnou mocou a súdnou mocou) a stratou autority zákonodarnej moci a jej produktu – legislatívy.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> Tamže, s. 11 – 12.

<sup>23</sup> Tamže, s. 24 – 25.

<sup>24</sup> Tamže, s. 15, 16, 19, 24.

<sup>25</sup> BARBERIS, M. For a truly realistic theory of law. In: *Revus*. 2016, 29, s. 7 – 14.

Podľa B. Tamanahu pritom už právny filozof Morris Cohen (otec právneho realistu Felixa Cohena) tvrdil, že sudcovia konštantne menia právo (obyčajové právo, zákony i ústavu) svojou kreatívnou interpretáciou, ktorá sa rovná sudcovskej tvorbe práva (sudcovskej legislatíve).<sup>26</sup> Ale realisti dnes už aj v opačnom poradí hovoria, že nielen sudca koná ako zákonodarca, ale aj zákonodarca postupuje podobne ako sudca a tvorí svojím spôsobom „legislatívne rozsudky“. Zákonodarca totiž tiež akoby rozhoduje aktuálne spory, kauzy, ale pritom na rozdiel od súdu bez viazanosti akoukoľvek argumentačnou a interpretačnou teóriou, pracujúc s odôvodneniami kontrolovateľnými len poslancami v parlamente, prípadne prezidentským vetom, a v konečnej inštancii ústavným súdom. Podľa právnych realistov preto na jednej strane v súčasnosti sudcovia konajú ako zákonodarcovia, ale tiež naopak, zákonodarcovia konajú ako sudcovia, keď „rozhodujú“ v jednorazových veciach.

Až na základe uvedeného Guastini zavádza pojem „atypické zákony“, ktoré však definuje pomerne široko – charakterizuje ich jednak osobitná úprava prijímania čo sa formy týka (napr. ústavné zákony sú prijímané inou väčšinou než obyčajné zákony – atypickými zákonmi sú preto všetky zákony vyššej právnej sily, napr. ústavné zákony, ale i materiálne jadro ústavy, pokiaľ jeho existenciu daný štát uznáva<sup>27</sup>); alebo ich špecifiká čo do určenia cieľa alebo obsahu zákona (napr. že nesmú byť v rozpore s právom EÚ, medzinárodnými dohovormi); alebo ich obmedzená pôsobnosť – územná, vecná, osobná a časová, ale aj v Slovenskej republike tiež napríklad platí obmedzenie prijímania noviel v podobe prílepkov v novelizačných článkoch nesúvisiacich zákonov – čo je podľa Guastiniho osobitný typ kompetenčného obmedzenia súčasných zákonov.<sup>28</sup>

Guastini však tiež osobitne hovorí aj o ďalšej anomálii – nenormatívnych zákonoch.<sup>29</sup> Takými sú podľa neho zákony, ktoré neupravujú žiadne práva a povinnosti, a preto sú podľa neho zákonmi len vo formálnom zmysle (napr. zákony o štátnom rozpočte či o záverečnom účte); podob-

<sup>26</sup> TAMANAHA, B. *A Realistic Theory of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, s. 25: „These changes have been necessitated by the changed conditions of industry and commercial life and the courts have consciously or unconsciously changed the law accordingly.“ Cituje z COHEN, M. R. *Legal Theories and Social Science*. In: *International J. of Legal Ethics*. 1915, 25, s. 476.

<sup>27</sup> GUASTINI, R. *Le fonti del diritto*. Milano: Giuffrè, 2010, s. 124.

<sup>28</sup> Tamže, s. 121.

<sup>29</sup> Tamže, s. 113.

ne ako zákony, ktoré síce zakladajú, menia alebo rušia práva a povinnosti, ale v skutočnosti buď len ďalej podrobnejšie vykonávajú doterajšiu existujúcu úpravu, alebo ju naopak derogujú (práve tu hovorí o *leges singulares* v akomsi užšom zmysle – medzi ne počíta napríklad zákony o vyvlastnení ako zákony jednorazovo derogujúce subjektívne právo konkrétneho subjektu).<sup>30</sup> Guastini tu však, samozrejme, vychádza zo špecifik talianskeho právneho poriadku a jeho tradícií a praktických aj teoretických problémov. Pre naše slovenské podmienky je preto potrebné jeho klasifikácie trochu pozmeniť a prispôbiť, hoci základnú myšlienku stierania rozdielov medzi zákonodarnou a súdnou mocou, ako aj materiálnych a formálnych rozdielov medzi legislatívou a súdením, zrejme možno aj v slovenských podmienkach akceptovať.

Na základe uvedeného tak navrhujeme špeciálne pre (česko)slovenské podmienky rozlíšiť a teoreticky vymedziť množinu označovanú podľa vzoru Guastiniho ako „atypické zákony“ (presnejšie „atypické právne predpisy“), ktoré možno vnútorne členiť takto:

- a) Jednorazové (*ad hoc*) zákony – napríklad lex Schwarzenberg postihujúci konkrétne vymedzené osoby alebo zákony postihujúce konkrétne vymedzené skupiny osôb, nie jednotlivcov – ich príkladom sú najmä tzv. Benešove dekréty (a obdobné nariadenia Slovenskej národnej rady), ktoré sú síce jednorazové, ale bez menovania konkrétnych fyzických a právnických osôb.
- b) Súkromné zákony – prijímané v prospech určitej fyzickej alebo právnickej osoby, subjektu vrátane štátu, pokiaľ sa takýmito zákonmi nedisponuje verejný záujem. Takými sú napr. tzv. lex Tipos<sup>31</sup> či lex Váhostav<sup>32</sup> alebo všeobecne prípady, keď príčina prijatia zákona bola účelová v prospech neverejného záujmu určitého subjektu,<sup>33</sup> bez ohľadu na skutočnosť, že predpis bol napriek tomu sformulovaný všeobecne.

---

<sup>30</sup> Tamže, s. 114 – 116.

<sup>31</sup> Pozri príspevok doc. JUDr. Jozefa Vozára, CSc. prednesený na konferencii Lubyho dni, ktorý je súčasťou tohto zborníka.

<sup>32</sup> Váhostav a schránkové firmy. Dostupné na internete: <https://zastavmekorupcii.sk/cases/vahostav-a-schrankove-firmy> [cit. 2019-08-31].

<sup>33</sup> SLeK: Návrh zákona o doplatkoch za lieky je robený v prospech Penty. Dostupné na internete: <http://www.teraz.sk/import/slek-navrhovany-system-zliav-je-roben/29865-clanok.html?mostViewedArticlesGlobalTab=0> [cit. 2019-08-31].

c) Nenormatívne zákony – zahrňajúce v prvom rade tzv. spomienkové zákony, ako zákony hodnotiace či odsudzujúce minulosť, najmä minulý režim, alebo naopak zavádzajúce všeobecné pravidlo „úcty“ k presne špecifikovaným konkrétnym historickým osobnostiam. K „iným nenormatívnym zákonom“ by však bolo možné podľa vzoru Guastiniho radí i zákony o štátnom rozpočte alebo napokon zákony riešiace jednorazovú situáciu vytvárania či rušenia orgánov, subjektov (napr. univerzít) a vzťahov medzi nimi, vrátane vytvorenia samotného štátu osobitným právnym predpisom (obdobou zákona č. 11/1918 Zb. z. a n.).

Ako základné faktory rozlišovania jednotlivých druhov atypických zákonov tak môžeme vymenovať nasledujúce aspekty:

- 1) Autor námetu zákona (ak je zákon predložený na podnet súkromnej osoby).
- 2) Cieľ úpravy (ak zákon sleduje naplnenie iných ako verejných záujmov).
- 3) Trvanie úpravy (jednorazovosť oproti neobmedzenej dobe účinnosti).
- 4) Miera konkrétnosti úpravy.
- 5) Miera (ne)normatívnosti úpravy.

Osobitne v prípade prvého a druhého bodu ako jedného z možných identifikačných znakov však v prípade Slovenskej republiky platí, že nemáme vyčlenenú osobitnú doktrinálnu ani dogmatickú inštitúciu súkromných zákonov, ktoré by sa takto v legislatívnom procese hneď od počiatku označovali, aby bolo zrejmé, že ide o osobitný druh predpisov. Preto sa takéto atypické zákony nedajú identifikovať natoľko spoľahlivo, ako ich možno identifikovať podľa zvyšných troch identifikačných kritérií. Preto zásadne v súčasnosti v Slovenskej republike platí, že vlastne nevieme, ktoré všetky z dnes platných a účinných predpisov sú vlastne atypickými.

Za „atypické“ však pritom na rozdiel od Guastiniho nepovažujeme predpisy prijímané inou väčšinou, predpisy osobitnej právnej sily, ani predpisy štandardne obmedzené čo do osobnej, vecnej, územnej a časovej pôsobnosti, pretože tieto „špecifiká“ sú natoľko každodennou súčasťou panujúcej doktríny a dogmatiky, že ich nepovažujeme za „atypické“.

## Záver

Ideál delby moci a všeobecnosti a normatívnosti právnych predpisov je iba ideálom, okolo ktorého oscilujeme. Je to prvok, ktorý sledujeme ako cieľ, ale jeho praktická realizácia je problematickejšia – všeobecnosť a normatívnosť objektívneho práva je empiricky spochybniteľná a spochybňovaná rovnako ako delba (zákonodarnej a súdnej) moci. Naša teória práva o prejave týchto spochybnení vo forme fenoménu „atypických zákonov“ doteraz mlčala, je však pravdou, že naše právne dejiny, a dokonca aj platná právna úprava v skutočnosti poznajú širokú paletu takýchto zákonov (predpisov) – ako dôkazov nedosiahnutia vytýčených ideálov. Ide pritom o viacero druhov predpisov zahŕňajúcich jednak jednorazové predpisy – ako napr. jednorazové konfiškácie majetku Nemcov, Maďarov, zradcov a kolaborantov po 2. svetovej vojne, prípadne sa týkajúcich iba jednej konkrétnej osoby či udalosti – napríklad lex Schwarzenberg, ale tiež spomienkové zákony (o zásluhách T. G. Masaryka, M. R. Štefánika a podobne) a iné nenormatívne zákony (napr. o štátnom rozpočte), a napokon tiež akési „skryté“, neoficiálne súkromné zákony – tými pritom nemyslíme len zákony, ktorými štát zavádza zdanlivo všeobecnú právnu úpravu len preto, aby tým fakticky sledoval individuálny neverejný záujem (ide o zákony známe ako lex Tipos či lex Váhostav), ale aj zákony, ktoré sa vraj tvoria priamo na objednávku konkrétnych finančných skupín, sledujúc ich záujmy.

Súčasný právny realizmus v podaní R. Guastiniho a iných súčasných realistov je pritom prúdom, ktorý si pred týmto javom nezakrýva oči; naopak, poukazuje na ne spolu s kritikou tradičných poučiek a pohľadov na právo, s preskriptívnym poukazovaním na nutnosť prekonať úzko zameračný formalistický a tradičný „idealistický“ pohľad na právo.

# AD HOC LEGISLATÍVA Z POHLADU TVORBY ZÁKONOV

*JUDr. Martin Maliar*

*Ministerstvo spravodlivosti Slovenskej republiky*

## Vedecké teórie

V porovnaní s obdobím rozmachu ľudstva na planéte sme len celkom nedávno zistili, že zem nie je plochá. Pokrok, ktorý ľudia dosiahli najmä vďaka Newtonovi, a to zavedením vedeckého prístupu k skúmaniu vecí vonkajšieho sveta, je markantný. V prírodných vedách máme možnosť testovania hypotéz, pričom často jedna teória nahradí inú na základe zistenia, že pôvodná teória je len slabé priblíženie pôvodne nastolenej hypotézy a nová teória je schopná priniesť pohľad z väčšej perspektívy.<sup>1</sup>

Pokiaľ ide o spoločenské vedy, testovateľnosť ich teórií sa obmedzuje skôr na testovanie ich efektivity. Deje sa tak spravidla štatistickými a analytickými metódami, nie matematickými. Inak povedané, v prostredí spoločenských vied a spoločenských fenoménov, ktoré tieto vedy popisujú, matematické modely testovania nie sú náležité. Práve naopak. Matematické pohľady na spoločenské fenomény ako právo sú výslovne nesprávne.<sup>2</sup>

## Vytváranie teórií v spoločenských vedách

Spoločenské a prírodné vedy sa v zásade v otázke spôsobilosti vytvárania vedeckých teórií nelíšia. Vedecká teória zväčša slúži v oboch prípadoch na predikciu budúcich dejov. Vo fyzike môžeme napr. na základe „Newtonových pohybových zákonov“ predikovať let ošteru, v práve môžeme na

---

<sup>1</sup> Newtonovi pri formulovaní teórie gravitácie výpočty vychádzali, hoci Einstein neskôr poukázal na to, že gravitácia ako sila neexistuje, a to, čo bežne voláme gravitáciou, je len dôsledok zakrivenia časopriestoru.

<sup>2</sup> Porovnaj napr. často triviálny pohľad, že pri kúpnej zmluve má predávajúci  $-1$  a kupujúci  $+1$ ; pritom pri voľnej hospodárskej súťaži je to „win win“ scenár pre oboch.

základe právnej teórie predikovať prevažujúcu mienku o spravodlivosti<sup>3</sup> riešenia určitej spoločenskej situácie, ako napr. právo držať určitú vec či požívať jej úžitky.

Zásadný problém nastáva však v tých situáciách, keď nie sú právne teórie v prevažujúcej časti právneho myslenia hodnotovo ukotvené. To sa stáva najmä v obdobiach, keď v spoločnosti prebehli zásadné spoločenské zmeny. Takéto spoločenské zmeny sa síce dotknú ekonomických oblastí života, no právna regulácia a tiež právna teória zostáva za ekonomickými vzťahmi vždy pozadu. Pri revolúciách, resp. zásadných spoločenských zmenách nemá zákonodarca možnosť bezprostredne zmeniť obsah množstva teórií či právnych predpisov, a preto sa spravidla maximá jeho vzopnutia sústreďujú na výzvu (adresovanú najmä súdom) „Pri výklade totožného ustanovenia akcentujte odtiaľ odlišný rebríček spoločenských hodnôt“.<sup>4</sup> Je tiež potrebné predpokladať, že demokratickej spoločnosti na rozdiel od totalitnej spoločnosti sa rebríček spoločenských hodnôt môže meniť oveľa častejšie, a dokonca nemusí ani existovať v podobe, ktorá je pre každého adresáta právnych noriem rozpoznateľná a vytvára nejaké všeobecné presvedčenie.

V každom prípade veľká kodifikácia právnych noriem a hodnotových pohľadov na predikciu budúceho vývoja spoločnosti je skôr fenoménom totalitných režimov. Nemožno tvrdiť, že v demokratickej spoločnosti to nie je možné, no ide spravidla o taký cieľ, ktorého dosiahnutie je v spoločnosti omnoho náročnejšie.

## Ad hoc regulácia

Ak zákonodarca nemá k dispozícii ustálený pohľad na hodnotový rebríček spoločnosti, je skôr v pozícii hasiča. Snaží sa hasiť „*ad hoc* požiare“ s víziou, že mu azda orgán všeobecnej hasičskej kontroly (t. j. Ústavný súd) v budúcnosti nepovie: „Takto sa to nehasí.“ Pri posteriorom systéme kontroly „hasenia“ sa však často prinajhoršom stane, že výsledkom bude reparácia; požiar bude však už uhasený. Nevyhnutnosť častého hasenia požiarov by

---

<sup>3</sup> Samozrejme, za podmienky rešpektovania ochrany základných práv a slobôd ako akýchsi kautiel (ochranných opatrení) zneužívania prevažujúcej mienky na potláčanie slabších.

<sup>4</sup> „Pravidlá socialistickej morálky, resp. pravidiel trhového mechanizmu, záujem vlasti či tradičného spôsobu života a pod.“



bolo azda možné eliminovať zlepšením fungovania a taktiež zvýšenia dôveryhodnosti orgánov ochrany práva. Pri nich je však opäť raz potrebné prijímanie opatrení koncepčných, presahujúcich dĺžku volebného obdobia, pričom existuje nezanedbateľné riziko, že výsledok opatrení sa prejaví až o značný čas a bude ťažko merateľný. Z pohľadu tvorby zákonov v súčasnom stave je teda tvorba legislatívy „umením hasiaceho a pragmatického“.

## Umenie „hasiaceho a pragmatického“

Základnú súdobú politickú požiadavku pri tvorbe zákonov možno vyjadriť takto: „Urobte taký zákon, aby s ním nikto nemal zásadný problém a nemal dopad na verejné financie.“

Splnenie tejto výzvy na vyriešenie určitého spoločenského problému nie je vždy dosiahnuteľné. Okrem toho o určitom fenoméne, ktorý je potrebné *ad hoc* regulovať, neexistuje spravidla dostatok analytických informácií. Najlepšie je to možné pripodobniť situácii, keď úlohou drevorubača je vyrúbať kus lesa na zastavenie šírenia požiaru, avšak je potrebné dať pozor na chránené stromy, pričom niet času len odhadom zisťovať, ktoré z nich sú chránené. V tomto prípade ide o veľmi nešťastné zadanie úlohy (tzv. naďabizmus) vyžadujúce si naozaj skúseného „drevorubača“, ktorý ovláda nielen legislatívnu techniku, ale aj správnu tzv. legislatívnu taktiku.

Pri *ad hoc* legislatíve však existujú aj pozitívne prípady, keď *ad hoc* regulácia je adekvátna a potrebná. Na rozdiel od spomínaného „naďabizmu“ môže byť *ad hoc* legislatíva aj výsledkom fenoménu, ktorý je možné označiť aj ako DDL (Data Driven Legislation), keď po analýze štatistických informácií o vývoji nejakého fenoménu vznikne potreba *ad hoc* regulácie jeho externalít.

V ktorej zo skupín (naďabizmus vs. DDL) sa tá-ktorá *ad hoc* regulácia ocitne, vyhodnotí najmä právna prax. V práve obchodných spoločností ide o tieto prípady z posledného obdobia:

- a) omeškané platby – z. č. 9/2013 Z. z.,
- b) daňové podvody – z. č. 246/2012 Z. z. a z.č. 357/2013 Z. z.,
- c) Váhostav – z. č. 87/2015 Z. z.,
- d) SICAV – z. č. 361/2015 Z. z.,

e) JAS – 389/2015 Z. z.,

f) fúzie – 264/2017 Z. z., ktorým sa o.i. preberala smernica o obchodnom tajomstve,

g) čistenie ORSR (momentálne ako vládny návrh zákona v NRSR).

Takýmito *ad hoc* legislatívnymi úpravami sa do právneho poriadku vtesnali vcelku významné inštitúty:

1. nahrádzanie vlastných zdrojov cudzími zdrojmi,
2. kríza kapitálovej obchodnej spoločnosti,
3. zákaz vrátenia vkladu,
4. diskvalifikácia,
5. tieňový riaditeľ,
6. nekalá likvidácia.

Efektivitu takto implementovaných inštitútov bude potrebné, samozrejme, priebežne vyhodnocovať, pričom ich zavedenie v súčasnom stave všeobecných kódexov súkromného práva môže slúžiť aj ako test ich použiteľnosti a adekvátnosti.<sup>5</sup>

## Budúca regulácia

Predpoklad budúceho pozitívneho vývoja práva, ktoré bude viesť k vyššej efektívite regulácie spoločenských vzťahov založených na ochrane základných práv a slobôd a úcte k právam iných, musí byť v každom z nás zakorenený ako postulát. Ak by sme nemali veriť pozitívnemu vývoju a tomu, že sa azda nájde možnosť spísať, rozumným spôsobom kategorizovať a s predikciou budúceho vývoja kodifikovať súkromné právo, naša činnosť ako právnikov by bola oveľa menej zmysluplnou. Dúfajme, že úlohu kategorizácie súdobého práva uchopí legislatíva z adekvátneho uhla pohľadu s dostatočnou mierou perspektívy s ohľadom na budúcu predikciu vývoja spoločenských vzťahov (DDL). Je potrebné pamätať na to, že veľké kodifikácie 19. storočia vychádzali z riešenia vtedajších spoločenských a ekonomických vzťahov.

---

<sup>5</sup> Má byť napr. úprava transakcií s konfliktom záujmov len fenoménom kapitálových obchodných spoločností alebo je to niečo, čo vyplýva z povinnosti lojality pri správe cudzieho majetku?

Kľúčovou pri budúcej regulácii musí byť úprava majetkových vzťahov v spoločnosti. Tu je bezpochyby potrebné prichádzať s adekvátmi úvahami o statuse osôb, pravidlách správy vlastného a cudzieho majetku a priority uspokojovania majetkových práv. Inak povedané, javí sa, že kľúčovým by mal byť komplexný 3D pohľad na majetkové práva, ktorý zahŕňa do úvahy aj priority iných na hodnote majetku, nielen 2D pohľad optikou záväzkového práva.

## Môžu blchy zistiť, že zem je 3D?

Na prvý pohľad môže nastolenie tejto otázky v kontexte príspevku pôsobiť prekvapivo, keďže z ľudskej perspektívy je odpoveď jednoznačná. Môžu. Zapichnú predsa na poludnie do zeme tyč a zistia, že jej tieň obkreslí kruh, ktorého obvod nebude „dva pí er“ ale menší.

Ak sa však pohybujeme často v „dvojrozmernom“ záväzkovom práve, môžeme mať problém zistiť, že táto oblasť je súčasťou „trojrozmerného“ priestoru vecných práv ovládaných „pravidlami priority“ a pojmom „hodnota“. Domnievam sa, že bez jasného definovania trojrozmerného priestoru a pravidiel „hry“ v ňom je akékoľvek riešenie dispozitívneho záväzkového práva len sisyfovská námaha bez zásadnejšieho prínosu k všeobecnému dobru.

Začatie úvah popisovaním 2D priestoru nemusí byť pre komplexný výsledok správne. To si dovoľím tvrdiť napriek tomu, že sa nám bude často javiť, že výsledok je adekvátny. Tu možno argumentovať, že aj Euklidove pojedania o geometrii boli výsledkovo často veľmi správne a stali sa prevažujúcou náukou na dlhé obdobie. Napriek Euklidovmu a Aristotelovmu posunu v chápaní okolitého sveta sa však v kritických situáciách ľudia stále obracali aj na veštiareň v Delfách.

Chcem veriť, že právna prax v budúcnosti nebude fungovať tak, že kódexy súkromného práva budú postavené na 2D pohľade na súkromné právo. Práve naopak. V sporných situáciách sú jedine zreteľné teoretické východiská regulácie (nazvime ich aj princípmi) „svetlom na konci tunela“, resp. „cestou cez les práva“.



**B.**

***AD HOC* SÚKROMNOPRÁVNE  
ÚPRAVY AKO REAKCIE  
NA EXTERNÉ OKOLNOSTI**



# DOES A NATION HAVE “PERSONALITY RIGHTS”? ON THE ABUSE OF CIVIL LAW BY INVOLVING IT INTO THE POLITICAL STRUGGLE

*Fryderyk Zoll*

*European Legal Studies Institute, Osnabrück, Germany  
Jagiellonian University of Kraków, Poland*

## **1. Introduction: rising from the knees**

Populists being in power like to use law as a device to protect values like dignity and honour, apparently endangered by hostile forces. Revision<sup>6</sup> of the Polish bill on the Institute of National Remembrance [Instytut Pamięci Narodowej, IPN],<sup>7</sup> which caused an international scandal and forced the Polish government and ruling party to withdraw the harshest (or at least those which were perceived as such by the international community, namely as a direct threat to the freedom of historical research and speech<sup>8</sup>) provisions of the new law, was designed to provide such an instrument. The revised law on Institute of National Remembrance, which is anyway a unique combination of the research institute with the prosecution,<sup>9</sup> contained a number of criminal law provisions sanctioning numerous acts in-

---

<sup>6</sup> This revision was proceeded by drafts 806 and 771 of the 8<sup>th</sup> Term of the Parliament of Poland, combined as draft 993 with the date of 15 November 2016 [available at: <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=993>].

<sup>7</sup> Polish Bill on the Institute of National Remembrance – Committee of Pursuing Crimes against the Polish Nation of 18 December 1998 (currently Journal of Laws of 2019, position 1882, consolidated text).

<sup>8</sup> GRZEBYK, P.: *Amendments of January 2018 to the Act on the Institute of National Remembrance – Commission for the Prosecution of Crimes against the Polish Nation in Light of International Law*, Polish Yearbook of International Law 2017, no. XXXVII, p. 299–300.

<sup>9</sup> GRZEBYK, P.: *Amendments ...*, p. 288, underlines also that both prosecutorial and educational tasks of the Institute involve the necessary compromise in the wording of the act and its perception by both lawyers and historians.

tended to present the Polish history in a less glorious way than the current rulers would like it to be.<sup>10</sup> The international pressure after the publication of the revised draft, was surprisingly so powerful,<sup>11</sup> that the Polish government, having faced a risk of the international boycott, has decided to withdraw the criminal sanctions<sup>12</sup> hanging over the heads of all, who wanted to discuss the less glorious moments of the Polish history as well. The announced process of rising from the knees stocked in the shocking ad hoc legislation which needed to be shamefully withdrawn. The debate was, however, focused on a more prominent and more visible criminal law provisions, which more easily shape the imaginations by envisaging the imprisonment of the overly critical commentators on Polish history. The civil law provisions, also included in the new law, remained unnoticed. Nevertheless, they do deserve even more attention. It is probably quite unlikely that somebody will really experience the operation of this law, due to its quite obscure wording and sense, but on the march towards new authoritarian reality everything seems to be possible. The civil law provisions on protecting the dignity of the Polish State and the Polish Nation<sup>13</sup> deserve also an attention from the purely academic point of view. The examined

---

<sup>10</sup> Compare with KRIDLE, C.: *Polityka Historyczna: Debating Holocaust Remembrance in Poland*, Voces Novae: Chapman University Historical Review 2018, volume 10, p. 12.

<sup>11</sup> Examples are raised e.g. by KRIDLE, C.: *Polityka ...*, p. 1. Various problems of the legislation, including lack of its justification in the international scene, necessary encroachment in the international politics as well as improper wording of the particulat provision are raised by LEWANDOWSKI, B.: *Krótki żywot penalizacji dyfamacji narodu i państwa polskiego – studium przypadku i wniosku na przyszłość* [in:] RADWAN, A., BERENT, M. (eds): *Prawda historyczna a odpowiedzialność prawna za jej negowanie lub zniekształcenie*, Warszawa 2019, p. 323–325.

<sup>12</sup> Also it must be added that criminal provisions were doubtful as to their collision with human rights – PIETRUSZKA, A.: *Zmiany ustawy o IPN w kontekście wolności debaty historycznej. Uwagi na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, *Monitor Prawniczy* 2018, no. 24, p. 1320 in details analysed the incompatibility of the bill with the freedom of historical debate. It is also underlined that criminal provisions neither met the standards of legislation and narrow wording in order not to infringe e.g. the freedom of expression, nor properly referred to the notions and principles of international law – GRZEBYK, P.: *Amendments ...*, p. 288.

<sup>13</sup> This analysis will be done with particular reference to the complex Ph.D. thesis by F. RAKIEWICZ, *Poczucie tożsamości narodowej jako dobro osobiste. Studium cywilnoprawne*, Poznań 2017, which was provided to the author of this article by F. Rakiewicz. This thesis, however, observes the feeling of national identity as an personality right of an individual, which may be protected by such an individual, only.



provisions refer to the Civil Code's<sup>14</sup> protection of the personality rights ["dobra osobiste"], in particular regulated in its Article 23. It is quite interesting that it is precisely a civil law institution, that has been envisaged to protect the most individual rights of the human being<sup>15</sup> (even if respective application to the legal persons is also possible<sup>16</sup>), is intended to be applied to protect the abstract values of the State and Nation.<sup>17</sup> The effects may be

<sup>14</sup> Polish Civil Code of 23 April 1964 (Journal of Laws of 2019, position 1145, consolidated text).

<sup>15</sup> KSIEŻAK, P.: *Artykuł 23* [in:] KSIEŻAK, P., PYZIAK – SZAFNICKA, M. (eds): *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, ed. II, Lex 2014, no. 6, refers to values connected with the personality of a human, which are also – according to the prevailing view – commonly agreed in the society. Similar view on this, including the objective criterion, is presented e.g. by DMOWSKI, S., TRZASKOWSKI, R.: *Artykuł 23* [in:] GUDOWSKI, J. (ed.): *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga pierwsza. Część Ogólna*, Lex 2014, no. 10, who refer to the nature of a human; MACHNIKOWSKI, P.: *Artykuł 23* [in:] GNIEWEK, E., MACHNIKOWSKI, P. (eds): *Kodeks cywilny. Komentarz*, ed. 9, Legalis 2019, no. 1–2, who refers to the strict connection with a person of a human; SOBOLEWSKI, P.: *Artykuł 23* [in:] OSAJDA, K.: *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna. Tom I*, ed. 23, Legalis 2019, who refers to distinctiveness of a human; SZPUNAR, A.: *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1973, p. 106, who connects them with a personality of a human. Also on objective criterion PAZDAN, M.: *Artykuł 23* [in:] PIETRZYKOWSKI, K. (ed.): *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Artykuły 1–449<sup>10</sup>*, ed. 9, Legalis 2018, no. 3–4. Also RAKIEWICZ, F.: *Poczucie ...* [2017], p. 345, names this criterion of objectivity, accepting that the feeling of national identity of an individual human being may objectively infringe the sphere of values and interests of personality. Otherwise, GRZYBOWSKI, S.: *Ochrona dóbr osobistych według przepisów ogólnych prawa cywilnego*, Warszawa 1957, p. 78, underlined the individuality of valuation of feelings of an individual (which are protected by personality rights), opposing the attempts to create anyway "general" personality right.

<sup>16</sup> E.g. judgment of the Polish Supreme Court [Sąd Najwyższy] of 24 September 2008, II CSK 126/08. RAKIEWICZ, F.: *Poczucie ...*, p. 289, however, excludes the persons other than human beings as subjects of a personality right of national identity

<sup>17</sup> It is thus not excluded that the feeling of Polish national identity including the beliefs connected with participation in the Polish national community, with which a person identifies would be an infringement of personality rights of such a person – RAKIEWICZ, F.: *Poczucie tożsamości narodowej jako dobro osobiste w świetle polskiego prawa cywilnego. Część trzecia*, Studia Prawa Prywatnego 2012, no. 20, p. 89–90; also RAKIEWICZ, F.: *Poczucie ...* [2017], p. 377–378; also e.g. KSIEŻAK, P.: *Artykuł 23...*, no. 117 and 41, who underlines that the infringed subject must be, then, individualised. Similarly in the judicature there were successful claims based on infringement of personality rights of national identity – e.g. judgment of the Polish Appellate Court [Sąd Apelacyjny] of Kraków of 22 December 2016, I Aca 1080/16. The possibility to classify the national identity as a personality right together with dismissing the claim because of lacking adequate identification of the infringed person may be read from the judgment of the Polish

potentially even more harmful than in the case of the withdrawn criminal law provisions.

The topic belongs to the subject matter of our conference, because the lawmaker was trying to react to the formula used in the newspapers (“Polish concentration camps”).<sup>18</sup> In this sense it could be regarded as an “ad hoc” legislation, because it was an attempt to solve an incidental<sup>19</sup> matter by adopting the new law. On one hand, it is not very likely, that this particular issue could be resolved by introducing such instruments to the system of private law. On the other hand, it is a threat to abuse such instruments for political purposes, suppressing the freedom of speech and academic freedom by using the apparently private law institutions.<sup>20</sup> It is, therefore, dangerous, because the private law instruments have been developed to serve to protect individual interests and to resolve the conflicts between formally equal persons. Hence the substantive and procedural rules<sup>21</sup> have been not adjusted

---

Appellate Court of Białystok of 30 September 2015, I ACa 403/15. RADWAN, A.: *Między negacjonizmem a dyfamacją. Ustawodawca jako moderator dyskusji o przeszłości* [in:] RADWAN, A., BERENT, M. (eds): *Prawda historyczna a odpowiedzialność prawna za jej negowanie lub zniekształcenie*, Warszawa 2019, p. 116–117, names it explicitly as a private enforcement of protection of national memory, which is allowed with loosening typical criteria for personality rights enforcement. Otherwise, TOPA, S., OBARA, L.: *Dobra osobiste a wypowiedzi o „polskich obozach”. Dlaczego nieprawdziwe wypowiedzi o obozach zagłady wywołują „poczucie krzywdy?”* [in:] RADWAN, A., BERENT, M. (eds): *Prawda historyczna a odpowiedzialność prawna za jej negowanie lub zniekształcenie*, Warszawa 2019, p. 421, names the “national dignity” a personality right.

<sup>18</sup> Explicitly in the justification to draft no. 806 to the draft of revising the bill on the Institute of National Remembrance [...] from 6 September 2016, p. 1 [available at <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=806>].

<sup>19</sup> This particular formula was, however, presented often, See: F. Rakiewicz, *Poczucie ...* [2017], p. 304–307; RAKIEWICZ, F.: *Poczucie tożsamości narodowej jako dobro osobiste w świetle polskiego prawa cywilnego. Część pierwsza*, *Studia Prawa Prywatnego* 2011, no. 18, p. 91.

<sup>20</sup> Especially as there is no clear exception from civil liability in case of artistic or scientific activity GRZEBYK, P.: *Amendments ...*, p. 297.

<sup>21</sup> Some doubts regarding whether the civil procedure is at all applicable, is raised by WYREMBAK, J.: *Opinia prawna w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy o Instytucji Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, ustawy o grobach i cmentarzach wojennych, ustawy o muzeach, ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary oraz ustawy o zakazie propagowania komunizmu lub innego ustroju totalitarnego przez nazwy budowli, obiektów i urządzeń użyteczności publicznej (druk sejmowy nr 806)*, p. 20 [available at <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/opinieBAS.xsp?nr=806>]. They are developed by GUZIK, R.: *Artykuł 53<sup>o</sup>* [in:] *Komentarz do ustawy o Instytucji Pamięci Narodowej – w zakresie zmian*

to be used to protect the interests of the community against the individual.<sup>22</sup> It is the role of criminal law, which contains all necessary guarantees.<sup>23</sup> It is a dangerous development,<sup>24</sup> as it allows the government to use flexible structure of the private law to sanction behaviour, which it perceives dangerous for the interest of the national community. Therefore the aspect of the rule of law cannot be omitted in the domain of the private law either.

## 2. The Content of the New Law

According to the Article 53o of the Law on the Institute for the National Remembrance the provisions on the protection of personality rights of the Civil Code (sentence 1) apply accordingly to the protection of the good name of the Republic of Poland and the Polish Nation. At the same time it is not precluded that individuals still claim for infringement of their personality rights, as above, since this provision is independent to the Articles 23–24 Civil Code.<sup>25</sup> The petition can be filed by a non-governmental

---

*wprowadzonych ustawami z dnia 26 stycznia 2018 r. oraz z dnia 27 czerwca 2018 r., Lex 2018, who questions whether the Republic of Poland or Nation have the judicial personality necessary to submit a civil petition under the sanction of rejection. In a similar way – RAKIEWICZ, F.: *Poczucie ...* [2017], p. 334.*

<sup>22</sup> Explicitly, that this regulation extends the institution of personality rights to protection of other interests than private – PYRZYŃSKA, A.: *Cywilnoprawna ochrona dobrego imienia Rzeczypospolitej Polskiej i Narodu Polskiego w świetle ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej*, Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych 2019, no. 4, p. 57. See, however, also different attempts made by individuals to protect clean air by means of their civil petitions against the authorities based on their infringement of the personal rights – WERESNIAK-MASRI, I.: *Prawo do czystego środowiska i prawo do czystego powietrza jako dobra osobiste*, Monitor Prawniczy 2018, no. 17, p. 942–944.

<sup>23</sup> WALTOS, S., HOFMAŃSKI, P.: *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2018, p. 23–25, exemplify the aims of the criminal proceeding.

<sup>24</sup> Also, difficulties in resulting application of law when civil law model solutions are extended on the relations outside from civil law relations, WYREMBAK, J.: *Opinia ...* p. 2–3. However, this author does not generally exclude the civil law way from regulating this issue, p. 19–20.

<sup>25</sup> RAKIEWICZ, F.: *Naruszenie dóbr osobistych w związku z rozpowszechnianiem nieprawdziwych przekazów dotyczących czasów II wojny światowej na przykładzie wypowiedzi o „polskich obozach koncentracyjnych”*. Analiza praktyki sądowej [in:] RADWAN, A., BERENT, M. (eds): *Prawda historyczna a odpowiedzialność prawna za jej negowanie lub zniekształcenie*, Warszawa 2019, p. 263.

organization having in its bylaws the objective of the protection of the Republic of Poland’s and Polish Nation’s good name (sentence 2). The compensation for the monetary and non-monetary losses belongs then to the Fiscus (sentence 3). Pursuant the Article 53p, the Institute of the National Remembrance may also file such petition. Following the Article 53q these norms are overriding mandatory provisions also from the perspective of the private international law.<sup>26</sup>

### 3. Open criteria

The fundamental challenge with the new provisions, despite their undermining political context, is the creation of the liability without any precise criteria. Each requirement, which may cause essential financial sanctions, is fully open for interpretation. These particularly problematic premises are: the good name, the Nation, the damage, which the Nation may suffer.

### 4. The good name of the Republic of Poland

The good name of the Republic of Poland is an open criterion and it is very difficult to preview what kind of behaviour would infringe this value.<sup>27</sup> The Republic of Poland is used in the meaning of the public or constitutional law, because the State in the private law relationships bear the description “Fiscus”.<sup>28</sup> It is necessary to examine closer the content of these notions.

---

<sup>26</sup> They should be applied regardless of the law applicable to a given civil law relation, because of the fundamental meaning for the protection of the public policy of the state according to the international private law – see ZACHARIASIEWICZ, M.A.: *Artykuł 8* [in:] PAZDAN, M. (ed.): *International Private Law. Komentarz*, ed. 1, Legalis 2018, no. 3–4.

<sup>27</sup> See examples raised by PYRZYŃSKA, A.: *Cywilnoprawna ...* p. 43–44.

<sup>28</sup> E.g. in Articles 33 and 34 of the Polish Civil Code (“Skarb Państwa”).

## 5. The Nation

The use of the term “Nation” from the private law perspective is a very innovative, new concept. The Nation does not have a legal personality.<sup>29</sup> There is no definition, which would be sufficiently precise to condition application a provision of potentially severe consequences. The authors of the new law had probably a kind of ethnical perception, which went through the XIX century, in mind.<sup>30</sup> It is a case of the romantic personalization of the Nation, which can suffer and can be defamed. The Polish constitution in its preamble defines the Polish Nation as a community of all Polish citizens.<sup>31</sup> To be part of this community, the ethnicity of the person who is a citizen,<sup>32</sup> does not matter. What does it mean to defame the Nation? Does it have to be the Nation in its all entirety?<sup>33</sup> Is it enough to offend the representatives of the nation (e.g. if somebody accuses some people of Polish ethnicity of collaboration in the time of the WW II), or is it necessary to offend the whole Nation? Is every generalization (e.g. if somebody makes a statement that Polish people are xenophobic) a forbidden defamation of the Nation or a value protected by the freedom of speech? What must be proven in such procedure? Is it enough to prove that some members of the Nation are xenophobic? Does this proof refers to the members of the Polish ethnicity

<sup>29</sup> *Justification ...*, p. 10, declares that they have analogous personality rights as legal persons. WYREMBAK, J.: *Opinia ...*, p. 2, points out specifically that the bill extended the notion of subjects of civil law neither onto the Republic of Poland, nor onto the Nation. This critique is followed by GUZIK, R.: *Artykuł 53° ...*. GRZEBYK, P.: *Amendments ...*, p. 297, declares, however, that State and Nation became new subjects of civil law.

<sup>30</sup> This perception of the Nation is linked with personality rights protection by TOPA, S., OBARA, L.: *Dobra ...*, p. 416. Otherwise, however, about the Nation in the meaning of Constitution – PYRZYŃSKA, A.: *Cywilnoprawna ...*, p. 26.

<sup>31</sup> Third line of the preamble to the Constitution of Poland of 2 April 1997 (Journal of Laws of 1997, no. 78, position 483, with revisions) reads as follows: *we, the Nation of Poland – all citizens of Poland*.

<sup>32</sup> The political understanding of the Nation together with its justification in the political process of drafting of the Constitution is explicitly discussed e.g. in PIECHOWIAK, M.: *Rozdział I* [in:] SAFJAN, M., BOSEK, L. (eds): *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1-86*, Legalis 2016, no. 48–49.

<sup>33</sup> RAKIEWICZ, E.: *Poczucie ...* [2017], p. 326, when referring to the feeling of national identity as a personality right of an individual, suggests that generalisations infringe also individual interests.

only, or all citizens,<sup>34</sup> or even all people who belonged to the multi-ethnic Polish state in the past? It is hard to imagine such a procedure. But maybe a judge would be forced to use the doctrine taken from the antidiscrimination directive<sup>35</sup> on racism and try to argue that the decisive point is the perspective of the offender – if the intention<sup>36</sup> was to defame the Nation as such then the requirements of this provision are fulfilled.

## 6. The Damages

The sanction could be damages for the material and non-material damage. The interesting point concerns the material damage. To whom should be it caused? In what property? Both terms – the Republic of Poland and the Nation – are not used as private law categories. It is not a Fiscus, which may suffer a material damage.<sup>37</sup> But the Republic of Poland and, most of all, the Polish Nation in this sense cannot suffer damages in the proprietary sense because they have neither the proprietary interests nor the legal personality. How should this damage be calculated? Is it a damage of every member of the Nation, if for example after being defamed as a Nation, the Polish merchants have difficulties selling their products? The nonsense of such considerations is appealing. But the non-material loss is problematic too. Who suffers the loss? The member of the Nation? Or maybe the re-

---

<sup>34</sup> RAKIEWICZ, F.: *Poczucie ...* [2017], p. 303, stresses that when referring to feeling of national identity as a personality right of an individual, stresses that it does not have to be the feeling of a Polish citizen towards the Polish national identity, but extends also to foreign national identity.

<sup>35</sup> Compare with Article 8.1 of the Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin (Official Journal L 180 of 19 July 2000, P. 0022 – 0026), which reads as follows: *[...] when persons who consider themselves wronged because the principle of equal treatment has not been applied to them establish, before a court or other competent authority, facts from which it may be presumed that there has been direct or indirect discrimination, it shall be for the respondent to prove that there has been no breach of the principle of equal treatment.*

<sup>36</sup> A slightly different proposal is presented by RAKIEWICZ, F.: *Poczucie ...* [2017], p. 356, 378, who underlines the necessity to analyse the context of the infringing statements, referring – however – to the personality right of feeling of the national identity of a human being only.

<sup>37</sup> See, however, examples presented by PYRZYŃSKA, A.: *Cywilnoprawna ...*, p. 50–51.

spective application of the Civil Code requires a fiction of the Nation's suffering in the best romantic tradition.

## 7. The Independence of Judiciary

All these issues would be only sad but anecdotic examples of the rulers with the permanent complex of being undervalued. The proud nations do not need such kind of protection. But even such excess would remain only anecdotic if the Polish judiciary would not be under threat to lose its independence.<sup>38</sup> In the hands of the judge who is likely to follow the wishes of the rulers, such a provision could be a dangerous device of the oppression. And if the authoritarian regime in Poland (is this sentence already a fulfilment of the requirements for the liability under Article 53o?) will strengthen its power, which may happen, the application of this provision, which does not require the rigidity of the criminal law and procedure, may be a real threat to the liberty and democratic values. Winter is coming.

## Bibliography

- Dmowski S., Trzaskowski R., *Artykuł 23* [in:] J. Gudowski (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga pierwsza. Część Ogólna*, Lex 2014
- Grzebyk P., *Amendments of January 2018 to the Act on the Institute of National Remembrance – Commission for the Prosecution of Crimes against the Polish Nation in Light of International Law*, *Polish Yearbook of International Law* 2017, no. XXXVII
- Grzybowski S., *Ochrona dóbr osobistych według przepisów ogólnych prawa cywilnego*, Warszawa 1957
- Guzik R., *Artykuł 53°* [in:] *Komentarz do ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej – w zakresie zmian wprowadzonych ustawami z dnia 26 stycznia 2018 r. oraz z dnia 27 czerwca 2018 r.*, Lex 2018
- Kridle C., *Polityka Historyczna: Debating Holocaust Remembrance in Poland*, *Voces Novae*: Chapman University Historical Review 2018, volume 10

<sup>38</sup> There are varied attempts to influence judges in the current political reality – e.g. ZOLL, F., WORTHAM, L.: *Judicial Independence and Accountability: Withstanding Political Stress in Poland*, *Fordham International Law Journal* 2019, volume 42, issue 3, p. 945.

- Księżak P., *Artykuł 23* [in:] P. Księżak, M. Pyziak-Szafnicka (eds), *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, ed. II, Lex 2014
- Lewandowski B., *Krótki żywot penalizacji dyfamacji narodu i państwa polskiego – studium przypadku i wniosku na przyszłość* [in:] A. Radwan, M. Berent (eds), *Prawda historyczna a odpowiedzialność prawna za jej negowanie lub zniekształcenie*, Warszawa 2019
- Machnikowski P., *Artykuł 23* [in:] E. Gniewek, P. Machnikowski (eds), *Kodeks cywilny. Komentarz*, ed. 9, Legalis 2019
- Pazdan M., *Artykuł 23* [in:] K. Pietrzykowski (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Artykuły 1–449<sup>10</sup>*, ed. 9, Legalis 2018
- Piechowiak M., *Rozdział I* [in:] M. Safjan, L. Bosek (eds), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1-86*, Legalis 2016
- Pietruszka A., *Zmiany ustawy o IPN w kontekście wolności debaty historycznej. Uwagi na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, *Monitor Prawniczy* 2018, no. 24
- Pyrzyńska A., *Cywilnoprawna ochrona dobrego imienia Rzeczypospolitej Polskiej i Narodu Polskiego w świetle ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej*, *Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych* 2019, no. 4
- Radwan A., *Między negacjonizmem a dyfamacją. Ustawodawca jako moderator dyskusji o przeszłości* [in:] A. Radwan, M. Berent (eds), *Prawda historyczna a odpowiedzialność prawna za jej negowanie lub zniekształcenie*, Warszawa 2019
- Rakiewicz F., *Poczucie tożsamości narodowej jako dobro osobiste. Studium cywilnoprawne*, Poznań 2017 [unpublished Ph.D. thesis]
- Rakiewicz F., *Poczucie tożsamości narodowej jako dobro osobiste w świetle polskiego prawa cywilnego. Część trzecia*, *Studia Prawa Prywatnego* 2012, no. 20
- Rakiewicz F., *Poczucie tożsamości narodowej jako dobro osobiste w świetle polskiego prawa cywilnego. Część pierwsza*, *Studia Prawa Prywatnego* 2011, no. 18
- Rakiewicz F., *Naruszenie dóbr osobistych w związku z rozpowszechnianiem nieprawdziwych przekazów dotyczących czasów II wojny światowej na przykładzie wypowiedzi o „polskich obozach koncentracyjnych”. Analiza praktyki sądowej* [in:] A. Radwan, M. Berent (eds), *Prawda historyczna a odpowiedzialność prawna za jej negowanie lub zniekształcenie*, Warszawa 2019
- Sobolewski P., *Artykuł 23* [in:] K. Osajda (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna. Tom I*, ed. 23, Legalis 2019
- Szpunar A., *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1973
- Topa S., Obara L., *Dobra osobiste a wypowiedzi o „polskich obozach”. Dlaczego nieprawdziwe wypowiedzi o obozach zagłady wywołują poczucie krzywdy?* [in:] A. Radwan,



- M. Berent (eds), *Prawda historyczna a odpowiedzialność prawna za jej negowanie lub zniekształcenie*, Warszawa 2019
- Waltoś S., Hofmański P., *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2018
- Wereśniak-Masri I., *Prawo do czystego środowiska i prawo do czystego powietrza jako dobra osobiste*, *Monitor Prawniczy* 2018, no. 17
- Wyrembak J., *Opinia prawna w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, ustawy o grobach i cmentarzach wojennych, ustawy o muzeach, ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary oraz ustawy o zakazie propagowania komunizmu lub innego ustroju totalitarnego przez nazwy budowli, obiektów i urządzeń użyteczności publicznej* (druk sejmowy nr 806)
- Zachariasiewicz M.A., *Artykuł 8* [in:] M. Pazdan (ed.), *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, ed. 1, Legalis 2018
- Zoll F., Wortham L., *Judicial Independence and Accountability: Withstanding Political Stress in Poland*, *Fordham International Law Journal* 2019, volume 42, issue 3

# LAW NO. 77/2016 CONCERNING THE GIVING IN PAYMENT OF IMMOVABLE GOODS IN ORDER TO DISCHARGE THE OBLIGATIONS CONCLUDED BY CREDIT CONTRACTS

*Assoc. Prof. Dr. Christian Alunaru  
phd candidate Sergiu Căileanu*

*Faculty of Law, Vasile Goldiș Western University of Arad, Romania*

## **Introduction**

### **Facts that determined the entrance into force of the Law no. 77/2016**

The 2<sup>nd</sup> decade of 21<sup>st</sup> century finds the Romanian judiciary system in the middle of an important reform of civil law institutions, in an attempt to response and adapt to the new social realities. Even though the starting point of this reform was the entrance into force of the new Romanian Civil Code, this reform continues even today by the development of the special national legislation.

The new Civil Code, insistently requested by the professional bodies of the main legal professions (e.g. judges, lawyers and public notaries), in many cases, reconsidered and reformulate some of the traditional institutions of civil law (e.g. contractual liability) and also regulated new concepts (e.g. the right of superficies,<sup>1</sup> the unforeseeable situation<sup>2</sup> etc.). The purpose of all these new elements, as we will demonstrate in the following, was to protect the “weak party” of a legal relation by restoring the economic balance.

---

<sup>1</sup> See SFERDIAN, I.: *Drept civil. Drepturie reale princiale (Civil law. The main real rights)*, Hamangiu Publishing, Bucharest, 2013, pp 594–625 and STOICA, V.: *Drept civil. Drepturile reale principale (Civil law. The main real rights)*, C.H. Beck Publishing, 3<sup>rd</sup> edition 2017, pp. 259–269.

<sup>2</sup> See POP, L., POPA, I-F, VIDU, S.I., *Tratat de drept civil. Obligațiile (Civil law treaty. Obligations)*, Universul Juridic Publishing, Bucharest, 2012, pp. 231–244.

In the field of contracts (as the main area where two particulars are found in a legal conflict) the most important new element was the regulation, as a standard of interpretation in contracts, of contractual solidarity principle. The creditor is no longer the privileged party of the contract, because in accordance with the new provisions, he has the duty to collaborate with the debtor in order to satisfy both his and the other party interest.

Consequently, the creditor is forced to act in the interest of contract, configured as the sum of individual interests of each party. As it follows, the creditor has the duty to observe the status of the other party throughout the period of contract, with the consequence that he cannot pretend to the debtor to execute the contract in any circumstances that would conclude in debtor economic ruin. If the creditor ignores his duties and follows only his individual interest, the law regulates a procedure by which a third party (in most cases a judge) can restore the balance in contract (e.g. by adapting the contract).

Although the purpose of the new Civil Code is to protect the parties which are in a position of economic inferiority, the legal provisions devoted to this purpose are, in most cases, scarce and widespread throughout the Code and what is more important, not sufficient for a judge or an arbitrator to settle a case. The most common example of such situations is the status of the credit contracts concluded in CHF, in the context of the fluctuations of its exchange rate, caused by the recently ended worldwide financial crisis.

Consequently, both at entrance into force of Law no. 77/2016 and nowadays, important segment of the Romanian citizens is struggling with real difficulties concerning the payment of their CHF loans.

All these factors determined the Romanian legislator to find a legal solution. The Giving in payment (“*datio in solutum*”) law of immovable goods in order to discharge the obligations concluded by Credit – No. 77/2016 is one of the instruments elaborated by Romanian Parliament as a response to this crisis.<sup>3</sup>

It is important to specify that from all the laws adopted with the purpose of restoring the balance in this type of contracts only Law no. 77/2016

---

<sup>3</sup> Along with the Giving in Payment Law, Romanian Parliament adopted an act concerning the translation of currency in credit contracts concluded in a foreign currency. However, this act had been declared unconstitutional *in integrum* before entering into force, by Constitutional Court’s Decision no. 62 from 7 February 2017.

remained into force after it was subjected to the review of the Constitutional Court. However, as we will demonstrate later on this paper, after the analysis performed by the Court, Law no. 77/2016 cannot be applied anymore by the courts of law without taking into consideration Decision no. 623/2016's *obiter dictum*.

In conclusion, we believe that any analysis of the Law no. 77/2016 must take into consideration both its legal provisions and the considerations made by Constitutional Court in the Decision no. 623/2016. In this respect, after we shall present the general purpose of Law no. 77/2016, we shall detail the provisions of this law along with its mechanisms, as they were regulated in its initial form and after we shall present the main amendments brought by Constitutional Court, before making the final conclusions.

## **Section II – Law no 77/2016 ad-hoc legislation with the purpose of protecting the consumer**

Having in mind the social context described above, we can emphasize that Law no. 77/2016 is genuine ad-hoc legislation, conceived as an instrument with the sole scope of resolving one specific urgent issue: the status of credit contracts concluded in CHF.

Although the purpose of protecting parties in a position of economic inferiority is expressly stated by the authors of the new Civil Code, the legal provisions devoted to this purpose are scarce and widespread throughout the Code. This fact determined the Romanian legislator to consider that such provisions are not adequate to ensure a real protection for the debtors in the CHF credit contracts. In order to ensure such a protection, Romanian Parliament adopted a specific regulation.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> However, in respect of the purpose and motives that the legislator took into consideration, we emphasize that the correct instrument in order to solve the situation of CHF contract situation is to be found in the area of unfair terms. In this regard, we specify that, in a recent Decision (*case C-260/18 Kamil Dziubak și Justyna Dziubak / Raiffeisen Bank International AG*) the CJUE ruled that a credit contract which states that the consumer shall bear all the risks caused by currency fluctuations is null and void. For the same purposes, it shall be considered an unfair practice if the financial institution which grants the credit did not inform the consumer, at the moment of concluding the agreement, of the risks that can occur as a result of the currency fluctuations as well as the reasonable fluctuations of that currency until the moment of concluding the agreement.

The purpose of this law, as it is described in its exposure of motives, is “to protect the debtors in credit contracts against the unfair practices of the debts transferees and, equally, to divide between the parties, in an equitable manner, the risks risen from the devaluation of the property.”

The initial form of Law no. 77/2016 developed a concept that was not regulated before in Romanian civil law: the forced giving in payment. This concept was based on the absolute presumption that in credit contracts concluded by consumers in a foreign currency there has occurred a legal unforeseeable situation. In short terms, this law was based on the premise that a certain type of contract, namely the credit contract concluded by consumers, is in a crisis situation, and this crisis is materialized by a state of over-indebtedness of the debtor.<sup>5</sup>

In order to defuse such a situation, Law no. 77/2016, in which it was initially adopted, regulated a mechanism that involves the debtor to give in payment the guaranteed immovable goods to the creditor in order to be discharged by his contractual obligations (including the accessories).

The concept of legal unforeseeable situation has raised many controversies and debates, both before and after the entrance into force of the law. On one side, there were the practitioners and doctrinaires that support this initiative,<sup>6</sup> considering it as a social measure that shall produce benefits in times of economic crisis and that shall provide a real help for the consumers.

On the other side, the majority of doctrine criticized the law and considered that the legislator has deviated without justification from the hard-law principles and that the measures proposed by this law were against the reasonable interests and expectations of the creditors.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> See also BOZEȘAN, V.: *Anamorfoza impreviziunii în registrul Legii dării în plată: protecția debitorului contractant versus protecția debitorului insolubil (Anamorphosis of hardship clause in the register of giving in payment law: the protection of the contracting debtor versus the protection of the insolvent debtor)*, in *Romanian Private Law Review*, no. 1/2017, p. 54.

<sup>6</sup> PIPEREA, Gh.: *Despre constituționalitatea legii dării în plată (și despre unele neînțelegeri majore și regretabile) [About the constitutionality of giving in payment law (and about some major and regrettable misunderstandings)]* available on e-platfom juridice.ro at the following address: <https://www.juridice.ro/473401/despre-constituionalitatea-legii-darii-in-plata-si-despre-unele-neintelegeri-majore-si-regretabile.html>.

<sup>7</sup> In this respect, see *Revista Română de Drept Privat (Romanian Private Law Review) no. 1/2017 – Legea dării în plată și impreviziunea (Unforeseeable events and giving in pay-*

Those disputes did not remain at the stage of theoretical debate<sup>8</sup> and after a short period they have been brought to the attention of the Constitutional Court, due to two exceptions of unconstitutionality.<sup>9</sup> Regarding these requests, by its ruling, Constitutional Court stated that the critics were partially grounded and, in this regard, amended the Law no 77/2016.

In essence, the Court firmly declared that the concept of legal unforeseeable situation is unconstitutional and that all cases which involve a question of unforeseeable situation, such a question must be assessed by a Court of law after conducting an analysis within a judiciary procedure.

As a first conclusion, regarding the purpose of Law no. 77/2016, we can emphasize that this act is genuine ad-hoc legislation, conceived to restore the balance in those contracts which were concluded by consumers in Swiss franc and granted with immovable goods. Even if the Romanian Parliament adopted such ad-hoc legislation, disregarding in our opinion all legislative principles and rules regarding the neutrality of law, the Constitutional Court fixed most of its irregularities.

### Section III – Sphere of applicability of Law no 77/2016

Pursuant to art 1 paragraph 1, Law no. 77/2016 is applicable to the “*contractual relations between consumers and credit institutions, non-banking financial institutions or transferee of a debt over the consumer*” as well as “*in those situations where the debt resulted from a credit contract is guaranteed by a security and/or by one or more joint-liable debtors or joint-payers*” (art. 1 paragraph 3). As explained by the doctrine, the main purpose of this

---

*ment law*), paper concerning to the Giving in payment Law and coordinated by prof. V. Stoica.

<sup>8</sup> Although several books have been dedicated to Law no. 77/2016. In this regard, see following: V. Stoica (coord.), *Legea dării în plată. Argumente și soluții (Giving in payment Law. Arguments and solutions)*, Hamangiu publishing, Bucharest, 2016; BOZEȘAN, V., DUMITRACHE, B., ȚIȚ, N.-H., *Legea nr. 77/2016 privind darea în plată. Comentariu pe articole (Giving in payment Law no. 77/2016. Commentary on articles)*, Universul Juridic publishing, Bucharest, 2017.

<sup>9</sup> These exceptions have been raised by Unicreditbank – S.A. case no. 9.406/303/2016 of Sector 6 Bucharest's Court of law and by B.R.D. – Societe Generale S.A. in a series of cases.

law is the protection of those consumers that concluded a credit contract and that cannot refund the loan.<sup>10</sup>

However, not all of credit contract shall be subjected to this law, because pursuant to the provisions of the same law, the credit contracts concluded by consumers within governmental program “First House” are expressly excluded.<sup>11</sup>

Taking into consideration these coordinates, in order to establish the applicability of this law, we have to consider, on one side, a material criteria (*rationae materie*) and on the other side, a personal criteria (*rationae persoane*), and also the link between this two standards.

*Rationae materie*, the applicability of Law no. 77/2016 is limited to the credit contracts concluded by consumers and credit institutions. Credit contract concluded by consumers and bank is defined by art. 7 point 2 from E.G.O. no. 50/2010<sup>12</sup> as an agreement “*whereby a creditor grants or promises to grant to a consumer credit in the form of a deferred payment, loan or other similar financial accommodation, except for agreements for the provision on a continuing basis of services or for the supply of goods of the same kind, where the consumer pays for such services or goods for the duration of their provision by means of instalments*”. In addition, Romanian law defines the consumption credit contracts guaranteed with mortgage in art. 3 point 3 from E.G.O. no. 52/2016<sup>13</sup> as “*an agreement whereby a creditor grants or promises to grant to a consumer credit (...) in the form of a deferred payment, loan or other similar financial accommodation*”.

---

<sup>10</sup> STOICA, V.: *O lectură constituțională, dincoace și dincolo de Legea dării în plată (A constitutional interpretation, beyond the law regarding the giving in payment)*, in *Romanian Private Law Review* no. 1/2017, p. 189.

<sup>11</sup> Art. 1 paragraph 4 states that Law no. 77/2016 “*shall not be applicable to the credits granted within program ‘First House’ approved by Emergency Government Ordinance no. 60/2009 concerning some measures for implementation of program ‘First House’, approved with amendments and completions by Law no. 368/2009, with further amendments and completions.*”

<sup>12</sup> Emergency Government Ordinance no. 50/2010 concerning credit contracts concluded by consumers, published in the Official Journal of Romania, Part I, no. 389 from 11 June 2010.

<sup>13</sup> Emergency Government Ordinance no. 52/2016 concerning credit contracts granted to the consumers for immovable property, as well as for amending and completion of Emergency Government Ordinance no. 50/2010 concerning credit contracts concluded by consumers, published in the Official Journal of Romania, Part I, no. 727 from 20 September 2016.

Regarding this criteria, Law no. 77/2016 shall be applicable only to those credit contracts (concluded by consumers), with a value up to 250,000 EUR, concluded for the purpose of acquisition or rehabilitation of a property with residential destination, or, if the credit has been concluded for another purpose, the reimbursement of the credit has been guaranteed with a property that has residential destination.<sup>14</sup>

As for the currency stipulated in the contract for payment (or the currency that serves as reference for conversion), a significant aspect is underlined by Constitutional Court. Although Law no. 77/2016 does not contain any limitations based on the type of currency, the Court emphasized that the purpose of this act is to restore the status of “CHF credit contracts”. Consequently, the Court decided that all the credit contracts concluded in other currencies are excepted from applicability of Law no. 77/2016.

For a complete overview of the applicability of Law no. 77/2016 from this perspective, it is necessary to correlate the provisions or art. 1 quoted before with the provisions stated by art. 4 paragraph 1 letters a) and b).<sup>15</sup> Because these conditions are also requirements for the admissibility of the special procedures provided by this law, we shall detail them in section IV.

*Ratione personae*, the premise of Law no 77/2016 was to grant certain special powers to the persons that can qualify as “consumers” and to create special duties for the professional entities that activate in the credit granting area, namely “*credit institutions, non-banking financial institutions and they transferees.*”

As well as in the analysis of the previous criteria, for a complete overview of the applicability of Law no. 77/2016 we have to correlate its provisions with the secondary legislation. This time, in order to define the concept of *consumer* article 1 paragraph 2 of the Law makes an express

---

<sup>14</sup> Regarding the residential destination of the property, see CHIOREAN, I.C.: *Condiții prevăzute de Legea nr. 77/2016 pentru nașterea dreptului la stingerea creanțelor bancare prin dare în plată (Conditions provided under Law no. 77/2016 for the right arising upon extinction of the bank debts by giving in payment)*, in *Romanian Private Law Review* no. 1/2017, pp. 70–72.

<sup>15</sup> The two additional conditions, as we shall observe *infra* refers to the object of the consumption credit contract, namely to its monetary value and to the scope of the credit, which is the acquisition/modification of a property with residential destination.



reference to G.O. no. 21/1992,<sup>16</sup> which defines the consumer as “*any natural person or group of natural persons that form an association, which is acting for purposes outside his business, trade or production, artisanal or liberal profession*” and to the Law no. 193/2000<sup>17</sup> which defines the consumer as “*any natural person or group of natural persons that form an association that, in contracts covered by this Directive, is acting for purposes outside his business, trade or production, artisanal or liberal profession.*”

Therefore, the main characteristics for a consumer are the natural person's status (*a contrario*, legal persons are excepted from the consumer protection legislation,<sup>18</sup> disregarding their activity<sup>19</sup>) and the fact that the credit contract is concluded for the purposes that exceed his professional activity.<sup>20</sup> If any of these two conditions is not met, the request for giving in payment shall be dismissed as inadmissible or as introduced by a person without *locus standi*.<sup>21</sup>

Regarding the creditor of the contractual relation subjected to Law no. 77/2016, this status can be held by a credit institution,<sup>22</sup> a non-banking financial institutions or a transferee of the debt granted by the first two types of entities. Law no. 77/2016 shall also be applicable to those credits granted

---

<sup>16</sup> Government Ordinance no. 21/1992 concerning consumers protection, re-published in Official Journal of Romania, Part. I, no. 208 from 28 March 2007.

<sup>17</sup> Law no. 193/2000 concerning unfair terms in contracts concluded by consumers, re-published in Official Journal of Romania, Part. I, no. 543 from 03 August 2012.

<sup>18</sup> By exception, in the situations regulated by Law no. 72/2013, even the legal persons can be qualified as consumers.

<sup>19</sup> In this regard, RIZOIU, R.: *Tipic și atipic în Legea dării în plată (Typical and atypical in Giving in Payment Law)*, study published on e-platform [www.juridice.ro](http://www.juridice.ro) in 1.09.2016.

<sup>20</sup> In this regard also see Council's Directive 93/13/CEE in 5 April 1993, published in J.O. L 095/29. In respect of how the concept of “consumer” is defined in C.J.U.E. case-law, we recommend the following decisions: *Cape Sns c Idealservice SRL (C-541/99)*; *Idealservice MN RE Sas c OMAI Srl (C-542/99)*; *Ceska spontelna (C-419/11)*.

<sup>21</sup> STANCU, R.: *Constatarea judiciară a dării în plată și acțiunea în regres – aplicarea practică a Deciziei nr. 623/2016 a Curții Constituționale a României (Judicial finding of giving in payment and the recourse action – The implementation of the Decision no. 623/2016 of the Constitutional Court of Romania)*, in *Romanian Private Law Review* no. 1/2017, pp. 168–169.

<sup>22</sup> This type of entity is organized and functions in base of E.G.O. no. 99.2006 concerning the credit institutions and capital adequacy, published in Official Journal of Romania, Part. I, no. 1027 from 27 December 2006 and approved by Law no. 227/2007, with further amendments and completion, published in Official Journal of Romania, Part. I, no. 480 from 18 July 2007.

by a foreign banking entity, but only for those credits granted by their subsidiaries<sup>23</sup> that perform professional activity in Romania.

In accordance with the relevant European regulations,<sup>24</sup> credit institution is defined as “*an undertaking the business of which is to take deposits or other repayable funds from the public and to grant credits for its own account*”. In Romania, in this category fall the following: banks, credit cooperative organization, banks for credits and savings for the residential property, mortgage credit banks.

Regarding the non-banking financial institutions, those are defined<sup>25</sup> as “*an undertaking the business of which is to grant credits, under the terms set by law*”. We believe that including this type of entity in the sphere of applicability of Law shall be beneficial, because, in many situations, the consumers are more tempted by the credit terms offered by those undertakings than the terms offered by banks.

Last but not least, over the course of the proceedings regulated by Law no. 77/2016 can appear other subjects, namely guarantors and joint-debtors. In this regard, art. 1 paragraph 3 of Law specifies that “*the provisions of this Law are also applicable in those cases in which the debt arisen from a credit contract is guaranteed by security and/or by one or more joint-debtors or joint-payers*”. We also emphasize that this extension is a positive aspect, because, pursuant to the Romanian civil code, the joint-debtor or joint-payer (including the persons which guaranteed the debt by a security), shall be forced to pay the entire debt no matter if the other joint-debtors or the guaranteed debtor are or are not in an objective impossibility of making the payment, this aspect being considered as a risk assumed by these persons.

*A contrario*, the creditor might find himself in a situation that would favor his enrichment without a just cause, because, on one side, he receives

---

<sup>23</sup> Pursuant to article 42 of Law no. 31/1990 concerning companies, subsidiaries are companies granted with legal personality. In this respect, the subsidiaries can contract obligations in their own name and for which they can be held liable with their entire heritage. Even if in the usual language, these entities are known as branches, we emphasize that foreign bank structures that perform professional activity in Romania are in fact subsidiaries.

<sup>24</sup> Art. 4 paragraph 1 point 1 of the European Parliament and Council's Regulation no. 575/2013 from 26 June 2013, published in. O.J., L 176, 27 June 2013.

<sup>25</sup> Law no. 93/2009 concerning non-banking credit undertakings, published in the Official Journal of Romania, Part. I, no. 259 of 21 April 2009.

the property with which the main debtor guaranteed the credit, and on the other side, he also remains with the possibility to compel the others debtors or the guarantor to pay the debt.

In order to avoid such a situation, Law no. 77/2016 states that “*by concluding the contract over the property or by issuing a definitive judgement over the case, pursuant to the provisions of art. 8 or, as the case may be, art. 9, any debts of the debtor towards his creditor shall be discharged, and the latter shall not be entitled to request any additional amounts*”<sup>26</sup> and that the above mentioned provisions “*are applicable to the joint-debtor or the guarantor which granted a security over the debt assumed by the debtor*”.<sup>27</sup>

Regarding the capacity of these persons to invoke the special provisions of Law no. 77/2016, we emphasize that they should not have the power to invoke it in a direct manner. The request for discharging of the debt remains a personal prerogative of the debtor.

As a preliminary conclusion, considering its object, we emphasize that the applicability of Law no. 77/2016 is limited under a double standard: firstly, the act refers only to a specific category of people: the consumers; secondly, the act shall be applicable only for certain contractual relations: credit contracts, concluded in a foreign currency, which are related with immovable property (the reimbursement of the credit can be guaranteed with such property or the credit is concluded with the purpose to acquire or rehabilitate such a property).

## **Section IV – The giving in payment regulated by Law no. 77/2016**

### **Sub-section 1 – The institutional mechanism chosen for debtor’s discharge of his contractual obligations.**

In order to restore the balance in the CHF credit contracts, Romanian legislator has chosen a traditional instrument of civil law: the giving in payment (*datio in solutum*). In general terms, by giving in payment the debtor execute his contract by providing the creditor a different performance than

---

<sup>26</sup> Art. 10 paragraph 1 of Law no. 77/2016.

<sup>27</sup> Art. 10 paragraph 2 of Law no. 77/2016.

the one which was originally agreed on by parties, and as a result he is discharged from his contractual duties.

This instrument has been chosen by legislator, although from the Law's exposure of motives results that one of its objective was to transpose the provisions of Directive 2014/17/UE of European Parliament and Council.<sup>28</sup> However, this European Directive does not contain references about discharging the debtor from his obligations, but regulates certain banking practices in order to prevent an over-indebtedness situation of the debtor and a series of measures that shall be performed before the commencement of a forced execution procedure.

In this respect, in the doctrine<sup>29</sup> the capacity of giving in payment has been challenged as a concept, to fulfill the scope of this Law, especially in those situations in which the immovable property has been already adjudicated in a forced execution procedure.<sup>30</sup>

In accordance with this opinion, we also emphasize that the Romanian legislator could have found a more appropriate solution in order to solve the CHF credit contract issues.<sup>31</sup> One of these solutions may have been found by regulating insolvency procedures for natural persons, especially if we consider that the main argument brought forward by the legislator was the over-indebtedness status of the debtors from the CHF credit contracts.<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> Directive 2014/17/UE of European Parliament and Council on credit agreements for consumers relating to residential immovable property and amending Directives 2008/48/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, published in J.O. no. 60/34 from 28.2.2014.

<sup>29</sup> POPA, I.F.: *Impreviziunea și creditele oferite consumatorilor. Constituie darea în plată și conversia valutară remedii ale impreviziunii? (Unforeseeable situations and credit contracts concluded by consumers. Are giving in payment and currency translation remedies for unforeseeable events?)*, in V. Stoica (coordinator) *Romanian private law review*, no. 1/2007, pp. 104–129.

<sup>30</sup> BOZEȘAN, V. (coordinator), DUMITRACHE, B., ȚÎȚ, N.-H., *Law no. 77/2016 concerning the giving in payment...*, *op. cit.*, p. 56.

<sup>31</sup> See BERCEA, L.: *Riscul valutar, impreviziunea și conversia creditelor în valută (Foreign currency risk, hardship clause and conversion of loans in foreign currency)*, in STOICA, V. (coord.), *Romanian private law review* no. 1/2017., p. 37.

<sup>32</sup> In present, in Romania has entered into force Law no. 151/2015 concerning the insolvency procedures of natural persons, published in Official Journal of Romania, Part I, no. 464 from 26 June 2015. Unfortunately, this regulation cannot apply at this moment because it has not been elaborated and adopted the instructions for law enforcement.

Another solution in order to solve this issue may be found in the area of unfair terms. For example, if the consumer was not informed about the risks involved in his credit (including the fluctuations of the foreign currency), this practice could be declared unfair and therefore the contract shall be null and void (entirely or partially). This solution seems to be adopted by European's Union Court of Justice, which, in a recent case-law<sup>33</sup> ruled that a clause which assigns the risk of valuation of the currency of the credit contract only to the consumer must be drawn-up clearly and the credit institution must make sure that the consumer has understood, before the conclusion of the contract, both the meaning of the clause and also the potential economic consequences of accepting such a risk.<sup>34</sup>

The giving in payment has been acknowledged by Romanian civil law since 1864, being deduced from the article 1.100 of Civil Code 1864. The giving in payment formed as well the object of various studies and is a constant subject of debate among Romanian doctrinaires. Simultaneously, the giving in payment is a constant subject of legal disputes in courts, fact that provides a generous case-law for analysis.

*De lege lata*, the giving in payment is regulated by article 1.492 par. 1 Civil Code. This article states that: *Unless the creditor agrees, the debtor shall not be discharged from his contractual duties by offering a different performance than the one originally agreed on by parties, even if this performance is more valuable than the latter. In this case, the obligation shall be extinguished when the new performance is executed.*

Thus, the first requirement for the giving in payment to be effective is the consent of the creditor. If such an agreement does not exist, the debtor

---

<sup>33</sup> Case C-51/17 (Teréz Ilyés, Emil Kiss vs OTP Bank Nyrt, OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt).

<sup>34</sup> "Article 4(2) of Directive 93/13 must be interpreted as meaning that the requirement for a contractual term to be drafted in plain intelligible language requires financial institutions to provide borrowers with adequate information to enable them to take well-informed and prudent decisions. In that regard, that requirement means that a term relating to the foreign exchange risk must be understood by the consumer both at the formal and grammatical level and also in terms of its actual effects, so that the average consumer, who is reasonably well informed and reasonably observant and circumspect, would not only be aware of the possibility of a depreciation of the national currency in relation to the foreign currency in which the loan was denominated, but would also be able to assess the potentially significant economic consequences of such a term with regard to his financial obligations."

shall not be entitled to execute a different performance than the one originally agreed on.

### **Sub-section 2. The particularities of the giving in payment mechanism regulated by Law no. 77/2016**

The above mentioned giving in payment mechanism has been substantially amended by Law no. 77/2016, which developed the concept of *forced giving in payment*. The fact that the legislator developed a new institution results undoubtedly from article 3, which states that *by derogation from the regulations stated by Civil Code, the consumer has the right to be discharged of his debts resulting from credit agreements with accessories (interests and other expenses), without additional costs, by giving in payment the mortgaged property in favor of the creditor, if within the 30-day time limit (referred to in article 5 paragraph 3) the parties to the credit agreement do not reach another agreement.*

Therefore, the giving in payment regulated by Law no. 77/2016 does not anymore require the consent of the creditor in order to be effective. Furthermore, the law establishes a true discretionary power of the debtor to be discharged of his debt by giving in payment the mortgaged property, while the creditor shall be forced to accept it without objections, regardless of the value of the property.

This prerogative has been firmly criticized in doctrine,<sup>35</sup> as an unjustified derogation from the basic principles of civil law. Thus, one of the civil law contracts principle is that the debtor shall be forced to execute his obligation as it is described in the contract<sup>36</sup> (quantitatively, qualitatively and at the time and in the place described in contract). According to this principle, the debtor cannot change the nature of his obligation by his own will. Such a change shall be possible only if the creditor gives his consent.

If we apply the giving in payment mechanism regulated by Law no. 77/2016, we will notice that this principle is totally disregarded. Not only that the creditor has no option other than accept the debtor request, but

---

<sup>35</sup> AVRAM, M.: *Mai există dare în plată forțată, după Decizia Curții Constituționale nr. 623/2016? (Is the forced giving in payment going to be applicable after the Constitutional Court's Decision no. 623/2016?)*, in STOICA, V. (coordinator) *Romanian private law review no. 1/2017*, p. 19–23.

<sup>36</sup> POP, L., POPA, I-F., VIDU, S.I.: *Civil law treaty...*, *op. cit.*, p. 195.

the debtor is entitled to ask the most severe action over the contract: its termination by changing the nature of his obligation.<sup>37</sup> Moreover, even if the article 11 of the Law speaks of equitable assignment of contractual risks, we can observe that all risks risen from the giving in payment act are borne by creditor.

Regarding the nature of this prerogative, a reputed professor of civil law<sup>38</sup> emphasized that this prerogative embrace the nature of a potestative (discretionary) right. The debtor simple manifestation of will,<sup>39</sup> as it was regulated in the initial form of the Law, has the capacity to modify a determined legal situation (the credit contract guaranteed with an immovable property and the duty to reimburse the credit according to the contractual terms) with another pre-determined legal situation (debtor's discharge of obligations and the giving in payment to the creditor the immovable property), with no possibility for the creditor, if the formal conditions provided by art. 4 and 5 of the Law are met, to challenge debtor's will.

This discretionary prerogative remains valid even if the effects of debtor's will have not an immediate effect and even if the Court of law is involved in this procedure. The defining element for a discretionary prerogative is that it is triggered by the sole manifestation of will of the person entitled and the other party is forced to accept the change.

The fact that the creditor consent is no longer required has been explained by the authors of the Law no. 77/2016 by the fact that, in general, during the execution of the credit contracts concluded in CHF has occurred a unforeseeable situation (*in concreto*, the unforeseeable event consists in the fact that the economic value of CHF has grown beyond

---

<sup>37</sup> However, a more reasonable solution would have been that, in the context of an unilateral mechanism of the debtor, to be regulated the possibility of adaptation of contract, not its termination (in this regard, see BOZEȘAN, V. (coordinator), DUMITRACHE, B., ȚIȚ, N.-H., *Law no. 77/2016...*, *op. cit.*, p. 52.

<sup>38</sup> See STOICA, V.: *Natura juridică a dreptului de a stinge creanța bancară ipotecară și datoria corelativă, conform Legii nr. 77/2016 (Ce pare să fie, dar nu poate fi; ce nu pare să fie, dar poate fi)* [The nature of debtor's prerogative to request the discharge of mortgage debts pursuant to Law no. 77/2016 (what it seems to be, but cannot be; what it does not seem to be, but it can be)] in V. Stoica (coord.) *Giving in payment Law. Arguments and solutions*, *op. cit.*, pp. 45–49.

<sup>39</sup> See also AVRAM, M.: *Actul unilateral în dreptul priva (Unilateral act in private law)*, Hamangiu publishing, Bucharest, 2006, pp. 151–154.

any reasonable prediction and the reimbursement of the credit has become a real struggle for the consumer).

Thus, it was assumed that a certain type of contract, namely the credit contract concluded by consumers, is in a crisis situation.<sup>40</sup> This fact was also discussed by the Constitutional Court in the Decision no. 623/2016.

However, in order for the forced giving in payment to be effective, the courts must verify if certain requirements are met. Law no. 77/2016 provides two types of such requirements that, if they are cumulatively met, offer the debtor the right to be successfully discharged of the obligations he had assumed by credit contract. On one side, this act provides a series of substantial requirements (comprised in article 4) and on the other side it regulates a formal or procedural requirement (comprised in article 5). As we shall present below, these requirements do not imply a genuine judicial review of the case, because, in essence, they are formal aspects.

### ***1. Substantial requirements provided by Law no. 77/2016.***

These requirements are to be found in article 4, as follows: a) the creditor and the consumer are part of the categories provided by art. 1 paragraph 1, as they are defined in the special legislation of consumer protection; b) the value of the amount loaned, at the time of the loan, does not exceed the equivalent in RON<sup>41</sup> of 250,000 EUR, calculated at the exchange rate published by the National Bank of Romania on the day of the conclusion of the credit agreement; c) the credit has been concluded by the consumer in order to acquire, build, extend, modernize, modify or rehabilitate a property with residential destination or, irrespective of the purpose for which it was concluded, is guaranteed by at least one property with residential destination; d) the consumer must not have been convicted by a final court order for criminal offenses in connection with the credit for which the application of this law is requested.

Regarding the first condition, it is necessary to determine if the law shall benefit only the debtor or it is extended also to the guarantors or the Law no. 77/2016 or it shall be applicable even in those cases where the prime debtor is not a consumer, but the guarantor is.

---

<sup>40</sup> This assumption has been also retained in Law no. 77/2016's exposure of motives.

<sup>41</sup> RON is the official currency of Romania.



From a textual interpretation,<sup>42</sup> we emphasize that in all situations, in order for the giving in payment to be effective, the debtor must be qualified as a consumer.<sup>43</sup> Consequently, it is mandatory that the debtor in both contracts (credit contract and guarantee contract) is a consumer. However, what is truly important for the effectiveness of the giving in payment procedure is the credit contract, which has to be concluded by a consumer, and not the guarantee contract. As we shown before, the purpose of the extension of Law's benefits to the guarantors was not to create a situation of enrichment without a just cause for the creditor, not to circumvent the provisions of consumer protection.

Regarding the second requirement, if there are more credits granted to the same consumer, then it shall be necessary for every one of these credits to have a value that is inferior to the RON's equivalent of 250,000 Euro amount. Consequently, the Courts shall not be entitled to dismiss the debtor's request if the cumulate value of the credits exceeds the standard value and, if all the other provisions are met, the debtors shall be discharged by all credit contracts.

Concerning the third requirement, the law expressly states that the credit must have been contracted for a certain purpose. By this credit, the consumer follows to acquire a property with residential destination.<sup>44</sup> The proof of this destination shall be made in most of the cases with the credit contract itself or with the guarantee contract. If neither of these contracts are stating expressly the scope of the credit, its destination can be proved by any means. The proof of this destination can be made with an urban de-

---

<sup>42</sup> Contrary to this interpretation, the C.J.E.U. in the case C74/15, *Tarcău vs Banca Comercială Intesa Sanpaolo Romania SA and others*, ruled that a natural person which offers a security to a non-consumer debtor might be considered as a consumer, if the guarantor acted for purposes outside his professional activity. However, we emphasize that such an interpretation is not valid in the giving in payment cases, because if the purpose of consumer protection legislation is to ensure an adequate protection of all natural persons that act outside from their professional activity, the purpose of special giving in payment is to find an adequate balance between the debtor and creditor contrary interest.

<sup>43</sup> In this respect, Law no. 77/2016 makes an express reference to the Law no. 193/2000 to define the consumer.

<sup>44</sup> This concept is defined by art. 2 letter a) of Law no. 114/1996 as "a construction composed by one or more chambers, with outbuildings, amenities and utilities which can serve as a person or a family residence."

velopment certificate or a building permit which notes the destination of the property.

As it can be easily observed, all these requirements are in essence formal aspects that concern external factors and not the giving in payment itself. The purpose of the first three requirements is to verify if, in a certain case, Law no. 77/2016 is applicable. Thus, in most of the cases, the Courts shall be called to make only a formal review. The only veritable review that shall have to be made regards the last and, possibly, the first condition, in case that there is a doubt over the consumer status of the person who filled the request. In practice, in order to verify the last requirement, the judge shall ask the debtor to present a copy of his criminal record, and shall have to note that the debtor has not suffered previous convictions related to the credit requested to be terminated.<sup>45</sup>

Considering all these aspects, we can conclude that Law no. 77/2016, in its initial form, regulated a new and unorthodox type of giving in payment, which does not require the consent of the creditor in order to be enforced and with minimal requirements that have to be met.

## **2. Formal requirements provided by art. 5 of Law no. 77/2016.**

In addition to these conditions, Law no. 77/2016 also regulates a preliminary procedure that the debtor shall have to carry out before filing a request based on Law no. 77/2016 to the Court, in order so that the parties may settle an agreement on the status of the credit agreement. This procedure represents both an admissibility requirement as well as a procedural condition for the giving in payment mechanism to be effective. As it was underlined in doctrine,<sup>46</sup> this procedure is an expression of contractual liberty of the parties, which are called to settle the dispute by concluding a new agreement.

We emphasize that this procedural condition is also an act of good faith of the debtor, who, before requesting his discharge of obligations, must try to find a solution that brings comfort both for him and the creditor.

---

<sup>45</sup> E.g. breach of trust in fraud of the creditors, informatics fraud, crimes of corruption etc.

<sup>46</sup> BOZEŞAN, V. (coordinator), DUMITRACHE, B., ȚIȚ, N.-H., *Law no. 77/2016 concerning giving in payment... op. cit.*, pp. 66–67.

This formality states that the debtor shall issue a written notification, through a specialized agent (lawyer, executor, notary public). We emphasize that the list of persons provided by art. 1 paragraph 1 is limited. Consequently, if the notification is sent by public postal service or by courier, the procedure shall be considered null and the debtor shall not be discharged of his obligations. In this case, the notification shall not suspend the creditor's right to receive payments nor the judiciary or extra-judiciary procedures related to the credit.

Regarding this notification, Law no 77/2016 regulates not only its formal aspects, but also its content. Thus, by this notification, the debtor shall express his intention to give in payment the mortgaged property in order to be discharged from his debts. In this respect, the debtor is held to make all the arrangements for the conclusion of the authentic giving in payment act, on his own expenses. Consequently, the debtor shall invite the creditor,<sup>47</sup> through its representative, to conclude the authentic act by specifying a place and two different dates.

The place shall be the public notary office chosen by the debtor, and the first appointment shall be established no sooner than 30 days from the date of notification. Also, the two dates cannot be in the same day at different hours. Although the law does not provide a maximum term for the conclusion of the authentic act, we consider that the period should be as short as it can be in order to avoid a challenge of the bank grounded by an abuse of the consumer.

One of the most controversial aspects concerning this notification is regarding its content. As long as the law does not regulate a standard form, the doctrine<sup>48</sup> emphasized that the notification must include, along the statement for extinction of contractual obligations, a description of the conditions provided by art. 4 and 11, in accordance with the decision no. 623 of

---

<sup>47</sup> Regarding the place where the creditor must be notified, Romanian Courts of law stated that it is not necessary for the communication to be considered valid to be sent to the central headquarter of the credit institution. Consequently, the notification can be sent at the subsidiary of the bank, especially in those cases in which the contract has been concluded at the subsidiary headquarter (Judecatoria Timisoara, sent. no. 1497 from 2 February 2017, unpublished).

<sup>48</sup> BOZEȘAN, V. (coordinator), DUMITRACHE, B., ȚÎȚ, N.-H., *Law no. 77/2016 concerning the giving in payment... op. cit.*, pp. 112–113.

the Constitutional Court.<sup>49</sup> The references to these conditions should not be made only at a declarative status. It is recommended that these allegations are sustained by relevant documents (e.g. a certified copy of the criminal record and of the documents that attest the residential destination of the property).

Finally, in the notification there must be inserted a request for the creditor to present, at the time and place specified, all the documents necessary to draft and conclude the authentic giving in payment act. If the creditor refuses this request, the debtor can fill a petition in the Court.

Although from a theoretical point of view, the creditor has the possibility to make a counteroffer to the debtor, after he receives the above mentioned notification (by discharging him from one or more of the credit accessories or by offering him a restructured credit), we find it hard to believe that any such counteroffer shall contain a more favorable alternative than the one stated by art. 3. Consequently, we believe that in such cases, the final decision over the giving in payment procedure shall be made by the Court.

If all the requirements are met, the notification implies severe consequences over the credit. From the date of communication, any right to receive payment, as well as any judiciary or extra-judiciary procedures related to the credit shall be suspended *de jure*.

## **Section V – The amendments to the Law no. 77/2016 made by Decision no. 623/2016 of the Constitutional Court**

Law no. 77/2016, in its initial form, opened the box of controversy. Many of the raised pleas focused on the absence of the creditor consent and on the concept of legal unforeseeable situation. However, the first major concern officially raised has regarded the provisions of art. 11. This article states that the Law no. 77/2016 shall also apply to the contracts concluded prior to its entry into force.

---

<sup>49</sup> The notification must reasonably identify the debtor and the credit contract, as well as the immovable property that shall be given in payment. If the notification is addressed to a transferee, it shall make reference also to the debt cession.

This concern had been raised in front of the Constitutional Court, which, by the Decision no. 623/2016, concluded that art. 11 is only partially constitutional. Furthermore, the Court extended his considerations also to the concepts of legal unforeseeable situation and forced giving in payment, stating that “*it is absolutely necessary for any party from this type of contracts to have the possibility to challenge the other party actions in front of a court of law, so that giving in payment institution does not become a discretionary instrument made available to only one party and, thus, destabilizes the contractual balance*”.<sup>50</sup>

### **Sub-section 1. The judgement of Constitutional Court**

Essentially, the Court firmly denied the sustainability of legal unforeseeable situation and stated that in all cases, the Courts shall decide if a specific event can qualify as an unforeseeable situation.<sup>51</sup> Therefore, the Court stated that, alongside the requirement provided by art. 4 of the Law, the consumer shall have to prove that his contract is inflicted by an unforeseeable event.<sup>52</sup> The consumer’s over-indebtedness, as a result of the Swiss franc’s valuation, shall have to be assessed by the courts of law in each individual case, if considering that such an appreciation represents a unforeseeable situation.

However, neither the analysis conducted by Constitutional Court is safe from criticism. As noted by the doctrine,<sup>53</sup> in its analysis, the Constitutional Court made the same confusion as the legislator,<sup>54</sup> when he considered the giving in payment to be a remedy for a problem of over-indebtedness. Indeed, from a conceptual perspective, the Constitutional Court should

---

<sup>50</sup> Paragraph 116 of Constitutional Court’s Decision no. 623/2016.

<sup>51</sup> Also see BERCEA, L.: *Foreign currency risk...*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>52</sup> In this respect also see AVRAM, M.: *Notificarea declarației unilaterale de stingere a datoriei prin darea în plată: un fenomen juridic paranormal (Notification of the unilateral manifestation for extinction of debts by giving in payment: a paranormal judicial phenomena)*, in V. Stoica (coordinator) *Law no. 77/2016 of giving in payment... op. cit.*, p. 44. In accordance with this opinion, the requirements that need to be met are the ones regulated by art. 4 and art. 11, which describe how the contractual relation evolved, and especially how it became unbalanced.

<sup>53</sup> BERCEA, L.: *Foreign currency risk...*, *op. cit.*, pp. 36–37.

<sup>54</sup> AVRAM, M.: *Is the giving in payment law...*, *op. cit.*, p. 17.

have declared the unconstitutionality of Law no. 77/2016 *in integrum* and not to adapt it by making specific references to unforeseeable events.

Thus, the basic premise of an unforeseeable situation is that the debtor reached a point in which forcing him to execute the contract in the same terms would result in his bankruptcy. Nevertheless, the obligation could be executed. On the other side, the premise that was taken into consideration both by legislator and Constitutional Court is that the obligation cannot be fulfilled anymore, because the debtor is in a case of objective impossibility to perform the contract.

In order to harmonize these concepts, the Court made another distinction between the debtors that act in good faith and debtors that act in bad faith, where the standard of good faith is indicated by the possibility of reimbursement. Consequently, a debtor shall be considered to act in good faith if he wishes to pay but cannot afford it anymore.

*A contrario*, if the debtor has the means to pay, no matter if the payment shall determine his bankruptcy, but does not pay, it shall be considered an act in bad faith. However, this distinction only increases the confusion between these two concepts,<sup>55</sup> because there might be some situations in which a debtor has the means to pay his debt but at the same time it is unjust to force him to pay. Unforeseeability remains a remedy for a contractual imbalance and not for a patrimonial imbalance.

In this context, the provisions of Law no. 77/2016 as well as the considerations made by the Constitutional Court are, partially, in contradiction with the basic principles and concepts of civil law.<sup>56</sup>

## **Sub-Section 2. The amendments made to the Law no. 77/2016 – the concept of unforeseeable situation**

After the Constitutional Court decided to continue on the line adopted by legislator, by amending and correcting some of his deviations through the concept of unforeseeable situations, next issue in order to be solved concerned the standards and rules depending on which a certain case can be qualified as unforeseeable or not. In order to determine those standards,

---

<sup>55</sup> See BOZEŞAN, V.: *Anamorphosis of hardship clause...*, *op. cit.*, p. 59.

<sup>56</sup> For more details on the conceptual differences between hardship and giving in payment see BOZEŞAN, V. (coordinator), DUMITRACHE, B., ȚIȚ, N.-H., *Law no. 77/2016 concerning giving in payment... op. cit.*, pp. 405–435.

first we must distinguish between contracts concluded before and after 1 October 2011, the date of entrance into force of the Romanian new Civil Code. If the credit contract is concluded after this moment, in order to decide if a certain event represents an unforeseeable situation or not, the courts of law shall have to verify if the conditions regulated in art. 1.271 Civil Code<sup>57</sup> are met.<sup>58</sup>

If the contract was concluded before the entrance into force of the new civil code, the Court developed a set of veritable norms of application of the Law no. 77/2016, in order to be used by judges to assess if a certain event has been unforeseeable or not at the conclusion of the contract. In present, any judgement in a case regarding the giving in payment cannot be validly made without referring to these considerations.<sup>59</sup>

By the same Decision, Constitutional Court also denied the concept of forced giving in payment. Consequently, the debtor shall not be considered to have the power to discharge himself from his contractual obligations by his own will. Instead, he shall have to prove that, during the performance of the contract an unforeseeable event has occurred that put him into an objective incapacity of payment. In accordance with the considerations of the Constitutional Court, the unforeseeable situation shall be assessed based on the following coordinates.

Firstly, the debtor must prove that, during the performance of the contract an event that affects the performance of the contract has occurred as

---

<sup>57</sup> Art. 1.271 Civil code regulates the general regime of unforeseeable situations in Romania and states that the debtor shall be entitled to invoke a unforeseeable event if the change that affects contractual provisions has occurred after the contract has been concluded; if the change or the consequences have not been provisioned by debtor and also could not be reasonable provisioned in the moment of concluding the contract; the debtor has not assumed the occurrence of the unforeseeable event and it could not be reasonable considered that he assumed such a risk and; the debtor tried, in good faith, to negotiate an equitable adaptation of contract.

<sup>58</sup> In doctrine (see STOICA, V.: *Legal nature of debtor's prerogative...* op. cit., pp. 6–7) it was pointed out that art. 3 of Law no. 77/2016 contain a series of inadvertences, and one of this is the fact that the legislator wrongly stated that the law derogate from the provisions of Civil Code. In fact, this act only partially derogate from the general rule, only in respect of giving in payment regulation and not to the unforeseeable event's provisions as well.

<sup>59</sup> In the doctrine it was emphasized that Constitutional Court Decision no. 623/2016 has become a key reading for the concept of unforeseeable event (see STOICA, V.: *A constitutional interpretation...*, op. cit., p. 187).

it was established by the parties. Consequently, the unforeseeable event, as a concept, implies an imbalance over the performance of contract. Furthermore, it results in that unforeseeable situation is distinct from the unfair terms of contract, as well as from the over-indebtedness of contract.

Secondly, the event must occur after the conclusion of contract. If the event occurred before, it is unanimously considered the parties assumed both the event and its consequences. In this respect, the contract shall be considered valid and the parties shall be presumed that they accepted and adapted the performance of the contract considering this event.

Thirdly, the event and its consequences were not taken into consideration by the debtor and they could not be reasonably considered to be taken into account by the debtor at the conclusion of the contract. Thus, the essential characteristic of the event is that it was unforeseeable at the time when the contract has been concluded. An unforeseeable event requires that, on one side, the debtor has not taken it into consideration when he expressed his will, and on the other side, he also cannot be reasonably assumed that, at the same moment, he has anticipated the occurrence of such event.

Regarding this condition, Constitutional Court, by Decision no. 623/2016, stated that the hardship is naturally connected with the concept of risk,<sup>60</sup> and that in credit contracts, the risk must be analyzed from a double perspective. All credit contracts are involving a certain natural risk,<sup>61</sup> which consists of the fluctuations of the exchange rate of the currency. Alongside this natural risk, the credit contract is involving an external risk, which cannot be anticipated<sup>62</sup> by any of the parties at the moment of con-

---

<sup>60</sup> See paragraph 96 of the Decision no. 623 from 2016.

<sup>61</sup> See BERCEA, L.: *Foreign currency risk...*, *op. cit.*, pp. 28–30; RIZOIU, R.: *Paradoxul călătorului în timp a fost evitat.. la timp: Conțiile (constituționale) ale dării în plată [Paradox of the traveler in time was avoided... on time (constitutional) conditions of giving in payment]* in *Romanian Private Law Review* no. 1/2017, pp. 143–145.

<sup>62</sup> The possibility of anticipation of the future event must be made taking into consideration the economic and law knowledge of the parties, the value of contract, the already incurred risk, the economic conditions and the social utility of the contract in the new terms. In doctrine it was emphasized that the currency fluctuations cannot be qualified as external risk in any circumstances, because those fluctuations are by their nature predictable (see MURGOCI-LUCA, A-M.: *Scurtă analiză a practicii instanțelor juridecătorești după publicarea Decizii Curții Constituțional nr. 623/2016 (A brief analysis of the practices of the courts following the publication of the decision of the Constitutional Court no. 623/2016)*, in *Romanian Private Law Review* no. 1/2017, p. 83).



tracting the credit. In credit contracts, this risk is materialized in the excessive fluctuations of the currency of the credit.

The event shall not have an unforeseeable character if the parties inserted in their contract a hardship clause. By this clause, the parties stated that if a certain event occurs there shall be taken specific remedies. In this case, the unforeseeability loses its purpose, because the parties already agreed on what will happen in that situation.<sup>63</sup> If this hardship clause states that the debtor shall bear all risks derived from the exchange rate fluctuation, he cannot use the remedy of unforeseeability anymore. In this case, the debtor shall be able, instead, to fill a petition based on the unfair term of the hardship clause.<sup>64</sup>

Fourthly, the unforeseeable event must put the debtor, pursuant to the considerations of Constitutional Court, in an objective incapacity of payment. This is an unusual derogation in the field of unforeseeable events, because, one of the basic principles of this concept is that the performance of the obligation still remains possible.<sup>65</sup> This principle is also preserved by the new civil code, which states that in case of unforeseeable event, the contractual burden of the debtor becomes excessive.<sup>66</sup>

By modifying this principle, the Constitutional Court opened the debtor possibility to invoke, as grounds for occurrence of an unforeseeable situation, aspects that exceed the contractual frame and concern in fact their economic status. Consequently, the debtor can invoke various aspects, that do not concern the contract, but that put him in an objective incapacity of

---

<sup>63</sup> The same reasoning shall be applicable if the parties reach an agreement after the debtor notifies the creditor, pursuant to article 5 of the Law.

<sup>64</sup> See BERCEA, L.: *Foreign currency risk... op. cit.*, p. 39.

<sup>65</sup> See BOZEȘAN, V.: *Anamorphosis of hardship clause... op. cit.*, p. 58.

<sup>66</sup> In order to assess if the contractual burden of the debtor has become excessive, the doctrine [(see ZAMSA, C.: *Teoria impreviziunii. Studiu de doctrină și jurisprudență (A theory of unforeseeable situations. Study over the doctrine and case-law)*], Hamangiu publishing, Bucharest, 2006, pp. 127–135) proposed a set of criteria as: debtor's economic ruin, the value of debtor's obligations becomes double or exceeds the initial value with more than 50%, etc. In this regard, also see ANTON, G.: *Teoria impreviziunii în dreptul român și în dreptul comparat (A theory of unforeseeable events in Romanian law and comparative law)*, in *Law Review*, no. 7/2000; ORGA DIMITRIU, G.: *Impreviziunea în noul cod civil al României – soluții și provocări (Unforeseeable events in the new civil code of Romania – remedies and challenges)*, in BAIAS, FL.A., DINCĂ, R.: *Le nouveau Code civil roumain – vu de l'intérieur – vu de l'extérieur (The new Romanian civil code – internal perspective – external perspective)*, Universul Juridic publishing, 2014, pp. 251–271.

payment and that can be a result of his own culpable conduct such as: losing a job, development of a disease, an accident that put him in incapacity to work etc.

Moreover, Constitutional Court connects the (im)possibility of payment with the good (or bad) faith of the debtor. Thus, a debtor who is in incapacity of payment shall be considered a good-faith debtor, but if the debtor has the means to pay his debt, no matter how destructive this payment is for the economic balance of the contract, he shall be considered a debtor in bad-faith and therefore he shall not be entitled to giving in payment. In our opinion, the Court made a confusion that can imply most severe consequences. In practice, in the majority of unforeseeable situations the debtor is not in impossibility of payment (case in which another remedy is applicable under the civil code) but the payment has become excessively onerous compared to the contractual economic balance.

Fifthly, the unforeseeable situation is caused independently from the parties' conduct. Thus, for a certain event to be qualified as unforeseeable situation, it must be caused by an external source and not by the parties. However, as we have already shown before, this condition is not expressly comprised in the Constitutional Court's reasoning. Following these aspects, a debtor may successfully prevail by the provisions of Law no. 77/2016 if he proves the fact that he is in incapacity of payment, because this situation is qualified by the Constitutional Court as unforeseeable situation, regardless if this impossibility is caused by his actions or not.

We cannot agree with this type of interpretation. The event that disrupts the economic balance of the contract, even if it causes or not incapacity of payment, must be caused by an external and independent factor and under no circumstances the parties' conduct cannot be involved in the causal relation.

Last but not least, the debtor shall have to prove that, before commencing the procedure pursuant to Law no. 77/2016, he had tried to settle the dispute in amicable fashion.<sup>67</sup> Thus, the debtor must inform his creditor about the occurrence of an unforeseen event that jeopardizes the performance of the contract. In this regard, Constitutional Court stated that "*the*

---

<sup>67</sup> In doctrine it was emphasized that the courts shall have the duty to verify if the parties had negotiate before filling the petition (see MURGOCCI-LUCA, A-M.: *A brief analysis of the practices...*, *op. cit.*, pp. 80–81).

*duty to renegotiate the contract first incurs to the parties, which have to settle the dispute in accordance with the new factual reality.”*

Although from a very strict point of view, this negotiation has to be conducted before the commencement of the special procedure, we find no reason that stops the debtor from exposing his proposal of adaptation and his intent to negotiate right through the notification regulated by art. 5, since this notification must content these particulars.

### **Sub-section 3. The debtor’s power to be discharged by its obligations**

Another reasoning of the Constitutional Court concerns the effects of unforeseeable situation over the contract, namely what remedies shall be applicable between the parties. As we shown before, in its initial form, Law no. 77/2016 regulated the debtor’s right to be discharged by his contractual obligations by giving in payment the guaranteed immovable good. The effect of giving in payment was in all situations termination of contract.

This fact has also been amended by Constitutional Court, which stated that, as a consequence of an unforeseeable event, the contract can be terminated or can be adapted in such a manner that is appropriate both for the creditor and the debtor.

Consequently, the debtor shall have at his disposal one of the following alternatives: firstly, he can enter into negotiation with the creditor, based on art. 5 of Law no. 77/2016 or informally, in order to conclude an addendum to the credit agreement, with the effect of keeping this agreement in force. As we emphasized above, this possibility is also a requirement for the effectiveness of the mechanism provided by Law no. 77/2016. However, in this case, the performance of the contract shall continue and the contract shall be amended in accordance with the agreement of the parties.

Secondly, the debtor can use the giving in payment procedure regulated by Civil Code, if he obtains the consent of the creditor, with the effect of discharging him from contractual duties. In this case, the contract shall be terminated, but the termination shall not be made in base of Law no. 77/2016, but based on the agreement of parties.

Thirdly, the debtor can make use of the judicial procedure regulated by art. 8, case in which the debtor shall have to prove that during the period

of contract there has occurred an unforeseeable situation that determined his over-indebtedness.

However, if the debtor chose to make use of the last option, his discharge from the contract obligations is uncertain, even if he succeeds proving that an unforeseeable situation occurred. This uncertainty is another result of the Decision no. 623/2018, because the Court stated that even in this case, the judge shall not be bound to pronounce the termination of contract in base of art. 8. He may dispose, if he considers it appropriate, the adaptation of the contract in a manner that he considers to be appropriate and it shall pronounce the termination of contract only if all other remedies fail to apply.<sup>68</sup>

Considering all the aspects presented above, we can conclude that Law no. 77/2016 has been reconfigured by the Decision no. 623/2016 of the Constitutional Court. By its ruling, Constitutional Court denied the key elements of this law: the concept of legal hardship situations and the forced giving in payment without the creditor's consent. Consequently, the giving in payment procedure has been restored from the status of instrument for the protection of the consumers to his traditional status of alternative procedure that an over-indebted debtor can use to discharge from his duties.

## Conclusions

Law no. 77/2016 has been adopted as a response of the Romanian legislator to an increasingly frequent issue that has occurred in society: the financial difficulties of the consumers who have concluded credit contracts in Swiss francs to repay their loans.

This response developed a new type of giving in payment procedure, usually named forced giving in payment. The initial form of this law, which stated that the giving in payment could be enforced without the creditor consent and with minimal requirements, was based on the concept of legal unforeseeable situations.

Consequently, the debtor was empowered to discretionally discharge himself from his contractual obligations as a result of his own will and only with minimal formal requirements.

---

<sup>68</sup> AVRAM, M.: *Is giving in payment law...*, *op. cit.*, p. 19.

The validity of this mechanism has been challenged by the creditors through the procedure of constitutional review. Following this review, Law no. 77/2016 has been substantially amended. Constitutional Court has re-configured the Law no. 77/2016, by supplementing it with a number of substantive requirements that need to be reviewed by the courts of law in order to decide on the applicability of forced giving in payment.

Consequently, the Court stated that the forced giving in payment is unconstitutional and ruled that the courts must verify in every situation if over the period of contract has occurred an event that can be qualified as unforeseeable event.

Furthermore, even in those situations in which the courts conclude that unforeseeable event exists, they are not bound to pronounce the termination of the contract and discharge the debtor from his contractual obligations. In such case, the court can order the adaptation of the contract, in any form it considers to be appropriate.

# AD HOC LEGISLATION IN THE FINANCIAL CRISIS (CROATIAN MODEL OF THE FIGHT AGAINST OVER-INDEBTEDNESS OF CITIZENS)

*Prof. dr. sc. Tatjana Josipović*

*Faculty of Law, University of Zagreb, Croatia*

## 1. Introduction

The development of the Croatian society and its economic and legal order in the last ten years has been significantly impacted by the financial crisis (2008). Despite the fact that in the past several years, a recovery of the Croatian economy has begun,<sup>1</sup> the consequences of the financial crisis continue to have a decisive impact on the development of the country's development and in particular on the financial, economic and social position of its citizens. In recent years, a large number of citizens have been permanently incapable of repaying their overdue commitments to financial institutions, providers of public services, public bodies (taxes and other public dues), and the situation consequently led to their insolvency and over-indebtedness. The reasons for the citizens' financial difficulties are of various nature. Loss of jobs and/or drops in income have been the primary reasons for the citizens' inability to regularly fulfil their commitments. All these financial difficulties have had a serious impact on the relationships in society and in families, they changed the social position of individuals in their communities and at work places, and consequently also endangered the protection and accomplishment of their fundamental human rights. Various enforcement proceedings for the repayment of debts were instituted against a large number citizens. They mostly resulted in frozen bank ac-

---

<sup>1</sup> See the data on the GDP Growth Rate in Croatia published at: <https://tradingeconomics.com/croatia/gdp-growth> (last visited: 1/12/2019). For more on recent economic developments in Croatia see the data of the World Bank published at: <https://www.worldbank.org/en/country/croatia/overview#3> (last visited: 1/12/2019).

counts<sup>2</sup> but frequently also in foreclosure proceedings over residential immovable property leading to forced sales and evictions.

Legislative responses to the financial crisis have been diverse. On the one hand, two reforms of enforcement proceedings were carried out.<sup>3</sup> The aim was to alleviate the position of debtors in enforcement proceedings involving residential immovable property and to protect the debtor's right to a home. For this purpose, various legal concepts were developed to protect debtors and their families in enforcement proceedings in case of losing ownership of residential immovable property.<sup>4</sup> However, these legal concepts have not been sufficiently effective in practice. Therefore, the adoption of a new Enforcement Act is pending and it will contain some new and different mechanisms for debtors' right to a home.<sup>5</sup> On the other hand, since 1 January 2016, the first Croatian Consumer Bankruptcy Act<sup>6</sup> has been in force aimed at ensuring „a new start“ for over-indebted and insolvent citizens after consumer bankruptcy proceedings have been completed and the residual debts discharged. Considering the fact that this Act provided

---

<sup>2</sup> For example, on 30 June 2016, a total of 328,788 citizens (7.9% of the total population) was undergoing enforcement, i.e. their accounts, amounting to a total of €5.3 billion. These data are taken from FINA's information entitled "An overview of blocked citizens by creditors and dates of payment – the situation on 30/6/2019), published at: <https://www.fina.hr/-/pregled-blokiranih-gra-ana-po-vjerovnicima-i-rocnosti-stanje-30-6-2019-> (last visited: 1/12/2019).

<sup>3</sup> Enforcement proceedings are provided for in the Enforcement Act/EA, OG 112/12, 25/13, 93/14, 55/16, 73/17.

<sup>4</sup> See the Act on Amendments to the Enforcement Act of 2014 (OG, 93/14) on the pre-sale and post-sale continuance of the eviction against home property in the enforcement procedure against residential immovable property. For more see JOSIPOVIĆ, T., ERNST, H.: *Recent crisis-motivated reforms in Croatian private law*, *Europski pravnik*, 1/2015, pp. 84, 85.

See the Act on Amendments to the Enforcement Act of 2017 (OG 73/17) by which the concept of enforcement on home property of 2014 was amended. Enforcement on immovables for debts of less than 20,000 HRK (ca. 2,666 EUR) was excluded. In the cases of eviction from a residential immovable, a debtor has been recognised the right to a pecuniary compensation for the costs of housing care of the debtor and his or her family (Art. 80.b, 131a, 131b EA).

<sup>5</sup> See the Final Draft of the Enforcement Act, Zagreb, November 2019, published at: [https://www.sabor.hr/sites/default/files/uploads/sabor/2019-11-22/150102/PZE\\_676.pdf](https://www.sabor.hr/sites/default/files/uploads/sabor/2019-11-22/150102/PZE_676.pdf) (last visited 1/12/2019).

<sup>6</sup> The Consumer Bankruptcy Act, OG 100/15.

for very complex consumer bankruptcy proceedings,<sup>7</sup> it was amended in 2018 by special provisions<sup>8</sup> on the so-called simple consumer bankruptcy proceedings. The aim was to speed up and simplify the consumer bankruptcy proceedings in cases where the total amount of a consumer debt did not exceed the legally prescribed limit, i.e. involving a relatively small overall consumer debt.<sup>9</sup>

However, systemic interventions in enforcement proceedings and the introduction of the new summary bankruptcy proceedings have not succeeded in reducing, to a satisfactory extent, a large number of over-indebted Croatian citizens and removing all the consequences, ensuing from their over-indebtedness, for the entire social and economic development of Croatia. Therefore, the Croatian legislator has reached for *ad hoc* legislative measures to eliminate the consequences of the financial crisis. For several years already, various *ad hoc*<sup>10</sup> legislative measures have been taken to eliminate specific or immediate problems encountered, at different times, by Croatian citizens due to the financial crisis, because of which they end-

---

<sup>7</sup> In the Consumer Bankruptcy Act, the bankruptcy proceedings are divided in several phases: out-of-court debt settlement, judicial settlement, court bankruptcy proceedings, probation period, discharge of residual debt (Arts. 8-20, 44-79). For more see: JOSIPOVIC, T.: *Verbraucher – neue Maßnahmen gegen die Verbraucherüberschuldung in der Republik Kroatien*, Festschrift für Prof. Dr. M. İlhan Uslan (Eds. Altop, Welser i dr) Ankara, 2016., str. 429–450.

<sup>8</sup> Act on the Amendments to the Consumer Bankruptcy Act (OG 67/18), in force since 1 January 2019.

<sup>9</sup> See Arts 79a-79v of the Consumer Bankruptcy Act.

During the period from 1/1/2019 to 25/11/2019, FINA (Financial Agency) submitted 95,557 proposals to Croatian courts to institute simple consumer bankruptcy proceedings. The Financial Agency invited the consumers to accept the institution of simple consumer bankruptcy proceedings (131,314 invitations), only 11,902 consumers expressly agreed and 28,941 of them expressly refused their institution. It was presumed that the consumers, who failed to respond to FINA's invitation, tacitly agreed to the institution of simple consumer bankruptcy proceedings (Art. 79c para. 2 Consumer Bankruptcy Act). These data are taken from FINA's information entitled "An overview of integrated data from the system of implementation of simple consumer bankruptcy proceedings for the period from 1/1/2019 to 25/11/2019" published at <https://www.fina.hr/documents/52450/232353/WEB+Pregled+zbirnih+podataka+iz+Sustava+provedbe+Jednostavnog+postupka+stečaja+potrošača-25.11.2019.g.pdf/20d0b7c2-b148-7538-1c23-c697c4e5d9be?t=1574684764926> (last visited: 1/12/2019).

<sup>10</sup> According to Cambridge Dictionary, the adjective "*ad hoc*" is defined as "*made or happening only for a particular purpose or need, not planned before it happens*", taken from: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/ad-hoc> (last visited: 1/12/2019).



ed up being over-indebted, insolvent or poor. A whole series of one-time measures have been adopted which, at the time of their adoption, were a concrete response to the current problems of over-indebted citizens and their increased debts. The taken measures were aimed at preventing the existing debts from increasing and at making it easier for debtors to repay their debts or at discharging them completely. At the end of the day, these specific *ad hoc* measures did improve the citizens' position regarding the repayment of arrears. It also helped to re-include a significant number of citizens in the activities of the market of goods and services. However, these *ad hoc* measures brought about some major changes in the previously established contractual relations that the debts ensued from. Indeed, this resulted in the change of the legal and economic position of the contractual parties. Consequently, some new, systemic and consistent legislative interventions in the regulation of contractual relations were required. In addition, it was necessary to take parallel, *ad hoc* measures to provide compensation for the other contractual party (e.g. financial institutions, service providers, and the like) and the losses caused by *ad hoc* measures by which the position of debtors was relieved (e.g. tax deductions for creditors). It turned out that an *ad hoc* measure by which the position of a debtor was unilaterally alleviated also called for a corresponding *ad hoc* measure to compensate for the loss of the other party. With regard to creditors, when taking *ad hoc* measures, it was necessary to take into account their fundamental, constitutional rights such as the right to ownership, entrepreneurial and market freedoms and the protection of foreign investments.<sup>11</sup> It also became clear that despite the momentary positive effect on the financial position of citizens, those were pointillistic, one-time measures that only eliminated the current consequences of over-indebtedness and insolvency. However, such *ad hoc* measures failed to remove the basic causes for the citizens' over-indebtedness (unemployment, financial illiteracy, etc.).

In this text, the author presents six main *ad hoc* measures by which the Croatian legislator responded to the problems of citizens' over-indebtedness in the past several years and the effects of these measures on the social status of citizens. The author also explains the impact of those *ad hoc* measures on the Croatian legal order. The main aim of the text is to analyse whether the taken *ad hoc* measures have been the right method of solving

---

<sup>11</sup> Arts 48, 49 of the Constitution of the Republic of Croatia.

the problems of citizens in a modern society. A question arises whether *ad hoc* measures should be the main principle or just an exception in a modern legal order. The importance of an answer to this question is particularly highlighted by the fact that, although these have been very diverse *ad hoc* measures taken in the period of almost six years, they have always been a response to the same long-existing problems in society with a continuous and negative impact on the legal and social position of citizens.

## 2. *Ad hoc* measures against the financial crisis

In Croatia, various *ad hoc* measures against the financial crisis were taken, due to a very sudden increase of the exchange rate of CHF and its unpredicted appreciation, after the position of debtors, who contracted consumer loans denominated in CHF with a variable interest rate, had significantly changed. According to the data of the Croatian National Bank, at the end of 2014, 16% of the overall amount of loans given to citizens were those denominated in CHF. This was mostly the case with housing loans (38% of the amount of all housing loans denominated in foreign currency were CHF loans). Of all the loans in CHF, 95.5% were residential loans.<sup>12</sup> The rise of the exchange rate of CHF led to a significant increase of credit commitments of those indebted in CHF. The situation called for a State intervention to protect all debtors who were exposed to very high risks because they were not able to regularly repay their loans. Most *ad hoc* measures were aimed at the protection of debtors of consumer loans denominated in CHF. However, some *ad hoc* measures had a much wider scope of application and they covered all over-indebted citizens regardless of the basis of their unpaid debts and regardless of who was the creditor in the legal relation a debt ensued from.

---

<sup>12</sup> Data published in the statement issued by the Croatian National Bank of 21 January 2015 "Some facts on Swiss franc credits and the possibilities of State intervention", published at <https://www.hnb.hr/documents/20182/123487/hp21012015.pdf/157fb1fa-911-d-48d7-9a10-3ec0c92b8efa> (last visited: 1/12/2019).

• **I. *ad hoc* measure (1/1/2014) – maximum interest rate in consumer credits with variable interest rate denominated in HRK, EUR or CHF**

The first *ad hoc* measure was provided for by the Act on the Amendments to the Consumer Credit Act of 2013.<sup>13</sup> Indeed, those were several different measures dramatically impacting the position of consumers who had taken out consumer loans. All those measures were applied retroactively on all the existing, as well as future credits. The main reason for all the taken measures was a difficult position of citizens and their inability to regularly fulfil their commitments, as well as an increase in the number of unpaid consumer credits in the total number of credits (15%). Therefore, it was necessary to protect citizens from an excessive growth of interest rates, unfavourable interest and excessive debts, particularly when entering into housing loans by which citizens were solving their existential problems.<sup>14</sup>

For consumer credits with variable interest rates, maximum interest rates for home loans and maximum interest rate for other consumer credits denominated in HRK, EUR or CHF were defined. Maximum interest rate for credits with variable interest rates was linked with the weighted average interest rate on such loans in Croatia.<sup>15</sup> In addition, a maximum annual percentage rate of charge for consumer credits and home loans was established.<sup>16</sup>

The most important intervention was to determine the maximum interest rate when the exchange rate was appreciated for more than 20% as compared to the rate at the time the loan had first been paid out.<sup>17</sup> Dur-

---

<sup>13</sup> Act on Amendments to the Consumer Credit Act (OG, 143/13), effective since 1 January 2014.

The Consumer Credit Act was adopted in 2009 to be harmonised with Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC (*OJ L 133, 22.5.2008, pp. 66–92*).

<sup>14</sup> See the Final Draft of the Act on Amendments to the Consumer Credit Act, Zagreb, October 2013, pp. 8, 9, published at: <https://vlada.gov.hr/UserDocsImages//2016/Sjednice/Arhiva//121.%20-%203.pdf> (last visited: 1/12/2019).

<sup>15</sup> See Art. 4 of the Act on Amendments to the Consumer Credit Act. For more see: JOSIPOVIĆ, T., ERNST, H.: o.c. pp. 80, 81.

<sup>16</sup> See Art. 9 of the Act on Amendments to the Consumer Credit Act.

<sup>17</sup> Art. 4 of the Act on Amendments to the Consumer Credit Act (the new Art. 11a/5 of the Consumer Credit Act).

ing such appreciation, the interest rate must not be higher than the average weighted rate for Croatian credit institutions having issued such credits, reduced by 30%. This statutory limitation of interest rates is only applied on a one-time basis and during the limitation, the interest rate remains unchanged. The limitation ceases to be applied when the foreign exchange rate is depreciated to the level under the above mentioned appreciation and continuously during a period of 30 calendar days.

• **II. *ad hoc* measure (27/1/2015) – temporary fixed exchange rate for CHF for all consumer credits**

The second *ad hoc* measure followed after the Swiss National Bank, on 15 January 2015, unexpectedly suspended the extraordinary and temporary measure of limiting the exchange rate of Swiss francs (CHF) to EUR introduced in September 2011. This resulted in a sudden increase of the exchange rate of HRK to CHF (an increase of 18% in relation to the exchange rate of 14 January 2015) and thus also to a huge increase in the annuity of loans denominated in CHF with variable interest rates. At that time, there were 60,000 contracted consumer credits denominated in CHF with a total debt of 23.7 billion HRK (ca. 3.16 billion EUR) whereby as many as 92% of all credits were housing loans. At the same time, the rate of uncollectible credits in CHF (12.9%) was significantly higher in comparison to credits in other currencies (credits in EUR – 5.43%). The conducted research shows that the whole situation seriously impacted the psycho-physical conditions of debtors.<sup>18</sup>

The Act on the Amendments to the Consumer Credit Act (January 2015)<sup>19</sup> introduced a temporary fixed exchange rate for CHF (6.39 HRK = 1 CHF). This measure was also applied retroactively to all the existing consumer credits denominated in CHF, independent of the amount of credit and regardless of its purpose.<sup>20</sup> It was an urgent, temporary and a short-term measure to alleviate the position of consumer credit debtors because of an

---

<sup>18</sup> See the Final Draft of the Act on Amendments to the Consumer Credit Act, Zagreb, January 2015, pp. 1, 2, published at: <https://vlada.gov.hr/UserDocsImages//2016/Sjednice/2015/207%20telefonska%20sjednica%20Vlade//Prijedlog%20zakona%20o%20dopuni%20Zakona%20o%20potrošačkom%20kreditiranju%20s%20Konačnim%20prijedlogom%20zakona.pdf> (last visited: 1/12/2019).

<sup>19</sup> The Act on Amendments to the Consumer Credit Act, OG 9/15.

<sup>20</sup> Arts 1, 2 of the Act on Amendments to the Consumer Credit Act (January, 2015).

increase in the exchange rate of CHF in the following 12 months. The measure was applied from 27 January 2015 to 27 January 2016. It was expressly determined that all the costs resulting from this measure were borne by the financial institutions, including the difference between the spot rate and the legal rate cost.<sup>21</sup> The aim of this *ad hoc* measure was to alleviate the current short-term unfavourable position of debtors in CHF until a uniform, permanent and an overall solution of the problem was found in the interest of not only those indebted in CHF but also creditors.<sup>22</sup>

### • **III. *ad hoc* measure (30/9/2015) – conversion of credits denominated in CHF**

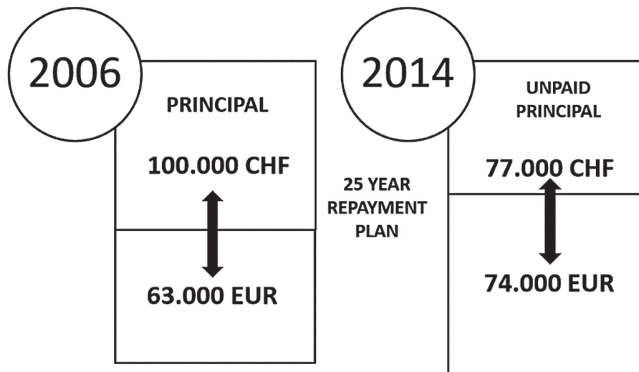
An overall solution to the problem of over-indebted citizens as the result of credits denominated in CHF was provided for by a new *ad hoc* measure adopted in September 2015. Continuous and irreversible strengthening of the exchange rate of CHF led to an increase in the principal amount of loans and thus also to an increase in interest rates, because in credit agreements in CHF, variable interest rates were contracted. This called for additional measures for the protection of citizens indebted in CHF in order to reduce the number of over-indebted and insolvent citizens. Because of drops in income and increased credit instalments, debtors were no longer able to regularly fulfil their financial commitments arising from credits denominated in CHF. In addition, the real property market was destabilised, the value of residential immovables suddenly decreased and debtors were no longer able to repay their credits by selling their immovable property they had bought by taking out bank loans. Particularly problematic was the circumstance that credits in CHF were the most represented ones in the overall mass of residential loans (38%). Of the total number of credits in CHF, more than 90% of them were housing loans. The exchange rate of EUR at that time was significantly less appreciated and there was a fall of interest rates on credits denominated in CHF. This all led to a situation where, in 2015, in the case of credits denominated in CHF, the counter-value of the outstanding principal, when expressed in EUR (despite the regu-

---

<sup>21</sup> Art. 11d, para. 2 of the Consumer Credit Act added to Art. 1 of the Act on Amendments to the Consumer Credit Act (January, 2015).

<sup>22</sup> See the Final Draft of the Act on Amendments to the Consumer Credit Act, Zagreb, January, 2015, p. 3.

lar repayment of arrears) was significantly higher than the counter-value of the principal of such credits in EUR at the time of their issuance. For example, for a credit issued in 2006 for a principal of CHF 100,000, which at that time amounted to EUR 63,000, after 8 years of regular repayment, the principal ended up being CHF 77,000 or EUR 74,000, i.e. EUR 11,000 more than at the time when a credit agreement (2006), denominated in CHF, had been entered into.<sup>23</sup>



**Figure 1. The impact of the modification of the exchange rate of CHF on the commitment arising from a credit denominated in CHF (2006–2014)**

To establish an equal position of citizens indebted by credits denominated in CHF with those indebted in other currencies, the Consumer Credit Act,<sup>24</sup> providing for the conversion of credits denominated in CHF, was again amended.<sup>25</sup> The final solution was a conversion of credits in CHF to credits in EUR, i.e. a conversion of credits denominated in CHF to credits denominated in EUR. The conversion was based on the following principles: equal treatment of debtors with CHF-denominated loans

<sup>23</sup> Data taken from the Draft Act on Amendments to the Consumer Credit Act, with the Final Draft Act, Zagreb, September 2015, pp. 2, 3, published at [https://www.sabor.hr/sites/default/files/uploads/sabor/2019-01-18/080849/PZ\\_899.pdf](https://www.sabor.hr/sites/default/files/uploads/sabor/2019-01-18/080849/PZ_899.pdf) (last visited: 2/12/2019).

<sup>24</sup> Act on Amendments to the Consumer Credit Act (OG 102/15), entered into force on 30 September 2015.

<sup>25</sup> See Arts 19a-19l of the Consumer Credit Act.

and EUR-denominated loans (at the time of the conclusion of the credit agreement); calculation of over-payments into future instalments (up to 50%); conversion by applying the EUR exchange rate applied to EUR-denominated loans and interest rate applicable to EUR-denominated loans; application to all loans, irrespective of type and purpose, and independent of when the contract was concluded; ban on new security interests and additional conditions; the effect of conversion is a tax deduction for the creditor; no additional costs for debtors; legal obligation of creditors to offer conversion.<sup>26</sup> In short, the conversion was based on the concept that for a debtor with a CHF-denominated credit, the position was created as if he or she had taken out a EUR-denominated credit. For the debtor, the conversion was voluntary and it solely depended on his or her own decision. The creditor, or the credit institution, was bound to offer a conversion to the debtor (mandatory conversion). If the debtor accepted the conversion, the parties had to enter into a new or amended credit agreement. The same concept of conversion of a credit was applied to CHF-denominated contracts concluded in credit institutions by a natural person carrying out a free-lance activity, a craftsman, a sole trader or a holder of a family agricultural farm.<sup>27, 28</sup>

The effects of the third *ad hoc* measure, from the point of view of debtors, were very successful. Of the total number of CHF-denominated credits, as many as 93.9% of debtors (58,367 credits) accepted the conversion and 84.9% actually realised it. The conversion was refused by only 6.04% of debtors with CHF-denominated credits.<sup>29</sup>

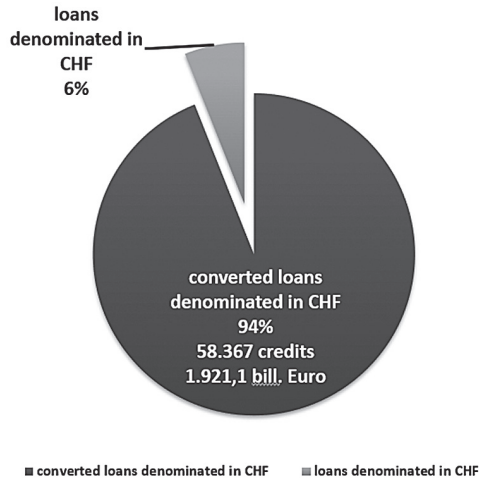
---

<sup>26</sup> For more see MILOTIĆ, I.: *Konverzija i ništetnost ugovora o kreditu prema noveli Zakona o potrošačkom kreditiranju (prikaz rješenja)* (Conversion and Invalidity of a Loan Agreement According to the amendment to the Consumer Credit Act – an overview of solutions), *Računovodstvo, revizija i financije*, 11/15, pp. 213–217.

<sup>27</sup> See the Act on Amendments to the Credit Institutions Act (OG 102/15), entered into force 30/9/2015.

<sup>28</sup> The Constitutional Court, upon the application for the review of the constitutionality of the provisions of the Consumer Credit Act on Conversion held that those were not unconstitutional provisions (see the ruling of the Constitutional Court of the Republic of Croatia no.: U-I-3685/2015 *et al* of 4 April 2017). For more see in JOSIPOVIĆ, T.: *Social Role of Private Law in the Financial Crisis*, LAZAR, J., GAJDOŠOVÁ (eds): *Social Function of Law and Growing Wealth Inequality*, Trnava, 2018, s. 61, note 13.

<sup>29</sup> Data taken from “An Analysis of the Conversion of CHF Credits“, Ministry of Finance <http://www.mfin.hr/adminmax/docs/Analiza%20konverzije%20CHF%20kredita.pdf> (last visited 2/12/2019).



*Figure 2. The effects of the conversion of credits denominated in CHF*

#### • IV. *ad hoc* measure (29/7/2017) – nullity of credits concluded with non-authorized lenders

A specific *ad hoc* measure was taken to protect debtors who, in the Republic of Croatia, concluded agreements featuring international elements with so-called “*non-authorized lenders*”. Those were credits entered into with legal persons whose statutory seat, at the time of the conclusion, was situated outside the Republic of Croatia, but who proposed or supplied credit services in the Republic of Croatia although they did not have the authorisation of the competent authorities of the Republic of Croatia. By a separate Act (Act on the Invalidity of Credit Agreements Featuring International Elements),<sup>30</sup> such agreements were *ex lege* proclaimed null and void. The Act provided for a retroactive application of the nullity rule on all existing credits with international elements, including the agreements conclu-

---

<sup>30</sup> *Zakon o ništetnosti ugovora o kreditu s međunarodnim obilježjima sklopljenih u Republici Hrvatskoj s neovlašćenim vjerovnikom*, (Act on the Invalidity of Credit Agreements Featuring International Elements Concluded in the Republic of Croatia with a Non-Authorised Lender, OG 72/17, entered into force 29/7/2017.



ded prior to the entry into force of the Act. Under the Act, the contractual parties were bound to return whatever they had received under a void contract.<sup>31</sup> At the same time, suspension was prescribed of enforcement procedure against the debtor who initiated an action to proclaim the credit to be null and void.<sup>32</sup> A conflict-of-law rule was developed according to which the applicable law for contracts was always Croatian law and the competent court for the proceedings initiated by creditors against debtors could only be a court of the State of the debtor's domicile.<sup>33, 34</sup> The objective of this *ad hoc* measure was to eliminate any unfavourable consequences for at least 100,000 citizens who had entered into agreements with an international element.<sup>35</sup>

However, different from other *ad hoc* measures aimed at the protection of over-indebted citizens, the Act on the Invalidity of Credit Agreements Featuring International Elements concluded in the Republic of Croatia with a non-authorised lender failed to achieve the expected results. The Court of Justice of the European Union (ECJ) in its case *C-630/17, Milivojević*<sup>36</sup> ruled that it was a national regulation whose application was precluded by Art. 56 of the TFEU (freedom to provide services). The ECJ held that the Act provided for unjustified restrictions on the exercise of the freedom to provide services for the providers of financial services established in another Member State. Consequently, the ECJ also ruled that: "*Article 56 TFEU must be interpreted as precluding legislation of a Member State, such as that at issue in the main proceedings, which has the effect, inter alia, that credit agreements and legal acts based on those agreements concluded in that Member State between debtors and creditors established in another Member*

---

<sup>31</sup> Arts 3, 7, 10 of the Act on the Invalidity of Credit Agreements Featuring International Elements Concluded in the Republic of Croatia with a Non-Authorised Lender.

<sup>32</sup> Art. 6 of the Act on the Invalidity of Credit Agreements Featuring International Elements Concluded in the Republic of Croatia with a Non-Authorised Lender.

<sup>33</sup> Art. 8 of the Act on the Invalidity of Credit Agreements Featuring International Elements Concluded in the Republic of Croatia with a Non-Authorised Lender.

<sup>34</sup> For more see MATUŠKO-ANTONIĆ, Lj: Invalidity of Credit Agreements with International Elements, *Pravo i porezi*, 9/17, pp. 21–25; MILOTČI, I.: o.c., pp. 217, 218.

<sup>35</sup> See Draft Act on the Invalidity of Credit Agreements Featuring International Elements Concluded in the Republic of Croatia with a Non-Authorised Lender, draft – MP Marin Škibola, Zagreb, April, 2017, p. 3, published at: [https://sabor.hr/sites/default/files/uploads/sabor/2019-01-18/081131/PZ\\_121.pdf](https://sabor.hr/sites/default/files/uploads/sabor/2019-01-18/081131/PZ_121.pdf) (last visited: 2/12/2019).

<sup>36</sup> See Judgment of the Court of 14 February 2019, *C-630/17, Milivojević*, ECLI:EU:C:2019:123.

*State who do not hold an authorisation, issued by the competent authorities of the first Member State, to operate in that State, are invalid from the date on which they were concluded, even if they were concluded before the entry into force of that legislation.*<sup>37, 38</sup> After the cited judgment had been rendered, the Act on the invalidity of credit agreements featuring international elements concluded in the Republic of Croatia with an non-authorized lender is no longer applied.

- **V. *ad hoc* measure (21/7/2018) – discharge of citizens’ debts on frozen accounts**

The long-lasting over-indebtedness of citizens in the Republic of Croatia resulted in a situation where enforcement proceedings were conducted against a large number of people whose debts were repaid by the pecuniary means taken off their bank accounts. In Croatia, enforcement on the money kept on bank accounts is carried out by the Financial Agency (FINA) in accordance with the Act on the Execution of Enforcement over Monetary Assets.<sup>39</sup> Enforcement is carried out by blocking the monetary assets on the debtor’s account, i.e. any withdrawals or transfers from any of the debtor’s accounts are then prohibited, except for the payment of outstanding debts for which the enforcement procedure is initiated. A part of the monetary assets is excluded from enforcement and it remains at the debtor’s disposal to satisfy his or her personal needs and is transferred to the so-called protected account.<sup>40</sup> During enforcement proceedings, the debtor’s accounts are frozen and the debtor, until all the debts are repaid, may not dispose of any money paid into his or her account. Consequently, debtors whose accounts are frozen, are completely prevented from using their accounts and from paying any goods or services off their accounts. Indeed, debtors with

---

<sup>37</sup> Taken from the judgment of the Court of 14 February 2019, C-630/17, Milivojević, ECLI: EU:C:2019:123, Dispositive Part, p. 1.

<sup>38</sup> On the judgment Gillies, L.E: Affirming Free Movement of Services and the Scope of International Jurisdiction of a Cross-Border Consumer Credit Agreement: Case C-630/17 Milivojevic v Raiffeisenbank St Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen’ (2019) 8 Journal of European Consumer and Market Law, Issue 5, pp. 202–204.

<sup>39</sup> *Zakon o provedbi ovrhe na novčanim sredstvima* (Act on Execution of Enforcement Over Monetary Assets), OG 68/18.

<sup>40</sup> For example, an amount of 2/3 of the average net pay was excluded. There are also special rules in cases where the debtor receives a pay below the average net pay. See, for example, Art. 173, The Enforcement Act.

frozen accounts are totally excluded from doing any regular transactions via their accounts.

On 31 March 2018, there were altogether 325,254 citizens in Croatia whose accounts were frozen. In total, 7.8% of the entire population, or 9.2% of the working age population, were in the situation where all their accounts, because of due and unpaid debts were frozen. The overall arrears amounted to EUR 8.7. As many as 58% debtors owed smaller amounts, mostly for the expenses of their current consumption and public services (electricity, gas, telecommunication services). Many debtors' accounts were frozen for quite a long time, in some cases even for years.<sup>41</sup>

In July 2018, a one-time help for debtors with frozen accounts was offered in the form of the Act on Discharge of Citizens' Debts<sup>42</sup> providing for one-time relief measure for resolving the problem of citizens' frozen accounts. The aim of the Act was to enable the process of unfreezing the debtors' accounts to stimulate spending, the economic growth and to reduce class differences.<sup>43</sup> It was a typical *ad hoc* measure to regulate, *ex lege*, one-time debt cancellation of 10,000 HRK (€ 1,351) without any special agreement by the debtor. According to civil law, such debt cancellation was considered as debt forgiveness resulting in stay of enforcement.<sup>44, 45</sup>

Under the Act on Discharge of Citizens' Debts, the citizens' debts were *ex lege* written-off (debts of consumers and individuals with registered commercial activities was carried out not later than 31 December 2017. All debts were written-off for which the enforcement procedure on an individual's account was in force on 31 December 2017 and at the time when the Act was enacted. Any debts (both the principal and the enforcement costs) of up to maximum 10,000 HRK (€1,351) increased by the accrued interest were thus written-off.<sup>46, 47</sup>

---

<sup>41</sup> Data taken from the Draft Act on Discharge of Debts of Natural Persons, with a Final Draft Act, Zagreb, June 2018, pp. 1, 2 published at: [https://www.sabor.hr/sites/default/files/uploads/sabor/2019-01-18/081448/PZ\\_369.pdf](https://www.sabor.hr/sites/default/files/uploads/sabor/2019-01-18/081448/PZ_369.pdf) (last visited: 2/12/2019).

<sup>42</sup> *Zakon o otpisu dugova fizički osobama* (Act on Discharge of Citizens' Debts), OG 62/18, in force since 21/7/2018.

<sup>43</sup> Art. 2, para. 2 Act on Discharge of Citizens' Debts.

<sup>44</sup> Art. 4, para. 2, Art. 9, para. 3, Act on Discharge of Citizens' Debts.

<sup>45</sup> V. Vidović, A.: Discharge of Citizens' Debts according to the new Act, *RRIF*, 8/2018, p. 162.

<sup>46</sup> Arts 5, 8, Act on Discharge of Citizens' Debts.

<sup>47</sup> See Vidović, A.: o.c., p. 162.

When dealing with creditors whose debts were written-off, the Act on Discharge of Citizens' Debts provided for two types of creditors. The first group of creditors included the Republic of Croatia, the entities financed from the State budget, the State owned companies and entities established by the State. The debts of citizens with frozen accounts owed to this group of creditors of up to 10,000 HRK were written-off *ex lege* at the time when the Act became effective.<sup>48</sup> For the other group of creditors (local government, local government budget entities, natural and legal persons with commercial activities), it was only laid down that the cancellation of debts depended on their autonomous decisions. The second group of creditors was given an opportunity to freely decide whether they wanted the citizens' debts to be written-off. There were even special tax benefits to stimulate the cancellation of debts.<sup>49</sup>

The effects of *ad hoc* written-off debts undoubtedly improved the position of debtors who owed smaller amounts to the State or to state-owned companies and entities. The debts of as many as 150,474 citizens with frozen accounts were written-off (46% of citizens with frozen accounts). However, the share of written-off debts of the overall arrears of citizens with frozen accounts was only 3%. Due to the fact that citizens, whose debts were written-off, had frozen accounts on other grounds and in relation to other creditors, only for 6,248 citizens (4%) all blockages were completely cancelled, i.e. 96% of citizens whose debts had been written-off still had frozen accounts. Of the total amount of debts, and the total number of citizens whose accounts were frozen, the effects of the writing-off process was total unblocking of only 1.9% of citizens, or only 2.06% of total arrears were written-off.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> Art. 8, Act on Discharge of Citizens' Debts.

<sup>49</sup> Art. 11, Act on Discharge of Citizens' Debts.

<sup>50</sup> Data taken from FINA's "Data on the Implementation of the Act on Discharge of Citizens' Debts", published at: <https://vlada.gov.hr/UserDocsImages//Vijesti/2018/07%20srpanj/23%20srpnja/Blokirani//podaci%2023.7.2018.%20otpis%20duga.pdf> (last visited: 2/12/2019).

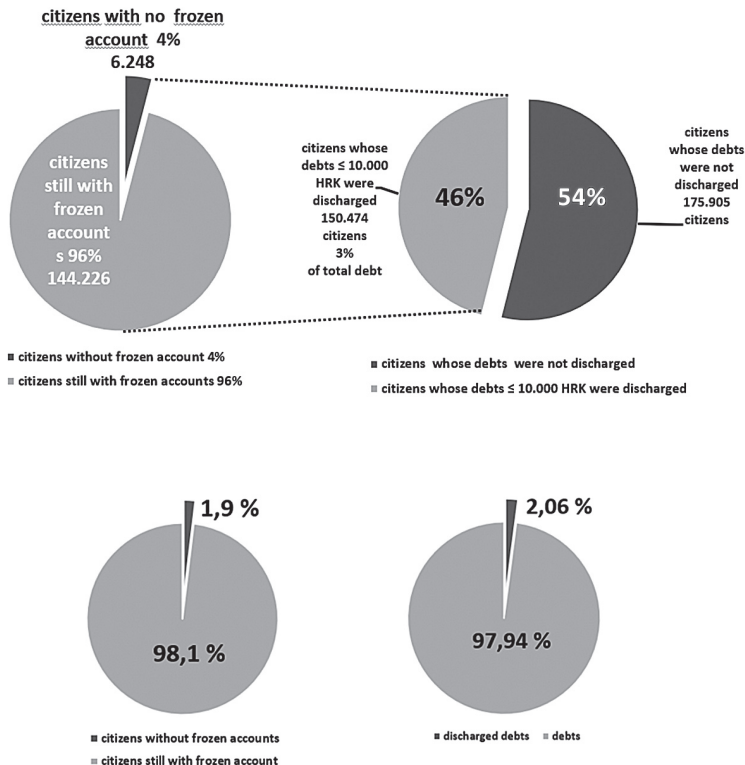


Figure 3. Effects of writing-off debts (2018)

• **VI. ad hoc measure (4/8/2018) – termination of enforcement on citizens' accounts**

The one-time measure of writing-off debts (2018) that could be taken *ex lege* only in favour of debtors who owed to the State or state-owned companies, was not sufficient to ease the problems of long-lasting, unsuccessful enforcement procedures due to which citizens' accounts were sometimes frozen for several years. On 30 June 2018, of a total number of citizens whose accounts were frozen (323,758) the accounts of as many as 278,990

citizens (86.2%) were frozen for more than 360 days and their share in the overall debt of all citizens with frozen accounts was 97%.<sup>51</sup>

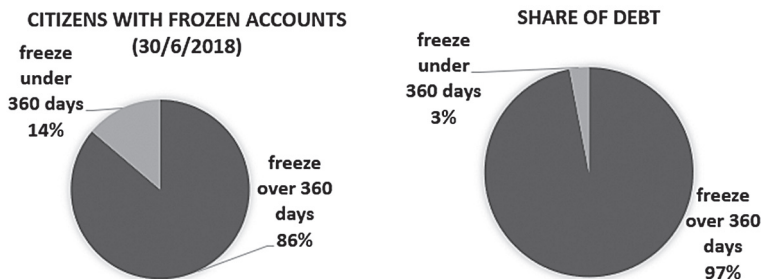


Figure 4. Citizens with frozen accounts and share of debt (30/6/2018)

For this reason, almost at the same time when this *ad hoc* measure of writing-off debts was introduced based on the Act on Discharge of Citizens' Debts, another *ad hoc* measure was introduced *ex officio* – automatic termination of enforcement of debts on frozen accounts not charged in the last three years. The new Act on Enforcement of Debts on Accounts<sup>52</sup> of August 2018 laid down a special action to be taken by the Financial Agency when it was not possible to collect the debt off the citizen's account.<sup>53</sup> If a debt of a natural person (a citizen) could not be collected in full within three years from the receipt of a request for collection, and if there had been no collections in the past six months, the Financial Agency *ex officio* cancelled the freezing and the enforcement over the account.<sup>54</sup> However, by

<sup>51</sup> Data taken from FINA's information "An Overview of Blocked Citizens by Creditors and Dates of Payment" – situation on 30/6/2019 published at: <https://www.fina.hr/-/pregled-blokiranih-gra-ana-po-vjerovnicima-i-rocnosti-stanje-30-6-2019-> (last visited: 1/12/2019).

<sup>52</sup> *Zakon o provedbi ovrhe na novčanim sredstvima* (Act on Enforcement of Debts on Accounts), OG 68/2018, in force since 4/8/2018.

<sup>53</sup> Art. 12, Act on Enforcement of Debts on Accounts.

<sup>54</sup> See MILARDOVIĆ, N.: *Što nam donosi novi Zakon o provedbi ovrhe na novčanim sredstvima* (What does the New Act on the Implementation of Enforcement on Accounts Bring?, *Financije, pravo i porezi*, 9/18, pp. 6, 7.

such acting, the debts did not cease to exist, i.e. they were not written-off but only the freezing and the enforcement were stopped.<sup>55</sup> The creditor was then authorised to initiate a new enforcement procedure to collect the outstanding debts. After the Act on Enforcement of Debts on Accounts had entered into force, the Financial Agency was bound to cancel, *ex officio*, the freezing of all the accounts, off which in the last three years, before the entry into force of the Act, the debts had not been collected in their entirety (because of which the accounts were frozen).<sup>56</sup> The aim of such action carried out by the Financial Agency was to prevent long-time freezing of citizens' accounts in cases where enforcement over monetary assets on their accounts turned out to be unsuccessful.<sup>57</sup>

The *ad hoc* measure of termination of enforcement on citizens' accounts had much better effects both in terms of the number of citizens with frozen accounts and with regard to their entire debt. When the Act on Enforcement of Debts on Accounts entered into force, the enforcement over the accounts of 225,322 citizens was partly or completely cancelled. At the same time, the amount of debt (both the principal and the interest), for which the citizens' accounts were frozen, significantly decreased.<sup>58</sup> Ever since the Act on Enforcement of Debts on Accounts became effective, the number of citizens with frozen accounts has been on a constant decrease.

---

<sup>55</sup> See CINDRIĆ, S.: *Zakon o provedbi ovrhe na novčanim sredstvima* (Act on Enforcement of Debts on Accounts), *Radno pravo* (Labour Law), 10/17, p. 60.

<sup>56</sup> Art. 33, Act on Enforcement of Debts on Accounts.  
See MILARDOVIĆ, N.: o.c., pp. 7, 8.

<sup>57</sup> See Draft Act on the Implementation of Enforcement on Accounts with the Final Draft Act, June, 2018, p. 3, published at: [https://sabor.hr/sites/default/files/uploads/sabor/2019-01-18/081448/PZ\\_370.pdf](https://sabor.hr/sites/default/files/uploads/sabor/2019-01-18/081448/PZ_370.pdf) (last visited 2/12/2019).

<sup>58</sup> Data taken from FINA's information entitled "An Overview of Blocked Citizens by Creditors and Dates of Payment" – situation on 30/6/2019 published at <https://www.fina.hr/-/pregled-blokiranih-gra-ana-po-vjerovnicima-i-rocnosti-stanje-30-6-2019-> (last visited: 1/12/2019).

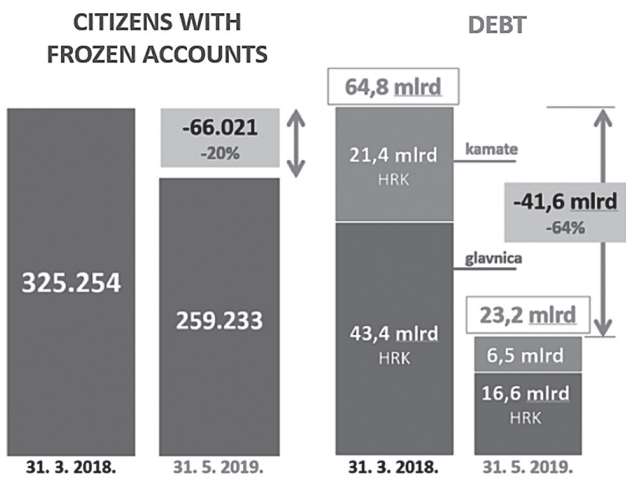


Figure 5. Citizens with frozen accounts (31/3/2018 – 31/5/2019)<sup>59</sup>

### 3. The effects of *ad hoc* measures on the social status of citizens and on the market of consumer credits

Numerous *ad hoc* measures intended in the past few years to alleviate the effects of the financial crisis on the over-indebtedness and insolvency of citizens have had a positive impact on the social status of citizens and on the consumer credits market. Since 2017, the number of citizens with frozen accounts and their integral debts have been on a constant decrease. On 30 September 2019, there were 242,827 citizens with frozen accounts, which is 8,391 citizen less compared to 31 August 2019, or 31,296 citizens less than a year ago, i.e. on 30 September 2018. At the same time, the overall debt of citizens fell by 60% in the period from 30 September 2017 to 30 September 2019.<sup>60</sup>

<sup>59</sup> Overview taken from <https://novac.jutarnji.hr/aktualno/na-sud-se-vraca-700000-pr-edmeta-od-ovrha-izuzete-dnevnice-naknade-za-odvojeni-zivot/9106340/> (last visited 2/12/2019).

<sup>60</sup> Data taken from FINA's information entitled: "The number of citizens with frozen accounts continues to fall" of 7/11/2019, published at <https://www.fina.hr/novosti/-/as->



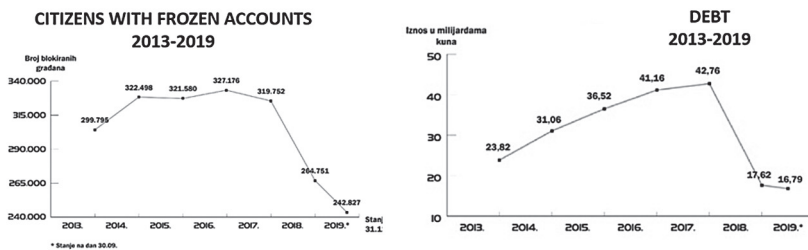


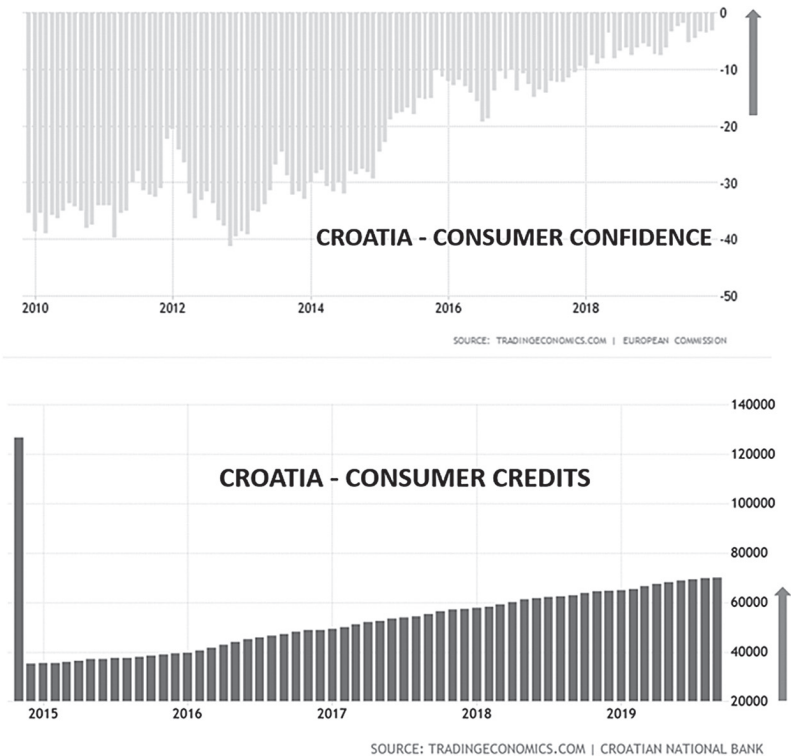
Figure 6. Citizens with frozen accounts/debts (2013–2019)<sup>61</sup>

A decrease in the number of citizens with frozen accounts and their debts has had a positive impact on the rise of consumer confidence and their resumed inclusion in the market of goods and services and in the market of financial services. With minor variations, Croatian consumer confidence is on the rise although it still cannot be considered as satisfactory. In November 2019, Index Points for consumer confidence was  $-3.3$ . It was a significant shift because in the period from 2005 to 2019, the consumer confidence in Croatia averaged  $-21.72$  Index Points.<sup>62</sup> In 2018 and 2019, we also witnessed a significant increase in the number of concluded consumer credits. In 2015, their number drastically dropped because the effects of the financial crisis and particularly the problems with the credits in CHF, were the most evident.

set\_publisher/pXc9EGB2gb7C/content/nastavlja-se-pad-broja-blokiranih-gra-ana (last visited: 3/12/2019).

<sup>61</sup> Graphs taken from FINA's information entitled "The number of citizens with frozen accounts continues to fall" of 7/11/2019, published at [https://www.fina.hr/novosti/-/asset\\_publisher/pXc9EGB2gb7C/content/nastavlja-se-pad-broja-blokiranih-gra-ana](https://www.fina.hr/novosti/-/asset_publisher/pXc9EGB2gb7C/content/nastavlja-se-pad-broja-blokiranih-gra-ana) (last visited: 3/12/2019)

<sup>62</sup> Data taken from the publication at: <https://tradingeconomics.com/croatia/consumer-confidence> (last visited: 3/12/2019).



**Figure 7. Croatia – consumer confidence/consumer credits<sup>63</sup>**

Nevertheless, the positive effects of *ad hoc* measures must be taken with a pinch of salt. On the one hand, the positive effects of *ad hoc* measures were particularly manifested when resolving the problems of citizens with smaller debts and whose accounts were frozen for a short period of time. Trends have shown that the number of citizens whose accounts are frozen for a long period of time and whose debts are the highest, decreases

<sup>63</sup> Graphs taken from: <https://tradingeconomics.com/croatia/consumer-confidence>; <https://tradingeconomics.com/croatia/consumer-credit> (last visited: 29/11/2019).

at a much slower pace.<sup>64</sup> On 30 September 2019, the accounts of as many as 193,975 citizens were frozen for longer than 360 days (80% of the total number of citizens with frozen accounts). The share of their arrears in the total debt of citizens with frozen accounts amounted to as high as 90%.<sup>65</sup> In comparison with the data on 30 September 2018,<sup>66</sup> the data on long-lasting frozen accounts also show some positive shifts but are still very worrying, because they reveal only a slight decrease in the number of citizens whose accounts have been frozen for a long time.

On the other hand, the new data show that after the introduction of *ad hoc* measures, the number of citizens whose accounts have been frozen for a short period of time is again on the rise and new enforcement procedures over their accounts are instituted. This shows that the introduced *ad hoc* measures have had a positive impact on the position of citizens whose accounts have already been frozen. However, there is still a very worrying rise of the new enforcement proceedings against citizens who are not able to pay their financial commitments on a regular basis.

---

<sup>64</sup> See the analysis of the Croatian Banking Association, [www.hub.hr](http://www.hub.hr) – “Enforced Citizens’ Debts: Following the Government’s Measures”, no. 66, November 2018, p. 8. Published at: [https://www.hub.hr/sites/default/files/inline-files/ha66\\_blokade\\_final\\_0.pdf](https://www.hub.hr/sites/default/files/inline-files/ha66_blokade_final_0.pdf) (last visited: 3/12/2019).

<sup>65</sup> Data taken from FINA’s information entitled “An Overview of Blocked Citizens by Creditors and Dates of Payment” – situation on 30/9/2019 published at: <https://www.fina.hr/-/pregled-blokiranih-gra-ana-po-vjerovnicima-i-rocnosti-stanje-30-9-2019-> (last visited: 3/12/2019).

<sup>66</sup> For more see at VI. *ad hoc* measure (4/8/2018) – Termination of Enforcement on Citizens’ Accounts.

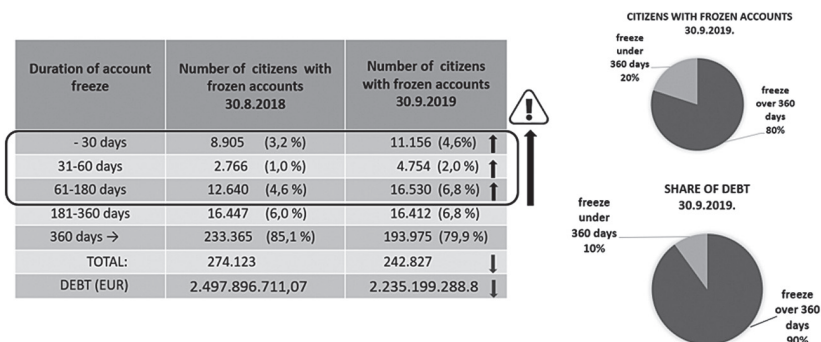


Figure 7. Citizens with frozen accounts (30/9/2019)<sup>67</sup>

#### 4. Ad hoc legislation: principle or exception?

Croatian *ad hoc* legislation in the financial crisis has undoubtedly improved the position of a certain number of citizens who in the past few years, because of various financial problems, have not been able to regularly repay their debts. However, the recent data on the number of citizens against whom enforcement proceedings are conducted show that *ad hoc* measures have not solved all the problems of over-indebted citizens. On the one hand, there is still a very large number of indebted citizens whose bank accounts are frozen. On the other hand, new enforcement proceedings continue to be instituted despite the taken measures, and their bank accounts are again frozen. All these data show that these one-time, *ad hoc* measures, despite their instantaneous positive effects on the economic position of over-indebted citizens, do not remove the reasons for which the citizens in Croatia are over-indebted. The taken *ad hoc* measures have succeeded in one-time and momentary removal, more or less successfully, of only the most drastic consequences of over-indebtedness and have resulted

<sup>67</sup> Data taken from FINA's information entitled "An Overview of Blocked Citizens by Creditors and Dates of Payment" – situation on 30/9/2019 published at: <https://www.fina.hr/-/pregled-blokiranih-gra-ana-po-vjervovnicima-i-rocnosti-stanje-30-9-2019-> (last visited: 3/12/2019).

in various enforcement proceedings conducted against debtors. They are forbidden to dispose of their bank accounts, are running the risk of losing their residential property and their credit worthiness. However, these *ad hoc* measures failed to eliminate any systemic reason for which citizens have ended up being over-indebted (unemployment, low income, low pensions, financial illiteracy and the like). However, this cannot be expected from any *ad hoc* measures because they have not been directed at resolving such problems. These are very serious problems the Croatian society is facing and they can be solved or eased only by systemic changes of the entire legal and economic orders. The approach taken by the Croatian legislator when introducing *ad hoc* measures has shown that taking *ad hoc* measures in isolation, without introducing parallel systemic reforms, cannot bring any positive results in the long run. Any long-term solution of the problems addressed by *ad hoc* measures requires, first of all, efficient systemic societal reforms carried out simultaneously. If such parallel measures are not taken to remove the consequences of the problems resulting from the financial crisis, *ad hoc* measures can only have very short-lasting positive results. Introducing an *ad hoc* measure is always followed by the necessity to introduce new and different measures to ease or to remove the newly created problems. This is precisely what the Croatian experience has confirmed. Little by little, the introduction of *ad hoc* measures becomes a model of solving problems in society rather than an exception by which, in a modern legal order, we prevent or get rid of only drastic threats to the legal and economic security of citizens, society or legal order. In the past several years, the Croatian legislator has primarily been focused on *ad hoc* legislative measures to solve the current problems of over-indebted citizens. There have been no systematic changes of the legislation to accompany in the right way these *ad hoc* measures. Although any systemic changes of legislation (a reform of enforcement proceedings and the like) are usually carried out at a slow pace, it seems that the process of the statutory systemic reforms has been too slow and it does not properly go along with the implementation of *ad hoc* measures.

The *ad hoc* measures taken by the Croatian legislator to protect the over-indebted citizens have significantly contributed to legal security, the protection of legal expectations, the restriction of private autonomy and freedom of contracting, the rebalancing of interests, restructuring of the

existing legal relations and to a redistribution of risk. Indeed, most *ad hoc* measures were applied retroactively, although such application is only exceptionally allowed in Croatian legal order.<sup>68</sup> At the same time, *ad hoc* measures have in various ways impacted the existing legal relations. In the already existing legal relations, the obligations of the parties have changed, new obligations have been created, the content of validly established legal relations has been changed, the creditors' position in the proceedings of forced settlements of matured claims has in various ways been altered and concrete economic losses have emerged. Some *ad hoc* measures have cancelled or restricted the validly acquired rights of one of the parties to a contract (most often those of the creditor). Therefore, it is possible that some of the *ad hoc* measures are disputable in terms of their constitutionality and proportionality. This is why one of the biggest legislator's challenges, when developing any individual *ad hoc* measure, has been how to harmonise the mutually confronted interests of citizens as debtors and creditors and the public interest that must be ensured. Another challenge has been how to ease the losses the creditors have suffered because of the implementation of *ad hoc* measures and to decline the objection that they have been non-constitutional and disproportional. In most cases, the concept of restoring the economic losses caused by *ad hoc* measures has been accomplished by special rules on tax reliefs or tax exemptions. A question arises, whether in all cases, all losses have been restored by such an approach and whether it was no longer necessary that creditors, by other legal remedies, request the compensation of damage from the State before national or international courts.

A special problem for Croatian legal order connected with *ad hoc* measures is the circumstance that they have always been pointillistic regulations. In a special way, *ad hoc* measures have always regulated only one or several aspects of the already existing legal relations, without a systematic regulation of all of them. Such an approach has a negative impact on the entire system of the legal order. In practice, new problems have emerged when legal relations, to which *ad hoc* measures apply, are regulated. A fragmentary approach to the regulation of *ad hoc* measures requires that all other regulations, previously applied to particular legal relations, continue to be

---

<sup>68</sup> According to the Constitution of the Republic of Croatia, only individual provisions of a law may have retroactive effects and only for exceptionally justified reasons (Art. 90 para. 5 of the Constitution).

applied to the legal relations to which a particular *ad hoc* measure applies. However, the application of other existing regulations, after the adoption of an *ad hoc* measure, can only be of a subsidiary nature. The existing regulations are applied only if and where an *ad hoc* measure has failed to provide for something specific, or only if an *ad hoc* measure has not derogated the application of other regulations. The more detailed an *ad hoc* measure, the lesser is the need for the application of the existing regulations. However, when applying the existing regulations to the legal relations to which an *ad hoc* measure applies, specific problems are created that cannot always be solved by the application of the traditional principle *lex specialis derogat legi generali*. Namely, *ad hoc* measures have an entirely different goal as opposed to the regulations striving for a systematic organisation of particular legal relations. In a large number of cases it will not even be possible to apply accordingly an *ad hoc* measure and interpret general regulations, and it will also not be possible to find the right answers in general regulations to the questions connected with the legal gap in an *ad hoc* measure.<sup>69</sup> In addition, it has been proven that because of the application of *ad hoc* measures to the already existing legal relations, very often very drastic changes occur within them that require a new organisation of the rights and obligations of the parties and an express organisation of an *ad hoc* measure applied to the existing legal relations. The application of the existing regulations cannot ensure the establishment of a new balance between the parties' legal relations and their appropriate protection.<sup>70</sup> In short, the adoption of *ad hoc*

---

<sup>69</sup> For example, within the provisions on the conversion of a credit in CHF into a credit in EUR, it is not expressly provided what are the legal effects of the conversion. However, the legal concept of conversion is expressly regulated by the Obligations Act and by its application, if some prerequisites have been met, an invalid agreement becomes valid. Therefore, a problem arises in practice, how the conversion of credits in CHF has impacted the validity of credit agreements because in the meantime, Croatian courts have rendered final decisions that credit agreements in CHF contained unfair contract terms (on variable interest rate and on a foreign currency clause).

<sup>70</sup> For example, in the Execution of Enforcement Act on Accounts, there are express provisions when the Financial Agency suspends the enforcement on debtors' accounts because the overall arrears have not been paid for more than three years. However, there is no provision on how the action taken by the Financial Agency impacts the application of the statutes of limitation on the creditor's request for the payment of debt. Under the general rules on statutes of limitation referred to in the Obligations Act, the suspension of enforcement would lead to the application of the rule according to which no interruption of the limitation period has occurred. However, such an approach may lead to

measures, despite their justification, constitutes some kind of a 'shock' for the legal order whose effects must be mitigated and minimised as much as possible to avoid long-lasting consequences for the entire system of the legal order and legal security. Therefore, what is needed is not only the legislator's rational and responsible approach to the organisation of *ad hoc* measures. What is needed is a careful, responsible and rational preliminary assessment of all the effects of an *ad hoc* measure on the legal and economic order and society as a whole, in order to determine whether it is justified at all to introduce an *ad hoc* measure. What is particularly important is to make sure that their introduction does not become a predominant reaction to the existing problems in society but only an exemption where there is no other way to ensure, by regular measures, a well-balanced protection of different private and public interests of those who are threatened by some extraordinary circumstances.

---

a situation where a creditor, who has initiated timely enforcement proceedings for the payment of arrears, would now be prevented from having his or her claim settled.



# SOUKROMOPRÁVNÍ REGULACE PLATFOREM<sup>1</sup>

*Doc. JUDr. Milan Hulmák, Ph.D.*

*Právnická fakulta, Univerzita Palackého v Olomouci, Česká republika*

## Úvod

Legislativa může být přijímána ad hoc s ohledem na příliš úzký předmět regulace, ať už z hlediska věcné, osobní nebo časové působnosti, který ji vymezuje oproti systémové normotvorbě. Může jít o výsledek aktuální potřeby regulace z důvodů aktivismu v nejrůznější podobě, snahy o podrobnější úpravu, společenskou poptávku nebo obecně snahy o získání voličů. Vždy zde bude nějaký účel, který zákonodárce úpravou sledoval. Účel a obsah regulace bude následně poměřován z hlediska přiměřenosti v širším slova smyslu.<sup>2</sup> A priori však tuto ad hoc legislativu nelze odsoudit, důvody pro její přijetí mohou být naprosto legitimní.

Několik posledních let jsme svědky diskusí o regulaci platform. Motivy takové regulace mohou být různé. Na prvním místě je to zdanění těchto služeb, výběr místních poplatků. Může jít o otázku veřejnoprávního povolení k výkonu činnosti na území konkrétního státu, stále častěji se řeší otázka narušení hospodářské soutěže. Důvodem může být i sociální politika.

V rámci svého příspěvku se zaměříme na problematiku soukromoprávní regulace vztahů mezi jednotlivými subjekty v rámci fungování platform. I zde je možné zaznamenat již přijaté právní úpravy, v některých státech probíhá diskuse o možné zákonné úpravě, vznikají dokonce modelová pravidla pro takovou regulaci.

Naše pozornost se soustředí na porovnání těchto úprav. Lze si přitom klást základní otázku, zda je tato soukromoprávní regulace platform třeba

---

<sup>1</sup> Příspěvek je výstupem projektu APVV-17-0562 „Zmluvy uzatvárané prostredníctvom elektronických platforiem“.

<sup>2</sup> Srov. např. nález ÚS ČR sp. zn. Pl. ÚS 6/13, sp. zn. Pl. ÚS 4/94.

a co odůvodňuje její potřebu oproti jiným případům. Nejde zde o obecnější problémy, které by v soukromoprávních vztazích vyžadovaly úpravu?

## 1. Úprava platformem

Před více než sto lety čelil zákonodárce otázce, jak a zda vůbec právně řešit a regulovat železnice, provoz automobilů či telefonů, podobně dnes řeší zákonodárce otázku právní úpravy platformem. Už v roce 2016 byl publikován první návrh směrnice o online zprostředkujících platformách vypracovaný skupinou akademiků tvořících výzkumnou skupinu pro právo digitálních služeb.<sup>3</sup> V průběhu let práce vyústily v rámci projektu ELI v přípravu Modelových pravidel pro online platformy (dále jen „Modelová pravidla“).<sup>4</sup>

V mezidobí některé státy přikročily k vlastní úpravě. Nejčastěji se zmiňuje Francie a její zákon pro digitální republiku.<sup>5</sup> Ve francouzském spotřebitelském zákoníku jsou takto nyní upraveni provozovatelé digitálních platformem. Jsou jim uloženy zvláštní povinnosti, zejména pokud jde o transparentnost jednání.<sup>6</sup>

Na úrovni Evropské unie se platformy řídily především směrnicí 2000/31/ES o některých právních aspektech služeb informační společnosti, zejména elektronického obchodu, na vnitřním trhu (směrnice o elektronickém obchodu) a směrnicí 2006/123/ES o službách na vnitřním trhu.<sup>7</sup> Jejich definici lze nalézt již v nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 524/2013 ze dne 21. května 2013 o řešení spotřebitelských sporů on-line a o změně nařízení (ES) č. 2006/2004 a směrnice 2009/22/ES (dále jen „nařízení o řešení spotřebitelských sporů on-line“). Z poslední doby lze zmí-

---

<sup>3</sup> Research Group on the Law of Digital Service. Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms. *EuCML*, 2016, č. 4, s. 164 an.

<sup>4</sup> Modelová pravidla pro on-line platformy jsou zatím publikována ve formě návrhu v rámci Evropského právního institutu. Informace o projektu je dostupná na: <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects-feasibility-studies-and-other-activities/current-projects/online-platforms/> [cit. 31. 10. 2019].

<sup>5</sup> LOI n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

<sup>6</sup> Article L.111-7 Code de la consommation.

<sup>7</sup> DITTRICH, Paul Jasper. Online Platforms And How To Regulate Them: An EU Overview. Policy Paper, č. 22714, June 2018. [on-line]. Dostupné na: [https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/user\\_upload/EZ\\_JDI\\_OnlinePlatforms\\_Dittrich\\_2018\\_ENG.pdf](https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/user_upload/EZ_JDI_OnlinePlatforms_Dittrich_2018_ENG.pdf) [cit. 31. 10. 2019].

nit již konkrétní nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2019/1150 ze dne 20. června 2019 o podpoře spravedlnosti a transparentnosti pro podnikatelské uživatele online zprostředkovatelských služeb (dále jen „nařízení 2019/1150“). Připravuje se také důslednější provedení v oblasti ochrany spotřebitele, konkrétně návrh směrnice, kterou se mění směrnice Rady 93/13/EHS ze dne 5. dubna 1993, směrnice Evropského parlamentu a Rady 98/6/ES, směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES a směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/83/EU, pokud jde o lepší vymáhání a modernizaci právních předpisů EU na ochranu spotřebitele [2018/0090(COD)] (dále jen „návrh směrnice o lepším vymáhání předpisů na ochranu spotřebitele“).

S podobnými pokusy se však již setkáváme i v rámci České a Slovenské republiky. Na Slovensku je pod názvem elektronické zprostředkování služeb navrhována základní úprava zprostředkujících platforem v § 1246 an. vládního návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů a některé další zákony (dále jen „Slovenský návrh“). V České republice proběhl neúspěšný pokus o regulaci formou pozměňovacího návrhu k návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 565/1990 Sb., o místních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „Český návrh“).<sup>8</sup> V § 2454a an. zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku (dále jen „ObčZ“), měly být upraveny digitální platformy.

Je přitom jasné, že nejde o evropský problém. Možná daleko zásadnější s ohledem na provozovatele těchto platforem je regulace v jiných částech světa, např. v Číně.<sup>9</sup> Přístup v jednotlivých zemích je však do značné míry ovlivněn i legislativní tradicí, omezenější potřebou zákonné regulace, otevřeností novým technologiím, podporou soutěže, omezenou ochranou pracovního trhu (např. v USA). I v USA se ale objevuje volání po zákoně

<sup>8</sup> Sněmovní tisk č. 286 (VIII. volební období) [on-line]. Dostupné na: [www.psp.cz](http://www.psp.cz) [cit. 31. 10. 2019].

<sup>9</sup> Srov. HONG, Xue. Regulation Of E-commerce Intermediaries: An International Perspective. In Trade Development through Harmonization of Commercial Law. Hors Serie, 2015, vol. XIX, 2015, s. 365. Hezký přehled je dostupný v diplomové práci PAGANO, Miriam. China towards the regulation of e-commerce. Ca' Foscari University, Venice, 2017 [on-line]. Dostupné na: <http://dspace.unive.it/bitstream/handle/10579/12715/840769-1214607.pdf?sequence=2> [cit. 31. 10. 2019]. V rámci Číny je to především otázka odpovědnosti provozovatele platformy za prodej zboží porušujícího duševní vlastnictví třetích osob.

upravujícím digitální platformy, po specifické právní regulaci, např. z důvodu ochrany hospodářské soutěže a ochrany spotřebitele.<sup>10</sup>

Není překvapující, že daleko častější než obecná regulace zprostředkujících platformem se v jednotlivých státech objevuje úprava některých bezprostředních a společensky choulostivých dopadů jejich užívání, např. v oblasti bydlení ochrana sousedských vztahů, zajištění dostupného bydlení a omezení využití obytných prostor k turistickým účelům, nebo v oblasti individuální městské přepravy rovnost podmínek pro výkon této činnosti.<sup>11</sup>

Mnohem větší dopad než právní úprava má aktuálně na chod platformem technická standardizace. Vznikly například již mezinárodní standardy pro hodnotící systémy spotřebitelů obsahující požadavky a doporučení pro správu takových hodnocení, jejich sběr, úpravu a zveřejňování.<sup>12</sup>

## 2. Vymezení platformy

Charakter a rozsah regulace se odvíjí od sledovaného účelu. Je zřejmé, že pokud je cílem pouhá úprava soukromoprávních vztahů vznikajících při zprostředkování zboží a služeb, je možný omezenější přístup, např. z hlediska definice platformy. Pokud jsou ambice vyšší, např. je cílem i ochrana údajů sbíraných provozovateli platformem, přenositelnost hodnocení či rovné soutěžní prostředí, musí se to odrazit v širší vymezení a rozsahu úpravy.

Pokud se podíváme na české (§ 2454a) a slovenské (§ 1246) pokusy, je úprava spojená se zprostředkováváním uzavření smlouvy. Problémy, které vznikají, při fungování platformem ale daleko přesahují oblast zprostředkování (tedy často úplatnou činnost směřující k tomu, aby zájemce uzavřel smlouvu s třetí osobou, kdy úplata se odvíjí od uzavíraných smluv). Jindy se proto vedle on-line zprostředkovatelské služby upravují například ještě

---

<sup>10</sup> FELD, Harold. The Case for the Digital Platform Act: Market Structure and Regulation of Digital Platforms. Roosevelt Institute, May 2019 [on-line]. Dostupné na: [https://www.publicknowledge.org/assets/uploads/documents/Case\\_for\\_the\\_Digital\\_Platform\\_Act\\_Harold\\_Feld\\_2019.pdf](https://www.publicknowledge.org/assets/uploads/documents/Case_for_the_Digital_Platform_Act_Harold_Feld_2019.pdf) [cit. 31. 10. 2019].

<sup>11</sup> Např. v Portugalsku – Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto de 2018, Regime jurídico da atividade de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrónica.

<sup>12</sup> ISO 20488:2018 – Online consumer reviews — Principles and requirements for their collection, moderation and publication.

vyhledávací služby.<sup>13</sup> Jiné úpravy (např. čl. L.111-7 francouzského spotřebitelského kodexu nebo čl. 1 a 2 Modelových pravidel) jsou ještě obecnější. Problémy, které v souvislosti s platformami vznikají, jsou často charakteristické obecně pro on-line prostředí, např. identifikace poskytovatele plnění, nebo souvisejí s pozicí na trhu, např. čistota hospodářské soutěže.

## 2.1 Je platforma osoba, služba nebo místo?

Při bližším zkoumání jednotlivých úprav si lze povšimnout, že různý přístup k regulaci se odráží v samotné definici platformy.

Modelová pravidla vymezují platformu jako službu informační společnosti, která poskytuje alespoň jednu ze služeb vyjmenovaných v čl. 1 odst. 1 Modelových pravidel. Vymezení platformy je zásadní pro vymezení předmětu regulace, na jaké případy se úprava použije, povinnosti se však následně ukládají provozovateli platformy.<sup>14</sup> Jiné úpravy se pojmu platforma vyhýbají. Užívají místo toho označení online zprostředkující služby, jiné označení služeb a odlišují jejich poskytovatele, např. nařízení 2019/1150, § 1246 Slovenského návrhu,<sup>15</sup> do určité míry i francouzský spotřebitelský kodex<sup>16</sup> nebo návrh směrnice o lepším vymáhání předpisů na ochranu spotřebitele.<sup>17</sup> Z hlediska regulace jde ale o podobný přístup.

Jiný přístup spojuje platformu přímo s osobou a nerozlišuje provozovatele a platformu. Povinnosti ukládají platformě. V Českém návrhu je proto v § 2454a definována digitální platforma jako osoba, která pomocí elektronických prostředků nabízí seznam smluv ke zprostředkování anebo nabízí zprostředkování smlouvy se třetí stranou vybrané či vytvořené počítačovým programem.<sup>18</sup> Nejde ale o nic výjimečného na stejném principu je

<sup>13</sup> Srov. čl. 2 odst. 2 nařízení 2019/1150, kde se zprostředkování spojuje už s tím, že se umožňuje podnikatelským uživatelům nabízet zboží nebo služby spotřebitelům s cílem usnadnit zahájení přímých transakcí. V nařízení jsou upraveny též povinnosti poskytovatelů internetových vyhledávačů (např. čl. 5 a 7).

<sup>14</sup> Srov. čl. 2 písm. a), b) a čl. 5, 6, 7 Modelových pravidel.

<sup>15</sup> Slovenský návrh upravuje povinnosti poskytovatele služeb informační společnosti, kdy prostřednictvím elektronického zařízení dochází ke zprostředkování smlouvy.

<sup>16</sup> Article L.111-7-1, L.111-7-2 Code de la consommation.

<sup>17</sup> Srov. znění čl. 2 písm. n) směrnice 2005/29/ES, ve znění podle návrhu směrnice o lepším vymáhání předpisů na ochranu spotřebitele.

<sup>18</sup> Srov. § 2454a, § 2454d, § 2454e Českého návrhu.

vystavěna definice internetového tržiště již v nařízení o řešení spotřebitelských sporů on-line.<sup>19</sup>

Právě užití pojmu internetové nebo on-line tržiště by mohlo vytvářet představu, že jde o určité virtuální místo, kde se něco děje. Podobá se místu, kam přicházejí prodávající a kupující, aby uzavírali obchody. Upravují se pravidla, jak má takové místo fungovat. Tak tomu sice bude, ale výše uvedené případy vymezení se s tímto pojetím nijak nevylučují.

Je jasné, že z hlediska obsahového je platforma službou, nikoliv samotnou osobou, jejím provozovatelem. Takovou službou může být i poskytování prostoru, kde se střetávají nabídky nebo i poptávky po určitém plnění. V zásadě jde ale pouze o legislativní techniku, zda se vytvářejí kvalitativní požadavky na platformu, místo, službu informační společnosti, či se ukládají povinnosti jejímu provozovateli.

## **2.2 Jsou platformy zprostředkovací službou?**

Již výše jsme upozorňovali, že spojování platformem se zprostředkováním může být příliš zužující z hlediska účelu regulace. Český ale i Slovenský návrh upravují platformy v kontextu smlouvy o zprostředkování, v rámci české úpravy dokonce úplatné smlouvy.<sup>20</sup> Podstatou by tak měla být povinnost zprostředkovávat uzavření určité smlouvy pro zájemce.

Zahraniční vzory jdou dál. Platformy by neměly být spojovány pouze se zprostředkováním v užším, právním, významu. Je zřejmé, že stejné problémy vznikají v případech, kdy v rámci platformy dochází pouze k umístění reklamy, tzn. poskytovatel plnění platí za umístění reklamy, inzerátu, nikoliv za zprostředkování.<sup>21</sup> Také francouzská úprava zahrnuje šířeji jakékoliv propojování různých stran za účelem prodeje, poskytnutí služby, výměny nebo sdílení obsahu, zboží nebo služeb.<sup>22</sup> Nařízení 2019/1150 sice užívá pojem „on-line zprostředkovatelské služby“, vymezuje je však široce. Postačí, pokud umožňují podnikatelským uživatelům nabízet zboží nebo

---

<sup>19</sup> Srov. čl. 4 odst. 1 písm. f) nařízení o řešení spotřebitelských sporů on-line.

<sup>20</sup> Srov. § 1246 a § 1238 Slovenského návrhu a § 2454a Českého návrhu. V obou případech se předpokládají doplňkové služby, např. platební.

<sup>21</sup> Čl. 1 odst. 1 písm. b) Modelových pravidel.

<sup>22</sup> Article L.111-7-1 Code de la consommation.

služby spotřebitelům s cílem usnadnit zahájení přímých transakcí mezi těmito podnikatelskými uživateli a spotřebiteli.<sup>23</sup>

Mohlo by se zdát, že regulace platformem dopadá pouze na případy, kdy provozovatel platformem a poskytovatel plnění jsou rozdílné osoby. Stejně problémy vznikají ale i v případě, kdy provozovatel platformy poskytuje vlastní plnění od různých dodavatelů. Modelová pravidla dopadají i na tyto případy.<sup>24</sup> Z bodu 18 odůvodnění směrnice o elektronickém obchodu vyplývá, že jde i o službu informační společnosti (on-line prodej). Zde také nejde o zprostředkování. Naopak v některých případech jsou určité aktivity vyloučeny v důsledku omezení smluvních typů uzavíraných smluv, např. crowdfundingové činnosti.<sup>25</sup> Vymezení platformem může být ale ještě širší. Pokud mají ambici ukládat povinnosti k zajištění transparentnosti činnosti nebo přenositelnost získaného hodnocení, musí dopadat i na různé formy vyhledávačů a srovnávacích internetových stránek, jakož i na hodnotící systém. Ve všech případech mohou tyto služby fungovat dobře v rámci platformem. Nemělo by však být možné vyhnout se povinnostem jenom jejich formálním odlišením. Toho lze dosáhnout buď jejich zvláštní úpravou<sup>26</sup> nebo zahrnutím pod platformy.<sup>27</sup>

### **2.3 Jsou platformy službou informační společnosti?**

Činnost platformem je spojena s internetovým prostředím, s elektronickými prostředky. Ve své podstatě se však mnohdy neliší například od inzertní vývěsky v nákupním středisku či jiné inzertní služby, interního hodnotícího systému. Masovost a jednoduchost užití jsou však spojeny s prostředím internetu.

Jednotlivé úpravy se s tímto technologickým vývojem vyrovnávají různě. Vyžadují, aby služba byla poskytována v digitální prostředí kontrolo-

<sup>23</sup> Čl. 2 odst. 2 nařízení 2019/1150.

<sup>24</sup> Srov. čl. 1 odst. 1 a 2 Modelových pravidel.

<sup>25</sup> Srov. čl. 1 odst. 1 Modelových pravidel, čl. 2 odst. 2 nařízení 2019/1150, Article L.111-7-1 Code de la consommation. Pokud půjde pouze o účelový dar, nedochází v takovém případě k uzavření smlouvy o koupi, poskytnutí služby nebo digitálního obsahu.

<sup>26</sup> Srov. čl. 2 odst. 5 nařízení 2019/1150 nebo čl. 7 odst. 4a a 6 a vymezené nekalé praktiky ve směrnici 2005/29/ES, ve znění podle návrhu směrnice o lepším vymáhání předpisů na ochranu spotřebitele.

<sup>27</sup> Srov. čl. 1 odst. 1 Modelových pravidel, Article L.111-7-1 Code de la consommation.

vaném provozovatelem platformy,<sup>28</sup> elektronickými prostředky<sup>29</sup> nebo byla „on-line“.<sup>30</sup> Je možné si však všimnout posunu od internetového prostředí k obecnějšímu vymezení zahrnujícímu nové možnosti, např. mobilní aplikace. Záměrně jsou proto nahrazeny v definici internetového tržiště internetové stránky<sup>31</sup> obecnějšími pojmy jako „software, včetně internetových stránek, části internetových stránek nebo aplikace“ v souladu s pojmem „on-line rozhraní“ podle nařízení (EU) 2018/302 o řešení neoprávněného zeměpisného blokování a dalších forem diskriminace založených na státní příslušnosti, místě bydliště či místě usazení zákazníků v rámci vnitřního trhu.<sup>32</sup>

Řada definic<sup>33</sup> spojuje výslovně platformy se službou informační společnosti, tj. každou službou poskytovanou zpravidla za úplat, <sup>34</sup> na dálku, elektronicky a na individuální žádost příjemce služeb.<sup>35</sup> To má význam jednak z hlediska oprávnění provozovatele platformy, jednak z hlediska jeho odpovědnosti.<sup>36</sup> Takové vymezení může být ale zužující a do určité míry duplicitní k výše uvedenému požadavku on-line prostředí. Jestliže SD EU posuzuje některé provozovatele platform jako přímé poskytovatele plnění s tím, že v jejich případě nejde o službu informační společnosti,<sup>37</sup> vypadá-

<sup>28</sup> Srov. čl. 1 odst. 1 Modelových pravidel.

<sup>29</sup> Srov. § 2454a Českého návrhu.

<sup>30</sup> Article L.111-7-1 Code de la consommation.

<sup>31</sup> Srov. čl. 4 odst. 1 písm. f) nařízení o řešení spotřebitelských sporů on-line

<sup>32</sup> Srov. čl. 2 písm. n) směrnice 2005/29/ES, ve znění podle návrhu směrnice o lepším vymáhání předpisů na ochranu spotřebitele.

<sup>33</sup> Srov. čl. 2 Modelových pravidel, § 1246 Slovenského návrhu, čl. 2 odst. 2 nařízení 2019/1150.

<sup>34</sup> Úplatnost se vykládá široce. Odměna poskytovatele služby informační společnosti nemusí být poskytována příjemcem, ale může plynout z reklamy šířené na internetové stránce (SD EU ze dne 11. 9. 2014, Sotiris Papasavvas v. O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd a další, C-291/13).

<sup>35</sup> Srov. čl. 2 písm. a) směrnice o elektronickém obchodu ve spojení čl. 1 odst. 1 písm. b) směrnice 2015/1535 ze dne 9. září 2015 o postupu při poskytování informací v oblasti technických předpisů a předpisů pro služby informační společnosti (v příloze I této směrnice je seznam činností, které nejsou považovány za služby informační společnosti).

<sup>36</sup> Srov. čl. 3, 4, 14 a 15 směrnice o elektronickém obchodu.

<sup>37</sup> SD EU ze dne 20. 12. 2017, Asociación Profesional Elite Taxi v. Uber Systems Spain, SL., C-434/2015 – Taková zprostředkovatelská služba, jako je služba dotčená v původním řízení, umožňující pomocí aplikace pro chytré telefony za úplatu zprostředkovat kontakt mezi neprofesionálními řidiči používajícími vlastní vozidlo a osobami, které se potřebují přemístit po území města, musí být považována za neoddělitelně spjatou s přepravní



vají tímto z regulace platformem, např. informační povinnosti, pravidla elektronické kontraktace a s tím související povinnosti transparentnosti podle směrnice o elektronickém obchodu.<sup>38</sup> Regulace jednotlivých činností bude často spíše přísnější. Jestliže jde však o stejnou regulaci pro typově podobné situace, zdá se vhodnější vyhnout se pojmovému spojení se službou informační povinnosti. Samozřejmě, pokud nedojde ke změně názoru SD EU.

## 2.4 Musí docházet k uzavření smlouvy o plnění na platformě?

Definice internetového tržiště v rámci nařízení o řešení spotřebitelských sporů on-line vyžadovala, aby umožňovalo spotřebitelům a obchodníkům uzavírat kupní smlouvy nebo smlouvy o poskytování služeb uzavírané on-line, na jeho internetových stránkách.<sup>39</sup> Slovenský návrh vyžaduje rovněž uzavírání smluv prostřednictvím elektronického zařízení.<sup>40</sup>

Nově navrhovaná definice internetového tržiště posouvá definici dál, když již nevyžaduje uzavření smlouvy přímo na internetových stránkách. Pořád však součástí definice zůstává uzavření smlouvy dálkovým způsobem.<sup>41</sup>

V jiných případech se sice otázka způsobu následného uzavření smlouvy řeší, nejde však o definiční znak platformy, když se připouští výslovně i uzavírání smluv mimo digitální prostředí platformy a nevyžaduje se žádná forma.<sup>42</sup> Český návrh nebo francouzský spotřebitelský zákoník kladou důraz na zprostředkování, resp. propojení nabídky a poptávky, otázka uzavření smlouvy stojí úplně mimo.

Asi není pochyb, že efektivní využití platformy povede často k uzavření smlouvy v jejich rámci, a to zvláště tam, kde součástí plnění je i kontrola peněžního toku. Na druhou stranu, pokud je cílem regulace například i zajiš-

---

službou, a proto musí být považována za „službu v oblasti dopravy“ ve smyslu čl. 58 odst. 1 SFEU. Taková služba musí být tudíž vyloučena z působnosti článku 56 SFEU, směrnice 2006/123 a směrnice 2000/31.

<sup>38</sup> Srov. kritiku in SCHAUB, Martien Y. Why UBER is an information society service. *EuC-ML*, 2018, č. 3, s. 113.

<sup>39</sup> Srov. čl. 4 odst. 1 písm. f) nařízení o řešení spotřebitelských sporů on-line.

<sup>40</sup> Srov. § 1246 Slovenského návrhu.

<sup>41</sup> Srov. čl. 2 písm. n) směrnice 2005/29/ES, ve znění podle návrhu směrnice o lepším vy-máhání předpisů na ochranu spotřebitele.

<sup>42</sup> Např. čl. 1 odst. 1 písm. a) a b) Modelových pravidel.

tění objektivitu hodnotících systémů nebo srovnávání jednotlivých nabízených plnění, pak je takové vymezení příliš zužující.

## **2.5 Ochrana spotřebitele**

Ochrana spotřebitele je zajišťována obecnými pravidly. Uplatní se proto jistě i ve vztahu k podnikatelům při užití platformem. Regulace platformem se však v některých případech omezuje na případy, kdy je plnění nabízeno spotřebitelům. Je možné zmínit nařízení 2019/1150,<sup>43</sup> francouzský spotřebitelský zákoník,<sup>44</sup> nařízení o řešení spotřebitelských sporů on-line<sup>45</sup> nebo návrh směrnice o lepším vymáhání předpisů na ochranu spotřebitele.<sup>46</sup> Ochrana je takto zvláště posilována, resp. zdůrazňována, konkrétně např. požadavek transparentnosti.

V jiných případech je úprava obecná. Stejně jako ve výše uvedených případech záleží na účelu regulace. Jestliže je cílem například zákaz zneužití postavení provozovatele platformy vůči poskytovatelům plnění, nedává omezení na případy, kdy zákazníkem může být spotřebitel, smysl.

## **2.6 Krátkodobé pronájmy**

Je zajímavé a zároveň i alarmující, jaké jednoty je dosahováno při regulaci AIRBNB a podobných platformem zprostředkovávajících zejména krátkodobé ubytování. Regulace se totiž ve své podstatě nezaměřuje na problematiku platformem, např. není zde problém s jejich vymezením. K jejich úpravě dochází nepřímo, úpravou zprostředkovaných služeb, tzn. přenechávání bytů k užívání třetími osobami.

Kromě registrace osob nabízejících pronájem nebo samotných pronájemných prostor a nezbytnosti uvádět registrační číslo při nabídce ubytování je to často s tím spojené stanovení mezních hranic, kdy vzniká potřeba registrace a při jakém rozsahu je již takové krátkodobé ubytování zakázáno. Obecně je to i problém rozlišení krátkodobých pronájmů (ubytování)

---

<sup>43</sup> Srov. čl. 2 odst. 2 písm. b) nařízení 2019/1150.

<sup>44</sup> Srov. article L.111-7-2 Code de la consommation.

<sup>45</sup> Srov. čl. 4 odst. 1 písm. f) nařízení o řešení spotřebitelských sporů on-line.

<sup>46</sup> Srov. čl. 2 písm. n) směrnice 2005/29/ES, ve znění podle návrhu směrnice o lepším vymáhání předpisů na ochranu spotřebitele.

a nájmu bytu,<sup>47</sup> kdy se stanoví přesné limity. Mohou být stanoveny zóny, v nichž je takové pronajímání povoleno či omezeno.<sup>48</sup> V České republice byla snaha omezit ubytování podnikatelským způsobem jenom na prostory za tím účelem kolaudované.<sup>49</sup>

I zde se však najdou některé překvapující závěry. Například nemožnost vlastníků bytů krátkodobě pronajímat své byty, když takové pronajímání k turistickým účelům je neslučitelné s užíváním k bydlení a porušuje smlouvu, která toto bytové spoluvlastnictví zakládá, a to jak v Rakousku,<sup>50</sup> tak v Nizozemí.<sup>51</sup>

### 3. Odpovědnost provozovatele

Zásadní otázkou, kterou řeší normotvůrci v souvislosti s úpravou platformem, je jejich odpovědnost. Nevzniká samozřejmě problém, pokud jde o porušení smluvních či zákonných povinností uložených provozovateli platformem, např. informačních povinností, ochrany osobních údajů, kontroly činnosti uživatelů apod.<sup>52</sup>

Zásadnější otázkou je odpovědnost provozovatele platformy za zprostředkovávané plnění, tedy ve své podstatě za subjekt, který je k plnění za-

<sup>47</sup> Srov. § 2235 ObčZ a § 1 odst. 2 bod 3 Bundesgesetz vom 12. November 1981 über das Mietrecht (Mietrechtsgesetz – MRG); BGBl. Nr. 520/1981.

<sup>48</sup> Např. BUSCH, Christoph. Regulating AIRBNB in Germany – status quo and future trends. *EuCML*, 2019, č. 1, s. 39, NADAL, Apol Iònia Martínez. Regulating AIRBNB in Spain. *EuCML*, 2019, č. 1, s. 42, CARVALHO, Jorge Morais, POLICARPO, Pedro. Regulating AIRBNB in Portugal. *EuCML*, 2018, č. 6, s. 256, NEMETH, Kristin, SCHARMER, Marco. Regulating AIRBNB in Austria. *EuCML*, 2018, č. 6, s. 251.

<sup>49</sup> Srov. § 2328 Českého návrhu.

<sup>50</sup> OGH sp. zn. 3 Ob 158/11y. Jednorázový pronájem po dobu dovozené však tento bytový charakter nenarušuje – OGH sp. zn. 5 Ob 59/14h.

<sup>51</sup> Zde je důvodem jednak porušení stanoveného účelu bytu a zákaz obchodního využívání (tzn. bezúplatné krátkodobé užívání bylo přípustné), jednak porušení principu poctivosti (*equity*). Krátkodobí uživatelé (ti, kteří nežijí v dané oblasti) mají menší tendenci dodržovat pravidla slušnosti mezi sousedy (srov. KOOLHOVEN, Rosalia. Regulating AIRBNB in the Netherlands. *EuCML*, 2018, č. 6, s. 254).

<sup>52</sup> Např. Hong rozlišuje v podstatě tři režimy odpovědnosti provozovatele platformy podle uložené povinnosti kontroly informací a činnosti jednotlivých uživatelů platformy. HONG, Xue. Regulation of E-commerce Intermediaries: An International Perspective. In Trade Development through Harmonization of Commercial Law. Hors Serie, 2015, vol. XIX, 2015, s. 369 an.

vázán ze zprostředkované smlouvy. V praxi jsme byli často svědky spíše opačné tendence, tj. odpovědnost poskytovatele plnění za pochybení zprostředkovatele, ať už v oblasti spotřebitelských úvěrů,<sup>53</sup> pojištění<sup>54</sup> nebo podnikání na kapitálovém trhu.<sup>55</sup> Podnikatel odpovídá za zvolený distribuční kanál, minimálně za jeho špatný výběr.

Není také žádných pochyb, že provozovatel platformy bude odpovídat jako poskytovatel plnění na základě uzavřené smlouvy, jestliže u zákazníků vytvoří očekávání, že on je smluvní stranou, která takové plnění poskytuje.<sup>56</sup> V řadě případů však provozovatel platformy jasně zdůrazňuje, že není smluvní stranou uzavírané smlouvy a nijak neodpovídá za řádnost a včasnost plnění. Využívá svého postavení poskytovatele služby informační společnosti s omezenou odpovědností za obsah sdělení na platformě publikovaných.

Odpovědnost provozovatele platformy za plnění smlouvy se však hledá i v dalších případech. Vlastně již první publikovaný návrh směrnice o online zprostředkujících platformách předpokládal v čl. 18 přímou odpovědnost provozovatele platformy za nesplnění povinností poskytovatelem plnění, jestliže podle rozumného očekávání zákazníka má na poskytovatele plnění převládající vliv. Ten se pak posuzuje podle určitých kritérií.<sup>57</sup> Modelová pravidla vychází v čl. 19 ze stejného principu. Při zjišťování, zda je zde takové rozumné očekávání, je nutné přihlídnout zejména k těmto kritériím: a) smlouva mezi zákazníkem a poskytovatelem plnění

<sup>53</sup> Srov. § 26 (samostatný zprostředkovatel) a § 36 (vázaný zástupce) zákona č. 257/2016 Sb., o spotřebitelském úvěru.

<sup>54</sup> Srov. § 14 (samostatný zprostředkovatel), § 23 (vázaný zástupce), § 32 (doplňkový pojišťovací zprostředkovatel) zákona č. 170/2018 Sb., o distribuci pojištění a zajištění.

<sup>55</sup> Srov. § 30c (investiční zprostředkovatel a jeho zástupce) zákona č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu.

<sup>56</sup> Srov. čl. 18 Modelových pravidel (ten však nevyžaduje vyvolání očekávání zákazníka, ale už pouhé porušení povinnosti podle čl. 12, tj. co nejdříve informovat zákazníka zvláštním způsobem a přímo před uzavřením smlouvy, že smlouva je uzavíraná s poskytovatelem plnění, a nikoliv provozovatelem platformy) a rozsudek SD EU ze dne 9. 11. 2016, Sabrina Wathelet v. Garage Bietheres & Fils SPRL, C-149/15 (prodávajícím je i podnikatel jednající jako prostředník na účet soukromé osoby, který kupujícího spotřebitele řádně neinformoval o tom, že majitelem prodáváného zboží je tato soukromá osoba). Zajímavé je v tomto kontextu rozhodnutí NS ČR sp. zn. 32 Cdo 1519/2012 (objektivní očekávání spotřebitele NS ČR nezkoumal, rozhodnutí je postaveno pouze na formálním postavení stran).

<sup>57</sup> Research Group on the Law of Digital Service. Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms, *EuCML*, 2016, č. 4. s. 164 an.

je uzavírána výlučně prostřednictvím platformy, b) identita poskytovatele plnění je utajena až do uzavření smlouvy, c) k placení dochází výlučně prostřednictvím platformy, přičemž její provozovatel může zadržet prostředky, d) podmínky smlouvy jsou v podstatě stanoveny provozovatelem platformy, e) provozovatel platformy stanoví cenu, f) provozovatel platformy poskytuje jednotný obraz poskytovatelů plnění a ochrannou známku, g) reklama se zaměřuje na provozovatele platformy, nikoliv poskytovatele plnění, h) provozovatel platformy kontroluje jednání poskytovatelů plnění a vyžaduje dodržování standardů nad rámec zákonných požadavků.

Je zajímavé, že právo EU dosud tato pravidla neobsahuje, nejsou ani v nařízení 2019/1150, dokonce ani v připravovaných návrzích.<sup>58</sup> Přesto se plně prosazují v judikatuře SD EU.<sup>59</sup> V první řadě je zde série rozhodnutí ve věci UBER.<sup>60</sup> Nyní je připravováno rozhodnutí věci AIRBNB.<sup>61</sup> Otázka

<sup>58</sup> Jejich inspirací je například čl. 13 odst. 1 směrnice 2015/2302 ze dne 25. listopadu 2015 o souborných cestovních službách a spojených cestovních službách („Členské státy zajistí, aby odpovědnost za poskytování cestovních služeb zahrnutých ve smlouvě o souborných službách pro cesty nesl pořadatel bez ohledu na to, zda služby poskytuje sám, nebo prostřednictvím jiných poskytovatelů cestovních služeb. Členské státy mohou ve svých vnitrostátních právních předpisech ponechat v platnosti nebo zavést ustanovení, podle nichž za poskytování souborných služeb odpovídá též prodejce.“) nebo § 311 odst. 3 BGB („Závazek s povinností podle § 241 odst. 2 BGB může vzniknout i osobám, které nejsou smluvní stranou. Takový závazek vznikne zejména, jestliže si tato osoba nárokuje v mimořádné míře jejich důvěru a podstatně tak ovlivňuje jednání o uzavření smlouvy anebo uzavření smlouvy.“). Ani z jednoho pravidla však čl. 19 Modelových pravidel o odpovědnosti provozovatele platformy za nesplnění smlouvy nevyplývá (inspirační vzory jsou o něčem jiném).

<sup>59</sup> Základem je již rozhodnutí SD EU ze dne 2. 12. 2010, Ker-Optika bt v. ÁNTSZ Dél-du-nántúli Regionális Intézet, C-108/09, řešící on-line prodej kontaktních čoček. Rozhodnutí je postaveno na rozlišení on-line prodeje (podmínek prodeje) a off-line prodeje (podmínek dodání). V prvním případě je vnitrostátní omezení nepřipustné, v druhém je přípustné.

<sup>60</sup> SD EU ze dne 20. 12. 2017, Asociación Profesional Elite Taxi v. Uber Systems Spain, SL., C-434/15 (a související C-320/16 Uber France, C-371/17 Uber BV/Richard Leipold) – zprostředkovatelská služba, jako je služba dotčená v původním řízení, umožňující pomocí aplikace pro chytré telefony za úplatu zprostředkovat kontakt mezi neprofesionálními řidiči používajícími vlastní vozidlo a osobami, které se potřebují přemístit po území města, musí být považována za neoddělitelně spjatou s přepravní službou, a proto musí být považována za „službu v oblasti dopravy“ ve smyslu čl. 58 odst. 1 SFEU. Taková služba musí být tudíž vyloučena z působnosti článku 56 SFEU, směrnice 2006/123 a směrnice 2000/31.

<sup>61</sup> Srov. stanovisko generálního advokáta Szpunara ze dne 30. 4. 2019, YA, AIRBNB Ireland UC, Hotelière Turenne SAS, Association pour un hébergement et un tourisme

míry kontroly se stala v těchto rozhodnutích kritériem, zda jde o službu informační společnosti. Zatímco v případě UBER byla shledána intenzivní natolik, že vedla k závěru, že o službu informační společnosti se nejedná, v případě AIRBNB je navrhován s ohledem na nižší míru intenzity opačný závěr. Zkoumá se, nakolik je činnost platformy samostatnou zprostředkovací službou, pak by byla službou informační společnosti, a nakolik je nedílnou složkou plnění konkrétní smlouvy, zde přepravní nebo ubytovací služby.<sup>62</sup> Posouzení se provádí na základě řady kritérií, zejména se posuzuje, zda platforma slouží k vytvoření nabídky, která by zde jinak nebyla, a míra kontroly provozovatele platformy nad podmínkami poskytování služeb, např. zda provozovatel stanovuje přinejmenším maximální cenu, tuto cenu od zákazníků inkasuje, aby z ní následně část vyplatil poskytovateli plnění, vykonává určitou kontrolu kvality plnění a chování poskytovatelů plnění, které může vést k jejich vyloučení. Skutečnost, že provozovatel platformy poskytuje vedle ještě další služby však nebrání tomu, že platforma službou informační společnosti je.

Ve všech případech však nešlo ve své podstatě o posouzení odpovědnosti provozovatele platformy za poskytnutí plnění ze smlouvy, to z rozhodnutí nevyplývá, ale o problém volného pohybu služeb a možnosti regulace povolení k poskytování služby na území členského státu. Tedy zejména interpretace čl. 3 odst. 4 směrnice o elektronickém obchodu, čl. 56 a 58 Smlouvy o fungování Evropské unie. Navíc nelze přehlédnout i kritiku uvedeného přístupu. Ekonomická závislost obou činností nevyklučuje, že provozování platformy je službou informační společnosti, naplňuje její definiční znaky,

---

professionnel (AHTOP), Valhotel, C-390/18 – služba spočívající ve zprostředkování kontaktu pomocí elektronické platformy mezi potenciálními nájemci a pronajímateli nabízejícími krátkodobé ubytovací služby, a to v situaci, kdy poskytovatel této služby nemá kontrolu nad základními podmínkami těchto služeb, je službou informační společnosti ve smyslu uvedených ustanovení.

<sup>62</sup> Zejména v případě UBERU se přitom nabízí i jiná řešení. Provozovatel platformy by mohl být posouzen jako zaměstnavatel řidičů (tzn. jejich činnost jako výkon závislé práce). V konkrétním případě generální advokát vznik pracovněprávního vztahu mezi UBER a řidičem vyloučil (stanovisko generálního advokáta Szpunara ze dne 11. 5. 2017, Asociación Profesional Elite Taxi v. Uber Systems Spain, SL., C-434/15, odst. 52 a 54). Existuje však řada rozhodnutí soudů, které pracovněprávní vztah dovodily, např. Velká Británie [rozsudek London Employment Tribunal ze dne 28. října 2016, Aslam, Farrar and Others v. Uber (věc 2202551/2015)], Kalifornie (Labour Commissioner, California, Case NO. 11-46739, Berwick v. Uber Technologies). Srov. také ve Francii ve vztahu k rozvozcům jídla – Cour de Cassation, Arrêt n°1737, 28 Novembre 2018 (17-20.079).

příčemž to nevylučuje, aby provozovatel platformy byl zároveň poskytovatelem plnění. Je nutné rozlišit on-line službu a faktické plnění smlouvy.<sup>63</sup>

Jestliže se přitom podíváme do Slovenského návrhu, je jasná inspirace v judikatuře SD EU. Podle § 1246 odst. 3 Slovenského návrhu se zkoumá, zda je uzavření smlouvy prostřednictvím elektronického zařízení neoddělitelnou součástí zprostředkovaného plnění, pak se zprostředkovatel považuje za smluvní stranu spolu se zájemcem, pro kterého zprostředkuje. Přestože zákonná úprava neobsahuje žádný test neoddělitelnosti, je z důvodové zprávy zřejmé, že se projevuje rozhodnutí ve věci UBER.

Český návrh takto radikální není. Podle § 2454e Českého návrhu, poruší-li digitální platforma povinnost uvedenou v tomto pododdíle a poskytovatel služby způsobí v souvislosti se zprostředkovanou smlouvou škodu, ručí digitální platforma zájemci za splnění povinnosti k náhradě škody způsobené poskytovatelem. Vzniká pouze ručení za škodu způsobenou poskytovatelem plnění, pokud digitální platforma porušila své povinnosti. Na druhou stranu se nevyžaduje žádná míra vlivu na konkrétního poskytovatele plnění.

Zdá se, že trend je jasný. Obecné úpravy provozovatelů platform stanoví případy, kdy provozovatel může odpovídat za konkrétní plnění. Z principu solidární odpovědnosti, mnohdy však již bez dalších podmínek odkazujících na míru vlivu nebo očekávání zákazníka, vycházejí i jednotlivé sektorové úpravy, například i v již zmíněné portugalské úpravě platform v oblasti dopravy.<sup>64</sup> Podobným příkladem může být ale i úprava smlouvy o zájezdu jako zvláštního smluvního typu.<sup>65</sup> Zajímavé pravidlo bylo obsaženo i v návrhu směrnice 2011/83/EU o právech spotřebitele.<sup>66</sup>

<sup>63</sup> Např. SCHAUB, Martien Y. Why UBER is an information society service. *EuCML*, 2018, č. 3, s. 108.

<sup>64</sup> Artigo 20 Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto de 2018, Regime jurídico da atividade de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrónica. Neřešíme zde, zda takto přísně stanovená odpovědnost není v rozporu s právem EU, zejména směrnicí o elektronickém obchodu.

<sup>65</sup> Srov. body 12 a 13 odůvodnění, čl. 3 odst. 2 a odst. 5 směrnice 2015/2302 o souborných cestovních službách a spojených cestovních službách. K tomu podrobněji TERESZKIEWICZ, Piotr. Digital platforms: regulation and liability in the EU law. *European Review of Private Law*, 2018, č. 6, s. 903 an.

<sup>66</sup> Srov. čl. 7 návrhu směrnice Evropského parlamentu a Rady o právech spotřebitelů (KOM/2008/0614 konečné znění – COD 2008/0196). Tato úprava však byla v průběhu legislativních prací odstraněna.

Lze si přesto klást otázku, zda zmíněná kritéria mají věcně skutečně takovou společnou odpovědnost zakládat. Kde hledat ospravedlnění takového závěru.<sup>67</sup> Provozovatel platformy (zprostředkovatel) navíc žádnou nabídku nevytváří, maximálně nabídky a poptávky různých osob koncentruje v jednom místě. Nelze tvrdit, že bez platformy by poskytovatelé plnění (ubytování, přepravy) takové plnění vůbec nenabízeli, akorát by tak činili jinými, ne tak efektivními či jednoduchými prostředky. Nabídku (tedy i rozhodnutí něco nabízet) pak motivuje především zisk, tedy nenasycená poptávka po daném plnění. Jednotlivá kritéria vlivu provozovatele platformy na poskytovatele jednotlivých plnění jsou navíc zároveň požadavky ze strany zákazníků (např. přiměřená cena, kontrola plnění ve spojení s finančním tokem). Nejde tedy o to, že by měl provozovatel platformy snahu zneužívat své postavení, ale jde o zájem zákazníků, což jsou také uživatelé platformy, pro které dochází ke zprostředkování. Ve své podstatě jde o jejich vyvažování. Srovnávání jednotlivých poskytovatelů, kontrola kvality jejich plnění, ukládání pokut, platební funkce – to vše patří dnes k typickým vedlejšími plněními provozovatele platformy.<sup>68</sup> Důvodem spoluodpovědnosti provozovatele platformy by mělo být spíše očekávání zákazníků, že provozovatel platformy za konkrétní plnění ručí, že zaručuje jako řádnost a včasnost,<sup>69</sup> nikoliv pouhá míra vlivu.

Pokud bychom dovodili na základě výše uvedeného testu převládajícího vlivu odpovědnost provozovatele platformy za plnění, pak se otevírá prostor pro přímou odpovědnost i v rámci koncernových struktur, franchisingových smluv, dodavatelských řetězců (výrobce bude odpovídat ze smluv uzavřených prodejcem) nebo smluv o obchodním zastoupení. Tento vliv, zejména kritérium kontroly, může být snadno naplněn i v jejich rámci. Je zajímavé, že například u obchodního zástupce nikoho nenapadne zkoumat, zda by neměl odpovídat za plnění ze zprostředkovaných smluv třetí osobě. Právní úprava řeší pouze ručení za třetí osobu (což je striktně vza-

---

<sup>67</sup> Kriticky k tomuto trendu MAULTZSCH, F. Contractual liability of online platform operators: European proposals and established principles. *European Review of Contract Law*, 2018, č. 3, s. 209 an.

<sup>68</sup> DE LAS HERAS BALLELL, Teresa Rodríguez. The Legal Anatomy of Electronic Platforms: A Prior Study to Assess the Need of a Law of Platforms in the EU. *Italian Law Journal*, 2017, č. 1, s. 167.

<sup>69</sup> Srov. SØRENSEN, Marie Jull. Intermediary Platforms – The Contractual Legal Framework. *NJCL*, 2018, č. 1, s. 85.



to i poskytovatel plnění), ale to pouze pokud se k tomu zavázal a byla-li za toto ručení ujednána úplata.<sup>70</sup>

## Závěr

Pojem platforma je hitem poslední doby, a to i mezi právníky. Jejich fungování přináší nepochybně řadu výhod, má však i svá úskalí. Často se dovozuje potřeba zvláštní nové soukromoprávní úpravy s argumentací, že je potřebná ucelená, a nikoliv roztržštěná úprava zohledňující trojstrannost vztahu s tím, že stávající soukromoprávní regulace se zaměřuje spíše na tradiční dvoustranné vztahy. Důraz se má klást na povinnosti provozovatele platformy, nikoliv úpravu transakcí.<sup>71</sup>

Mnohokrát ale nejde v případě platformy o problémy nové, novy je pouze jejich rozměr. V oblasti soukromoprávní regulace platformy jde o otázky, které známe i z jiných oblastí. Obecně internetové prostředí vyvolává problémy s otázkou identity. Samostatnou kapitolou je rozlišení spotřebitele a podnikatele. Problém placené reklamy a klamání zákazníků není jenom otázkou různých srovnávačů. Problém kontroly a řízení jinými subjekty je pak problém jakýchkoliv koncernových struktur. Význam platformy může vést k vytváření závislosti, zneužívání dominantního postavení či alespoň tržní síly a v různých formách k diskriminaci uživatelů.<sup>72</sup> S tím však souvisí čistota soutěžního prostředí. Nejdříve bychom se měli pokusit vyřešit problémy obecně, i pro jiné případy než platformy, možná bychom zjistili, že zvláštní úprava řady otázek není nutná.

Z výše uvedeného by mělo být zřejmé, že nejsme příznivci vytváření nových kategorií a regulací. Mělo by se uplatnit pravidlo, že zvláštní úprava není opodstatněná, jestliže stanoví totéž, co vyplývá již z obecné úpravy, např. nekalých obchodních praktik, ochrany spotřebitele a hospodářské soutěže obecně. Podstatu celé regulace vidíme ve stanovení konkrétních

<sup>70</sup> Srov. § 2492 ObčZ a § 658 odst. 2 zákona č. 513/1991 Zb., obchodného zákonníku.

<sup>71</sup> DE LAS HERAS BALLELL, Teresa Rodríguez. The Legal Anatomy of Electronic Platforms: A Prior Study to Assess the Need of a Law of Platforms in the EU. *Italian Law Journal*, 2017, č. 1, s. 153. SØRENSEN, Marie Jull. Intermediary Platforms – The Contractual Legal Framework. *NJCL*, 2018, č. 1, s. 64.

<sup>72</sup> Podrobněji in NAVARRO, Susana Navas. Discrimination and On-line Platforms in the Collaborative Economy. *EuCML*, 2019, č. 1, s. 34 an.

povinností poskytovatelům některých služeb informační společnosti, např. informačních povinností, kontroly uživatelů, a tedy legislativní vymezení prostoru, v němž neodpovídají (či odpovídají) za činnost uživatelů.<sup>73</sup> Například do jaké míry mají povinnost plnit informační povinnosti konkrétních poskytovatelů plnění za účelem ochrany spotřebitele.<sup>74</sup> Možná by proto místo vytváření zvláštní úpravy platformem stačila jednoduchá úprava směrnice o elektronickém obchodu.

Často je předmětem diskuse odpovědnost provozovatelů platformem za nelegální obsah, který je na nich sdílený.<sup>75</sup> Zde je určité prostor pro zpřísnění odpovědnosti provozovatelů platformem.<sup>76</sup> Největším rizikem nové úpravy jsou však z našeho pohledu pružná, ale zároveň kogentní pravidla spoluodpovědnosti provozovatele platformy v případě převládajícího vlivu na poskytovatele plnění. Na jednu stranu stanovíme, že pouze omezeně odpovídá za obsah sdělení poskytovatele plnění, na druhou stranu má nést odpovědnost za řádnost a včasnost poskytovaných služeb a zboží, a to aniž by to mohl smluvně upravit. Pokud připustíme, že převládající vliv provozovatele platformy na činnost poskytovatele plnění má zakládat spoluodpovědnost za plnění smlouvy, měl by se navíc takový závěr prosazovat i v případě jiných subjektů. Flexibilní, nevýlučná kritéria, která se prosazují v judikatuře i návrzích regulace platformem, tak nepřinášejí žádnou právní jistotu, kterou bychom v tak zásadní otázce měli vyžadovat. Nevidíme opodstatnění pro takový závěr, ledaže to odpovídá vyvolanému očekávání druhé strany.<sup>77</sup>

<sup>73</sup> Srov. čl. 8 a 9 Modelových pravidel.

<sup>74</sup> K potenciálním třem základním modelům blíže in WENDEHORST, Christiane. Platform Intermediary Services and Duties under the E-Commerce Directive and the Consumer Rights Directive. *EuCML*, 2016, č. 1, s. 30 an.

<sup>75</sup> Aktuálně stanovisko generálního advokáta Szpunara ze dne 4. 6. 2019, *Eva Glawischning-Piesczek v. Facebook Ireland Limited*, C-18/18.

<sup>76</sup> Srov. Doporučení Evropské komise o opatřeních pro efektivní boj proti nezákonnému obsahu online, C(2018) 1177 final.

<sup>77</sup> Shodně kriticky MAULTZSCH, F. Contractual liability of online platform operators: European proposals and established principles. *European Review of Contract Law*, 2018, č. 3, s. 209 an. Navrhuje omezit aplikaci čl. 18 Modelových pravidel na případy, kdy provozovatel platformy vystupuje ve vztazích dvou spotřebitelů a nese veškerá rizika z uzavřené smlouvy podle interní dohody s poskytovatelem plnění. Článek 18 Modelových pravidel může být funkční z hlediska veřejnoprávních povinností, nikoliv však jako základ smluvní odpovědnosti.

# AD HOC REGULÁCIA ZMLÚV UZATVÁRANÝCH PROSTREDNÍCTVOM PLATFORIEM

*Doc. JUDr. Kristián Csach, PhD., LL.M.*

*Právnická fakulta, Trnavská univerzita v Trnave*

*Keďže teraz, keď ľudstvo stojí na prahu éry, keď čoraz sofistikovanejšie roboty, softvérové roboty (tzv. boty), androidi a ďalšie formy umelej inteligencie (ďalej len „UI“) sú zdá sa pripravené rozpútať novú priemyselnú revolúciu, ktorá sa pravdepodobne dotkne všetkých vrstiev spoločnosti, je nanajvýš dôležité, aby zákonodarca zvážil jej právne a etické dôsledky a vplyvy bez toho, aby bola obmedzená inovácia;*

Uznesenie Európskeho parlamentu zo 16. februára 2017 s odporúčaniami pre Komisiu k normám občianskeho práva v oblasti robotiky [2015/2103(INL)].<sup>1</sup>

## **1. Algoritmus ante portas!**

Platformy, resp. zmluvy uzatvárané prostredníctvom elektronických platforiem sa stali bežnou súčasťou našich životov. Poskytovanie služieb osobnej prepravy, ubytovania, zdieľanie obsahu, ale aj nárast využitia „internetu vecí“ sa už nepovažuje za výstrelok úzkej skupiny ľudí, ale dennodenná realita moderného spôsobu života. A, samozrejme, ruka v ruke s tým prichádza uvažovanie o právnom režime takýchto transakcií.

Ak aj neprepadneme obavám z *rozpútania* novej priemyselnej revolúcie pod vedením šialenej umelej inteligencie, mali by sme sa zamýšľať nad tým, či nie sme svedkami zmien, ktoré naštobia naše vnímanie kategórií súkromného práva, osobitne zmluvného práva. Zmeny si totiž už technicky vieme predstaviť. Sme tak schopní predvídať aj ich právne zhodnotenie či riziká.

---

<sup>1</sup> Dostupné na: [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014\\_2019/plmrep/COMMITTEES/JURI/DV/2017/11-20/P8\\_TA-PROV20170051\\_SK.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/JURI/DV/2017/11-20/P8_TA-PROV20170051_SK.pdf).

Predkladaná úvaha priamo nadväzuje na príspevok Milana Hulmáka v tomto zborníku, preto sa bude venovať len určitému výseku – zmluvnoprávnym aspektom postavenia platformy so zameraním na transakčný proces a vytvorenie obsahu zmluvy – v ostatných otázkach odkazujeme práve na tento výstup. Cieľom nášho príspevku je na základe prierezového prehľadu zvážiť, či je pre zmluvy uzatvárané prostredníctvom platformiem potrebná alebo vhodná *ad hoc* regulácia, pričom po všeobecnom zábere sa zameriame na korporáčne investičné transakcie.

Vymedzenie platformy v tomto príspevku je najširšie možné. Zahŕňa akýkoľvek elektronický priestor, na ktorom alebo prostredníctvom ktorého môže dôjsť k uzatváraniu zmlúv medzi dvoma subjektmi odlišnými od prevádzkovateľa platformy a ktorý predpokladá trojstranný vzťah, resp. trojuholník dvojstranných právnych vzťahov medzi prevádzkovateľom platformy (ďalej označovaný ako platforma) a jej užívateľmi, medzi ktorými dochádza k uzatvoreniu realizačnej zmluvy.

## 2. Úvaha o potrebe *ad hoc* súkromnoprávnej regulácie zmlúv prostredníctvom platformiem

*Keďže nedostatky súčasného právneho rámca sú takisto zjavné v oblasti zmluvnej zodpovednosti vzhľadom na to, že stroje navrhnuté na výber svojich zmluvných partnerov, rokovanie o zmluvných podmienkach, uzatváranie zmlúv a rozhodovanie, či a ako ich vykonávať, robia tradičné pravidlá neuplatniteľnými; keďže toto zdôrazňuje potrebu prijatia nových, účinných a aktuálnych pravidiel, ktoré by mali zohľadniť najnovší technologický vývoj a inovácie na trhu;*

Uznesenie Európskeho parlamentu zo 16. februára 2017 s odporúčaniami pre Komisiu k normám občianskeho práva v oblasti robotiky [2015/2103(INL)].<sup>2</sup>

Potreba osobitných súkromnoprávných pravidiel je kŕmená obavou pred zmluvou, ktorá nie je prejavom vôle jednotlivých hráčov, ale výsledkom automatizovaného procesu, často ovplyvneného akýmsi kreatívnym algoritmom. A jazdci apokalypsy zvestujú, že tieto riziká *robia tradičné pravidlá neuplatniteľnými*.

---

<sup>2</sup> Tamže.

Efektivita uzatvárania zmlúv vyžaduje automatizáciu a tá aj prebieha v oveľa väčšom meradle, ako si uvedomujeme.<sup>3</sup> Kým štandardizácia kontraktačných procesov bola veľkou výzvou pre moderné zmluvné právo záveru 20. storočia, 21. storočie kladie pred zmluvné právo ešte väčšie výzvy – využívanie algoritmov a umelej inteligencie pri uzatváraní zmlúv. Ustaluje sa označenie **smart contracts**,<sup>4</sup> pod ktorým rozumieme skôr technickú skutočnosť – vytváranie obsahu zmluvy a aj jeho vykonanie bez zásahu človeka než skutočnú zmluvu (a už vonkoncom nie múdru zmluvu). Zmluvy sa automaticky prispôbujú, reagujú na určité okolnosti a znižujú tak transakčné náklady či ľudský faktor – riziko omylov – pri jej uzatváraní, dosahovaní optimálneho (alebo aspoň jasného) určenia práva povinnosti a zjednodušujú výkon, či dokonca aj realizáciu zodpovednostných pravidiel. Mnohé krajiny otvárajú právne diskusie na tému možností,<sup>5</sup> prípadne dokonca aj rovno siahajú k regulácii smart kontraktov.<sup>6</sup>

Elektronicky či mechanicky uzatvárané kontrakty ako také určite nie sú novinkou. Mechanické uzatváranie zmluvy zabezpečujú aj automaty na lístky, drobné predmety alebo výhry už viac než sto rokov. V počiatoch elektronickej komunikácie išlo o programy, ktoré len zabezpečovali výkon pomerne jasne špecifikovanej vôle konajúcej osoby (automatické zvýšenie ceny alebo zmeny podmienok návrhu, zvýšenie podania, prijatie návrhu za vopred špecifikovaných podmienok). Spôsob kontraktácie bol v podstate rovnaký ako pri automatoch na lístky, len sa odlišoval určitou kvalitou či podrobnosťou kritérií, na základe ktorých sa zmluvy uzat-

<sup>3</sup> Zväžme len samotnú tvorbu zmlúv a vytváranie rôznych interaktívnych vzorov v rámci advokátskych kancelárií či veľkých korporácií. Pre empirický prehľad pozri napríklad TIMMER, I. Contract Automation: Experiences from Dutch Legal Practice. In: CORRALES, M., FENWICK, M., HAAPIO, H. *Legal Tech, Smart Contracts and Blockchain*. Springer Nature Singapore Pte Ltd. 2019, s. 147 a nasl.

<sup>4</sup> Pozri podrobnejšie ZIMNIOKOVÁ, M. Smart kontrakt ve světle bankovní identity. In: *Právní rozhledy*, 4/2020 (v tlači).

<sup>5</sup> Pozri napríklad prehľad u MÖSLEIN, F. Smart contracts in Zivil- und Handelsrecht. In: *Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, 183 (2019), s. 255 – 259.

<sup>6</sup> Zaujímavý prvý výstrel prichádza z Ruska, kde novelizácia občianskeho zákonníka zákon o digitálnych právach s účinnosťou od 1. októbra 2019 zaviedla pravidlo o samorealizovateľných zmluvách. Takéto zmluvy môžu byť vykonávané (plnené) automaticky, bez akéhokoľvek ďalšieho úkonu alebo vôle zmluvných strán. Pre prehľad pozri GROMOVA, E. Smart contracts in Russia: An attempt to define the legal nature of smart contracts. In: *Law and digital economy*. 2018, No. 2 (02), s. 31 a nasl. Dostupné na: <https://www.researchgate.net/publication/335858288>.

várali, resp. bol určovaný ich obsah. V súčasnosti ide o podstatne sofistikovanejšie metódy, pri ktorých sa môže umelo vytvoriť obsah zmluvy, „rozhodnúť“ sa pre jej uzavretie či ukončenie, či pre poskytnutie alebo zadržanie plnenia. Kontraktačná, resp. realizačná vôľa jednotlivca je vzdialená od prvotného rozhodnutia subjektu vstúpiť do tohto algoritmizovaného systému kontraktácie. Preto aj otvára pomerne veľa otázok týkajúcich sa zmluvných aspektov – samotného určovania vôle, jej prejavu či posúdenie obsahu zmluvy.

V tomto príspevku zjednodušujeme. Zameriame sa na platformy, ktoré predpokladajú trojstrannosť právnej situácie. Nevylučujeme však, že by rovnaké myšlienky mali platiť aj pre viac alebo menejstranné právne transakcie.

### ***a) Algoritmy a identifikácia vôle a prejavu pri kontraktácii prostredníctvom platformy***

Zmluva je dvojstranným právnym úkonom. Predpokladá ofertu a akceptáciu ako súhlasné (a protibežné) prejavy vôle dvoch rôznych subjektov. Môže sa zdať, že algoritmizácia a automatizácia kontraktačného procesu – najmä určovania jeho obsahu – toto východisko naštrbí.

Tieto problémy nie sú také vypuklé pri klasických platformách, na základe ktorých dochádza k uzavretiu zmluvy za jasných podmienok a k jednorazovému plneniu aspoň z pohľadu klienta objednávajúceho si ubytovanie či službu. V týchto prípadoch ale môže byť vôľa druhej strany viac automatizovaná (napríklad mechanizmus určovania ceny za plnenie a podobne). Podobne existujú (typicky na kapitálovom trhu) situácie, keď je uzatváranie a tvorba zmluvy pomerne automatizovaná a oddelená od konkrétnej vôle jednotlivca uzavrieť práve túto zmluvu s práve týmto subjektom.

Z právneho hľadiska dokážeme **vôľu** pričítať, resp. spätne odvodiť od prvotného súhlasu osoby s algoritmizáciou, teda s použitím určitého automatického spôsobu na jej prejavenie (typický automat na kávu alebo cestovné lístky) alebo aj na určenie jej obsahu – teda na tvorbu vôle. Takéto odvodzovanie ale má svoje slabiny – napríklad, do akej miery musí byť osoba schopná pochopiť algoritmus, na základe ktorého sa generuje obsah zmluvy, či sa vyberá zmluvný partner? Uvádza sa, že strany, ktoré vstupujú do právnych vzťahov prostredníctvom technických opatrení, akceptujú

záväznosť technických podmienok, aj keď tejto technológii nerozumejú.<sup>7</sup> Môžeme však pričítať určitej osobe vôľu, ktorú možno ani nepredvídala? Aké majú byť požiadavky na určitosť právneho úkonu, ku ktorému dôjde v dôsledku algoritmu neskôr a nie je ani jasné s kým? Môže sa dovoľávať omylu pre nepochopenie algoritmu, resp. jeho práce, prípadne až jeho úplne atypických výsledkov? Na čo sa má vzťahovať omyl? Má sa znalosť algoritmu posudzovať pri oboch stranách, alebo len pri jednej z nich? Budú sa aplikovať pravidlá pričítania nedostatkov vôle, ako boli vyvinuté pre zmluvné zastúpenie? Môže byť výsledok algoritmu napadnutý rovnako ako výsledok určenia obsahu treťou osobou? Kto znáša dôsledky nedostatkov algoritmu? Otázok je mnoho. V skutočnosti však nejde o otázky úplne nové. Núka sa paralela k blankopodpisu,<sup>8</sup> učeniu o rozložení rizika,<sup>9</sup> najmä pri zastúpení, ako aj k následkom voľby použitia komunikačného kanálu pri dôjdení prejavu vôle či pri jeho interpretácii. Základným východiskom úvah by malo byť to, že za nedostatky kontraktačného mechanizmu nemá znášať následky ten, kto k nemu nemá prístup, ale ten, kto ho využil a vytvoril. Rovnako za vady zodpovedá ten, kto ich spôsobil, resp. zvolil mechanizmus, ktorý ich spôsobil.<sup>10</sup> To ale nie je nový prístup.

Podobne by sme mali nazerať na **prejav vôle**. Prejavom vôle môže byť buď samotný realizačný úkon algoritmu, súhlas s použitím algoritmu, alebo už aj vytvorenie kódu, na základe ktorého sa určitý technický úkon udeje (či už ide o prípadné uzatvorenie zmluvy, alebo jej plnenie).<sup>11</sup> Myslíme si, že nie je vhodné tieto fázy rozlišovať, a tak požiadavky na právny úkon posudzovať pre tieto zložky separátne. Ani tu nepôjde o úplne neznáme otázky. Prejav vôle by mal zahŕňať jednotu cielenej činnosti človeka (vy-

<sup>7</sup> Pozri podrobnejšie WEBER, R., H. Smart Contracts: Do we need New Legal Rules? In: DE FRANCESCO, A., SCHULZE, R. *Digital revolution – New Challenges for Law*. C. H. Beck – Nomos, 2019, s. 35.

<sup>8</sup> Podrobnejšie CSACH, K. *Štandardné zmluvy*. Plzeň: Vydavateľstvá a nakladateľstvá Aleš Čeněk, 2009, s. 56 a nasl.

<sup>9</sup> Pozri WIEBE, A. *Die elektronische Willenserklärung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, s. 217.

<sup>10</sup> Pozri napríklad zodpovednosť za chyby rezervačného systému: JURČOVÁ, M. Platformy v odvetví cestovného ruchu. In: ŠVECOVÁ, A. (ed.). *Acta Universitatis Tyrnaviensis – Iuridica X*. Ročenka Právnickej fakulty Trnavskej univerzity v Trnave. Trnava: Trnavská univerzita v Trnave, 2018, s. 79.

<sup>11</sup> Napríklad Podľa Mösleina, programový kód softvéru, na ktorom sú postavené blockchainové smart kontrakty nepochybne plní požiadavku vonkajšej formy prejavu vôle. MÖSLEIN, F, op. cit., s. 271.

tvorenie algoritmu, súhlas s jeho použitím), ako aj samotný „úkon“ tohto algoritmu podobne, ako je to pri klasických automatoch.

### ***b) Povinnosti pri kontraktácii – výber zmluvného partnera***

Účastníci platformy spravidla majú nejaký zmluvný vzťah s platformou. Tento obsah zmluvného vzťahu bude dôležitý pre vymedzenie ich vzájomných práv a povinností (užívateľ vs. platforma). Z tohto právneho vzťahu môže vyplývať určitá **povinnosť platformy týkajúca sa (pred-)výberu kontrahenta** (teda subjektu zmluvy medzi užívateľmi). Odpoveď zrejme bude závisieť od konkrétnej konštrukcie zmluvného vzťahu medzi užívateľom a platformou a obsahom toho, na čo sa platforma zaväzuje (sprostredkovanie, párovanie, predvýber). Všeobecnú odpoveď preto nebude možné dať. Vyplývajúci z požiadaviek poctivosti by v zásade malo platiť to, že platforma nemá ponúknuť také plnenie (možnosť uzavrieť zmluvu s takým užívateľom), o ktorom vie – vzhľadom na vlastné kontrolné mechanizmy – že nebude poskytnuté riadne.<sup>12</sup> Všeobecne by ale platforma nemala zodpovedať za kvalitu výberu, ak to nevyplýva z jej právneho vzťahu s užívateľom.<sup>13</sup>

### ***c) Platforma ako tvorca obsahu zmluvy***

Ďalšou otázkou je konštrukcia **obsahu zmluvy pri účasti tretieho subjektu**. Užívateľia platformy – teda zmluvné strany kontrahujúce prostredníctvom platformy uzatvárajú zmluvu na základe pravidiel tejto platformy. To so sebou prináša mnoho otázok, od všeobecnej prípustnosti určovania obsahu zmluvy, cez špecifiká pri inkorporácii alebo obsahovej korekcie takýchto vonkajších pravidiel. Pochopiteľne, pôsobenie platformy je ešte širšie, zasahuje aj do súťažného práva, úpravy nekalých praktík a iných aspektov ochrany spotrebiteľa. V tomto obmedzenom priestore by sme sa venovali len niektorým zmluvnoprávnym aspektom.

---

<sup>12</sup> Pozri povinnosť predselektie sprostredkovateľom podľa § 649 ods. 1 OBZ alebo obchodným zástupcom podľa § 658 ods. 1 OBZ.

<sup>13</sup> Samotný fakt prevádzkovania platformy ešte nemá zakladať povinnosť zabezpečovať iba kvalitných účastníkov, resp. povinnosť zabezpečiť ochranu verejnému styku pred rizikami (ako to napríklad nemecká doktrína odvodzuje v rámci Verkehrssicherungspflichten – pozri BRÜGGEMEIER, G. *Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich. Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts*. Heidelberg: Springer, 2006, s. 128/129).



Slovenské právo pozná možnosť určenia obsahu zmluvy treťou osobou, a to už pri uzatváraní zmluvy<sup>14</sup> – zmluvná sloboda je delegovateľná. Naše právo však nedáva k dispozícii výslovné mechanizmy na jeho kontrolu<sup>15</sup> a ani presne neupravuje pravidlá pre inkorporáciu takto určeného obsahu. Vychádza sa zrejme z toho, že dohoda o určení treťou osobou musí byť dostatočne určitá a k ustáleniu obsahu dôjde účinnosťou určenia jej obsahu treťou osobou.

Môže však nastať aj iná situácia, keď pravidlá platformou vytvorené už sú a strany sa k týmto pravidlám prihlásia. Vychádzame z toho, že v prípade, ak už existujú pravidlá vytvorené platformou, môžu sa stať **súčasťou zmluvného dojednanja** medzi užívateľmi tak, ako každé iné (všeobecné) obchodné podmienky. Inkorporačná doložka by mala byť obsiahnutá v zmluve medzi užívateľmi navzájom. Odkaz v zmluve medzi každým jedným užívateľom a platformou na to, že vo vzťahu medzi dvoma užívateľmi sa budú aplikovať pravidlá platformy, by v zásade nemal postačovať, keďže druhá strana (druhý užívateľ platformy) o obsahu tejto zmluvy nemusí vedieť. Avšak pravidlá platformy vyplývajúce zo zmluvy medzi užívateľom a platformou by mohli byť relevantné aj pre výklad zmluvy medzi užívateľmi samotnými. Ak by to platforma tak prezentovala, každý jej užívateľ by sa mal môcť spoľahnúť na to, že aj ostatní užívatelia budú dodržiavať pravidlá určené platformou, a teda napríklad, že ich konanie v rámci platformy bude mať taký význam, ako je uvedený v pravidlách tejto platformy. Keďže inkorporačná doložka nemusí byť výslovná, ale môže vyplývať z kontextu kontrahovania (vstup do fitnes, do kina a podobne), môže aj priebeh či danosti kontraktácie prostredníctvom konkrétnej platformy indikovať inkorporáciu jej pravidiel. Ak už boli podmienky určené platformou inkorporované do zmluvy medzi užívateľmi platformy, otvárajú sa ďalšie problémové oblasti.

Napríklad je sporné, či a v akom rozsahu platforma zodpovedá za **kvalitu obsahu právneho úkonu**, ktorý medzi sebou uzavrú jej účastníci. Je totiž v zásade tvorcom obsahu tejto zmluvy. Ak dve osoby kontrahujú s vy-

<sup>14</sup> Pozri § 50b Občianskeho zákonníka a § 291 Obchodného zákonníka.

<sup>15</sup> Miera, v akej by takéto určenie malo podliehať súdnemu prieskumu, nie je jasná ani z európskeho pohľadu (s výnimkou niektorých jurisdikcií). Pozri napríklad KLEIN-SCHMIDT, J. Die Bestimmung durch einen Dritten im Europäischen Vertragsrecht – Textstufen transnationaler Modellregelungen. In: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, Bd. 76 (2012), s. 785 – 818.

užitím zmluvného textu, ktorý im dala k dispozícii tretia osoba a tretia osoba je odmeňovaná aj za to, že takýto právny úkon naformuluje, približujeme sa k poskytovaniu právnych služieb. Platforma by mohla byť tretou stranou, na ktorú sa obrátia jej užívatelia pre formovanie právneho vzťahu medzi nimi. Napriek tomu o poskytovanie právnej služby ako takej podľa nášho názoru nepôjde. Užívateľ neuzatvára s platformou zmluvu, v zmysle ktorej mu platforma má hájiť jeho záujmy a pripraviť dokumenty pre jeho transakciu. To od platformy nikto objektívne neočakáva. Platforma tu ponúka produkt, ktorý spočíva v možnosti kontrahovania (s iným užívateľom) za určitých podmienok.<sup>16</sup> Tieto podmienky sú nepriamym predmetom právneho vzťahu medzi užívateľom a platformou (môžu ale aj vytvárať určité práva a povinnosti vo vzťahu medzi platformou a jej užívateľom). Kontrakčná situácia sa tu skôr približuje k nákupu v obchode s jeho vlastnými podmienkami alebo na burze, kde sa všetci zaväzujú dodržiavať tie isté pravidlá hry. To by ale tiež malo znamenať, že by mala byť zodpovedná za určitú kvalitu tohto jej pričítateľného plnenia. Mala by to byť práve platforma, ktorá by mala byť zodpovedná za škodu spôsobenú neplatnosťou právneho úkonu (ak sa napríklad kontrahuje za jej protiprávnych podmienok, ktoré spôsobia neplatnosť právneho úkonu).

Plynule môžeme prejsť na **spotrebiteľskú obsahovú korekciu zmluvy medzi užívateľmi platformy** vytvorenej platformou. Ak by boli uzatvárané zmluvy medzi dvoma užívateľmi platformy v pozícii dodávateľa a spotrebiteľa, boli by dojednania vytvorené platformou, štandardnými podmienkami, ktoré nie sú individuálne dojednané, a teda podliehali by kontrole. Ak by však šlo o P2P vzťahy, tak je situácia zložitejšia. Na prvý pohľad sa totiž nelíši od prípadu, keď by dva súkromné subjekty využili určitý formulár, ktorý našli na internete. Ak by však zmluvný vzťah niektorého z užívateľov platformy s platformou bol spotrebiteľský, tak by sme v tomto diagonálnom vzťahu mohli (v rozsahu uvedenom v predchádzajúcom odseku a zohľadňujúc, že spravidla tieto podmienky budú síce predmetom plnenia platformy jej užívateľovi, ale môžu aj regulovať určité práva a povinnosti v tomto diagonálnom vzťahu) podrobiť tieto podmienky kontrole v rámci ochrany spotrebiteľa (hoci by sa aj inak uplatnili vo vzťahu P2P).

---

<sup>16</sup> Podobne v kontexte sprostredkovateľských platforiem RIEFA, Ch. *Consumer protection and Online Auction Platforms. Towards a safer Legal Framework*. New York: Routledge, 2017, s. 38.

Platformy majú záujem zabezpečiť, aby bol celý právny vzťah medzi ich užívateľmi pod ich kontrolou. Preto je sporné, či by mohli vylúčiť možnosť prípadných **mimoplatformových odchylných dojednaní medzi užívateľmi**, o ktorých by platforma nevedela. Takéto obmedzenie odchylných dojednaní môže mať racionálny význam, napríklad obmedzenie možnosti individuálnej zľavy a zmeny cenových pravidiel, požiadavky interného mechanizmu riešenia sporov neumožňujúce zohľadniť individualizácie transakcie. Myslíme si však, že akékoľvek obmedzenie nebude mať za následok neplatnosť individuálneho mimoplatformového dojednania medzi užívateľmi platformy. Môže to však predstavovať porušenie povinností užívateľov voči platforme (práve preto, lebo individualizácia skresľuje makrovýsledky a sťažuje riešenie prípadných sporov).

#### **d) Typovosť zmlúv uzatváraných prostredníctvom platformou na príklade crowdinvestment a crowdfunding**

Ďalšou otázkou, ktorej sa ešte toľko akademického záujmu nevenuje, je otázka typovosti zmlúv uzatváraných prostredníctvom platformy, resp. to, či je pre transakcie uzatvárané prostredníctvom platformou potrebné vytvoriť osobitnú právnu úpravu.

Charakterizovať zmluvný vzťah medzi platformou a užívateľom nie je možné bez toho, aby sme poznali konkrétne dojednanie, či aspoň nejaké charakteristické plnenie, na ktoré sa užívateľ a platforma zavazujú. Možných variantov je veľa, platforma môže vystupovať ako poskytovateľ služby (často v prospech tretieho), sprostredkovateľ, dokonca aj zástupca či posol, či len tvorca priestoru pre kontraktáciu. Typová klasifikácia bude závisieť od obsahu právneho vzťahu.

Pri posudzovaní právneho vzťahu medzi užívateľmi navzájom bude situácia podobne pestrá. Bežne sa uzatvárajú zmluvy medzi užívateľmi platformy v určitých sektoroch ekonomiky (taxi a podobné služby osobnej prepravy, ubytovanie). Pri nich nebude problematické určenie typu zmluvného vzťahu, ale skôr určenie osoby, ktorá má primárnu povinnosť plniť, resp. sekundárne zodpovednostné povinnosti.<sup>17</sup> Aj vzhľadom na osobnú

<sup>17</sup> Pozri napr. JURČOVÁ, M., NOVOTNÁ, M. Zodpovednosť prevádzkovateľa kolaboratívnej platformy vo svetle diskusného návrhu smernice o online sprostredkovateľských platformách. In: SUCHOŽA, J., HUSÁR, J., HUČKOVÁ, R. (eds.): *Právo, obchod, ekonomika VII*. Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, 2017, s. 211 – 224.

profiláciu autora, sa pozornosť v príspevku sústreďí na prípady, keď platforma umožní taký druh transakcií, ktoré by spravidla bez platformy nemali nádej byť realizované, a to v práve obchodných spoločností – typicky pôjde o využitie platformiem ako nástrojov investície (crowdfunding, crowdinvestiment či crowdlending) a najmä, ak sa tým alternujú pravidlá získavania kapitálu.

Právna úprava takýchto investičných nástrojov reaguje skôr na problémy kolektívneho investovania a kapitálového trhu než na zmluvné otázky.<sup>18</sup> Zo zmluvných otázok sa pritom zameriava skôr na ochranu spotrebiteľa pri poskytovaní spotrebiteľských úverov (P2P požičiavanie peňazí).<sup>19</sup> No investičné transakcie vyvolávajú zložitú otázku ich právnej klasifikácie práve v korporačnom práve.

Dôležité bude, o čo pôjde: o investície do ekvity obchodnej spoločnosti, ktorými investor získava aj korporačné postavenie, alebo len o klasické obligračné formy investovania. Investícia prostredníctvom platformy sa môže realizovať priamo alebo nepriamo. Pri priamej investícii sa uskutočňuje transakcia medzi investujúcim užívateľom a priamo beneficiantom, zatiaľ čo pri nepriamej investícii prebieha investičná transakcia medzi investujúcim užívateľom a projektovou spoločnosťou (*special purpose vehicle* – SPV), ktorá je spoločníkom ekonomického beneficianta, ktorý vypláca následne podiel na zisku projektovej spoločnosti, ktorá časť z neho plní investorovi.<sup>20</sup>

Súčasná slovenská právna úprava neumožňuje vzhľadom na formálne požiadavky **upísania akcií** či **prevzatia záväzkov na vklad** do základného imania, či do iného kapitálového fondu masové elektronické získavanie majetku prostredníctvom platformy. V súčasnom slovenskom práve by preto ani takáto transakcia nebola povolená (resp. nevedla k zamýšľanému účelu). Prípustné by ale mohli byť hybridné transakcie, napríklad zmluvy o budúcej zmluve o prevode účasti na spoločnosti (napríklad z účasti v majetku spoločnosti). Zdá sa, že väčšina súčasných korporač-

---

<sup>18</sup> Napr. HORNUF, L., KLÖHN, L., SCHILLING, T. Financial Contracting in Crowdfunding: Lessons from the German Market. In: *German Law Journal*, Vol. 19 No. 03, s. 509 a nasl.

<sup>19</sup> Pozri k tomu MESZÁROS, P: Požičiavanie peňazí P2P prostredníctvom platformiem – základné pojmy a koncepčné zaradenie. In: *Justičná revue* (v tlači).

<sup>20</sup> Napríklad podľa empirických výskumov sa v Nemecku presadzuje priame investovanie bez špeciálnych projektových spoločností (SPV). Pozri HORNUF, L., KLÖHN, L., SCHILLING, T., *op. cit.*, s. 532.

ných crowdfundingujúcich kampaní sa na Slovensku uskutočňujú nepriamo, prostredníctvom projektových spoločností, spravidla vo forme jednoduchej spoločnosti na akcie,<sup>21</sup> a to v podobe účasti investorov na ekvite a ich korporlačnej pozícii s potrebou komplikovanej zmluvnej dokumentácie, ktorú nie je možné plnohodnotne automatizovať v rámci platformy. To spoločne s vyšším minimálnym objemom investície<sup>22</sup> zrejme znižuje atraktivnosť takýchto investícií pre drobných investorov. Naopak z právneho hľadiska to situáciu zľahčuje, keďže sa využívajú existujúce formy zmluvnej a korporlačnej spolupráce.

Väčšina platformového financovania činnosti obchodných spoločností sa na zahraničných platformách realizuje obligaçne, pri ktorom investor **získava určitý výnos** za svoju investíciu. Uvádza sa, že hoci niet typovej legálnej úpravy, postupne sa obsah zmlúv jednotlivých platforiem pripodobňuje<sup>23</sup> a investičná transakcia sa tak sama štandardizuje. Slovenských investičných aktivít (resp. slovenských investičných platforiem) je však príliš málo na to, aby bolo možné zovšeobecniť empirické skúsenosti, preto budeme o danej možnosti uvažovať abstraktne.<sup>24</sup>

Klasifikácia takejto zmluvnej transakcie by nemala závisieť od plnenia investora, keďže to je vždy rovnaké – investor poskytuje prostriedky. Relevantné by malo byť to, čo investor takouto transakciou získava – aký výnos je mu prislúbený a či je mu prislúbené aj vrátenie poskytnutej istiny alebo sa poskytnutie plnenia transformuje na priebežný výnos.

Výnosy, resp. protiplnenie investora môže byť rôzne. Napríklad investor môže mať fixný alebo variabilný výnos závislý od hospodárskych výsledkov beneficenta alebo časti jeho podniku, investorovi môže vzniknúť rôzne právo na odkúpenie hodnoty jeho investície (či už od beneficenta, alebo od tretej osoby vrátane platformy),<sup>25</sup> prípadne určité iné nároky, ako je postúpenie časti podielu na zisku či podielu na transakciách týkajúcich

<sup>21</sup> Prehľad z popredného slovenského investičného portálu [www.crowdberry.eu](http://www.crowdberry.eu).

<sup>22</sup> Často minimálne 10-tisíc eur. Tieto crowdfundingové akcie tak neslúžia primárnemu cieľu, ktorému slúžia podobné kampane v zahraničí – teda získať veľké množstvo individuálnych investorov cez internet, ale skôr spárovania bonitnejších investorov a investičných príležitostí.

<sup>23</sup> Pozri HORNUF, L., KLÖHN, L., SCHILLING, T., *op. cit.*, s. 519.

<sup>24</sup> Navyše projektové transakčné dokumenty sú prístupné len vo veľmi obmedzenej miere.

<sup>25</sup> Sekundárny trh takýchto investícií neexistuje. Právne pozície takto garantované nie sú voľne prevoditeľné. Postúpením pohľadávky je možné postúpiť len konkrétnu pohla-

sa beneficienta (napríklad, ak sa startupová spoločnosť „predá“ ďalšiemu investorovi).

Zmluva, na základe ktorej získa osoba poskytujúca druhej osobe plnenie, za ktoré má získať protiplnenie vo výške podmienenej hospodárskym výsledkom druhej osoby, sa považuje za zmluvu o tichom spoločenstve. Vzhľadom na širokú dispozitívnu základných prvkov zmluvy o tichom spoločenstve môže byť za takúto zmluvu považovaná aj zmluva, pri ktorej je vylúčený podiel tichého spoločníka na strate podnikateľa (ale ponechaný je len jeho podiel na pozitívnom hospodárskom výsledku).<sup>26</sup> Preto je v slovenskom právnom priestore veľmi úzky priestor pre úvery/pôžičky s úrokom závislým od výsledku hospodárenia dlžníka (v nemeckom práve známa ako *partiarisches Darlehen*, preložiteľná najbližšie ako účastinná pôžička, resp. ako pôžička, ktorou sa zúčastňuje veriteľ na výsledku).<sup>27</sup> To so sebou prináša požiadavku formálnych náležitostí zmluvy, ale aj zásadne dôsledky čo do kogentných pravidiel informačných práv investora alebo nárokov pri ukončení zmluvy.

Z toho by malo vyplývať, že mnohé z investičných zmlúv sa budú posudzovať podľa právnej úpravy zmluvy o tichom spoločenstve a nie podľa veľmi laxných pravidiel o pôžičke či nepomenovanej transakcii.

Okrem toho sú rozšírené aj crowd-fundingové kampane na financovanie určitého **vývoja produktu**. Za zapojenie sa do kampane získava investor prednostné právo na tovar (prvá limitovaná séria výrobkov, prednostné právo na plnenie alebo lacnejší tovar alebo služba). V tomto prípade by malo ísť o nepomenovanú zmluvu, kúpu nádeje (ak sa tým založí záväzok plniť) či zmluvu o budúcej zmluve (ak vznikne povinnosť uzavrieť zmluvu).

---

dávku. Je ale možné rôznym spôsobom vytvoriť konštrukciu, na základe ktorej právnu pozíciu nadobudne platforma a tá ju prevedie na tretiu osobu (nového investora).

<sup>26</sup> Pozri CSACH, K. in SUCHOŽA, J. a kol. *Obchodný zákonník a súvisiace predmety. Kommentar*. Bratislava: Eurounion, 2016, s. 1172/1173.

<sup>27</sup> Uvádza sa, že v Nemecku sa investičné transakcie pôvodne realizovali vo forme tichých spoločenstiev cez nezabezpečené práva zabezpečujúce účasť na výsledku (*unverbrieftes Genussrechte*), zatiaľ čo v súčasnosti prevládajú podriadené pôžičky s účasťou na výsledku (*partiarische Nachrangdarlehen*). HORNUF, L., KLÖHN, L., SCHILLING, T., *op. cit.*, s. 528.

## Záver

Je potrebná osobitná regulácia zmluvy uzatvárajanej prostredníctvom platformy? Na takto formulovanú otázku sa racionálna odpoveď nedá dať. Vždy závisí od konkrétne formulovaného právneho vzťahu. Je ale pravdou, že určité požiadavky nášho právneho systému vylučujú možnosť realizovať určité druhy transakcií. Typicky formálne nároky na zmluvy obmedzujú možnosť uzatvárania zmlúv prostredníctvom platformou, rovnako príliš prísne požiadavky na vôľu – pochopenie toho, čo sa skrýva za tvorbou obsahu zmluvy. Tieto nedostatky však nie sú neriešiteľné. Riešiť sa môžu využitím princípov, ktoré sú za jednotlivými kontraktáčnymi pravidlami súkromného práva, hoci nebývajú priamo vyjadrené v texte noriem (rozloženie rizika pri robení právnych úkonov či pri určovaní obsahu právnych úkonov treťou osobou). Nemôžeme očakávať od súkromného práva, že upraví každú individualitu.

Ani tvorba pravidiel platformou nevedie k neriešiteľným problémom. Možno však očakávať určitú zmenu perspektívy pri posudzovaní inkorporácie či kontroly obsahu štandardných zmluvných podmienok vytvorených treťou stranou (platformou), kedy by obsah týchto zvonku stanovených pravidiel mohol byť kontrolovateľný v horizontálnom vzťahu dvoch účastníkov platformy, ale najmä vo vzťahu diagonálnom (medzi účastníkom platformy a platformou), hoci s rôznou intenzitou.

Po prierezovom (a nevyhnutne povrchnom) načrtnutí otázok zmluvného práva sa autor snažil priblížiť problémy, ktorými je v súvislosti s platformami konfrontované právo obchodných spoločností. Zameral sa na problematiku investičných platformou. Na rozdiel od zahraničného trhu sa v domácom prostredí investičných platformou preferuje mimoplatformová kontraktácia s využitím zabehnutých foriem účasti na ekvite obchodnej spoločnosti, spravidla osobitnej projektovej spoločnosti, ktorá získava účasť (a podiel na zisku) v subjekte, ktorý je finálne financovaný. Ak by sa ale domáca prax investičných platformou priblížila k zahraničnej, a to smerom k priamej investícii a k obliagčným, resp. hybridným formám investície, narazila by na pomerne prísnu reguláciu zmluvy o tichom spoločenstve, ktorá pokrýva mnoho investičných foriem, ktoré v zahraničí spadajú

do režimu pôžičky.<sup>28</sup> V tomto smere badáme určitý deficit, ktorý nie je jednoducho – bez zásahu zákonodarcu – odstrániteľný.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> Naopak laxnejší prístup domáceho trhu k pravidlám kolektívneho investovania nechávame bokom.

<sup>29</sup> Príspevok je súčasťou riešenia projektu APVV-17-0562 pod názvom „Zmluvy uzatvárané prostredníctvom elektronických platforiem“.



C.

***AD HOC* ÚPRAVY V JEDNOTLIVÝCH  
PRÁVNÝCH ODVETVIACH**



# AD HOC ÚPRAVA VS. VŠEOBECNÉ PRÁVNÍ REŽIMY V OBCHODNÍM (KORPORAČNÍM) PRÁVU

Doc. JUDr. Bohumil Havel Ph.D.<sup>1</sup>

Ústav státu a práva AV ČR, v.v.i.

## Vymezuující úvaha

Otázka *ad hoc* regulace v rámci obchodního práva je velmi široká, proto se nejdříve pokusím do určité míry vymezit téma určující pojmy a tím si současně omezím diskusní pole. Platí především, že současné české obchodní právo prošlo po roce 2013 rekonstrukcí, což mělo dva významné následky. Předně se částečně komercializoval občanský zákoník, zákon č. 89/2012 Sb. (OZ), který tak vymezuje pojmy jako podnikatel, závod, korporace, obchodní tajemství, prokura, tichá společnost či zákaz konkurence, čímž se část pojmové nomenklatury obchodního práva přesunula do práva civilního. Současně se zavedl namísto obchodního zákoníku zákon o obchodních korporacích, zákon č. 90/2012 Sb. (ZOK), který upravuje jen techniku obchodních společností a družstev. Můžeme tak pro potřeby těchto úvah říci, že se popsaným legislativním vývojem zdůraznila existence korporálního práva, jakožto významné podskupiny práva obchodního, a současně se *de facto* oslabil historická celistvost práva obchodního. Aniž bych chtěl zkoumat historické aspekty uvedených pojmů, omezují se pro zdejší úvahy pouze na právo korporální a jeho možné heteronomní a autonomní regulace, a to zejména na pravidla pro řízení a správu korporace (*corporate governance*).

Druhou vymezuující úvahu je třeba položit ve vztahu k pojmu *ad hoc* regulace. Česká regulace právnických osob korporálního typu předpokládá velmi silný prostor pro autonomii vůle, a to již proto, že právnické

---

<sup>1</sup> Autor je vědeckým pracovníkem Ústavu státu a práva AV ČR v Praze. Tento článek byl zpracován v rámci projektu Grantové agentury ČR reg. č. 19-24949S „Srovnání českého korporálního práva s OECD principy Corporate Governance jakožto mezinárodního standardu a vybranými evropskými jurisdikcemi“.

kou osobu zákon vymezuje jako organizovaný útvar nadaný právní osobností (§ 20 OZ). Z dikce zákona je zřejmé, že právním zdrojem existence právnické osoby je sice zákon, tedy právo heteronomní, nicméně samotná struktura a konstrukce konkrétní právnické osoby již předpokládá autonomní organizaci (zejména ve vazbě na *corporate governance*). Jinými slovy, ač základní kostru obchodní korporace vystavil zákon, mnohdy v režimu kogentních norem, zbytek celého útvaru tvoří zakladatelé (společníci) v zakladatelském právním jednání. Uvažujeme-li tedy o regulaci obchodní korporace, musíme uvažovat nejen o regulaci vnější, ale rovněž o regulaci vnitřní. Proto pak pro potřeby dalších úvah za *ad hoc* regulaci chápu nejen regulaci zákonnou, ale také autonomní. Dodávám pak, že uvažuji sice širěji, nicméně u zákonné *ad hoc* regulace zdůrazňuji její mocenské či ekonomické ambice, bez ohledu na strukturální dopady změn.

## Základní regulace obchodních korporací

Nutno konstatovat, že korporální právo je svou podstatou právem velmi flexibilním, citlivě reagujícím na evropský vývoj a samozřejmě také v mnohém právem transplantačním. Co tím chci říci? Nejen zákonná regulace, ale zejména ta autonomní se logicky velmi široce dívají do světa kolem, využívají pozitivních efektů regulatorní arbitráže (*shopping forum*), vypůjčují si z okolních regulací či praxe vyzkoušené modely (*borrowing*), a celkově lze proto vysledovat nejen středoevropskou obdobnost, ale také další a další modernizaci českého korporálního práva. Základním předpokladem pro tento postup je otevřenost zdrojů korporálního práva, tedy zejména jejich dispozitivnost, resp. míra kogentnosti. V českém právu je této otázce věnována velká pozornost a lze vysledovat, že od původní relativně vysoké míry výskytu kogentních pravidel se dnes více akcentuje § 1 odst. 2 OZ a zdůrazňuje se vyšší role autonomie vůle a tím i dispozitivnost.<sup>2</sup> Tento trend, byť nikoliv zcela jednoznačný, dává nejen prostor autonomní tvorbě korporálních pravidel, ale současně ponechává ještě širší prostor pro interpretaci, protože interpretace norem autonomních silně zohledňuje samotnou

---

<sup>2</sup> Pro aktuální přehled české i slovenské diskuse srov. HAVEL, B. *Statusové otázky při správě obchodních korporací* in EICHLEROVÁ, K. a kol. (eds.) *Rekodifikace obchodního práva – pět let poté*, sv. I. Pocta Stanislavě Černé. Praha: Wolters Kluwer, 2019, str. 3 an.

vůli stran a jejich chování, což u norem vytvořených zákonodárcem nelze, resp. to má silné limity. Ono je to ostatně pochopitelné, české civilní právo klade na stůl základní kontury právnické osoby, nicméně její účel, detailní organizaci, vnitřní pravidla pro vztahy mezi společníky apod., ponechává právě na společnících a jejich vůli. Jistě, pokud společníci mlčí a chtějí své podnikání realizovat jen s využitím základní obchodní korporace, právo jim nabízí záchranou síť právních norem, nicméně z praxe víme, že tak tomu bývá dnes jen ve velmi málo případech.

Vidíme, že korporační právo je právem stojícím na dvou nohách. Na jedné straně je to heteronomní regulace s určitým výskytem kogentních norem, na druhé straně je to regulace autonomní, která buď nahrazuje dispoziitivní normy nebo pravidla zcela nově vytváří. Tento stav dále doplňují speciální právní předpisy, jako např. zákon o přeměnách obchodních korporací, zákon o podnikání na kapitálovém trhu, insolvenční zákon, zákon o nabídkách převzetí apod. Protože lze však vypožorovat, že klíčovou roli při hledání normativní regulace obchodních korporací hraje spíše právo autonomní, v dalších úvahách začneme nejdříve s *ad hoc* průlomem do něj, později přejdeme k regulaci zákonné.

## ***Ad hoc* autonomní úprava v režimu korporačního práva**

Rozumíme asi, že zakladatelské právní jednání je sice svým obsahem mnohdy průlomem do regulace zákonné, zejména při odchylkách od dispoziitivních norem, nicméně můžeme také říci, že samotné zakladatelské právní jednání je stabilním kamenem existence obchodní korporace a v tomto ohledu ho lze postavit na roveň zákona. Tuto skutečnost potvrzuje také to, že zakladatelské právní jednání je (či má být) veřejně dostupné, neboť se ukládá do sbírky listin obchodního rejstříku (princip publicity). Veřejnost, včetně společníků samotných, pak ví, že pro text, který byl publikován, platí předpoklad dobrověrné závaznosti, čímž zakladatelské právní jednání získává částečně věcněprávních vlastností.

Lze proto i ve vztahu k zakladatelskému právnímu jednání uvažovat o *ad hoc* průlomu, a to v případech, kdy změna této normativní regulace není veřejně seznatelná, odehrává se jen (či primárně) ve vnitřním světě obchodní korporace. Klasickým případem právního jednání, který při-

náš průlom do statických pravidel, ale aniž by je trvale měnil, je případ označovaný v souladu s německým vzorem<sup>3</sup> za *jednorázový průlom stanov* (zakladatelského právního jednání) – tak dovodil např. i český Nejvyšší soud<sup>4</sup> (využívá se např. u změny převoditelnosti akcií apod.). Samozřejmě tato *ad hoc* změna může nastat pouze tehdy, pokud v ní projeví vůli všichni společníci a pokud je rozhodná vůle projevena v zákonné formě. Německá doktrína pak dovozuje, že takto koncipovaný průlom zakladatelského právního jednání projevový např. v akcionářské dohodě, ve skutečnosti představuje jednání společnosti, byť není obsaženo v zakladatelském právním jednání samotném.<sup>5</sup>

Ačkoliv výše popsaná jednorázová změna není veřejnosti známa, není obsažena v úplném znění zakladatelského právního jednání a není *pro futuro*, přesto se jedná o normativní změnu, která může mít významný dopad. Je samozřejmě možné, že tato změna se odehraje s chtěným širším důsledkem, tedy že se bude jednat o rozhodnutí všech společníků mimo působnost valné hromady a pro všechny budoucí případy, nicméně pak se jedná o změnu stanov a musí být následně promítnuta do úplného znění stanov. Významným faktorem proto vždy bude interpretace toho, co bylo projevováno, zejména pokud to nebylo projevováno formálně v rámci zákonem předvídané a popsané změny stanov.

České právo nicméně zná i jiné případy jednání, jejichž důsledkem je *ad hoc* normativní změna v tom smyslu, že se běh rozhodování společnosti vychýlí způsobem, který zohledňuje parciální zájmy. Nástrojem pro tento stav je zejména *koncernový pokyn*, který bývá většinou chápán jako závazný.<sup>6</sup> Pokud je dána a prokázána existence koncernu, v českých realitách v režimu § 79 ZOK, může statutární orgán řídicí osoby udělovat pokyn orgánům osoby řízené, a to ač tento pokyn není výhodný nebo jinak vybočuje z očekávaného podnikatelského rozhodování (§ 81 v souvislosti

---

<sup>3</sup> Srov. např. MOCK, S. in MOCK, S., CSACH, K., HAVEL, B. (eds.) *International handbook on Shareholders' Agreements*, Berlin/Boston: de Gruyter, 2018, str. 296 a tam uvedenou literaturu.

<sup>4</sup> Srov. rozhodnutí NS sp. zn. 29 Cdo 2254/2007.

<sup>5</sup> Srov. např. rozhodnutí BGH sp. zn. II ZR 243/81 ze dne 20. 1. 1983 nebo sp. zn. II ZR 240/85 ze dne 27. 10. 1986.

<sup>6</sup> Srov. přehled in HAVEL, B. Komentář k § 81 ZOK in ŠTENGLOVÁ, I., HAVEL, B., CILEČEK, F., KUHN, P., ŠUK, P. *Zákon o obchodních korporacích. Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2017, str. 227 an.

s § 72 ZOK). Koncernový pokyn tak představuje *ad hoc* průlom do regulace v tom smyslu, že orgány obchodní korporace sledují zájem koncernu jako celku, ne nutně zájem svých společníků, a mohou tak vybočit z toho, co by bylo možné v rámci standardu péče a vnitřního nastavení obchodní korporace očekávat (posun v *corporate governance*). Tato možnost je samozřejmě předvídána zákonem a ten na to také navazuje dílčí regulací, o průlom ve formálním smyslu tedy nejde, nicméně ekonomicky i z pohledu organizační teorie obchodní korporace o *ad hoc* průlom jde a je třeba s ním při strukturaci skupiny počítat (např. i při formulaci koncernových smluv).

Již jsem naznačil, že významným prvkem autonomní regulace obchodních korporací jsou akcionářské smlouvy, které hrají, i přes jejich dílčí nepochopení některými soudy,<sup>7</sup> v podnikatelském životě velmi významnou roli. Jejich význam pro možnou *ad hoc* regulaci je možné najít dvojí – jednak výše popsanou možnost jednorázové změny stanov, jednak možnost dílčí autonomní regulace, která stojí mimo zakladatelské právní jednání. Zatímco možný průlom stanov, jak popsáno, předpokládá účast všech společníků, běžná akcionářská dohoda všechny společníky za strany nemá, resp. postupně ztratí v rámci převodů podílů. Akcionářská dohoda pak utváří obligacní regulaci, která zavazuje jen strany této dohody, ale která může na bázi relativního práva změnit veřejně seznatelnou strukturu zakladatelského právního jednání. Musíme si totiž uvědomit, že akcionářské dohody nejsou, až na výjimky, veřejně přístupné a strany je drží v důvěrném režimu. Akcionářské dohody tak mohou určit interní pravidla pro správu korporace, pro výkon práv akcionáře, pro převody podílů apod.<sup>8</sup> Výsledkem existence akcionářských dohod je veřejnosti zpravidla neznámý průlom pravidel, byť jeho efektivita má limitované účinky a jejich porušení zpravidla přináší povinnost k náhradě škody.

---

<sup>7</sup> Srov. rozhodnutí VS v Praze sp. zn. 14 Cmo 23/2018 a reakci na něj in HAVEL, B., CSACH, K., LASÁK, J. *Glosa k (ne)zakázaným ujednáním akcionářských dohod v českém soukromém akciovém právu ve světle aktuální judikatury*. Právní rozhledy, Praha, 2019, č. 17.

<sup>8</sup> V detailu srov. např. CSACH, K., HAVEL, B. in CSACH, K., HAVEL, B. (eds.) *Akcionářské dohody*. Praha: Wolters Kluwer, 2017, str. 3 an.

## **Ad hoc autonomní úprava v režimu (quazi)insolvenčního práva**

Zatím jsme uvažovali pouze ve světle situace, kdy je obchodní korporace zdravá, resp. kdy řeší běžné či koncernové provozní otázky. Viděli jsme, že regulace obchodní korporace nestojí na statických pravidlech a předpokládá se jejich flexibilita. Pravidla pro život obchodní korporace se však mohou měnit také v návaznosti na její hospodářskou stabilitu, resp. problémy s ní. Pokud obchodní korporace vykazuje hospodářské problémy, které neumí vyřešit sama, lze předpokládat, že do nich bude muset zapojit nejen své společníky, ale také třetí osoby (zejména věřitele). V rámci správy obchodní korporace se v těchto fázích života obchodní korporace vychyluje residuální nárok směrem k věřitelům, což rovněž určuje nástroje, které lze využít.

Hlavním nástrojem pro neformální řešení možné krize je samozřejmě smlouva, byť její účinky jsou pouze vůči jejím stranám a nepřinášejí tak řešení komplexní. Takováto smlouva v některých prvcích připomíná akcionářskou dohodu, a to i proto, že na ní zpravidla participují nejen obchodní korporace a věřitelé, ale také společníci. Z věřitelů se však zúčastní jen ti, kteří jsou pro další chod a provoz závodu klíčoví, tedy zejména banky a dodavatelé klíčových služeb a výrobků. Výslednou smlouvou je dohoda na bázi *standstill agreement*, tedy dohoda stran o způsobu řešení krize, o zmrazení určitých plateb (např. úroků či úroků z prodlení) apod. Významnou složkou těchto dohod je nicméně také nastavení povinností obchodní korporace vztahujících se k provozu závodu, vč. jeho případného řízení. Obchodní korporace se tak sama, byť pouze s účinky *inter partes*, zaváže k jednání, která by za běžného toku života zpravidla nedělala. Např. se zaváže ke konkrétním ozdravným procesům, ke změnám v orgánech apod. I tyto případy přináší *ad hoc* průlomů do autonomní regulace, byť, jak řečeno, jsou dobrovolné a následně realizované v rámci standardů péče řádného hospodáře. Častou složkou těchto dohod jsou také omezení pro věřitele tkvící např. v tom, že se zaváží nepřevádět své věřitelské pozice (*lock-up agreement*).

Lze samozřejmě říci, že stejnou měrou jako v popsanych případech, prolamuje autonomní strukturu každá smlouva, což je strukturálně pravda, nicméně pouze omezeně. V běžné provozní smlouvě se strany nezava-



zují k modifikacím provozu závodu nebo struktury řízení, a to již proto, že běžná smlouva nemá zpravidla za stranu také společníka a nijak nemůže zasahovat do obchodního vedení. Semi-insolvenční dohody sledují jiný účel, a to také již proto, že se jimi v rámci standardu péče řádného hospodáře odvrací úpadek, což je situace, která umožňuje robustnější zásahy.

Pokud se ukáže, že obligační řešení nepostačuje, nabízí se formální insolvenční řízení, které vždy přináší strukturální průlomky do autonomie, ale i heteronomní regulace. Pokud se aktivuje moratorium nebo později i *insolvenční řízení*, jak je české právo reguluje v insolvenčním zákoně č. 182/2006 Sb., pak se podle stavu řízení podstatně mění nejen zákonná pravidla o kompetencích orgánů, ale také význam některých z nich. Samozřejmě je-li prohlášen konkurs, primát ve správě přebírá insolvenční správce, je-li však jako způsob řešení úpadku zvolena reorganizace, pak vždy záleží na ochotě věřitelů či soudu zda a jak ponechat dlužníka v roli osoby s dispozičním oprávněním, resp. na celkovém nastavení reorganizačního plánu. Nutno nicméně dodat, že většina zde uvažovaných průlomů nestojí na autonomii vůle, ale na konkrétních pravidlech insolvenčního zákona, resp. na jeho bázi sestaveného reorganizačního plánu.

Určitý posun zde mohou přinést *před-insolvenční (neformální) restrukturalizace*, které se do českého práva budou zavádět v rámci transpozice směrnice č. 2019/1023 o rámcích preventivní restrukturalizace, o oddlužení a zákazech činnosti a opatřeních ke zvýšení účinnosti postupů restrukturalizace, insolvence a oddlužení. Lze vypořádat, a to jak z dikce směrnice, tak z některých národních úprav, že ač tento proces sám o sobě stojí na silné pozici soukromoprávní negociace, dílčí kroky umožňují strukturální zásahy do autonomie regulace s tím, že oproti běžnému insolvenčnímu řízení se zde nepředpokládá častý heteronomní zásah, jako spíše autonomní volba obchodní korporace samotné.

## ***Ad hoc* heteronomní úprava**

Dílčím změnám samozřejmě podléhá i právo heteronomní, a to nejen těm uváženým a strukturálním. Za *ad hoc* zásahy lze v tomto ohledu považovat ty, které sledovaly konkrétní ekonomické či mocenské zájmy, aniž by byly podloženy obecnou analýzou potřebnosti a správnosti. Projdeme-li

si zkušenosti s již zrušeným obchodním zákoníkem č. 513/1991 Sb., lze vysledovat, že řada jeho změn byla výsledkem nahodilého *ad hoc* rozhodnutí (např. zavedení poukázek na akcie či zavedení *squeeze-out*). Ani nové korporační právo není této zkušenosti ušetřeno, když aktuálně je to případ nesystémového a hloupě provedeného zavedení kodeterminace do dozorčích rad v § 448 ZOK.<sup>9</sup> Je však třeba říci, že před jinými *ad hoc* zásahy bylo zatím české korporační právo ochráněno.

Dílčí výjimky mimo svět korporačního práva, byť s dopadem do něj, lze přeci jen nalézt. V rámci tvorby zákona č. 340/2015 Sb., o registru smluv, který se inspiroval úpravou slovenskou, se do § 3 odst. 2 písm. h) dostala výjimka pro případy smlouvy, jejíž alespoň jednou smluvní stranou je akciová společnost, jejíž cenné papíry byly přijaty k obchodování na regulovaném trhu nebo evropském regulovaném trhu, jde-li o akciovou společnost, v níž má stát nebo územní samosprávný celek sám nebo s jinými územními samosprávnými celky většinovou majetkovou účast, a to i prostřednictvím jiné právnické osoby. Tato regulace zjevně sledovala zájem typicky společnosti ČEZ, a. s., protože to je *de facto* ten subjekt, ve kterém má stát většinovou účast. Že se jedná o výjimku nedůvodnou, je zřejmé, proto ostatně byla následně zákonem č. 177/2019 Sb. zrušena (stranou ponechávám, nakolik důvodná a obhajitelná je celá koncepce zákona o registru smluv).

Obdobnou *ad hoc* úpravu, byť neškodnou, nalezneme v přechodném ustanovení § 3053 OZ, který normuje zachování předchozí právní regulace pro subjekty zřízené podle speciálních přechodných pravidel s tím, že tato norma fakticky dopadá jen na Budvar, národní podnik.

Dílčí projevy *ad hoc* změn můžeme nalézt také při transpozici nebo adaptaci evropského práva, v posledních letech zejména při zavádění směrnice o nabídkách převzetí nebo směrnice o posílení práv akcionářů kótovaných akciových společností. Většina těchto kroků se nicméně dělá v rámci standardního legislativního procesu, takže se vlastně jedná o dlouhodobě připravované zásahy, které nemíří k zásahům pro konkrétní situace (či v zájmu konkrétních osob).

---

<sup>9</sup> Problematický stav se snaží napravit novela zákona o obchodních korporacích obsažená ve sněmovním tisku 207 – srov. <http://www.psp.cz/sqw/tisky.sqw> nebo v senátním tisku č. 157 – srov. [https://www.senat.cz/xqw/xervlet/pssenat/historie?cid=pssenat\\_historie.pHistorieTisku.list&forEach.action=detail&forEach.value=s4493](https://www.senat.cz/xqw/xervlet/pssenat/historie?cid=pssenat_historie.pHistorieTisku.list&forEach.action=detail&forEach.value=s4493) (obě náhled dne 25. 11. 2019).

Co však lze vysledovat a co podle mého názoru znaky *ad hoc* regulace vykazuje, jsou závěry judikatury, a to zejména ty z pera Nejvyššího soudu ČR, samozřejmě s tím rozdílem, že zde nejsou sledovány zájmy skupiny či moci, jen *ad hoc* protežována řešení, která ne vždy mají oporu v zákoně. Typickým příkladem je dobový výklad § 441 odst. 2 OZ, který Nejvyšší soud ČR vyložil<sup>10</sup> podle většiny názorů *contra legem*, protože následně došlo ke změně normativního textu. Obdobně je po mém soudu na bázi platného práva složitě obhajitelný závěr, že smlouva o převodu podílu od počátku předpokládá písemnou formu s úředně ověřenými podpisy, jak dovodil český Nejvyšší soud;<sup>11</sup> slovenská judikatura na stejné dikci pravidla dovozuje opak.<sup>12</sup> Obdobné výklady, mnohdy vystavené na individuální odborné preferenci, aniž by došlo k současnému vypořádání se s názory odlišnými, jsou sice leckdy i pochopitelné, nicméně jejich dopad na praxi je obdobný s dopady *ad hoc* průlomů. Musím nicméně také konstatovat, že důsledky těchto rozhodnutí jsou v řadě případů věcně marginální, byť systémově na obhajitelný stav věcí neukazují. Ono totiž platí, že interpretační skoky judikatury sice mnohdy vyvolají nutnou změnu předpokladů v autonomních regulacích, nicméně praktický pohled většinou okamžitě nalezne řešení, které je shodné s úvodním a současně se vypořádá s případným soudním závěrem. Aniž bych chtěl judikaturu z pohledu jejich důsledků přeceňovat nebo podceňovat, zpravidla přináší teze, které nemají valného významu pro dlouhodobou rutinu praxe.

## Závěr

Na základě výše uvedeného si dovoluji uzavřít tezemi, že:

- A. České korporační právo je pro svou flexibilitu a vysokou míru předpokládané autonomie vůle pro heteronomní *ad hoc* zásahy až na výjimky nezajímavé, případně legislativní proces obsahuje dostatek brzdných mechanismů, aby takovéto zásahy nedosáhly podoby legislativních změn.

---

<sup>10</sup> Srov. rozhodnutí sp. zn. 29 Cdo 3919/2014.

<sup>11</sup> Srov. stanovisko OOK NS sp. zn. Cpjn 204/2015.

<sup>12</sup> Srov. rozhodnutí sp. zn. 10Sžso/5/2016.

- B. České korporální právo je volatilní a dává široký prostor pro autonomní dotváření regulace, a to včetně té *ad hoc* (průlomů do zakladatelského právního jednání, akcionářské dohody, neformální restrukturalizační mechanismy apod.).
- C. České korporální právo sice podléhá mnohdy nevhodným *ad hoc* zásahům justice, nicméně z dlouhodobého hlediska se jedná o zásahy marginální a snadno adaptovatelné.
- D. Má-li veřejná moc snahu o *ad hoc* zájmový zásah, volí zpravidla jiné cesty, než jsou změny korporálního práva (např. změna daňové regulace, sektorové daně, zavedení EET apod.).

# AD HOC LEGISLATÍVA V EXEKUČNOM PRÁVE

*Doc. JUDr. Peter Molnár, PhD.*

*Ústavný súd Slovenskej republiky  
Právnická fakulta, UPJŠ v Košiciach*

## Úvodné poznámky

Právo, ako súbor právnych noriem, je podmnožinou spoločenských vzťahov. Jeho úlohou je (okrem iného) záväzne a vynútiteľne regulovať tú časť spoločenských vzťahov, o ktorých sa spoločnosť (v parlamentnej demokracii prostredníctvom svojich volených zástupcov) rozhodne, že je vhodné (alebo nevyhnutné) regulovať ich týmto spôsobom. Odpovede na otázku tejto vhodnosti či nevyhnutnosti podliehajú – tak ako samotná spoločnosť – vývoju. Spoločnosť, ako aj právo sú živými organizmami. Preto každá právna norma (prvá, ako aj jej zmena či doplnenie) je svojím spôsobom účelová. Reaguje na určitú potrebu spoločnosti a má *pro futuro*<sup>1</sup> regulovať ten-ktorý spoločenský (teraz už právny) vzťah.

Pre bezproblémovú aplikáciu práva by azda bolo vhodnejšie, keby bolo právo statickejšie, konzervatívnejšie, menej podliehajúce zmenám. Dynamika spoločnosti včítane zmien jej potrieb (a niekedy dokonca priorít) je však vysoká. Preto ani právna úprava sa nevyznačuje (a ani nemôže vyznačovať) imúnnosťou voči zmenám. K zmenám dochádza buď pozvoľna (v nadväznosti na sledovanie vývoja, analýzu aktuálnych či nových potrieb spoločnosti atď.), alebo je „nutkaním“ pre legislatívnu aktivitu náhla, akútna potreba zmeniť či doplniť platnú právnu úpravu. Práve túto druhú alternatívu možno označiť za „*ad hoc* legislatívu“.

Štát je na svojom území suverénom a (s veľkou dávkou zjednodušenia a hyperboly) môže právnu reguláciu nastaviť (a meniť) podľa svojho uváženia. Štát (v podobe zákonodarnej a exekutívnej moci) má však aj ústavno-

---

<sup>1</sup> Až do zistenia potreby jej ďalšej zmeny.

právne a medzinárodnoprávne záväzky, ktoré musí dodržiavať bez ohľadu na momentálne potreby či nutkania akéhokoľvek druhu.

## Zmeny v exekučnom práve

Zmenám sa nevyhýba ani právo exekučné, teda súhrn právnych noriem upravujúcich nútený výkon exekučných titulov na území daného štátu. Medzi normy exekučného práva zaraďujeme okrem základného predpisu exekučného práva [zákon č. 233/1995 Z. z. o súdnych exekútoroch a exekučnej činnosti (Exekučný poriadok) a o zmene a doplnení ďalších predpisov (ďalej aj „EP“)] aj ďalšie procesnoprávne predpisy,<sup>2</sup> ako aj normy obsiahnuté v iných právnych predpisoch (primárne predpisoch hmotného práva), ktoré upravujú predovšetkým exekučnoprávnu imunitu určitého majetku špecifikovaných subjektov.<sup>3</sup>

Exekučné konanie je podľa ustálenej judikatúry ústavného súdu integračnou súčasťou základného práva na súdnu a inú právnu ochranu.<sup>4</sup> Je teda legitímnym očakávaním oprávneného, že štát splní svoj záväzok zabezpečiť realizáciu základných práv a postará sa o to, aby exekučný titul, ktorým oprávnený disponuje, nebol len iluzórnym prejavom ochrany ohrozeného alebo porušeného práva, ktoré bolo (spravidla) judikované. Takisto je legitímnym očakávanie povinného a tretích osôb, že vynucovanie práva sa bude realizovať za nevyhnutnej ochrany a obrany ich práv. Súčasťou týchto legitímnych očakávaní je zaiste aj určitá miera stability právnej úpravy.

---

<sup>2</sup> Predovšetkým zákon č. 160/2015 Z. z. Civilný sporový poriadok, zákon č. 161/2015 Z. z. Civilný mimosporový poriadok, zákon č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii a zákon č. 97/1963 Zb. o medzinárodnom práve súkromnom a procesnom.

<sup>3</sup> Napríklad § 8 ods. 10 zákona č. 523/2004 Z. z. o rozpočtových pravidlách verejnej správy, § 19 ods. 11 zákona č. 532/2010 Z. z. o rozhlase a televízii Slovenska, § 2 ods. 2 zákona č. 639/2004 Z. z. o Národnej diaľničnej spoločnosti.

<sup>4</sup> Pozri napríklad nález Ústavného súdu SR sp. zn. I. ÚS 5/00 z 13. júla 2000, nález Ústavného súdu SR sp. zn. PL. ÚS 21/00 z 15. novembra 2000, nález Ústavného súdu SR sp. zn. III. ÚS 60/04 z 19. mája 2004, nález Ústavného súdu SR sp. zn. III. ÚS 322/2010 z 13. apríla 2011.

Exekučný poriadok vo svojej pôvodnej podobe<sup>5</sup> mal svoj vzor vo francúzskej a belgickej právnej úprave exekučného konania, kde podobne ako od účinnosti Exekučného poriadku na Slovensku nútený výkon exekučných titulov je zverený súdnemu exekútorovi vykonávajúcemu svoju činnosť ako slobodné povolanie.<sup>6</sup> Prvé znenie Exekučného poriadku bolo „najakčnejšie“ samotnou razantnosťou procedúry a oprávneniami súdneho exekútora. Zároveň stretlo povinných „nepripravených“ na tieto skutočnosti, ani na motiváciu liberálneho exekútora uskutočniť exekučné konanie efektívne a úspešne, ktorá bola neporovnateľná s motiváciou osôb uskutočňujúcich dovtedy súdny výkon rozhodnutia.

Zákonodarca začal Exekučný poriadok meniť a dopĺňať v roku 1997<sup>7</sup> a do dnešného dňa sa tento procesný kódex „dočkal“ 43 zásahov zákonodarnej moci a 4 zásahov súdneho orgánu ochrany ústavnosti. Túto pozornosť možno vzhľadom na 24 rokov existencie právnej úpravy označiť za nemalú.

Spomedzi 43 zmien a doplnení Exekučného poriadku bolo desať predložených priamo ako novela tohto zákona,<sup>8</sup> sedem bolo niektorým z ďalších článkov zákonov, ktoré novelizovali právne predpisy civilného práva procesného,<sup>9</sup> dvadsaťdva bolo niektorým z ďalších článkov zákonov, ktoré novelizovali iné normy (ale zásah do EP súvisel s predkladanou

<sup>5</sup> Text zákona bol schválený Národnou radou Slovenskej republiky 14. septembra 1995, zákon bol uverejnený v Zbierke zákonov Slovenskej republiky 2. novembra 1995, účinnosť nadobudol 1. decembra 1995.

<sup>6</sup> Na tomto mieste možno podotknúť, že činnosť súdneho exekútora má v sebe oveľa menej prvkov slobodného povolania ako činnosť advokáta (klasické slobodné právnické povolanie) alebo činnosť notára (ktorý popri činnosti súdneho komisára vykonáva svoju notársku činnosť na základe slobodnej súťaže). Toto konštatovanie je ešte umocnené po zmene koncepcie poverovania súdnych exekútorov s účinnosťou od 1. apríla 2017.

<sup>7</sup> Zákon č. 211/1997 Z. z. o revitalizácii podnikov a o zmene niektorých zákonov (účinnosť 30. júla 1997).

<sup>8</sup> Zákon č. 280/1999 Z. z.; zákon č. 291/2001 Z. z.; zákon č. 32/2002 Z. z.; zákon č. 356/2003 Z. z.; zákon č. 585/2006 Z. z.; zákon č. 84/2009 Z. z.; zákon č. 230/2012 Z. z.; zákon č. 299/2013 Z. z.; zákon č. 2/2017 Z. z.; zákon č. 59/2018 Z. z.

<sup>9</sup> Zákon č. 589/2003 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 97/1963 Zb. o medzinárodnom práve súkromnom a procesnom; zákon č. 341/2005 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 99/1963 Zb. Občiansky súdny poriadok; zákon č. 384/2008 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 99/1963 Zb. Občiansky súdny poriadok; zákon č. 348/2011 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii; zákon č. 335/2014 Z. z. o spotrebiteľskom rozhodcovskom konaní; zákon č. 438/2015 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 99/1963 Zb. Občiansky súdny poriadok; zákon

problematikou)<sup>10</sup> a tri boli „prilepené“ k zákonom s predmetom úpravy, ktorý vôbec nesúvisel so zmenou, ktorá bola vnesená do Exekučného poriadku.<sup>11</sup> Toto triedenie, samozrejme, nezohľadňuje kvalitu obsahu noviel, ani nesvedčí nevyhnutne o charaktere tej-ktorej novelizácie z pohľadu *ad hoc* legislatívy.

Úlohou exekučného konania je zabezpečiť reálnu vymožitelnosť práva (pričom si dovoľím podotknúť, že pod pojmom vymožitelnosť práva rozumiem efektívnosť snahy oprávneného dosiahnuť uspokojenie jeho pohľadávky, resp. splnenie povinnosti zo strany jej nositeľa<sup>12</sup>). Kvalita právnej úpravy exekučného konania by preto mala byť hodnotená primárne optikou približovania sa k želanému cieľu a legislatívne opatrenia by mali byť

---

č. 125/2016 Z. z. o opatreniach súvisiacich s prijatím Civilného sporového poriadku, Civilného mimosporového poriadku a Správneho súdneho poriadku.

<sup>10</sup> Zákon č. 211/1997 Z. z. o revitalizácii podnikov; zákon č. 353/1997 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 171/1993 Z. z. o Policajnom zbore; zákon č. 240/1998 Z. z. o poľnohospodárstve; zákon č. 235/1998 Z. z. o príspevku pri narodení dieťaťa; zákon č. 514/2003 Z. z. o zodpovednosti za škodu spôsobenú pri výkone verejnej moci; zákon č. 613/2004 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 140/1961 Zb. Trestný zákon; zákon č. 84/2007 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 618/2003 Z. z. Autorský zákon; zákon č. 568/2007 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 527/2002 Z. z. o dobrovoľných dražbách; zákon č. 554/2008 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 235/1998 Z. z. o príspevku pri narodení dieťaťa; zákon č. 192/2009 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 578/2004 Z. z. o poskytovateľoch zdravotnej starostlivosti, zdravotníckych pracovníkoch, stavovských organizáciách v zdravotníctve; zákon č. 466/2009 Z. z. o medzinárodnej pomoci pri vymáhaní niektorých finančných pohľadávok; zákon č. 151/2010 Z. z. o zahraničnej službe; zákon č. 102/2011 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 231/1999 Z. z. o štátnej pomoci; zákon č. 335/2012 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 586/2003 Z. z. o advokácii; zákon č. 440/2012 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 563/2009 Z. z. o správe daní (daňový poriadok); zákon č. 180/2013 Z. z. o organizácii miestnej štátnej správy; zákon č. 355/2013 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 80/1997 Z. z. o Exportno-Importnej banke Slovenskej republiky; zákon č. 106/2014 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník; zákon č. 358/2015 Z. z. o štátnej pomoci; zákon č. 440/2015 Z. z. o športe; zákon č. 264/2017 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník; zákon č. 177/2018 Z. z. o niektorých opatreniach na znižovanie administratívnej záťaže využívaním informačných systémov verejnej správy a o zmene a doplnení niektorých predpisov (zákon proti byrokracii).

<sup>11</sup> Zákon č. 144/2010 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 8/2009 Z. z. o cestnej premávke; zákon č. 461/2012 Z. z. ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 475/2005 Z. z. o výkone trestu odňatia slobody; zákon č. 437/2015 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 371/2014 Z. z. o riešení krízových situácií na finančnom trhu.

<sup>12</sup> Pozri napr. MOLNÁR, P. *Nepeňažná exekúcia*. Bratislava: C. H. Beck, 2016, s. 2 – 3. ISBN 978-80-89603-42-8.



výsledkom analýzy dôvodov a dopadov. Zásahy, ktoré zvyšujú vymožitelnosť práva (samozrejme, za súčasnej nevyhnutnej ochrany záujmov povinného a tretích osôb), sú vítané a *vice versa*.

Pokiaľ ide o charakteristiku konkrétnych novelizácií Exekučného poriadku ako *ad hoc* legislatívneho opatrenia, je potrebné kriticky (a doneďavna by sa žiadalo povedať, že sebakriticky) uviesť, že časť týchto novelizácií bola skutočne odpoveďou štátu na pochybenia konkrétnych súdnych exekútorov pri výkone exekučnej činnosti (resp. reakciou na procesný postup exekútorov, vyvolávajúci otázky). Príkladom takejto legislatívnej zmeny je doplnenie lehoty na odblokovanie účtu povinného pri nevydaní exekučného príkazu,<sup>13</sup> precizovanie úpravy exekúcie cenných papierov,<sup>14</sup> určenie presného spôsobu a prísnej lehoty na rozúčtovanie a poukazovanie vymožených plnení exekútorom<sup>15</sup> a kreovanie kontrolnej komisie,<sup>16</sup> či novelizácie Kancelárskeho poriadku pre súdnych exekútorov.<sup>17</sup>

Časť novelizácií bola odpoveďou na aktuálny (či akútny) spoločenský dopyt (napríklad doplnenie kúpnych zmlúv v poľnohospodárstve ako exekučných titulov v roku 1998 a pohľadávok z nich ako osobitnej rozvrhovej triedy pri rozvrhu výťažku z nehnuteľnosti;<sup>18</sup> ochrana zdravotníckych subjektov pred ich veriteľmi,<sup>19</sup> výslovné normovanie exekúcie na obchodný podiel,<sup>20</sup> zvýšenie exekučnej imunity štátu.<sup>21</sup>

<sup>13</sup> Znenie § 96 ods. 4 doplnené zákonom č. 280/1999 Z. z. s účinnosťou od 9. 11. 1999.

<sup>14</sup> Precizácia a doplnenie dovtedy príliš vágnych ustanovení vyvolaná tzv. kauzou DMD, vykonaná zákonom č. 280/1999 Z. z. a neskôr aj zákonom č. 32/2002 Z. z.

<sup>15</sup> Doplnenie odsekov 4 a 5 do § 46 a vloženie § 243b ods. 13 zákonom č. 299/2013 Z. z. s účinnosťou od 1. novembra 2013.

<sup>16</sup> Doplnenie druhej hlavy do desiatej časti EP (§ 218d a § 218e) zákonom č. 299/2013 Z. z. s účinnosťou od 1. novembra 2013.

<sup>17</sup> Výnos Ministerstva spravodlivosti Slovenskej republiky č. 1618/1998-60 z 15. júna 1998, ktorým sa vydáva Kancelársky poriadok pre súdnych exekútorov.

<sup>18</sup> Znenie § 41 ods. 2 a § 157 ods. 1 písm. d) doplnené zákonom č. 240/1998 Z. z. s účinnosťou od 1. júla 1998. Tieto exekučné tituly a pohľadávky boli vypustené hneď nasledujúcou novelou (zákon č. 280/1999 Z. z. s účinnosťou od 9. novembra 1999).

<sup>19</sup> § 235 EP doplnený do EP zákonom č. 280/1999 Z. z. s účinnosťou od 9. novembra 1999. Túto *ad hoc* novelizáciu neskôr kvalifikoval Ústavný súd SR ako nesúladnú s Ústavou SR (pozri ďalej).

<sup>20</sup> Znenie § 113b doplnené zákonom č. 32/2002 Z. z. s účinnosťou od 1. februára 2002, vyvolané tzv. kauzou Markíza.

<sup>21</sup> Zákon č. 230/2012 Z. z. z 8. augusta 2012, ktorý expresne reagoval na nález Ústavného súdu SR sp. zn. PL. ÚS. 111/2011 zo 4. júla 2012 (zverejnený pod č. 217/2012 Z. z. dňa 31. júla 2012), ktorým bol vyslovený nesúlad právnej úpravy exekučnej imunity štátu

Našli by sme však aj zásah, ktorý (nie základným zameraním, ale) načo-  
sovaním a obsahom je potrebné považovať za príklad politického marke-  
tingu, dokonca s otáznikmi s ohľadom na rovnosť pred zákonom (naria-  
denie vlády č. 216/2013 Z. z., ktorým sa s účinnosťou od 1. novembra 2013  
zvýšila nepostihnuteľná suma dôchodkov, ale nie miezd<sup>22</sup>).

Napokon časť legislatívnych opatrení predstavuje oneskorenú (a zrej-  
me preto o to dôraznejšiu) reakciu štátu na zanedbaný vlastný dohľad nad  
administráciou výkonu spravodlivosti (napríklad riešenie katastrofálnej  
situácie v oblasti rozhodcovského konania a rozhodcovských súdov pri-  
jímaním noviel zákona o komerčnej arbitráži, ktoré spolu s ochranou spot-  
rebiteľa zároveň znefunkčňovali komerčnú arbitráž<sup>23</sup> spolu s prenesením  
zodpovednosti za zastavenie nezákonných exekúcií na súdneho exekú-  
tora<sup>24</sup>).

Žiadnu z noviel Exekučného poriadku nie je možné označiť za zákon  
na „jedno použitie“ (za aké je potrebné považovať napríklad normy známe  
ako „lex Raši“<sup>25</sup> alebo „lex Brexit“<sup>26</sup>).

Najznámejšími *ad hoc* legislatívnymi zásahmi do exekučného práva sú  
zákony:

1. Zákon č. 102/2011 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 231/1999  
Z. z. o štátnej pomoci (lex Frucona), ktorý bezprecedentne zasiahol

---

(§ 18a v časti slov „výkon rozhodnutia“ zákona č. 278/1993 Z. z. o správe majetku štátu  
a § 12 ods. 7 zákona č. 291/2002 Z. z. o Štátnej pokladnici) s čl. 1 ods. 1, čl. 12 ods. 2,  
čl. 20 ods. 1 a čl. 46 ods. 1 Ústavy SR, s čl. 6 ods. 1 Dohovoru a čl. 1 Dodatkového proto-  
kolu k Dohovoru.

<sup>22</sup> Výšku nepostihnuteľnej sumy zo mzdy a z dôchodku povinného určuje nariadenie vlády  
č. 268/2006 Z. z. Novelizujúcim nariadením vlády č. 216/2013 Z. z. došlo k zvýšeniu ne-  
postihnuteľnej výšky dôchodku zo 60 % na 100 % životného minima na plnoletú fyzickú  
osobu. K zodpovedajúcemu zvýšeniu nepostihnuteľnej sumy mzdy povinného však doš-  
lo až na základe nariadenia vlády č. 292/2015 Z. z. s účinnosťou od 1. januára 2016.

<sup>23</sup> Táto nelogičnosť, pravda, skončila prijatím osobitného zákona č. 335/2014 Z. z. o spot-  
rebiteľskom rozhodcovskom konaní.

<sup>24</sup> Ustanovenie § 57 ods. 4 („Exekútor je povinný predložiť vec súdu bezodkladne po tom,  
ako nadobudne pochybnosti alebo zistí, že sú dôvody na zastavenie exekúcie alebo čiast-  
točné zastavenie exekúcie.“), doplnené do Exekučného poriadku zákonom č. 144/2010  
Z. z. s účinnosťou od 1. júna 2010.

<sup>25</sup> § 219 ods. 3 a § 219a zákona č. 180/2014 Z. z. o podmienkach výkonu volebného práva  
doplnené do tohto zákona zákonom č. 165/2017 Z. z.

<sup>26</sup> § 220a zákona č. 180/2014 Z. z. o podmienkach výkonu volebného práva doplnený do  
tohto zákona zákonom č. 37/2019 Z. z.

do koncepcie exekučného konania a ochrany a obrany povinného pri vymáhaní štátnej pomoci.

2. Zákon č. 230/2012 Z. z., ktorým sa dopĺňa Exekučný poriadok (lex Štátna pokladnica), ktorý v nadväznosti na nález Ústavného súdu SR o protiústavnosti exekučnej imunity štátu v priebehu ôsmich dní motematicky reagoval uzákonením rovnako širokej<sup>27</sup> (len inak formulovanej) exekučnej imunity štátu.
3. Zákon č. 438/2015 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa Občiansky súdny poriadok, ktorý v článku IV s účinnosťou od 23. decembra 2015 zvyšuje v zmenkových exekúciách ochranu povinného (*ex nunc*) a v prechodnom ustanovení § 243f *ex tunc* odkladá exekúcie „na podklade rozhodnutia, ktorým sa priznal nárok zo zmenky proti povinnému“ do rozhodnutia súdu o zastavení exekúcie alebo jej pokračovaní (pričom v prebiehajúcom exekučnom konaní normuje, že ak sa nepreukáže opak, platí, že existuje novozavedený dôvod na zastavenie exekúcie). V časti týchto konaní stále trvá odklad exekúcie, pretože exekučné sudy doposiaľ nerozhodli o pokračovaní alebo zastavení konania.
4. Zákon č. 59/2018 Z. z. (lex Martin) imunizujúci majetkovú účasť obcí v právnických osobách, zabezpečujúcich zásobovanie vodou, odvádzanie odpadových vôd, nakladanie s komunálnym odpadom, výrobu a rozvod tepla.

Ústavný súd SR v úlohe negatívneho zákonodarcu niekoľkokrát judikoval nesúlad ustanovení Exekučného poriadku (ale aj iných predpisov tvoriacich matériu exekučného práva), z ktorých niektoré zhodou okolností boli práve „*ad hoc*“ novelami:

1. Nálež sp. zn. PL. ÚS 21/00 z 15. novembra 2000 (zverejnený v Zbierke zákonov pod číslom 415/2000 Z. z.), ktorým bol vyslovený nesúlad § 41 ods. 3 EP (obmedzenie použiteľnosti tzv. exekučnej notárskej zápisnice len pre oprávneného, ktorý je bankou) a § 235 EP (zastavenie exekúcií proti zdravotníckym zariadeniam a zdravotným poisťovniam) s čl. 12 ods. 2 a s čl. 46 ods. 1 Ústavy SR.

---

<sup>27</sup> Základným dôvodom protiústavnosti dotknutého ustanovenia zákona o správe majetku štátu bola skutočnosť, že na majetok štátu nemožno viesť výkon rozhodnutia. Novelou Exekučného poriadku bola normovaná na veľkú časť majetku štátu absolútna imunita a vo vzťahu k ostatnému majetku štátu mohol na návrh povinného exekučný súd rozhodnúť o tom, že imunita sa poskytuje aj tomuto majetku.

2. Nález sp. zn. PL. ÚS 49/03 z 10. januára 2005 (zverejnený v Zbierke zákonov pod číslom 125/2005 Z. z.), ktorým bol vyslovený nesúlad § 237 ods. 2, 3, 5 a 6 EP (stanovenie povinnosti súdnych exekútorov bez právnického vzdelania doplniť si vysokoškolské vzdelanie v odbore právo v nerealizovateľnej lehote) s čl. 1 ods. 1 Ústavy SR.
3. Nález sp. zn. PL. ÚS 111/2011 zo 4. júla 2012 (zverejnený pod č. 217/2012 Z. z. 31. 7. 2012), ktorým bol vyslovený nesúlad právnej úpravy exekučnej imunity štátu (§ 18a v časti slov „výkon rozhodnutia“ zákona č. 278/1993 Z. z. o správe majetku štátu a § 12 ods. 7 zákona č. 291/2002 Z. z. o Štátnej pokladnici) s čl. 1 ods. 1, čl. 12 ods. 2, čl. 20 ods. 1 a čl. 46 ods. 1 Ústavy SR, s čl. 6 ods. 1 Dohovoru a čl. 1 Dodatkového protokolu k Dohovoru.
4. Nález sp. zn. PL. ÚS 115/2011 z 12. decembra 2012 (zverejnený pod č. 14/2013 Z. z.), ktorým bol vyslovený nesúlad právnej úpravy osobitného procesného postupu v Exekučnom poriadku v prípade vymáhania štátnej pomoci (lex Frucona)<sup>28</sup> s Ústavou SR, Dohovorom a Dodatkovým protokolom.<sup>29</sup> Pred nálezom bola dokonca pozastavená účinnosť napadnutých ustanovení.
5. Nález sp. zn. PL. ÚS 6/2016 z 30. januára 2019 (zverejnený pod č. 57/2019 Z. z.), ktorým bol vyslovený nesúlad právnej úpravy § 61b ods. 3 EP v znení do 31. 3. 2017 (nemožnosť vymáhania úrokov v prípade podania návrhu na vykonanie exekúcie po troch rokoch od právoplatnosti exekučného titulu) s čl. 1 ods. 1, čl. 20 ods. 1 a čl. 46 ods. 1 Ústavy SR a čl. 1 Dodatkového protokolu. Tu považujeme za potrebné podotknúť, že Ústavný súd SR nevyužil svoje oprávnenie vyplývajúce z § 40 vtedy platného zákona č. 38/1993 Z. z.,<sup>30</sup> pretože „neposprehľad“, že právna úprava, ktorá bola predmetom konania o súlade právnych predpisov, je s účinnosťou od 1. apríla 2017 (novelizácia Exekučného poriadku vykonaná zákonom č. 2/2017 Z. z.) obsiahnutá v § 53 ods. 3 písm. g) a ods. 4 EP v znení od 1. apríla 2017.

---

<sup>28</sup> Predovšetkým išlo o nepreskúvanie exekučného titulu a neuplatnenie inštitútov procesnej obrany a ochrany povinného v exekučnom konaní, vedenom na základe rozhodnutia o neoprávnené poskytnutej štátnej pomoci.

<sup>29</sup> Samozrejme, vyslovený bol aj nesúlad niektorých ustanovení samotného zákona o štátnej pomoci.

<sup>30</sup> Teraz § 89 zákona č. 314/2018 Z. z. o Ústavnom súde Slovenskej republiky a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

## Záver

*Ad hoc* legislatíva sa nevyhýba ani exekučnému právu. Je to právne (sub) odvetvie ako každé iné, s vývojom, problémami, ale aj náhlymi „nutkaniami“. Oblasť núteného vymáhania práva je zároveň spoločensky veľmi citlivou, keď sa niekedy (za prispievania politických elít) zdá, že je to téma (a činnosť) len trpená. Nutkania k zmenám právnej úpravy preto môžu byť ešte väčšie. Napriek určitej atraktívnosti takéhoto pohľadu je však nevyhnutné podotknúť a pripomenúť, že vykonávacie konanie je ďalším štádiom civilného procesu a v právnom štáte je neoddeliteľnou súčasťou práva na súdnu a inú právnu ochranu. Je preto úlohou štátu (napriek určitej miere nepopulárnosti) zabezpečiť administráciu tejto súčasti práva na súdnu ochranu na efektívnej úrovni, ktorá nebude nútiť nositeľa práva zamýšľať sa nad využitím mimoprávných inštitútov pre dosiahnutie vymoženia svojho (spravidla judikovaného) práva.

Aj v oblasti exekučného práva je potrebné novelizácie v konečnom dôsledku hodnotiť podľa toho, či prispeli k naplneniu cieľa tej-ktorej oblasti právnej úpravy. Cieľom exekučného konania je uspokojenie vymáhanej pohľadávky oprávneného, za súčasnej nevyhnutnej ochrany povinného a tretích osôb.

# AD HOC LEGISLATÍVA V KONKURZNOM PRÁVE<sup>1</sup>

Doc. JUDr. Lucia Žitňanská, PhD.

Právnická fakulta, Trnavská univerzita v Trnave

„Existujú zákony, ktoré zákonodarca tak málo poznal, že protirečia ešte aj cieľu, aký si predsavzal.“

Charles de Secondat Montesquieu

Duch zákonov

## Úvod

Právu vlastný rozpor medzi všeobecnou povahou právnej normy a jej aplikáciou na jedinečnú skutkovú podstatu zo svojej podstaty robí pre legislatívnu tvorbu práva nemožným vytvoriť právnu normu, pod ktorú je možné subsumovať všetky špecifické prípady skutkovej podstaty, na ktorú sa má právna norma aplikovať.<sup>2</sup> Tvorba práva je intelektuálna ľudská činnosť, z podstaty ktorej navyše vyplýva aj jej nedokonalosť. Kritika legislatívy a jej tvorcu, zákonodarcu, je aj preto pravdepodobne tak stará ako tvorba práva samotná. Aj pojem „*ad hoc* legislatíva“ navodzuje vo všeobecnosti negatívny dojem v pohľade na legislatívu, lebo sa na prvý pohľad javí byť v protiklade s požiadavkou na všeobecnosť zákonov a systémovosť tvorby práva. Pojem „*ad hoc* legislatíva“ ale nemá všeobecnú definíciu a možno si do neho projektovať rôzny obsah. Pre potreby tohto článku budeme pracovať s týmto pojmom v dvoch významoch.

V užšom význame budeme pod pojmom „*ad hoc* legislatíva“ chápať novelizáciu právneho predpisu, obsahom ktorého je zmena právnej normy alebo jej doplnenie v reakcii na konkrétny prípad, ktorý sa stal alebo ktorý aktuálne prebieha. Druhá situácia môže byť v rozpore s požiadavkou všeobecnosti právnej normy, t. j. že právna norma „nikdy nemôže riešiť urči-

<sup>1</sup> Táto práca bola podporená Agentúrou na podporu výskumu a vývoja na základe zmluvy č. APVV-18-0337.

<sup>2</sup> KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 139.

tý konkrétny prípad.<sup>3</sup> Legislatívnym výsledkom tohto rozporu je potom všeobecná právna norma, pričom z okolností jej prijatia je zrejmé, že bola prijatá s cieľom riešiť individuálny prípad. S takto vymedzeným užším významom pojmu „*ad hoc* legislatívy“ súvisí problém kazuistickej právnej regulácie, „ktorá vedie k jej prehusťovaniu dopĺňovaním o ďalšie podrobnosti, čo vedie k tzv. právnemu perfekcionizmu a vo sfére štátneho rozhodovania oslabuje štátne orgány o potrebnú mieru autonómie, a tým pružnosti v rozhodovacom procese.“<sup>4</sup>

V širšom význame pojmu „*ad hoc* legislatíva“ pracujeme s východiskom, že „vydanie právnej normy nie je samoúčelné, ale má určitý regulatívny cieľ, ktorého efektívne dosiahnutie či nedosiahnutie má nemalý význam pre tvorbu práva samu“.<sup>5</sup> Tento regulatívny cieľ sa ale môže meniť a v realite zákonodarstva, ktoré je zverené politickej moci, sa mení aj v závislosti od politického či politicko-ekonomického pohľadu na regulované vzťahy a ciele, ktoré sa reguláciou majú dosiahnuť. Novelizácia či prijatie novej právnej úpravy je tak v určitej oblasti výsledkom politickej zmeny, zmeny politického a politicko-ekonomického názoru vlády a väčšiny v zákonodarnom zbore. Konkurzná legislatíva je svojou podstatou práve takým typom právnej úpravy, ktorý podlieha pravidelne *ad hoc* zmenám v závislosti od politicko-ekonomických preferencií aktuálnej politickej väčšiny.

## Príčiny „*ad hoc* legislatívy“ v konkurznom práve

Význam konkurznej legislatívy ako právneho nástroja pre „odchod“ hospodársky neúspešných subjektov z trhu nespočíva len v jej *ex post* účinkoch,<sup>6</sup> ale oveľa viac v jej *ax ante* účinkoch, t. j. v spôsobe, ako pôsobí konkurzné

<sup>3</sup> KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 149.

<sup>4</sup> GROSPÍČ, J. In: KNAPP, V. a kol. *Tvorba práva a její současné problémy*. Praha: Linde Praha, 1998, s. 68.

<sup>5</sup> KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 110.

<sup>6</sup> Cez povrchný pohľad na štatistiku by sa mohlo javiť, že konkurzná legislatíva je ako právny nástroj pre exit hospodársky neúspešných aktivít síce povinnou súčasťou právneho rámca trhovej ekonomiky, ale bez širšieho významu – porovnanie počtu subjektov pôsobiacich na trhu, počtu subjektov, ktoré ukončia svoju činnosť a počtu subjektov, ktoré prejdú konkurzom alebo reštrukturalizáciou, ukazuje malé množstvo konkurzov a reštrukturalizácií (abstrahujeme od FO):

– počet subjektov zapísaných do OR k 31. 12. 2018 – 292 723 (bez FO 283 317),

právo na správanie dlžníkov a veriteľov či investorov pred tým, ako sa prípadne dlžník dostane do úpadku.<sup>7</sup> Konkurzná legislatíva sa tak týka prakticky všetkých subjektov pôsobiacich na trhu, ako aj právnych vzťahov, do ktorých vstupujú. „Ad hoc legislatíva“ v konkurznom práve zasahuje tak veľmi široký okruh subjektov a môže mať vážne dôsledky pre každého z nich. Aj rozsahom malá „kazuistická“ zmena právnej normy dotýkajúca sa napr. odporovateľnosti právnych úkonov, zabezpečenia pohľadávok alebo pravidiel uspokojovania pohľadávok veriteľov má dosah na už existujúce právne vzťahy subjektov, ktoré v čase jej prijatia nie sú v úpadku a možno ani nikdy v úpadku nebudú.<sup>8</sup> O to väčšie dopady potom majú na tieto vzťahy zmeny právnej úpravy konkurzného práva s politicko-ekonomickým regulatívnym cieľom. Pričom cieľom regulatívnej zmeny môže byť práve snaha meniť správanie subjektov na trhu.

Vývoj konkurzného práva na Slovensku od prijatia zákona č. 328/1991 Zb. o konkurze a vyrovnaní (ďalej ZoKV), cez jeho novelizácie a následné prijatie zákona č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii (ďalej ZoKR) a jeho novelizácie je aj vývojom „ad hoc legislatívy“ v užšom aj širšom význame.<sup>9</sup>

Trend kazuistickej legislatívy ako (nešťastnej) odpovede na sporný a nejednotný výklad právnej úpravy pri absentujúcej alebo neskoro prichádzajúcej odpovede zo strany Najvyššieho súdu v podobe zjednotenia súdnej praxe neobchádza ani konkurznú legislatívu. „Ad hoc legislatíva“ v tomto užšom význame sa týkala počas vývoja konkurzného práva rôznych otázok. Od postavenia veriteľov v konkurze – oprávnenia iniciovať konkurz, oprávnení veriteľov vo vzťahu k správcovi, oprávnení vo vzťahu k popieraní pohľadávok, cez spôsob ustanovenia správcu – od výberu správcu sudcom, cez rozhodujúce slovo veriteľov pri výmene správcu až po náhodný výber správcu, až po požiadavky na schválenie reštrukturalizačného plánu súdom v reštrukturalizácii. V zásade tieto zmeny, ktorých výpočet nie

---

– počet subjektov vymazaných z OR v roku 2018 – 3 157,

– počet návrhov na vyhlásenie konkurzu/reštrukturalizáciu v roku 2018 – 592 (572/20).

<sup>7</sup> Pozri RICHTER, T. *Insolvenční právo*. 2. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2017, s. 98.

<sup>8</sup> Pozri RICHTER, T. *Insolvenční právo*. 2. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2017, s. 98.

<sup>9</sup> V kvantitatívnom vyjadrení zmien konkurznej legislatívy sa tento vývoj k dátumu napísania tohto príspevku (31. 10. 2019) prejavil takto:

– zákon o konkurze a vyrovnaní (účinnosť od 1. 10. 1991 do 31. 6. 2005) – 24 zmien a doplnení (vrátane názvov ÚS SR),

– zákon o konkurze a reštrukturalizácii (účinnosť od 1. 7. 2005) – 31 zmien a doplnení.



je vyčerpávajúci, boli reakciou na konkrétny prípad či prípady, v ktorých spôsob aplikácie určitej normy bol predmetom kritiky a spravidla považovaný za zneužívajúci právo zo strany niektorých z účastníkov konania.

„*Ad hoc* legislatíva“ v širšom význame zasiahla konkurzné právo tiež opakovane a vždy podstatným spôsobom. Paradoxne, niekedy aj v reakcii na prebiehajúce konkurzné či reštrukturalizačné konania. Príčinou, prečo zohráva pri konkurznom práve významnú úlohu politicko-ekonomický pohľad na trhovú ekonomiku, sú konflikty záujmov, ktoré vznikajú v súvislosti s úpadkom. Ide o konflikty záujmov dvojakého druhu, pre účely tohto príspevku ich označujeme ako konflikty na „makro“ a „mikro“ úrovni.

Konfliktom na „makro“ úrovni označujeme konflikt medzi klasickým ekonomickým chápaním konkurzu ako právneho nástroja pre exit hospodársky neúspešných subjektov z trhu<sup>10</sup> a chápaním insolvenčného konania ako nástroja na očistenie od starých dlhov<sup>11</sup> na účely pokračovania subjektu v podnikateľskej činnosti v záujme spravidla socioekonomickom. Politickým sociálno-ekonomickým argumentom v prospech preferencie druhého chápania insolvenčného konania je najčastejšie udržanie zamestnanosti. V závislosti od ekonomického cyklu a politicko-ekonomického názoru parlamentnej väčšiny sa v regulatívnych cieľoch konkurznej legislatívy potom presadzuje raz preferencia konkurzu, inokedy nejakej formy reštrukturalizácie. Tieto zmeny v nazeraní na spôsob riešenia úpadku nie sú slovenským špecifikom, prejavujú sa vo všetkých legislatívach.<sup>12</sup>

Za konflikty na „mikro“ úrovni považujeme konflikty záujmov medzi subjektmi, ktoré majú záujem na distribúcii výťažku konkurzu, resp. budúcich príjmov v prípade reštrukturalizácie. Ide o konflikty záujmov medzi spoločníkmi, akcionármi (pôvodnými ekonomickými vlastníckmi) a veriteľmi (v úpadku *de facto* ekonomickými vlastníckmi) a zamestnancami. Veritelia pritom tiež nepredstavujú jeden záujem. Je tu prítomný záujem štátu a verejnoprávnych inštitúcií, záujem financujúcich inštitúcií, najmä bánk,

<sup>10</sup> Pozri RICHTER, T. *Insolvenční právo*. 2. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2017, s. 93.

<sup>11</sup> Pozri RICHTER, T. *Insolvenční právo*. 2. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2017, s. 86.

<sup>12</sup> Prejavom trendu podporovať v konkurznej legislatíve nástroje na očistenie dlžníka od starých dlhov, resp. ich častí s cieľom umožniť subjektom pokračovanie podnikania v záujme socio-ekonomických cieľov je aj aktuálne prijatie smernice Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2019/1023 z 20. júna 2019 o rámcoch preventívnej reštrukturalizácie, o oddĺžení a diskvalifikácii a o opatreniach na zvýšenie účinnosti reštrukturalizačných, konkurzných a oddľzovacích konaní a o zmene smernice (EÚ) 2017/1132 (smernica o reštrukturalizácii a insolvenčii).

zabezpečených veriteľov a nezabezpečených veriteľov a v neposlednom rade záujem zamestnancov. Preferencia tej-ktorej skupiny alebo skupín veriteľov patrí medzi kľúčové regulatívne ciele konkurzného práva. Regula­tívne ciele pri riešení konfliktov záujmov na „mikro“ úrovni odzrkadľujú ekonomické a sociálne ciele, ale aj kritérium vnímania spravodlivosti. Od­rážajú nielen ciele, pokiaľ ide o *ex post* účinky insolvenčnej legislatívy aj *ex ante* účinky a menia sa v závislosti od socioekonomickej situácie a v zá­vislosti od politicko-ekonomického nazerania parlamentnej väčšiny. Ani v tomto prípade nejde o slovenské špecifikum.

V nasledujúcej časti príspevku ukážeme na dvoch príkladoch z vývo­ja konkurzného práva na Slovensku dopady „ad hoc legislatívy“ pred­o všetkým v jej širšom význame. Prvý príklad z obdobia účinnosti zákona o konkurze a vyrovnaní je príbehom striedania politicko-ekonomických regulatívnych cieľov na „makro“ úrovni a ich nenaplnenia. Druhý príklad je konkrétnym prípadom reštrukturalizácie konkrétneho podnikateľské­ho subjektu,<sup>13</sup> pre ktorý bola počas reštrukturalizačného konania zmene­ná právna úprava. Ide o paradoxný príbeh na jednej strane naplnenia poli­ticko-ekonomických regulatívnych cieľov novej právnej úpravy ZoKR (na „mikro“ úrovni) a na druhej strane ich externalít, ktoré vyvolali reakciu v podobe „ad hoc legislatívy“.

## Vývoj zákona o konkurze a vyrovnaní – vývoj nenaplnených regulatívnych cieľov

Právna úprava ZoKV vychádzala koncepčne z právnej úpravy prvej Čes­koslovenskej republiky, obohatená bola o inšpirácie z právnych poriadkov so skúsenosťou s trhovou ekonomikou.<sup>14</sup> Preferencia oddiaľovania riešenia úpadku dlžníka konkurzom sa prejavovala už v pôvodnom znení záko­na, ako aj v následných novelizáciách krátko po jej prijatí v období prvej polovice 90. rokov minulého storočia. Obsahom boli výnimky a špeciál­

---

<sup>13</sup> Ako príklad bude použitá reštrukturalizácia obchodnej spoločnosti Váhostav a. s. a s ňou súvisiaca zmena právnej úpravy v rokoch 2014 a 2015.

<sup>14</sup> K historickému vývoju právnej úpravy ZoKV pozri STEINER, V. *Konkurz a vyrovnanie*. Bratislava: Iura Edition, 1994, s. 13 a nasl.

ne postupy pre riešenie úpadku najmä štátnych podnikov.<sup>15</sup> Toto obdobie vyvrcholilo prijatím novely ZoKV, ktorá zaviedla ako obligatórnu súčasť konkurzného konania dohodovacie konanie, s cieľom odvrátiť konkurzné konania sanáciou podnikov.<sup>16</sup> Uplatňovanie ZoKV ako nástroja sanácie podnikateľských subjektov v ekonomických podmienkach deväťdesiatych rokov nenaplnilo regulatívne ciele, ktoré zákonodarca očakával.

V roku 2000 bola s účinnosťou od 1. 2. 2001 prijatá ďalšia novela ZoKV,<sup>17</sup> ktorá bola výsledkom úplne iného politicko-ekonomického pohľadu na rolu insolvenčného práva v trhovej ekonomike. Jej otvorene deklarovaným cieľom bolo zvýšiť počet konkurzov.<sup>18</sup> Túto legislatívnu zmenu „kurzu“ konkurzného práva môžeme považovať za „*ad hoc* legislatívu“ v širšom význame tohto pojmu prijatú ako reakciu na nenaplnenie regulatívnych cieľov predchádzajúcich noviel tiež charakteru „*ad hoc* legislatívy“.

<sup>15</sup> K legislatívnemu vývoju ZoKV a jeho dôvodom v tomto období pozri STEINER, V. *Konkurz a vyrovnanie*. Bratislava: Iura Edition, 1994, s. 16 a nasl., k problematike dohodovacieho konania tamtiež, s. 19 a nasl.

<sup>16</sup> Zákon č. 122/1993 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa ZoKV – zrušený v roku 1998 zákonom č. 12/1998 Z. z.

<sup>17</sup> Zákon č. 238/2000 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa ZoKV s účinnosťou od 1. 2. 2001.

<sup>18</sup> Zo všeobecnej časti dôvodovej správy k zákonu č. 328/2000 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa ZoKV:

„Právna regulácia oblasti konkurzného práva má pomerne úzky vzťah na oblasť ekonomickú, sociálnu, daňovú, a preto je ju potrebné posudzovať a riešiť systémovo, vo väzbe na príslušné právne normy týchto súvisiacich odvetví.

Medzi najčastejšie príčiny bankrotov v trhových ekonomikách patria trhové problémy a finančné ťažkosti podnikov (strata trhového podielu, odvetvové zníženie trhu súvisiace so štrukturálnymi zmenami trhu, prudká strata klientov, zvyšovanie konkurencie). Ak sú zdroje (materiálové, ľudské, finančné) viazané a zablokované v podnikoch, ktoré neprosperujú, ale produkujú stratu, dochádza k zvyšovaniu nákladov, spomaleniu finančných tokov s negatívnym dopadom na produkčnú schopnosť ekonomiky (HDP), pretože ekonomika neprodukuje z existujúcich zdrojov optimum, zhoršuje sa teda celková relácia medzi zdrojmi a efektmi, pričom bankroty môžu zvyšovať nezamestnanosť a sociálne náklady.

Zo štúdie CPHR vyplýva, že čisté bankové dlhy podnikov v SR predstavujú viac ako 23 % HDP, v ČR je to 15 % HDP, v Maďarsku necelých 6 % HDP. Vo väčšine prípadov dochádza k posunu splátkových kalendárov v rozpätí do 90 do 360 dní. Pri porovnaní štatistických ukazovateľov je možné konštatovať, že počet vyhlásených konkurzov aj po vypustení neefektívneho inštitútu – obligatórneho dohodovania po 1. 2. 1998 (novela zákona č. 12/1998 Z. z.) je v porovnaní s ostatnými krajinami nízky, napr. Francúzsko – 61 600 vyhlásených konkurzov, V. Británia – 46 800 vyhlásených konkurzov, Taliansko – 17 200, Rakúsko – 4800, Španielsko – 6 600 vyhlásených konkurzov.“

Novela ZoKV vychádzala z ekonomického pohľadu na konkurz ako nástroj exitu z trhu pre hospodársky neúspešné subjekty<sup>19</sup> a súčasne ekonomického pohľadu na vzťah veriteľov a dlžníka v konkurze, t. j. že v úpadku sú veritelia *de facto* vlastníkmi aktív dlžníka, a preto by mali primárne veritelia rozhodovať o tom, ako sa s aktívami naloží. Z tohto dôvodu sa posilnili rozhodovacie oprávnenia veriteľov v konkurze vo vzťahu k určení osoby správcu a vo vzťahu k speňaženiu majetku. Oficiálne deklarovaná rezignácia na záchranu podnikateľských subjektov v úpadku formou vyrovnania sa prejavila v tom, že novela výslovne upravila možnosť pokračovania prevádzkovania podniku počas konkurzu a jeho predaj ako celok. Východiskom pre toto riešenie bol predpoklad, že veritelia racionálne zvážia, či dosiahnu väčší výnos predajom podniku ako celku alebo po častiach. Prax ukázala, že veritelia predaj podniku ako celok nepreferovali.

Novelou ZoKV sa už nepodarilo odvrátiť dopady predchádzajúcej legislatívnej preferencie odďaľovania riešenia úpadku. Prejavovalo sa to v praxi pasivitou veriteľov, mierou uspokojenia zabezpečených pohľadávok na úrovni 5 % – 10 %, pričom konkurzné konania trvali 3 až 7 rokov. Konkurzné konanie slúžilo primárne na to, aby veritelia mohli odpísať pohľadávky.<sup>20</sup>

Novela mala ale aj nepredvídané dôsledky. Predpoklad, že veritelia sa správajú racionálne sa naplnil aj v podobe negatívnych externalít. Aplikácia novelizovanej právnej úpravy bola poznamenaná publikovanými prípadmi, ktoré vykazovali známky zneužívania konkurzného konania veriteľmi na zmocnenie sa majetku dlžníka v konkurznej podstate.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> RICHTER, T. *Insolvenční právo*. 2. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2017, s. 93.

<sup>20</sup> Podľa všeobecnej časti dôvodovej správy k ZoKR č. 7/2005 Z. z.

<sup>21</sup> Išlo o prípady iniciovania konkurzu zo strany veriteľov na základe spornej pohľadávky na náhradu škody, prípadne postúpením časti pohľadávky pred podaním návrhu na vyhlásenie konkurzu, aby sa vytvorili zákonom stanovené predpoklady na vyhlásenie konkurzu. Táto súvislosť je dôležitá, pretože to poznamenalo novú právnu úpravu ZoKR.

## Nový zákon o konkurze a reštrukturalizácii a jeho regulatívne ciele

Stav nespokojnosti s existujúcimi koncepčnými riešeniami, štruktúrou, zrozumiteľnosťou a koherentnosťou súčasnej legislatívy vyvolal potrebu jej novej úpravy.<sup>22</sup> Nový ZoKR bol koncepčne pripravovaný ako pro-veriteľská právna úprava riešenia úpadku dlžníka.<sup>23</sup> Osobitným regulatívnym cieľom bolo „zabezpečenie konzistencie cieľov reformy konkurzného práva s právom zabezpečenia záväzkov a koherentnosti celej právnej úpravy“,<sup>24</sup> právna úprava cielene preferuje, pokiaľ ide o distribúciu výťažku konkurzu tzv. zabezpečených veriteľov. Veriteľ, ktorý má zabezpečenie svojej pohľadávky, je uspokojovaný z oddelenej podstaty, ktorú tvorí majetok predstavujúci zabezpečenie pohľadávky a kontroluje jej speňažovanie. To mu zabezpečuje, že ak má kvalitné zabezpečenie svojej pohľadávky, nemôže v konkurze významne stratiť. Konflikt záujmov medzi jednotlivými kategóriami veriteľov zákonodarca vyriešil teda v prospech zabezpečených veriteľov, v praxi predovšetkým bánk. Politicko-ekonomickým cieľom tohto riešenia bolo vytvorenie podmienok pre zníženie rizikovosti financovania podnikania na úverovom trhu, a tým aj podporenie zníženia úrokových

<sup>22</sup> Všeobecná časť dôvodovej správy k ZoKR č. 7/2005 Z. z.

<sup>23</sup> Zo zdôvodnenia vo všeobecnej časti dôvodovej správy k ZoKR č. 7/2005 Z. z.

„Jednotlivé jurisdikcie sveta je možné podľa vplyvu legislatívy na systém riešenia úpadku rozdeliť do viacerých kategórií, od výrazne pro-dlžníckych až po výrazne pro-veriteľské právne úpravy. Napriek tomu, že samotné rozdelenie insolvenčných systémov na pro-veriteľské a pro-dlžnícke je v mnohých ohľadoch rozporuplné a ťažko rozlíšiteľné (napr. mnohé opatrenia, ktoré sa na prvý pohľad javia byť na prospech veriteľa, sú v skutočnosti na prospech dlžníka), základný pro-veriteľský smer sa javí ako žiaduci pre podporu optimálneho rozvoja podnikateľského prostredia. Pro-veriteľský smer umožňuje veriteľom účinne sa chrániť pred dôsledkami úpadku dlžníka a potláča zásahy zákona do komerčného postavenia strán pred úpadkom na rozumnú mieru. Predvídateľnosťou a zvýšenou mierou právnej istoty stimuluje obeh kapitálu a zlacňuje cenu peňazí. Navrhovaná právna úprava riešenia insolvenčnej situácie sa pridáva pro-veriteľsky orientovanému smeru, aj keď, samozrejme, dlžník neostáva bez akejkoľvek ochrany. Zároveň sa ustanovuje možnosť vykonania reštrukturalizácie. Reforma sa snaží stimulovať podnikateľov, aby siahli po reštrukturalizácii ako preferovanej forme riešenia situácie podniku v ťažkostiach, a to najmä odstránením niektorých koncepčných obmedzení, ktoré boli doteraz uplatňované pri úprave vyrovnania.“

<sup>24</sup> Všeobecná časť dôvodovej správy k ZoKR č. 7/2005 Z. z.

sadzieb.<sup>25</sup> Jednoznačný politicko-ekonomický cieľ reagujúci na konkrétne ekonomické podmienky a ekonomické opatrenia, ktoré predchádzali prijatiu, ZoKR robí z novej právnej úpravy ZoKR „ad hoc legislatívu“ v širšom význame.

Paradoxom novej právnej úpravy ZoKR bolo, že súčasne zákon obsahoval aj *ad hoc* riešenie v užšom význame reagujúce na prebiehajúce prípady podozrení z umelého vyvolania úpadku dlžníka a iniciovania konkurzov veriteľmi s cieľom zmocniť sa jeho majetku. ZoKR zásadne obmedzil iniciovanie konkurzu zo strany veriteľov<sup>26</sup> a ako kompenzáciu uložil dlžníkovi podať návrh na vyhlásenie konkurzu. Súčasne ustanovil zodpovednosť osôb, povinných podať v mene dlžníka návrh na konkurz, za porušenie tejto povinnosti voči veriteľom dlžníka. Predstavovalo to zásadnú zmenu oproti dovtedajšej právnej úprave, ktorá vychádzala z možnosti, nie povinnosti riešiť úpadok podľa zákona o konkurze a vyrovnaní.<sup>27</sup>

Možnosť iniciovania konkurzu zo strany veriteľov bola neskôr novelami ZoKR čiastočne odblokovaná a zodpovednosť osôb konajúcich v mene

---

<sup>25</sup> Právna úprava ZoKR nadväzovala na reformu právnej úpravy záložného práva, ktorá sa uskutočnila novelizáciou Občianskeho zákonníka zákonom č. 526/2002 Z. z. s účinnosťou od 1. 1. 2003 a ktorej obsahom bolo rozšírenie možností zabezpečenia pohľadávok záložným právom a umožnenie výkonu záložného práva veriteľmi s cieľom znížiť rizikovosť úverov zabezpečených záložným právom a vytvoriť priestor pre rozšírenie možností financovania podnikania na úverovom trhu bankami po tom, čo prebehla ich reštrukturalizácia v rokoch 2000 až 2002.

<sup>26</sup> Veriteľ musel podľa ZoKR v pôvodnom znení návrh na vyhlásenie konkurzu doložiť právoplatným rozhodnutím súdu alebo iného štátneho orgánu, ktorým mu bola pohľadávka priznaná alebo uznaním záväzku s úradne osvedčeným podpisom dlžníka.

<sup>27</sup> § 11 ZoKR v pôvodnom znení:

(2) Dlžník v úpadku je *povinný podať návrh na vyhlásenie konkurzu do 30 dní, odkedy sa dozvedel alebo sa pri zachovaní odbornej starostlivosti mohol dozvedieť o svojom úpadku*. Túto povinnosť v mene dlžníka má rovnako štatutárny orgán alebo člen štatutárneho orgánu dlžníka, likvidátor dlžníka a zákonný zástupca dlžníka.

(4) *Ak osoba povinná podať návrh na vyhlásenie konkurzu v mene dlžníka poruší povinnosť včas podať návrh na vyhlásenie konkurzu, zodpovedá veriteľom za škodu, ktorá im v dôsledku toho vznikla, ibaže preukáže, že konala s odbornou starostlivosťou*. Táto povinnosť sa nepovažuje za splnenú, ak súd návrh na vyhlásenie konkurzu odmietol alebo konkurzné konanie zastavil z dôvodu späťvzatia návrhu. Ak návrh na vyhlásenie konkurzu nebol podaný včas, predpokladá sa, že výška škody, ktorá tým veriteľom vznikla, je suma ich pohľadávok, ktoré po zrušení konkurzu alebo zastavení konkurzného konania pre nedostatok majetku zostali neuspokojené, ibaže sa preukáže iná výška škody. Nárok na náhradu škody za nesplnenie tejto povinnosti sa premlčí jeden rok od zrušenia konkurzu alebo zastavenia konkurzného konania pre nedostatok majetku.

dlžníka za porušenie povinnosti podať návrh na vyhlásenie konkurzu včas opakovane modifikovaná. Tieto postupné modifikácie, ktoré vo svojej podstate sú „*ad hoc* legislatívou“ v užšom význame ale nemali zásadný vplyv na základné parametre právnej úpravy v tejto časti. Cieľom zostalo, dosiahnuť právnou úpravou povinnosti a zodpovednosti osôb konajúcich v mene dlžníka, aby dlžníci, ktorým hrozí úpadok alebo už sú v úpadku, riešili svoju situáciu podľa ZoKR včas.<sup>28</sup>

Aj pohľad na štatistiku v tejto súvislosti hovorí jasne. Pomer konkurzov iniciovaných dlžníkom a konkurzov iniciovaných veriteľmi sa od prijatia novej právnej úpravy konštantne pohyboval v pomere 7 : 3 až 8 : 2. Na tomto trende nič nezmenilo ani čiastočné uvoľnenie možnosti podávania návrhov na konkurz veriteľmi.<sup>29</sup>

Zaujímavý je ale pohľad na vývoj návrhov na konkurz podaných dlžníkmi – právnickými osobami v porovnaní s návrhmi na reštrukturalizáciu. Zatiaľ čo po prijatí právnej úpravy ZoKR a neskôr počas finančnej krízy v rokoch 2008 až 2011 počet konkurzov aj počet reštrukturalizácií kontinuálne narastal, rastúca krivka počtu konkurzov sa na prelome rokov 2011 a 2012 zlomila a počet konkurzov začal klesať. Nárast reštrukturalizácií ale pokračoval. Reštrukturalizácie zaznamenali svoj vrchol v rokoch 2013 a 2014, od roku 2015 štatistika zaznamenáva už aj pokles reštrukturalizácií. Dôvodom je, že práve v roku 2015 bola prijatá ďalšia „*ad hoc* legislatíva“ týkajúca sa reštrukturalizácie, o ktorej sa zmieňujeme neskôr v príspevku.

Pre ilustráciu čísla uvádzame štatistické dáta z rokov 2013 a 2014:

- 2013 – počet návrhov na konkurz zo strany dlžníka P0 379, počet návrhov na reštrukturalizáciu 148,
- 2014 – počet návrhov na konkurz zo strany dlžníka PO 360, počet návrhov na reštrukturalizáciu 142.

<sup>28</sup> Podľa § 11 ods. 2 ZoKR v pôvodnom znení bola povinnosť dlžníka podať návrh na vyhlásenie konkurzu viazaná na lehotu 30 dní odkedy sa dozvedel alebo sa pri odbornej starostlivosti mohol dozvedieť o svojom úpadku, neskôr novelou, zákonom č. 348/1991 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa ZoKR sa táto povinnosť naviazala len na predĺženie pri zachovaní 30-dňovej lehoty.

<sup>29</sup> Posun vykazuje štatistika až v rokoch 2017 a 2018, keď sa pomer návrhov podaných dlžníkmi a návrhov podaných veriteľmi mení na pomer približne 6 : 4 po zavedení novej právnej úpravy oddĺženia fyzických osôb, po ktorej prakticky absolútna väčšina prípadov riešenia úpadku dlžníka – fyzickej osoby je riešená na návrh dlžníka formou oddĺženia.

Pomer návrhov na konkurz podaných dlžníkom – právnickou osobou a návrhov na reštrukturalizáciu vyjadruje preferenciu dlžníka – právnickej osoby, pokiaľ ide o spôsob riešenia úpadku. Celkový pomer návrhov na konkurz právnických osôb podaných samotným dlžníkom k návrhom na reštrukturalizáciu za obdobie reálneho pôsobenia ZoKR v praxi v rokoch 2007 až 2018 predstavuje 4 603 návrhov na konkurz : 1 220 návrhom na reštrukturalizáciu. Približne každý piaty úpadca – právnická osoba – sa pokúsil reštrukturalizovať, čo sa javí byť pomerne vysoký počet. Súdny schválili plán reštrukturalizácie ale len v 538 prípadoch, čo je menej ako polovica z návrhov na reštrukturalizáciu a menej ako každý desiaty úpadca, ktorý aktívne riešil svoj úpadok.

Konkurzné štatistiky nedávajú samy osebe plnohodnotnú výpoveď o účinnosti a naplnení regulatívnych cieľov konkrétnej právnej úpravy konkurzného práva, pretože na správanie subjektov insolvenčných konaní má vplyv aj širšie právne prostredie a ekonomický vývoj. Napriek tomu sa domnievame, že predchádzajúci exkurz do štatistiky má istú výpovednú hodnotu a možno na ich základe formulovať určité závery vo vzťahu k naplneniu regulatívnych cieľov zákonodarcu.

Pomer konkurzov iniciovaných veriteľmi a iniciovaný dlžníkmi vypovedá o tom, že veritelia nie sú motivovaní podávať návrhy na vyhlásenie konkurzu. Dôvodom môže byť obmedzenie možnosti iniciovať konkurzné konanie zo strany veriteľov, čo bolo najmä v pôvodnom znení ZoKR cieľom. Tento pomer sa však ani po uvoľnení možnosti podať návrh na vyhlásenie konkurzu zo strany veriteľov nezmenil. Možno len formulovať domnienku, prečo veritelia nie sú motivovaní iniciovať voči dlžníkom konkurz. Domnievame sa, že zabezpečení veritelia nemusia mať motiváciu iniciovať konkurzné konanie, pretože ich pozícia je silná – v prípade kvalitného zabezpečenia ich uspokojenie v konkurze aj mimo neho bude rovnaké a nie je ohrozené. Dosiahnuť takúto relatívnu istotu zabezpečených veriteľov je v súlade s cieľmi právnej úpravy. Nezabezpečení veritelia naopak majú malú šancu na uspokojenie svojich pohľadávok v konkurze. Ich záujem je právnou úpravou postavený až za záujem zabezpečených veriteľov a za pohľadávky proti podstate. To môže pôsobiť demotivačne, ich motiváciou pre iniciovanie konkurzu zostáva spravidla len možnosť odpísania pohľadávok. Situácia oboch skupín veriteľov je tak skôr demotivačná a nie motivačná vo vzťahu k iniciovaniu konkurzného konania.



Zo štatistiky sa nedá vyčítať, či sa napĺňa cieľ zákonodarcu, aby dlžníci podávali návrh na vyhlásenie konkurzu včas, čo je aj v záujme nezabezpečených veriteľov. Tento záver totiž zo samotného faktu, že väčšinu konkurzných konaní podľa ZoKR iniciovali dlžníci, nemožno formulovať. Možno formulovať len opatrnú domnienku, že zodpovednosť za nepodanie návrhu na vyhlásenie konkurzu včas u časti dlžníkov motivačne pôsobí.

Jednoznačnejší záver ponúka štatistika, pokiaľ ide voľbu právneho nástroja zo strany dlžníka – právnickej osoby. Z nej sa dá formulovať domnienka, že pokiaľ majú dlžníci – právnické osoby povinnosť riešiť úpadok a súčasne majú k dispozícii dostupnú možnosť reštrukturalizácie, tak sa pokúsia využiť právny nástroj umožňujúci zachovanie právneho subjektu a ochranu záujmov jeho spoločníkov či akcionárov, a to aj keď v nej nemusia byť úspešní. Uvedené sa môže javiť ako pozitívny záver. Bez hlbšej analýzy konkrétnych prípadov neúspešných reštrukturalizácií ho ale nemožno formulovať, pretože rovnako môže ísť o indikáciu snahy vyhýbať sa konkurzu.

## **„Kauza“ reštrukturalizácie Váhostav a. s.<sup>30</sup> a „ad hoc legislatíva“**

Reštrukturalizačné konanie spoločnosti Váhostav a. s. vzbudil mediálnu a politickú pozornosť pre mieru uspokojenia pohľadávok nezabezpečených veriteľov – fyzických osôb. Jej výsledkom bola reaktívna „ad hoc legislatíva“ v užšom význame, koncipovaná ako zmena právnej úpravy všeobecného charakteru, ktorá sa ale v časti zákonných predpokladov pre schválenie

---

<sup>30</sup> Reštrukturalizačné konanie spoločnosti Váhostav a. s. prebehlo v rokoch 2014 a 2015, vzbudilo veľkú mediálnu a politickú pozornosť, dôvodom pozornosti bol rozsah uspokojenia, resp. neuspokojenia pohľadávok nezabezpečených veriteľov, subdodávateľov, z ktorých časť (početne veľká) boli fyzické osoby, dodávatelia prác, ktorí vykonávali práce na výstavbe diaľnice. Financovanie výstavby bolo kryté zo štátneho rozpočtu, spoločnosť Váhostav a. s. výstavbu dodávala na základe verejného obstarávania. Reštrukturalizačné konanie spoločnosti Váhostav a. s. bolo predmetom intenzívnej mediálnej a politickej diskusie, ktorá vyústila do zmeny právnej úpravy reštrukturalizačného konania.

reštrukturalizačného plánu vzťahovala aj na prebiehajúce reštrukturalizačné konanie spoločnosti Váhostav a.s.<sup>31</sup>

Pre potreby tohto príspevku uvádzame mieru uspokojenia pohľadávok podľa schváleného reštrukturalizačného plánu s tým, že po piatich rokoch po potvrdení reštrukturalizácie je splatná ostávajúca časť pôvodnej pohľadávky nezabezpečených veriteľov do výšky 50 %. Zvyšná polovica predstavuje majetkové právo nezabezpečeného veriteľa na akciách alebo na vlastných zdrojoch Váhostavu a.s.<sup>32</sup>

	Suma v eurách	%
Celkové uspokojenie všetkých veriteľov	43 851 000	32,3
Zabezpečení nepodmienení veritelia	24 080 000	85
Nezabezpečení nepodmienení nepodriadení veritelia	19 623 000	18,75
Nezabezpečení podmienení nepodriadení veritelia	148 000	5

Pri pohľade na mieru uspokojenia jednotlivých skupín veriteľov podľa schváleného reštrukturalizačného plánu môžeme len konštatovať, že regulatívny cieľ ZoKR sa vo vzťahu k zabezpečeným veriteľom naplnil aj v konkrétnom prípade reštrukturalizácie. Zabezpečení veritelia *de facto* strácajú minimálne. To potvrdzuje aj naše predchádzajúce závery, že vzhľadom na

<sup>31</sup> Zákon č. 87/2015 zaviedol po splnení reštrukturalizačného plánu (uspokojení pohľadávok veriteľov vo výške ním ustanovenej) obmedzenie vyplácania zisku dlžníka až do upokojenia pohľadávok nezabezpečených veriteľov do výšky 50 % a povinnosť novej investície alebo kapitalizáciu pohľadávok veriteľov v rozsahu neuspokojenej výšky pohľadávok, t. j. oproti dovtedajšej právnej úprave podmienil schválenie reštrukturalizačného plánu aj znížením majetkovej účasti dovtedajších akcionárov, resp. majiteľom účasti obchodnej spoločnosti. Zákon, okrem iného, zaviedol s účinnosťou od 1. 1. 2016 aj systémovú úpravu povinností obchodnej spoločnosti v kríze ako súčasť právnej úpravy Obchodného zákonníka.

<sup>32</sup> Treba súčasne uviesť, že väčšina nezabezpečených veriteľov využila ponuku štátu na odkúpenie ich pohľadávok za protihodnotu do výšky 50 % ich hodnoty, najviac do hodnoty 200-tisíc eur, namiesto toho, aby dostali podľa schváleného plánu 18,75 % hodnoty pohľadávky v lehote piatich rokov. Pohľadávky vykupovala štátna Slovenská reštrukturalizačná a. s., ktorá si tak podľa reštrukturalizačného plánu bude môcť uplatniť právo na kapitalizáciu zvyšnej časti pohľadávky.

garanciu uspokojenia zo zábezpeky v prípade konkurzu majú silnú vyjednávaciu pozíciu aj pri vytváraní reštrukturalizačného plánu, a preto nemajú motiváciu riešiť insolventnosť dlžníka podaním návrhu na vyhlásenie konkurzu.

„*Ad hoc* legislatíva“ prijatá v súvislosti s konkrétnym prípadom reštrukturalizácie nezmenila postavenie zabezpečených veriteľov, prehodnotila ale prioritizáciu niektorých iných záujmových skupín v reštrukturalizačných konaniach. Posilnila postavenie nezabezpečených veriteľov v reštrukturalizácii na úkor akcionárov, resp. spoločníkov dlžníka. Zmena parametrov sa prejavila v reštrukturalizácii Váhostavu a. s., ale podpísala sa aj na poklese počtu reštrukturalizácií.<sup>33</sup> V roku 2017 už bolo podaných len 72 reštrukturalizačných návrhov a v roku 2018 len 20 oproti 214, resp. 218 návrhom na vyhlásenie konkurzu zo strany dlžníka – právnickej osoby.

## Závery

V príspevku sme pracovali s pojmom „*ad hoc* legislatíva“ v užšom význame ako s bezprostrednou reakciou zákonodarcu na aplikáciu práva a v širšom význame ako presadenie politických či politicko-ekonomických regulatívnych cieľov vlády či parlamentnej väčšiny. Uviedli sme dôvody, prečo je konkurzná legislatíva častým predmetom „*ad hoc* legislatív“ v oboch významoch. Vzhľadom na povahu konfliktov záujmov na „makro“ a na „mikro“ úrovni, ktoré insolvenčné právo reguluje, a ktorých riešenie je vo svojej podstate závislé od politicko-ekonomických preferencií zákonodarcu, zohráva osobitný význam vo vývoji konkurzného práva práve „*ad hoc* legislatíva“ v širšom význame. V príspevku sme uviedli dva príklady vývoja takýchto „*ad hoc*“ legislatívnych riešení v širšom význame pojmu „*ad hoc* legislatíva“.

Vývoj ZoKV sa ukázal ako neúspešný vývoj, pretože sa v ňom opakovane nenapĺňali regulatívne ciele zákonodarcu. Dôvodom je určite komplex okolností, dovolíme si ale tvrdenie, že primárnym dôvodom bola skutoč-

<sup>33</sup> Následne bola ale ešte zákonom č. 377/2016 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa ZoKR obmedzená možnosť schválenia reštrukturalizačného plánu len za splnenia podmienok o 20 % vyššieho výťažku ako v konkurze a minimálne 50 % uspokojenia pohľadávok – oboje sa vzťahuje na nezabezpečených veriteľov.

nosť, že regulatívne ciele zákonodarcu nezodpovedali ekonomickej realite, resp. snaha zvrátiť dopady ekonomických procesov na trhu *ad hoc* legislatívnym riešením, sa ukázali ako príliš ambiciózný regulatívny cieľ presahujúci možnosti zákonodarstva vôbec.

Príklad aplikácie ZoKR je vo svojej podstate príkladom naplnenia regulatívnych cieľom „*ad hoc* legislatívy“ v širšom význame. Konkrétne v podobe riešenia konfliktu záujmov na „mikro“ úrovni medzi skupinami veriteľov v prospech skupiny zabezpečených veriteľov. Súčasne je ale aj príbehom negatívnych externalít, ktoré každé politicko-ekonomické riešenie môže prinášať. Ide súčasne aj o príklad, keď „*ad hoc* legislatíva“ v užšom význame, ktorej regulatívnym cieľom je riešenie negatívnych externalít, nemusí nevyhnutne poprieť pôvodné politicko-ekonomické ciele právnej úpravy. A to aj vtedy, keď vyvolá tiež následné externality, tentokrát v podobe zásahu do regulácie konfliktu záujmov na „makro“ úrovni v neprospech využívania reštrukturalizácie ako nástroja na riešenie úpadku dlžníka.

Vývoj konkurzného práva bude nevyhnutne pokračovať ďalšou „*ad hoc* legislatívou“ tak, ako sme si tento pojem zadefinovali v jeho širšom význame. Je to nevyhnutnosť, pretože ide o oblasť práva, ktorou zákonodarca tak ako doteraz bude vždy reagovať na ekonomický vývoj v jeho cykloch. Reakcia bude nepochybne opäť závislá od politicko-ekonomických preferencií vlády a parlamentnej väčšiny. Súčasne bude ale ovplyvnená aj politicko-ekonomickým videním Európskej únie ako celku. Pričom toto sa v podobe preferencie reštrukturalizačných procesov už prejavilo v smernici Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2019/1023 z 20. júna 2019 o rámcoch preventívnej reštrukturalizácie, o oddlžení a diskvalifikácii a o opatreniach na zvýšenie účinnosti reštrukturalizačných, konkurzných a oddlžovacích konaní a o zmene smernice (EÚ) 2017/1132 (smernica o reštrukturalizácii a insolvenčii), ktorej základný transpozičný termín je v júli 2021.

# KAUZA TIPOS – DÔVOD PRIJATIA AD HOC PROCESNEJ LEGISLATÍVY<sup>1</sup>

*Doc. JUDr. Jozef Vozár, CSc.*

*Ústav štátu a práva Slovenskej akadémie vied\**

## Úvod

Korene kauzy Tipos siahajú ešte do minulého storočia. Je zaujímavá z viacerých hľadísk. Z pohľadu témy konferencie nás zaujíma predovšetkým kvôli *ad hoc* legislatíve, ktorú prijal parlament a mala slúžiť jednej z procesných strán jej úspešnej obrane v spore. V okamihu však vystáva otázka, či je z pohľadu rovnosti procesných strán vôbec možné meniť v priebehu súdneho sporu procesné pravidlá. Aby sme mohli dať odpoveď na túto otázku, je potrebné zrekapitulovať najdôležitejšie míľniky kauzy Tipos zo skutkovej, ako aj právnej stránky.<sup>2</sup>

## 1. Začiatok sporu

Dňa 7. 1. 2000 podala Športka žalobu na Tipos. Žalovaný (Tipos) bez súhlasu žalobcu (Športka) používal *know-how* vzťahujúce sa na prevádzkovanie číselných lotérií a hier patriace žalobcovi. Rovnako podľa žalobcu bez právneho dôvodu užíval označenia zhodné s ochrannými známkami zapísanými pre žalobcu. Konanie žalovaného považoval žalobca za nekalo-súťažné, v rozpore s dobrými mravmi hospodárskej súťaže.

---

<sup>1</sup> Tento príspevok bol pripravený v rámci riešenia projektu APVV-15-0456 pod názvom Dlhodobé a recentné tendencie vývoja pozitívneho práva vo vybraných odvetviach právneho poriadku.

\* Doc. JUDr. Jozef Vozár, CSc., Ústav štátu a práva SAV, Bratislava

<sup>2</sup> Zhrnutie sporu sa nachádza aj na stránke Tipos-u. Dostupné na: <http://www.tipos.sk/Default.aspx?CatID=101&PressID=146m>

Vo svojom príspevku vychádzam z podrobnej genézy prípadu, ktorý uskutočnil NS SR, č. k. 7 Cbs/1/2011-2047.

Športka sa domáhala uloženia povinnosti Tiposu zdržať sa prevádzkovaní číselných lotérií pod označeniami ŠPORTKA, ŠANCA a MATES a využívania *know-how* žalobcu v súvislosti s prevádzkovaním číselných lotérií a stávkových hier. Žiadali aj náhradu škody a bezdôvodného obohatenia. Keďže išlo o nekalosúťažný spor, Tipos požiadal o vypracovanie právnej analýzy Petra Hajna, najrenomovanejšieho českého odborníka v tejto oblasti. Profesor Hajn dospel k záveru, že v tomto prípade jednoznačne absentuje súťažný vzťah ako základný predpoklad úspešnej žaloby. Ďalej vyjadril presvedčenie, že prostredníctvom práva proti nekalej súťaži nemá byť „doháňaná“ ochrana tých záujmov, ktoré si Športka mohla a mala zaisťiť v rámci zmluvných vzťahov. Po takejto analýze sa Tipos mohol cítiť víťazom v spore. Mohol, ale... na Slovensku je to inak.

Krajský súd v Bratislave a ani Najvyšší súd SR sa predloženou analýzou vôbec nezaoberali. Najvyšší súd SR po ôsmich rokoch priznal Športke sumu vo výške 1,003 miliardy Sk. Uložil aj povinnosť zdržať sa akéhokoľvek, aj čiastkového využívania znalostí alebo skúseností tvoriacich predmet *know-how* Športky.

Rozsudok zo 7. augusta 2008 ohlásil faktický koniec číselných lotérií a stávkových hier MATES, ŠPORTKA a ŠANCA na Slovensku. Pre ministerstvo financií ako zriaďovateľa Tiposu to malo znamenať stav pohotovosti pre hľadanie rýchleho a hlavne efektívneho riešenia. Času nebolo veľa. Vypracovanie rozsudku, jeho doručovanie, nadobudnutie právoplatnosti znamenalo niekoľko týždňov reálneho času. Čo mali v tomto čase podniknúť Ministerstvo financií SR a Tipos? Najprv pripraviť podklady pre dovolanie. Potom spracovať ekonomickú analýzu ďalšieho fungovania či nefungovania Tiposu v existujúcej podobe, resp. finančných strát v prípade niekoľkokomesačného prerušenia činnosti. Boli totiž aj úvahy, či nie je ekonomicky výhodnejšie nechať Tipos zbankrotovať a vytvoriť novú lotériu.<sup>3</sup>

Namiesto toho minister financií na verejnosti opakovane zdôrazňoval, že vo veci sa už nedá nič efektívne urobiť, lebo podanie mimoriadneho dovolania nemá odkladný účinok na vykonateľnosť rozsudku a treba zaplatiť.<sup>4</sup> Právny stav bol naozaj taký, že takéto dovolanie nemalo odkladný úči-

---

<sup>3</sup> Dostupné na: <https://slovensko.hnonline.sk/238355-exriaditel-tiposu-dohoda-o-urovnani-sporu-je-zla>

<sup>4</sup> Dostupné na: <https://www.aktuality.sk/clanok/117667/kauza-tipos-treba-zaplatit-tvrdi-pociatek/>

nok priamo zo zákona, ale o ňom mohol súd rozhodnúť na základe návrhu. Vzhľadom na okolnosti prípadu existovala reálna šanca, že vykonateľnosť bude odložená.

## 2. Dohoda o urovnaní

Aké riešenie ponúklo ministerstvo financií a Tipos? Dňa 19. 11. 2008 uzavrel Tipos dohodu o urovnaní so spoločnosťou Lemikon, na ktorú bola postúpená pohľadávka Športky. Presné znenie dohody odmietali v tom čase zverejniť, lebo si dohodli ochranu jej obsahu obchodným tajomstvom.

Dnes je už dohoda verejne prístupná.<sup>5</sup> To, čo sa v nej ukrýva, možno charakterizovať jednou vetou. Neuveriteľná nevýhodnosť pre Tipos. Ten síce mohol ďalej prevádzkovať číselnú lotériu, ale daň za takúto „ústretnosť“ bola ohurujúco vysoká. Pribudla ďalšia takmer miliarda korún, takže celkový záväzok znel na viac ako 1,9 miliardy Sk, plus povinnosť nahradiť súdne a právne trovy konania. Nešlo o žiadne drobné. Trovy konania boli vyčíslené na viac ako 83 miliónov korún. Navyše každé oneskorené zaplatenie jednej z dvoch splátok bolo sankcionované astronomickou sumou 400 miliónov korún. Pod hrozbou rovnakej sankcie sa Tipos dokonca zaviazal zdržať sa akéhokoľvek konania, ktoré by mohlo viesť k zmene skutkového a právneho stavu. Táto sankcia mala zabrániť Tiposu ďalšiemu pokračovaniu v súdnych sporoch. To už hraničí so vzdaním sa práv, čo je podľa nášho právneho poriadku neplatným dojednaním. Tipos v tom čase nedisponoval takým majetkom, aby mohol byť záväzok splatený v plnej výške. Štát prostredníctvom ministerstva financií hoci zo zákona nemusí, ale požičiava finančné prostriedky.

Päť dní po podpise dohody o urovnaní odchádza prvá splátka vo výške 400 mil. korún na Cyprus, kde mal Lemikon sídlo. O kauzu sa zaujímajú nielen médiá, ale aj mimovládne organizácie.<sup>6</sup>

Pod tlakom sa v zrýchlenom konaní prijala dňa 28. 11. 2008 právna úprava OSP, ktorá umožňovala v zmysle § 243h ods. 3 a 4 OSP podať mi-

---

<sup>5</sup> Dostupné na: <https://i.sme.sk/cdata/0/42/4204270/tipos.pdf>

<sup>6</sup> Dostupné na: <https://zastavmekorupciu.sk/kauzy/kauza-tipos/>

moriadne dovolanie aj bez odôvodnenia a do 60 dní ho odôvodniť. Podľa § 243ha ods. 1 musel súd na návrh odložiť vykonateľnosť rozhodnutia.<sup>7</sup>

Pre úplnosť je potrebné povedať, že druhá splátka vyplývajúca z dohody o urovaní vo výške viac ako 1,5 miliardy korún už na Cyprus nedorazila.

### 3. Neústavné zmeny sudcov a mimoriadne dovolanie

Procesné vynovenie mimoriadneho opravného prostriedku Tiposu nepomohlo. Bola to len dymová clona, aby sa ukázalo, že kvôli ochrane verejného záujmu sa mení aj legislatíva. Skutočnosť bola úplne iná. Zmyslom urovnania je vytvoriť nový záväzok, ktorý nahradí starý sporný záväzok priznaný v rozhodnutí súdu. „*Dohodou o urovaní v zmysle § 585 OZ si účastníci záväzkového právneho vzťahu odstraňujú spornosť alebo pochybnosť vzájomných práv a povinností tým, že ich ruší a nahradzuje ich novými, t. j. doterajší záväzok tak zaniká a je nahradený záväzkom novým, ktorý vyplýva z urovnania.*

*Dohoda o urovaní je samostatným záväzkovým dôvodom – právnym dôvodom vzniku záväzku. Po uzavretí dohody o urovaní sa už veriteľ nemôže domáhať plnenia z pôvodného záväzku, ale len plnenia z nového záväzku z dohody o urovaní.*“<sup>8</sup>

Dôsledok urovnania bol taký, že mimoriadne dovolanie, kvôli ktorému sa narýchlo menil zákon, malo v tej chvíli pre Tipos akademický význam. Účinná ochrana záujmov vyžadovala napadnúť samotnú dohodu o urovaní. Boli sme svedkami zaujímavej situácie. V čase prijímania novely procesného kódexu odchádzali stá milióny korún na Cyprus.

Dňa 2. 12. 2008 podal generálny prokurátor na Najvyšší súd SR mimoriadne dovolanie. Nebolo to, na prekvapenie, len formálne dovolanie, ale skutočne fundovaná analýza, ktorá našla v rozhodnutí Najvyššieho súdu SR viacero vážnych pochybení dotýkajúcich sa týchto skutočností:

- nesprávne právne posúdenie určitosti vymedzenia predmetu sporu,
- materiálna nevykonateľnosť výroku o zdržaní sa konania,

---

<sup>7</sup> Podľa § 243ha ods. 1: „Ak generálny prokurátor podá mimoriadne dovolanie a súčasne s podaním mimoriadneho dovolania navrhne odklad vykonateľnosti napadnutého rozhodnutia, odkladá sa dorúčením mimoriadneho dovolania dovolaciemu súdu vykonateľnosť napadnutého rozhodnutia.“

<sup>8</sup> Uznesenie NS SR z 30. 6. 2011, sp. zn. 3M Cdo 13/2009.



- nesprávne právne posúdenie podmienok poskytnutia právnej ochrany *know-how*,
- nesprávne právne posúdenie zmluvného vzťahu medzi žalobcom (Športka-LEMIKON) a žalovaným (TIPOS),
- nesprávne posúdenie hodnoty *know-how* a výšky bezdôvodného obohatenia za používanie *know-how*,
- nesprávne právne posúdenie zákonných podmienok aplikácie ustanovení Obchodného zákonníka o nekalej súťaži na konanie TIPOS-u,
- nesprávne právne posúdenie výšky nároku na vydanie bezdôvodného obohatenia z dôvodu nekalosúťažného konania,
- nesprávne právne posúdenie zásahu TIPOS-u do práv žalobcu k ochranným známkam,
- nesprávne posúdenie výšky úrokov z omeškania,
- nesprávne právne posúdenie námietky premlčania.

Generálny prokurátor napadol mimoriadnym dovolaním rozsudok súdu prvej inštancie z 1. marca 2007 č. k. 29Cb/1/00-1117 v časti jeho zdržovacieho výroku vo výroku, ktorým bolo priznané žalobcovi primerané zadostučinenie vo forme ospravedlnenia, vo výroku, ktorým uložil žalovanému povinnosť zaplatiť žalobcovi 1 003 279 719 Sk s príslušenstvom, ako aj vo výroku o náhrade trov konania. Súčasne napadol mimoriadnym dovolaním aj rozsudok odvolacieho súdu zo 7. augusta 2008, č. k. 3Obo/141/2007-1236 v časti, v ktorej potvrdil vyhovujúci zdržovací výrok, výrok o priznaní primeraného zadostučinenia a výrok o peňažnom plnení súdu prvej inštancie, ako aj v časti, v ktorej odvolací súd rozhodol o náhrade trov konania. Generálny prokurátor mimoriadnym dovolaním nenapadol výrok súdu prvej inštancie, ktorým zamietol žalobcom uplatnený nárok vo výške 425 451 700 Sk s príslušenstvom a časť zdržovacieho výroku a súčasne mimoriadnym dovolaním nebol napadnutý rozsudok odvolacieho súdu, ktorým zamietajúci výrok súdu prvej inštancie potvrdil, teda v zamietajúcej časti o zaplatenie 425 451 700 Sk s príslušenstvom, ako aj v časti, v ktorej bol zdržovací výrok zamietnutý, nadobudol rozsudok súdu prvej inštancie právoplatnosť.

Skôr ako mohol mimoriadny dovolací senát NS SR rozhodnúť, významne zasiahol do priebehu kauzy predseda NS SR Štefan Harabín. Dvomi opatreniami z 24. 9. 2009 a z 3. 8. 2010 zmenil rozvrh práce dovolacieho senátu na zrýchlenie súdneho konania. V skutočnosti ho výrazne spomalil

a navyše jeho opatrenia boli uskutočnené v rozpore so zákonom. Zo stabilnej judikatúry Ústavného súdu je zrejmé, že za zákonného sudcu treba považovať sudcu, ktorý splňa zákonom určené predpoklady na výkon sudcovskej funkcie, bol natrvalo alebo dočasne pridelený na výkon funkcie k určitému súdu, jeho funkcia nezanikla a bol určený na prejednanie konkrétnej veci v súlade s rozvrhom práce súdu.<sup>9</sup> Z päťčlenného mimoriadneho dovolacieho senátu nútene odišli sudkyne Jana Zemaníková, Zuzana Ďurišová a sudca Peter Dukes. Novými členkami sa stali Darina Ličková, Alena Prieceľová, Katarína Pramuková. Najvyšší súd Slovenskej republiky v konaní o mimoriadnom dovolaní rozhodol tak, že mimoriadne dovolanie generálneho prokurátora, v časti smerujúcej proti rozsudku súdu prvej inštancie a rozsudku odvolacieho súdu, ktorou bol žalovaný zaviazaný zaplatiť žalobcovi 14 122 409,21 EUR (t. j. 425 451 700 Sk), zamietol v ostatnej časti rozsudok súdu prvej inštancie a rozsudok odvolacieho súdu zrušil a vec vrátil v rozsahu zrušenia súdu prvej inštancie na ďalšie konanie.<sup>10</sup>

#### 4. Konanie na Ústavnom súde SR

Po voľbách 2010 sa zmenilo predstavenstvo Tiposu. Nové vedenie Tiposu podáva 3. 11. 2011 ústavnú sťažnosť pre porušenie práva na zákonného sudcu (zmeny zloženia senátu), ako aj pre porušenie práva na spravodlivý proces.

Sťažnosť bola úspešná. Ústavný súd Slovenskej republiky svojím nálezom z 18. októbra 2011 sp. zn. III.ÚS 212/2011 vyslovil, že rozsudkom Najvyššieho súdu Slovenskej republiky z 30. novembra 2010 č. k. 1MObdV/22/2008-1526 bolo porušené základné právo spoločnosti TIPOS, národná lotériová spoločnosť, a. s. a súčasne sťažnosťou napadnutý rozsudok zrušil a vec vrátil Najvyššiemu súdu Slovenskej republiky na ďalšie konanie.

Tretí senát Ústavného súdu SR považoval zmeny v dovolacom senáte za rozporné s Ústavou SR a účelové, pričom okrem iného uviedol: „*Zákon nepočíta so zmenou rozvrhu práce z iných ako zákonných dôvodov, a to dokonca s takými dôsledkami, že dôjde k podstatnej zmene v obsadení*

---

<sup>9</sup> Nález Ústavného súdu SR zo dňa 5. 9. 2006 sp. zn. III. ÚS116/06.

<sup>10</sup> Rozsudok NS SR z 30. novembra 2010 č. k. 1MObdV/22/2008-1526.

senátu v už pridelennej veci. Takéto zmeny v rozvrhu práce by sa dali označiť *prinajmenšom za účelové... takými dôsledkami, že dôjde k podstatnej zmene v obsadení senátu v už pridelennej veci. Takéto zmeny v rozvrhu práce by sa dali označiť prinajmenšom za účelové.*<sup>11</sup> Vyjadril sa aj k samotnému rozhodnutiu novovytvoreného senátu dovolacieho súdu. Ústavný súd bol toho názoru, že tak zložitý prípad z právnej, ako aj skutkovej stránky bol dovolacím súdom posúdený neprimerane **zjednodušene a formalisticky**. Tvrdým odsúdením rozhodnutia tohto senátu najvyššieho súdu bol záver, podľa ktorého sa Tiposu nedostala súdna ochrana v zákonom **predpokladanej kvalite**.<sup>12</sup>

Predmetom konania tak zostal žalobcom uplatnený nárok na uloženie povinnosti žalovanému zdržať sa akéhokoľvek, aj čiastkového využívania znalostí alebo skúseností tvoriacich predmet *know-how* žalobcu týkajúceho sa organizácie, herných plánov a pravidiel číselných a stávkových hier ŠPORTKA, ŠANCA a MATES; na primerané zadostučinenie vo forme ospravedlnenia a nárok na zaplatenie 1 003 279 719 SK s príslušenstvom.

## 5. Opätovné rozhodovanie o mimoriadnom dovolaní

Po zrušení rozhodnutia Najvyššieho súdu Slovenskej republiky ako súdu dovolacieho sp. zn. 1MObdV/22/2008 z 30. novembra 2010 a vrátenia mu veci na ďalšie konanie uvedeným nálezom Ústavného súdu Slovenskej republiky, dovolací súd opätovne rozhodoval o mimoriadnom dovolaní generálneho prokurátora proti rozsudku Krajského súdu v Bratislave č. k. 29Cb/1/00-1117 zo dňa 1. marca 2007, ako aj rozsudku Najvyššieho súdu Slovenskej republiky (ako súdu odvolacieho) č. k. 3Obo/141/2007-1236 zo dňa 7. augusta 2008. Uznesením sp. zn. 1MObdV/13/2011 zo dňa 19. marca 2015 rozsudok odvolacieho súdu č. k. 3Obo/141/2007-1236 zo dňa 7. augusta 2008 a rozsudok súdu prvej inštancie č. k. 29Cb/1/2000-1117 zo dňa 1. marca 2007 v napadnutej časti zrušil a vec v rozsahu zrušenia vrátil súdu prvej inštancie na ďalšie konanie. Dovolací súd bol toho názoru, že záver o dôvodnosti a výške nároku žalobcu je predčasný, pretože v konaní nebol dostatočne zistený skutkový stav vecí, resp. nie všetky zis-

<sup>11</sup> Nález Ústavného súdu SR zo dňa 18. 10. 2011 sp. zn. III. ÚS 212/2011.

<sup>12</sup> Tamže.

tené skutočnosti boli pri rozhodovaní súdov nižšej inštancie zohľadnené, preto rozhodnutia v tejto časti zrušil a vec vrátil krajskému súdu na ďalšie konanie. Vyslovil záver, že je potrebné ustáliť, podľa akej právnej úpravy sa má nárok na náhradu škody posúdiť, či ide o nárok, ktorý je uplatnený ako jeden z právnych prostriedkov ochrany proti nekalosúťažnému konaniu v zmysle § 53 OBZ, keď je priznanie náhrady škody podmienené splnením všeobecných podmienok náhrady škody podľa § 373 a nasl. OBZ (v spojení s 757 OBZ), teda platí princíp objektívnej zodpovednosti s možnosťou liberácie, ale, samozrejme, za predpokladu preukázania nekalosúťažného konania zo strany žalovaného, alebo pôjde o náhradu škody podľa § 420 Občianskeho zákonníka, ako to ustálil odvolací súd, z dôvodu porušenia povinnosti vyplývajúcej zo zákona č. 55/1997 Z. z. o ochranných známkach, teda pôjde o škodu, ktorá vznikla zásahom do práv z ochrannej známky, keď má poškodený právo na jej náhradu vrátane ušlého zisku, pričom § 26 ods. 4 zákona o ochranných známkach zakotvujúci právo na náhradu škody odkazuje v prípade zásahu do práv z ochrannej známky na ustanovenia Občianskeho zákonníka, ktorý obsahuje všeobecnú právnu úpravu zodpovednosti za škodu.

Krajský súd v Bratislave rozsudkom z 25. apríla 2018, č. k. 7Cbs/1/2011-2047 uložil v prvom výroku žalovanému povinnosť zaplatiť žalobcovi sumu 7 852 123,50 EUR spolu s úrokom z omeškania vo výške 10 % ročne zo sumy 7 852 123,50 EUR od 25. novembra 2003 do zaplatenia, a to všetko v lehote 60 dní od právoplatnosti rozhodnutia. Druhým výrokom vo zvyšku žalobu zamietol. Vec sa opäť dostala na Najvyšší súd SR, ale tentoraz inému senátu ako tomu, ktorý rozhodoval v roku 2008.

## **6. Rozhodnutia Najvyššieho súdu SR**

V auguste 2019, po viac ako 19 rokoch, rozhodoval odvolací senát Najvyššieho súdu SR v zložení Andrea Moravčíková, Jana Hullová a Miroslava Janečková. Ten rozsudok Krajského súdu v Bratislave z 25. apríla 2018, č. k. 7 Cbs/1/2011-2047 vo výroku I., ukladajúcim žalovanému povinnosť zaplatiť žalobcovi sumu 7 852 123,50 EUR spolu s úrokom z omeškania vo výške 10 % ročne zo sumy 7 852 123,50 EUR od 25. novembra 2003 do zaplatenia zmenil tak, že žalobu žalobcu v tejto časti zamietol.

Vo výroku II., ktorým bola vo zvyšku žaloba zamietnutá, rozsudok v časti napadnutej žalobcom potvrdil. Zjednodušene povedané, zamietol žalobu Lemikonu a v plnom rozsahu dal spoločnosti Tipos za pravdu.<sup>13</sup> Výborne vyargumentované rozhodnutie je právoplatné a uchránilo štátu mnoho miliónov eur. Mohli by sme povedať, že spravodlivosť konečne zvíťazila. Škoda, že až teraz a ešte to nemusí byť konečné rozhodnutie. Existujú právne prostriedky napadnutia tohto rozhodnutia. Navyše na Okresnom súde Bratislava III. čaká na rozhodovanie spor súvisiaci s uzatvorenou dohodou o urovnaní. Lemikon totiž, keď neobdržal od Tiposu včas druhú splátku, tak 8. 12. 2008 od dohody odstúpil a 400 mil. Sk nevrátil, ale túto sumu považoval za zaplatenie zmluvnej pokuty. Obávam sa, že bez ohľadu na ďalší vývoj kauzy, sa táto suma na Slovensko už viac nevráti.

Najvyšší súd SR sa musel okrem iného vysporiadať aj s námietkou žalobcu, či zrušením pôvodného rozsudku na základe mimoriadneho dovolania generálneho prokurátora a čiastočným zamietnutím žaloby v obnovenom konaní v časti nárokov, ktoré boli pôvodným rozsudkom priznané, došlo k porušeniu ústavných práv žalobcu. Žalobca žiadal, aby súd prihliadol na zásadu právnej istoty a rozhodol tak, že mimoriadne dovolanie nebolo prípustné a opätovné prejednávanie otázok právoplatne rozhodnutých pôvodným rozsudkom predstavuje protiprávny stav. Odvolací súd v bode 91 odôvodnil, že ESELP nepovažuje inštitút mimoriadneho dovolania paušálne za nezlučiteľný s čl. 6 ods. 1 dohovoru, keďže zásah do princípu právnej istoty pripúšťa a považuje za súladný s čl. 6 ods. 1 dohovoru vtedy, ak to je v záujme napravenia podstatných väd napadnutého konania, resp. rozhodnutia či justičných omylov. Aj v tomto rozhodnutí ESELP sťažnosť v časti namierenej proti inštitútu mimoriadneho dovolania *in abstracto* vyhlásil za neprijateľnú. Z porovnateľných rozhodnutí ESELP z ostatného obdobia sa dá podľa názoru ústavného súdu vyvodiť záver, že ESELP nevyklučuje prípustnosť zrušovania právoplatných rozhodnutí súdov na základe mimoriadnych opravných prostriedkov, t. j. *in abstracto* nepovažuje inštitút mimoriadneho dovolania za neprípustný, ale naopak, vo viacerých ďalších svojich rozhodnutiach pripúšťa potrebu prielomu do *res iudicata* s ohľadom na konkrétne okolnosti zrušovaného právoplatného rozhodnutia (napr. Sutyazhnik proti Rusku, rozsudok z 23. 7. 2009).

<sup>13</sup> Dostupné na: [https://www.nsud.sk/data/att/86547\\_subor.pdf](https://www.nsud.sk/data/att/86547_subor.pdf)

Okrem toho je potrebné zaujať stanovisko k *ad hoc* novele OSP z pohľadu rovnosti sporových strán a práva na spravodlivý proces. V zásade je potrebné vyjadriť negatívne stanovisko k takýmto účelovým novelizáciám v procesných kódexoch. Zároveň je však potrebné preskúmať, či uvedená novela mala aj faktický vplyv na procesné postavenie sporových strán.

Generálny prokurátor podal mimoriadne dovolanie 2. 12. 2008. Také dovolanie bolo procesne prípustné aj pred novelou Občianskeho súdneho poriadku, ktorá k povinným účinkom mimoriadneho dovolania pridala aj odklad vykonateľnosti napadnutého rozsudku *ex lege*. Podľa pôvodnej úpravy však mimoriadne dovolanie nebolo spojené s povinným odkladom vykonateľnosti; dovolací súd však takýto odklad mohol nariadiť aj bez návrhu. Odklad vykonateľnosti priamo zo zákona (hoci na základe návrhu generálneho prokurátora – § 243ha OSP) mal krátkodobo negatívne dôsledky na postavenie Lemikonu, ktorý takto prišiel o právne postavenie oprávneného, tak ako je definované v nútenom výkone súdnych rozhodnutí. Jeho faktické postavenie sa však nezmenilo; dostal prvú splátku a po odstúpení od dohody o urovaní sa už jeho právne postavenie vo vzťahoch s Tiposom nezmenilo ani v dôsledku mimoriadneho dovolania.

Ak by totiž generálny prokurátor podal mimoriadne dovolanie podľa pôvodnej procesnej úpravy s dôvodmi, ktoré obsahovalo už podané mimoriadne dovolanie, tak so zreteľom na závažnosť hmotnoprávných a procesných pochybení by dovolací súd s najväčšou pravdepodobnosťou odložil vykonateľnosť napadnutého rozsudku bez zbytočného odkladu. Efektívnejší postup generálneho prokurátora pri podávaní mimoriadneho dovolania by sa aj bez nariadeného odkladu vykonateľnosti jednoznačne prejavil v prípadnej súdnej exekúcii. V nej by sa Tipos mohol brániť námietkami, ako aj návrhom na odklad exekúcie s poukazom na mimoriadne dovolanie a jeho odôvodnenie. Návrh na odklad v takom prípade by sa považoval podľa súdnej praxe za účinný prostriedok ochrany povinného pred núteným výkonom na základe exekučného titulu, o ktorom sa dôvodne mohlo predpokladať, že stratí vykonateľnosť alebo bude zrušený. Navyše som presvedčený, že senát v pôvodnom zložení by vykonateľnosť obratom odložil aj vzhľadom na jeho neskorší právny názor a je možné, že by to stihol do 8. 12. 2008. Takže potom, čo 8. 12. 2008 odstúpili od dohody o urovaní, by ich procesné postavenie bolo identické aj podľa novej, aj podľa starej úpravy.

## Záver

Ak sa Vám zdá tento prípad zložitý a neprehľadný, tak máte pravdu. To bol zrejme aj zámer žalobcu. V chaose a mútnych vodách sa vedia niektoré subjekty veľmi dobre pohybovať a vyťažiť pre seba prospech, ktorý by im ináč nepatrilo. S veľkou pravdepodobnosťou s pričinením nielen politikov, ale aj niektorých sudkýň a sudcov, a to aj najvyššieho súdu. Do mozaičky účelových rozhodnutí prispel aj vtedajší predseda tohto súdu. Všetci ich chránia, ako vždy, nelimitované právo na právny názor. Napriek nezvykle kritickému nálezu Ústavného súdu SR na ich rozhodnutia.

Príspevok k tejto téme ukončím výrokom matky Terezy: „*Hlad na svete nie je preto, že nedokážeme nasýtiť chudobných, ale preto, že nedokážeme nasýtiť bohatých.*“ Kauza Típos je učebnicovým príkladom bezbrehej nenásytnosti bohatých.

