Univerzita Karlova
Právnická Fakulta
Katedra obchodního práva

RIGORÓZNÍ PRÁCE

Právní úprava podnikání cizinců na území ČR

Konzultant rigorózní práce:
Prof. JUDr. Květoslav Růžička, CSc.

Zpracovatel: Mgr. Lucia Poliaková
Limbová 2/70, 010 07 Žilina SR

Prohlášení

Prohlašuji, že jsem tuto rigorózní práci zpracovala samostatně a že jsem vyznačila prameny, z nichž jsem pro svoji práci čerpala způsobem ve vědecké práci obvyklým.

.....

Mgr. Lucia Poliaková

Poděkování

Ráda bych tímto poděkovala vedoucímu této diplomové práce Prof. JUDr. Květoslavu Růžičkovi, CSc. za jeho odborné rady a užitečné připomínky k mému textu.

OBSAH

OBSAH

SEZNAM POUŽITÝCH ZKRATEK

1 ÚVOD 1

2 PŘEDCHOZÍ PRÁVNÍ ÚPRAVA PODNIKÁNÍ CIZINCŮ NA ÚZEMÍ ČR 3

2.1 ÚPRAVA V ZÁKONĚ O HOSPODÁŘSKÝCH STYCÍCH SE ZAHRANIČÍM ... 3
2.2 PODNIK SE ZAHRANIČNÍ MAJETKOVOU ÚČASTÍ ... 4
2.3 OBCHODNÍ ZASTUPITELSTVÍ ... 5
2.4 PODNIKÁNÍ FYZICKÝCH OSOB NA ÚZEMÍ ČSFR ... 6

3 EXKURZ DO ČESKÉHO CIZINECKÉHO PRÁVA 6

3.1 CIZINECKÉ PRÁVO ... 7
3.2 CIZINECKÉ REŽIMY ... 7
3.3 POSTAVENÍ CIZINCŮ V ČESKÉM PRÁVNÍM ŘÁDU V SOUVISLOSTI S PODNIKÁNÍM ... 8
3.3.1 Úprava v Ústavě ČR ... 8
3.3.2 Postavení cizinců v zákoně o mezinárodním právu soukromém a procesním ... 9
3.3.3 Úprava v Obchodním zákoníku ... 10

4 VYMEZENÍ ZÁKLADNÍCH POJMŮ 11

4.1 VYMEZENÍ POJMŮ „CIZINEC" A „ZAHRANIČNÍ OSOBA" ... 11
4.2 OSOBNÍ STATUT ... 13
4.2.1 Osobní statut zahraničních fyzických osob ... 13
4.2.2 Osobní statut a uznání zahraničních právnických osob 14
4.3 VYMEZENÍ POJMŮ "PODNIKÁNÍ" A "PODNIKATEL" ... 15

5 KOMUNITÁRNÍ ÚPRAVA PODNIKÁNÍ 17

5.1 ZVLÁŠTNÍ POVAHA KOMUNITÁRNÍHO PRÁVA A ZÁVAZNOST JEHO PRAMENŮ ... 18
5.2 SVOBODA USAZOVÁNÍ V KOMUNITÁRNÍM PRÁVU ... 19
5.2.1 Účinek článku 43 SES ... 21
5.2.2 Zákaz diskriminace a omezujících opatření ... 21
5.2.3 Formy svobody usazování (primární a sekundární) ... 22
5.3 OSOBNÍ STATUT SPOLEČNOSTÍ A JEJICH UZNÁVÁNÍ V KOMUNITÁRNÍM PRÁVU ... 24
5.4 SVOBODA USAZOVÁNÍ V JUDIKATUŘE EVROPSKÉHO SOUDNÍHO DVORA ... 27
5.4.1 Fearon ... 27
5.4.2 Komise v. Francie ... 28
5.4.3 Segers ... 28
5.4.4 Daily Mail ... 29
5.4.5 Rozhodnutí Centros ... 30
5.4.6 Rozhodnutí Überseering ... 31
5.4.7 Rozhodnutí Inspire Art ... 32
5.4.8 Dopady judikatury ESD na výklad svobody usazování se ... 33
5.5 VOLNÝ POHYB SLUŽEB ... 34
5.5.1 Účinek článků 49 a 50 SES ... 35
5.5.2 Definice volného pohybu služeb ... 36
5.5.3 Zákaz omezení volného pohybu služeb ... 38
5.5.4 Směrnice o službách na vnitřním trhu 2006/123/ES ... 39

6 PLATNÍ ÚPRAVA PODNIKÁNÍ ZAHRANIČNÍCH OSOB PODLE OBCHODNÍHO ZÁKONÍKU 43

6.1 PODNIKÁNÍ ZAHRANIČNÍCH OSOB V ŠIRŠÍM A UŽŠÍM SMYSLU ... 43

6.1 PODNIKÁNÍ ZAHRANIČNÍCH OSOB V ŠIRŠÍM A UŽŠÍM SMYSLU 43
6.2 PODNIKÁNÍ PROSTŘEDNICTVÍM PODNIKU A ORGANIZAČNÍ SLOŽKY PODNIKU NA ÚZEMÍ ČR 45
6.2.1 Oprávnění zahraniční osoby k podnikání 47
6.2.2 Zápis zahraniční osoby do obchodního rejstříku 48
6.3 MAJETKOVÁ ÚČAST ZAHRANIČNÍCH OSOB V ČESKÝCH PRÁVNICKÝCH OSOBÁCH 51
6.4 OCHRANA MAJETKOVÝCH ZÁJMŮ ZAHRANIČNÍCH OSOB PŘI PODNIKÁNÍ V ČR 53
6.4.1 Ochrana v obchodním zákoníku 53
6.4.2 Mezinárodní dohody o podpoře a ochraně zahraničních investic 55
6.5 PŘEMÍSTĚNÍ SÍDLA ZAHRANIČNÍ PRÁVNICKÉ OSOBY NA ÚZEMÍ ČESKÉ REPUBLIKY 64

7 PODNIKÁNÍ ZAHRANIČNÍCH OSOB PODLE ŽIVNOSTENSKÉHO ZÁKONA 67

7.1 FORMÁLNÍ RECIPROCITA A POJEM ZAHRANIČNÍ OSOBY V ŽZ 67
7.2 PODMÍNKY PROVOZOVÁNÍ ŽIVNOSTI ZAHRANIČNÍMI OSOBAMI 68
7.2.1 Povinnost zahraničních osob předložit povolení k pobytu 68
7.2.2 Podmínky předkládaní cizojazyčných dokladů cizinci 69
7.2.3 Všeobecné a zvláštní podmínky provozování živnosti 70
7.2.4 Odpovědný zástupce zahraniční osoby 72
7.3 ŽIVNOSTENSKÉ OPRÁVNĚNÍ ZAHRANIČNÍ OSOBY 73

8 PODNIKÁNÍ ZAHRANIČNÍCH OSOB PODLE NĚKTERÝCH ZVLÁŠTNÍCH PRÁVNÍCH PŘEDPISŮ 76

8.1 ZÁKON O ADVOKACII 76
8.1.1 Evropští advokáti 78
8.1.2 Hostující evropský advokát 79
8.1.3 Usazený evropský advokát 81
8.1.4 Oprávnění vykonávat advokacii a zápis do obchodního rejstříku 81
8.2 ZÁKON O BANKÁCH 82
8.2.1 Pobočky zahraničních bank na území České republiky 83
8.2.2 Pobočky zahraničních bank z členských států EU 84

9 JINÉ FORMY PODNIKÁNÍ ZAHRANIČNÍCH OSOB NA ÚZEMÍ ČR 87

9.1 SMLOUVA O SDRUŽENÍ 89
9.2 SMLOUVA O TICHÉM SPOLEČENSTVÍ 89
9.3 SMLOUVA O OBCHODNÍM ZASTOUPENÍ 90

10 NABÝVANÍ NEMOVITOSTÍ V ČESKÉ REPUBLICE CIZINCI 91

10.1 PŘECHODNÁ OBDOBÍ PO VSTUPU ČR DO EVROPSKÉ UNIE 92
10.2 NABÝVÁNÍ ZEMĚDĚLSKÝCH A LESNÍCH POZEMKŮ CIZINCI 93
10.2.1 Devizový zákon 93
10.2.2 Zákon o privatizaci státních zemědělských pozemků 95
10.3 NABÝVANÍ OSTATNÍCH NEMOVITOSTÍ CIZINCI 96
10.4 VLÁDNÍ NÁVRH NA PŘIJETÍ NOVELY DEVIZOVÉHO ZÁKONA 97

11 ZÁVĚR 100

12 PŘÍLOHY 104

12.1 PŘEHLED PODEPSANÝCH DOHOD O PODPOŘE A VZÁJEMNÉ OCHRANĚ INVESTIC, KTERÝMI JE ČESKÁ REPUBLIKA VÁZÁNA 104

12.2 PŘEHLED PODEPSANÝCH DOHOD O VZÁJEMNÉ PODPOŘE A OCHRANĚ INVESTIC, U NICHŽ NEBYL DOSUD UKONČEN OBĚMA SMLUVNÍMI STRANAMI RATIFIKAČNÍ PROCES 107

13 POUŽITÁ LITERATURA **108**

SEZNAM POUŽITÝCH ZKRATEK

ČNB	-	Česká národní banka
Devizový zákon	-	zákon č. 219/1995 Sb., devizový zákon, v platném znění
EU	-	Evropská Unie
EULP	-	Evropská úmluva o lidských právech a protokolech k ní č. 209/1992 Sb.
ES	-	Evropské Společenství
EHP	-	Evropský hospodářský prostor
ESD	-	Evropský soudní dvůr
ICSID	-	Mezinárodní středisko pro řešení sporů z investic
LZPS	-	Listina základní práv a svobod č. 2/1993 Sb.
Obchoz	-	zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník v platném znění
OZ	-	zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník,v platném znění
Římska úmluva	-	Smlouva o založení Evropského společenství
SES	-	Smlouva o založení Evropského Společenství
UNCITRAL	-	Komise OSN pro mezinárodní obchodní právo
Washingtonská úmluva	-	Úmluva o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států č. 420/1992 Sb.
Zákon o vyvlastnění	-	zákon č. 184/2006 Sb., o odnětí nebo omezení vlastnického práva k pozemku nebo ke stavbě
ZB	-	zákon č. 21/1992 Sb., o bankách, v platném znění
ZOA	-	zákon č. 85/1996 Sb., o advokacii, v platném znění
ZMPS	-	zákon č. 97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním, v platném znění
ŽZ	-	zákon č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání, v platném znění

1 Úvod

Podnikání cizinců na území České republiky je v současné době velice aktuální téma a právní úprava této problematiky se pod vlivem politických a historických událostí za posledních 20 let výrazně změnila a i nadále se mění. Jedním z největších důvodů těchto změn byly zejména události z listopadu 1989, kdy na našem území došlo ke změně socialistického režimu na demokratický, s čím souvisí i přechod české ekonomiky z centrálního plánování na tržní principy. Do této doby nebylo možné na území České republiky podnikat prostřednictvím obchodních společností ani na základě živnostenského oprávnění.
Tyto politické a ekonomické události se odrazily i v našem právním řádu, který prodělal v krátkém čase mnoho změn. V krátkém období došlo ke zrušení či novelizacím nesčetných starých a nevyhovujících právních předpisů i k vydání zcela nových relativně ucelených právních norem. Vzhledem k těmto výrazným změnám se Česká republika, jako i mnohé další postkomunistické země, stala atraktivním územím pro různé podnikatelské aktivity osob ze zahraničí. Zájmu zahraničních osob podnikat na našem území se musel přizpůsobit i náš právní řád, a to zejména proto, že i Česká republika měla zájem na přílivu investic do její ekonomiky ze zahraniční. Právě v tomto období vznikly právní normy, které stanoví podmínky pro podnikání cizinců na našem území, chrání jejich investice a umožňují cizincům nabývat vlastnické práva k nemovitostem.

Další událostí, která výrazně ovlivnila naší právní úpravu, byl vstup České republiky do Evropské unie. Od prvního května 2004 se veškeré právo Evropské unie (komunitární právo) stalo nadřazené českému právnímu řádu a naše právní předpisy se musely postupně harmonizovat s komunitární úpravou. Mnoho našich zákonů již bylo novelizováno, ale je třeba dodat, že našemu zákonodárci se ne vždy povedlo přijmout právní předpisy, které jsou plně v souladu s komunitární úpravou, a tak jsou změny právních předpisů na „denním pořádku". Vstupem do Evropské unie se výrazně změnily i podmínky podnikání státních příslušníků a společností z členských států EU na území České republiky, a proto je nutné rozlišovat mezi cizinci z členských států EU a z tzv. „třetích zemí".

Rigorózní práci dělím do devíti základních okruhů. Úplně na začátku této práce se budu zabývat stručným historickým exkurzem do předchozí právní

úpravy podnikání cizinců pro srovnání s aktuální právní úpravou. V následujících dvou kapitolách se pokusím přiblížit základní pojmy českého cizineckého práva, cizinecké režimy a vymezit pojem cizince a jeho postavení v českém právním řádu v souvislosti s podnikáním. Další samostatnou kapitolu budu věnovat komunitární úpravě podnikání, která je pro ČR zcela závazná a má přednost před národní úpravou. V této kapitole se budu zabývat především svobodou usazování a svobodou poskytování služeb v členských státech EU, které jsou zakotveny v primárních a sekundárních předpisech komunitárního práva a dále jsou dotvářeny rozsáhlou judikaturou Evropského soudního dvora.

V další části této práce se budu zabývat platní vnitrostátní úpravou podnikání cizinců, přičemž každá kapitola bude obsahovat srovnání s komunitární úpravou podnikání. Bude se jednat především o podnikání zahraničních osob podle příslušných ustanovení obchodního zákoníku a živnostenského zákona, které představují základ právní úpravy pro podnikání cizinců v ČR. Neopomenu ani podnikání podle zvláštních zákonů, jako jsou například zákon o advokacii a zákon o bankách. Dále stručně přiblížím i možnost podnikání cizinců na základě závazkových právních vztahů. Vzhledem k tomu, že pro podnikání cizinců na našem území je důležitá i právní úprava podmínek nabývání nemovitostí cizinci, budu se této problematice věnovat v poslední kapitole.

2 Předchozí právní úprava podnikání cizinců na území ČR

Před účinností zákona č. *513/1991 Sb., obchodní zákoník, v platném znění* (dále "Obchz" nebo "obchodní zákoník"), bylo podnikání zahraničních osob upraveno několika různými předpisy. Tato úprava přestala platit dne 1. ledna 1992.

Právní úprava vycházela z těchto předpisů:

- zákon č. 116/1985 Sb., o podmínkách činnosti organizací s mezinárodním prvkem v Československé socialistické republice;
- zákon č. 173/1988 Sb., o podniku se zahraniční majetkovou účastí;
- zákon č. 42/1980 Sb., o hospodářských stycích se zahraničím;
- vyhláška č. 265/1990 Sb., o zřizování a provozování obchodních zastupitelství zahraničních osob.

2.1 Úprava v zákoně o hospodářských stycích se zahraničím

Zákon č. *42/1980 Sb., o hospodářských stycích se zahraničím,* vymezoval dvě formy zahraničně hospodářské činnosti: zahraničně obchodní činnost a zahraničně hospodářské služby. Zákon činil rozdíl mezi tím, zda jednotlivé činnosti byly provozovány československou osobou nebo zahraniční osobou. Zahraniční osobou byla podle § 3a fyzická osoba, která neměla bydliště, a právnická osoba , která neměla sídlo na území ČSFR.

Zahraničně obchodní činnost u zahraniční osoby zahrnovala podle ustanovení § 6 odst. 2:

- vývoz a dovoz věcí z a do ČSFR za účelem prodeje, nebo jiného úplatného zcizení nebo využití ve výrobě či poskytování služeb nebo výkonu povolání, jakož i vývoz či dovoz z a do ČSFR při jejich jiné hospodářské činnosti,
- poskytování služeb na území ČSFR,
- prodej zboží na území ČSFR, pokud se neuskutečňuje pouze mezi zahraničními osobami,
- provádění kontroly na základě smlouvy na území ČSFR za účelem vydání kontrolního osvědčení.

Tyto činnosti byly vázány na povolení od Federálního ministerstva zahraničního obchodu, i když některé činnosti byly od povolení osvobozeny.

O *zahraničně hospodářské služby* se podle ustanovení § 17 odst. 1 písm. b) jednalo, pokud zahraniční osoby na území ČSFR poskytovaly služby v oblasti:

- mezinárodní přepravy železniční, letecké, silniční, říční a říčně námořní s výjimkou obstarávaní přepravy zásilek,
- spojů, kultury, školství, pohřebnictví, zdravotnictví, s výjimkou lázeňské léčby,
- pojišťovnictví a bankovně finanční.

Ani poskytování těchto služeb zahraničními osobami se neobešlo bez povolení.
Další možností podnikání zahraniční osoby, kterou uváděl tento zákon, bylo podnikání prostřednictvím *obchodního zastupitelství* (viz kapitola 2.3.)

2.2 Podnik se zahraniční majetkovou účastí

Podnikem se zahraniční majetkovou účastí byla podle ustanovení § 2 odst. 1 zákona č. *173/1988 Sb., o podniku se zahraniční majetkovou účastí*, právnická osoba, která vyvíjela hospodářskou činnost a měla sídlo na území ČSFR, pokud se na jejím založení nebo na podnikání podílel zahraniční účastník. Tento předpis umožňoval založit takový podnik jak za spolupůsobení československých a zahraničních osob zároveň, tak i založení podniku se zahraniční majetkovou účastí s jediným zakladatelem – zahraniční osobou, která se mohla podle § 4 odst. 2 na podnikání výlučně podílet.
Zahraničním účastníkem se pro účely tohoto zákona považovala právnická osoba se sídlem a fyzická osoba s bydlištěm mimo ČSFR, která se podílela majetkovým vkladem na podniku. Tento předpis neumožňoval jakékoli přemístění sídla a ustanovení § 3 rovněž vylučovalo, aby se vznik, právní forma a právní poměry takového podniku řídily jiným než československým právem.[1]
Nevýhodou tohoto podniku však bylo složité povolovací řízení u Federálního ministerstva financí[2] a u ministerstva financí tehdejší České nebo Slovenské republiky (příslušnost se řídila sídlem) před tím, než bylo možno jej vůbec založit. Pouze v oblasti bankovnictví udělovala toto povolení Státní banka československá. Povolení ke vzniku podniku nebylo zapotřebí pouze v případě, že tak vláda stanovila ve svém nařízení.
Právní úprava podniků se zahraniční majetkovou účastí byla zrušena ke dni účinnosti obchodního zákoníku. Po zrušení této právní úpravy se podniky se zahraniční majetkovou účastí mohly buď zlikvidovat podle obecných ustanovení o obchodních společnostech obchodního zákoníku, nebo se mohly

[1] Lochmanová, L. : Podnikání zahraničních osob v České republice z pohledu obchodního zákoníku. Právo a podnikání 6/1998, str. 8
[2] Černohlávek, J. : Obchodní zastupitelství zahraničních osob v České republice. Právo a podnikání 3/1993, str. 25

transformovat na obchodní společnosti v právních formách, které upravuje obchodní zákoník.

2.3 Obchodní zastupitelství

Pokud se zahraniční podnikatel chtěl vyhnout administrativní náročnosti zřizování podniku se zahraniční majetkovou účastí, mohl zvolit jednodušší řešení, a to podnikání prostřednictvím obchodního zastupitelství. Obchodní zastupitelství bylo předchůdcem dnešních organizačních složek zahraničních osob. Zákonnou úpravu založení a právního postavení obchodního zastupitelstva poskytl zákon č. 42/1980 Sb. o hospodářských stycích se zahraničím. Vyhláška č. *256/1990 Sb., o zřizování a provozování obchodních zastupitelství zahraničních,* pak definovala obchodní zastupitelství jako organizační složku zahraniční osoby, která na území ČSFR propaguje výrobky a služby a vykonává činnosti spočívající v uzavírání smluv mezi uvedenou zahraniční osobou a československými osobami.

Obchodní zastupitelství mohlo být ovšem zřizováno pouze za účelem hospodářské činnosti zahraniční osoby a nebo k její podpoře. Od dnešních organizačních složek se pokud jde o rozsah předmětu podnikaní, který musí korespondovat s předmětem podnikání zahraniční osoby[3], neliší, ale názory uváděné v odborné literatuře na tuto otázku nejsou jednotné[4].

Definice obchodního zastupitelství zahraniční osoby jako „organizační složky zahraniční osoby" se zcela nekryje s definicí stávající organizační složky zahraniční osoby jako „organizační složky podniku". Přesto o obchodním zastupitelství literatura hovoří jako o „nesamostatném subjektu, který je součástí podniku zahraniční osoby"[5].

Zřízení obchodního zastoupení bylo podmíněno registrací, kterou provádělo federální ministerstvo zahraničního obchodu. Obchodní zastupitelství obchodní zákoník však již neupravuje.

---

[3] Plíva S. in Štenglová I., Plíva S., Tomsa M. a kol. : Obchodní zákoník. Komentář. 8. Vydání. Praha: C.H. Beck, 2003, str. 19

[4] M. Bartošíková tuto otázku ovšem nepovažuje za zcela jednoznačnou, tj. otázku „zda-li předmět podnikání, pro který získá zahraniční osoba oprávnění na území České republiky, má ‚zapadat' do rámce předmětu činnosti zahraniční právnické osoby či zahraniční fyzické osoby zapsaného v obchodním či živnostenském rejstříku v zahraničí, nebo může jít nad rámec tohoto předmětu činnosti". in Bartošíková, M. : K podnikání zahraničních osob prostřednictvím organizačních složek jejich podniku na území ČR. Obchodní právo 11/1993, str. 2

[5] Černohlávek, J. : Obchodní zastupitelství zahraničních osob v České republice. Právo a podnikání 3/1993, str. 25

2.4 Podnikání fyzických osob na území ČSFR

Soukromé podnikání bylo na území ČSFR upraveno až po revoluci v roku 1989, a to provizorně zákonem č. *105/1990 Sb., o soukromém podnikání občanů*. Podle úpravy tohoto zákona mohl cizinec podnikat na tehdejším československém území na základě registrace. Pokud cizinec neměl trvalé bydliště v ČSFR, musel předložit k žádosti o podnikání povolení k podnikání, které udělovalo příslušné republikové ministerstvo vnitra. Tento zákon byl jakýmsi nedokonalým předchůdcem nynějšího zákona č. *455/1991 Sb., o živnostenském podnikání, v platném znění*(dále jen „ŽZ" nebo „živnostenský zákon").

3 Exkurz do českého cizineckého práva

Česká republika, stejně jako každý jiný stát, si může ve svém právním řádu upravit právní postavení cizinců, kteří se nacházejí na jeho státním území, podle vlastního uvážení. Tato právní úprava však musí odpovídat závazkům, které vyplývají z obecného mezinárodního práva a z mezinárodních smluv, kterými je Česká republika vázána, což vyplývá z čl. 1 odst. 2 základního zákona státu č. *1/1993 Sb., Ústava České republiky,v platném znění* (dále jen „Ústava ČR"). Podle novelizovaného ustanovení čl. 10 Ústavy ČR jsou vyhlášené mezinárodní smlouvy, k jejichž ratifikaci dal Parlament souhlas a jimiž je ČR vázána, součástí právního řádu. A jestliže stanoví mezinárodní smlouva něco jiného než zákon, použije se tato mezinárodní smlouva. Jedná se především o následující smlouvy:

- Mezinárodní pakt o občanských a politických právech č. 120/1976 Sb.,
- Mezinárodní pakt o hospodářských sociálních a kulturních právech č. 120/1976 Sb.,
- Evropská úmluva o lidských právech a protokolech k ní č. 209/1992 Sb. (dále jen EÚLP).

Zatímco první dvě uvedené smlouvy stanoví lidská práva jednotlivců bez ohledu na státní občanství nebo právě v závislosti na existenci tohoto státoobčanského svazku mezi jednotlivcem a státem, EÚLP a protokoly k ní zakotvují i konkrétní práva cizinců.

Existují však i mnohostranné mezinárodní smlouvy, které zakotvují i konkrétní práva cizinců a ČR je jejich smluvní stranou. Jsou to například:

- Úmluva OSN o právním postavení osob bez státní příslušnosti,
- Úmluva OSN o právním postavení uprchlíků,

- Úmluva Rady Evropy o účasti cizinců na veřejném životě na místní úrovni (ETS 144)

V neposlední řadě je třeba zmínit i předpisy komunitárního práva, a to Smlouvu o založení Evropského společenství (dále jen „Římská smlouva" nebo „SES") ve znění Smlouvy z Nice, ve které je v ustanovení čl. 12 výslovně zakázaná jakákoliv diskriminace na základě státního občanství.

3.1 Cizinecké právo

Soubor právních norem, který upravuje právní postavení cizinců odchylně od postavení vlastních občanů, se označuje v mezinárodním právu jako **„cizinecké právo".** V cizineckém právu se klade otázka, zda je určitý subjekt osobou tuzemskou nebo cizí. Právní postavení cizinců je pak závislé na cizineckém režimu, který je cizincům poskytnut vnitrostátní úpravou konkrétního státu.

3.2 Cizinecké režimy

Každý stát uplatňuje na svém území tzv. **cizinecký režim,** který spočívá v míře poskytnutých práv cizincům vůči právům poskytovaným vlastním státním občanům. Každý stát je přitom vázán jak normami cizineckého práva mezinárodního, tak svými vlastními vnitrostátními normami cizineckého práva.

V praxi států existuje několik typů cizineckého režimu: národní režim, zvláštní režim a režim nejvyšších výhod.

Národní režim znamená, že vnitrostátní právní řád zajišťuje cizincům vcelku stejné právní postavení, jaké mají vlastní státní občané.[6] Cizincům se tak poskytuje tzv. *„tuzemský režim"* nebo *„paritní režim"*. Používá se také i označení *„asimilační režim"*, protože se cizinci připodobňují vlastním občanům.[7] Tento režim však nikdy neznamená naprostou asimilaci cizinců se státními občany a nikdy se nemůže jednat o režim naprosto shodný, protože výjimky mají původ právě v institutu státního občanství. Jedná se zejména o kategorii občanských práv a povinností (např.vojenská povinnost).

Zvláštní režim znamená, že stát upravuje práva a povinnosti cizinců na rozdíl od svých občanů zvláštními předpisy.[8] Tyto předpisy neporušují obecné požadavky mezinárodního práva, nicméně umožňují poskytovat cizím státním příslušníkům z různých států jednotlivá práva a povinnosti odlišně. Někdy mohou tyto předpisy v různých směrech cizince diskriminovat oproti státním občanům nebo mohou státním příslušníkům jiných států poskytovat odlišné právní postavení. Aby se

[6] Růžička, K.: Právní úprava podnikání cizinců v tuzemsku. Právní praxe v podnikání 1992/3, str.2
[7] Kučera, Z.: Mezinárodní právo soukromé. Doplněk Brno 2001, str.218
[8] Růžička, K.: Právní úprava podnikání cizinců v tuzemsku. Právní praxe v podnikání 1992/3, str.2

státy vyhnuly odlišnému (především horšímu) postavení svých státních občanů v jiných státech, zajišťují si postavení svých občanů smluvně, a to na základě principů vzájemně shodného právního postavení svých občanů, neboli na základě reciprocity. Reciprocita (vzájemnost) je nejčastěji zakotvena dvoustrannou mezinárodní smlouvou, ale není vyloučena ani mnohostranná mezinárodní smlouva.

Režim nejvyšších výhod bývá zakotven v mezinárodních smlouvách, ze kterých vyplývá povinnost signatářských států navzájem poskytovat svým státním příslušníkům nejvyšší míru práv, kterou v době platnosti smlouvy poskytují nebo poskytnou na svém území příslušníkům kteréhokoliv třetího státu.[9] Tento druh režimu vlastně znamená, že příslušníci druhého smluvního státu nebudou mít ve vymezené oblasti vztahů horší postavení, než mají nebo kdykoliv v budoucnosti budou mít příslušníci kteréhokoliv třetího státu. Režim zajišťuje rovné zacházení bez jakékoliv diskriminace mezi příslušníky smluvních států oproti státním občanům nesmluvního (třetího) státu. Ale ani při režimu nejvyšších výhod nepožívají cizinci stejná práva jako vlastní státní občané.

3.3 Postavení cizinců v českém právním řádu v souvislosti s podnikáním

3.3.1 Úprava v Ústavě ČR

Z ústavněprávního hlediska je nutností zmínit *Listinu základních práv a svobod č. 2/1993 Sb.*, v platném znění (dále jen "LZPS"), která je nedílnou součástí ústavního pořádku ČR. Většina ustanovení LZPS se vztahuje na všechny osoby, nejen na občany České republiky. V dalším textu se budu zabývat zejména ustanoveními, které mají souvislost s podnikáním.

Co se týče právního postavení cizinců, základní ustanovení nalezneme v ustanovení čl. 42 odst. 2 LZPS, kde je stanoveno, že **cizinci požívají v České republice lidských práv a základních svobod zaručených Listinou, pokud nejsou přiznána výlučně občanům.** Což znamená, že cizinci mají stejné práva a svobody, kromě těch, které jsou státním občanům přiznána z titulu státní příslušnosti k ČR.

Dále podle ustanovení čl. 11 odst. 1 LZPS je **každý oprávněn vlastnit majetek.** Tento článek obecně zakotvuje právo vlastnit majetek jako právo každého jednotlivce s tím, že je současně garantována rovnost vlastnických práv

[9] Růžička, K.: Právní úprava podnikání cizinců v tuzemsku. Právní praxe v podnikání 1992/3, str. 2

jednotlivců. Pokud tedy jde o ochranu již existujících vlastnických práv, vnitrostátní řád nečiní jakéhokoli rozdílu mezi státními občany a cizinci všech kategorií.

Omezujícím ustanovením je odst. 2 , který stanoví, že **zákon může také stanovit, že určité věci mohou být pouze ve vlastnictví občanů nebo právnických osob se sídlem v České republice.** Toto ustanovení je ústavním základem pro omezení nabytí vlastnických práv. Příkladem je výrazné omezení nabývaní nemovitých věcí cizími státními občany včetně cizích zahraničních právnických osob. Stát tak zaručuje cizincům stejnou ochranu jejich vlastnických a majetkových práv jako českým občanům[10], ale rozlišuje mezi mimi při nabývaní nemovitého majetku.

V souvislosti s pobytem cizinců na území ČR je důležité i ustanovení čl. 14 LZPS, ve kterém je každému zaručena **svoboda pohybu a pobytu**. Dále připouští i omezení těchto svobod zákonem ve stanovených situacích. Listina v tomto článku připouští i vyhoštění cizince na rozdíl od vlastního občana ČR. V tomto případě ale platí závazek ČR, že je zakázáno hromadné vyhoštění cizinců.

Svoboda volby povolání, právo podnikat a provozování jiné hospodářské činnosti je zaručena ustanovením čl. 26 LZPS. Tento článek obsahuje i ustanovení, které umožňuje, aby zákon stanovil odchylnou úpravu pro cizince. Vždy však jenom v souladu s LZPS a jinými ústavními zákony, jakož i s mezinárodními smlouvami.

Podle ustanovení LZPS se na postavení cizinců uplatňuje národní režim, který je v některých případech modifikován úpravou ve zvláštních zákonech.

3.3.2 Postavení cizinců v zákoně o mezinárodním právu soukromém a procesním

Zákon č. *97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním, v platném znění* (dále jen „ZMPS"), upravuje i právní postavení cizinců. Základním ustanovením je § 32 odst. 1, podle něhož **mají cizinci v oblasti svých osobních a majetkových práv stejná práva a stejné povinnosti, jako státní občané,** pokud tímto zákonem nebo zvláštním předpisem není stanoveno jinak. ZMPS tedy vychází ze zásady rovného postavení cizinců s českými občany.[11] Pokud jde o

[10] Růžička, K.: Právní úprava podnikání cizinců v tuzemsku. Právní praxe v podnikání 1992/3, str.2
[11] Růžička, K.: Právní úprava podnikání cizinců v tuzemsku. Právní praxe v podnikání 1992/3, str.2

majetkové vztahy, použije se podle § 32 odst. 3 tohoto ustanovení i na právnické osoby.

Význam ustanovení § 32 ZMPS je v tom, že v odstavci 2 dává zákonný podklad pro opatření, aby v určitých případech bylo různým kategoriím cizinců odepřeno rovnoprávní postavení[12]. Podle ustanovení § 32 odst. 2 v případě, kdy **cizí stát nakládá se státními občany českými jinak než se svými příslušníky, může Ministerstvo zahraničních věcí po dohodě s příslušnými českými orgány rozhodnout, že ustanovení odstavce 1 se nepoužije.**

Ustanovení § 32 ZMPS tedy formuluje pro fyzické i právnické osoby obecně princip formální reciprocity (§32/1) a umožňuje, aby v individuálních případech bylo rozhodnuto o uplatnění materiální reciprocity (§32/2).[13]

Formální reciprocita (neboli vzájemnost) znamená, že stát zachází s cizincem stejně jako se svým státním příslušníkem. To znamená , že tato vzájemnost není porušena, jestliže český občan nemůže požívat konkrétního práva v daném státě, protože tento stát toto právo nepřiznává vůbec, tj. ani vlastním příslušníkům.

Materiální reciprocita znamená, že se poskytnutí určitého práva nebo výhodného postavení cizímu příslušníkovi váže na to, že jeho stát poskytuje v případech stejného druhu totéž právo nebo totéž výhodné postavení českým občanům.[14]

Podle ZMPS se tedy cizincům poskytuje stejné postavení jako českým občanům, avšak je modifikováno principem materiální reciprocity a úpravou ve zvláštních zákonech.

3.3.3 Úprava v Obchodním zákoníku

Na obecnou úpravu postavení cizinců v ZMPS navazuje ustanovení § 21 odst. 1 obchodního zákoníku, který má velký význam pro podnikání cizinců v ČR. Je v něm výslovně stanoveno, že **zahraniční osoby mohou podnikat na území ČR za stejných podmínek a ve stejném rozsahu jako české osoby**, pokud ze zákona nevyplývá něco jiného. Toto ustanovení zakotvuje princip formální reciprocity, a to ve vztahu k podnikání zahraničních osob.

Tady se ale vyskytuje otázka, jestli uplatnění ustanovení § 32 odst. 2 ZMPS, tedy použití materiální reciprocity, je možné i ve vztahu k ustanovení § 21 odst. 1 ObchZ. Vzhledem k tomu, že obchodní zákoník formuluje pravidlo reciprocity

---

[12] Kučera, Z.: Mezinárodní právo soukromé. Doplněk Brno 2001, str. 216

[13] Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. 1 Díl. 3. aktualizované a doplněné vydání. Praha: Linde Praha, 2003, str.237

[14] Kučera, Z.: Mezinárodní právo soukromé. Doplněk Brno 2001, str. 216

výslovně jako subsidiární, je třeba takovou možnost připustit, přestože ZMPS je zákonem obecnějším.[15] A zároveň to předvídá i samotné ustanovení § 21 odst. 1 ObchZ, které na svém konci připouští možnost, že ze zákona může vyplývat i něco jiného. Zákon tedy může stanovit odchylky od principu národního zacházení jen zvláštními normami cizineckého práva, a to zpravidla z důvodů veřejného pořádku.

Pro oblast podnikání cizinců v tuzemsku, je důležitá i úprava cizineckého režimu obsažená v dvoustranných **smlouvách o ochraně a podpoře investic**, které vycházejí zásadně z národního režimu, který je modifikován režimem nejvyšších výhod. Této problematice se budu věnovat v dalších kapitolách.

4 Vymezení základních pojmů

4.1 Vymezení pojmů „cizinec" a „zahraniční osoba"

Český právní řád nepoužívá jeden pojem, jenž bychom mohli jednotně použít pro označení osoby, která vstupuje do právních vztahů na našem území a přináší do nich mezinárodní prvek v podobě cizí státní příslušnosti nebo bydliště (nebo sídla) v zahraničí. Obecně hovoříme o cizinci. Náš právní řád ale používá více pojmů, které se vzájemně nekryjí, a to pojem **„cizinec", „zahraniční osoba"** a také i **„cizozemec"**.

V oblasti podnikání se zřídka setkáváme s pojmem cizinec v tom smyslu, jak je definován zákonem č. *326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky, v platném znění* (dále jen „cizinecký zákon"). Tento zákon upravuje jenom pobytový status, neboli podmínky pro vstup, pobyt a opuštění území ČR a ostatní práva cizinců jsou upravena zvláštními předpisy.

Podle ustanovení § 1 odst. 2 cizineckého zákona se **cizincem rozumí fyzická osoba, která není státním občanem ČR, včetně občana Evropské unie.**
Toto negativní vymezení pojmu znamená, že za cizince musí být považovány jak osoby, které jsou státními příslušníky jiného státu, tak i osoby, které vůbec nemají žádné státní občanství – bezdomovci.
Tento zákon se nevztahuje na osoby, které požádali o udělení azylu , nebo kterým byl azyl udělen podle zákona č. *325/1999 Sb., o azylu, v platném znění.* Cizinec, kterému byl udělen azyl, se označuje jako „azylant" a požívá lepší právní

[15] Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. 1 Díl. 3. aktualizované a doplněné vydání. Praha: Linde Praha, 2003, str.237

postavení než „běžní cizinci".[16] Podle ustanovení § 76 zákona o azylu je azylant oprávněn k trvalému pobytu v ČR po dobu platnosti rozhodnutí o udělení azylu. Azylanti jsou tak pro účely obchodního zákoníku a živnostenského zákona považováni za české osoby.
Cizinecký zákon se dále nevztahuje na cizí právnické osoby.

České právní předpisy, které upravují oblast podnikání používají pojmu **zahraniční osoba** .
Podle ustanovení § 21 odst. 2 obchodního zákoníku se zahraniční osobou rozumí **fyzická osoba s bydlištěm nebo právnická osoba se sídlem mimo území České republiky.**
ObchZ tak vůbec nezohledňuje státní příslušnost fyzické osoby pro určení, zdali půjde o českou nebo zahraniční fyzickou osobu. Lze si tedy představit situaci, kdy český občan s bydlištěm v zahraničí bude z hlediska ObchZ považován za zahraniční fyzickou osobu. **Bydliště** však není ObchZ definováno, a tak můžeme ve smyslu ustanovení § 34 odst. 1c) dovodit, že bydlištěm je myšlen **trvalý pobyt**.
Kritériem pro určení *zahraniční právnické osoby* je její **sídlo**. Obchodní zákoník přímo neuvádí, jestli zde má na mysli sídlo statutární, tj. sídlo zapsané, anebo sídlo skutečné (reálné) odkud je skutečně vykonáváno řízení právnické osoby. V tomto případě bude zapotřebí aplikovat ustanovení § 2 odst. 3 ObchZ a § 19c zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, v platném znění (dále jen „OZ" nebo „občanský zákoník"), kde je stanovena **povinnost shody sídla statutárního se sídlem skutečným**, tedy místem, kde je umístěná správa právnické osoby a kde se s ní veřejnost může stýkat. Občanský zákoník však dále stanoví, že v případě, že právnická osoba uvádí jako své sídlo jiné místo než sídlo skutečné, může se každý dovolat i jejího skutečného sídla. Naše právní úprava je v tomto případě nedokonalá, protože připouští existenci a právní účinnost fiktivních sídel, protože ne vždy jsou třetí osoby schopny vypátrat skutečné sídlo právnické osoby a dovolat se jej[17].
Výklad a aplikace ustanovení § 21 odst. 2 není jednoznačný[18]. Pokud nebudou tyto nesrovnalosti v právní úpravě sídla vyřešeny, bude asi nejlepší přiklonit se ke

[16] Růžička, K.: Velké změny v českém cizineckém právu. Právní praxe v podnikání 2000/3, str.15
[17] V současné době existují i tzv. "office housy", které nabízejí právnickým osobám adresu pro jejich sídlo, a jen těžko lze na této adrese dohledat statutární orgán právnické osoby.
[18] V publikaci Dědič, J., Čech,P.: Nový pohled na kolizní normy a reflexe kolizně relevantní judikatury Evropského soudního dvora v českém právu společností, Soudní rozhledy, 10/2004, str. 361 -367, autoři *pod pojmem sídlo pro účely aplikace § 21 odst. 2 ObchZ rozumějí sídlo statutární.* Na druhé straně I. Pelikánová zastává stanovisko, že se jedná *sídlo skutečné, neboť každý se skutečného sídla může*

kompromisnímu výkladu, že o statutární sídlo se má jednat jenom v případě, že je ve shodě se sídlem skutečným a v opačném případě se jedná o sídlo skutečné.
V ustanovení § 21 odst. 2 ObchZ je definována podle sídla na území ČR i česká právnická osoba, ale pojem české fyzické osoby zde vymezen není.

Kritérium bydliště (pro fyzickou osobu) a sídla (pro právnickou osobu) pro rozlišení české osoby od zahraniční používá i ustanovení § 5 odst. 2 živnostenského zákona. ŽZ však stanoví, že pod pojmem bydliště se rozumí trvalý pobyt osoby na jejím území.

Naproti tomu zákon č. *219/ 1995 Sb., devizový zákon, v platném znění* (dále jen "devizový zákon"), používá pojmu **tuzemec a cizozemec**. Podle § 1b) devizového zákona je tuzemcem fyzická osoba s trvalým pobytem v tuzemsku a právnická osoba se sídlem v tuzemsku. A za cizozemce se považují ostatní fyzické a právnické osoby. Také v případě devizového zákona nerozhoduje o postavení cizince jeho státní příslušnost, ale místo jeho bydliště.

Ostatní právní předpisy, které pojmu cizinec ve svých ustanoveních používají, již dále tento pojem nedefinují.

4.2 Osobní statut

Osobní statut je institut mezinárodního práva soukromého a právní teorie jím rozumí **právní řád, který upravuje otázky právního postavení osoby**, a to zejména *otázky způsobilosti k právům a právním úkonům.*[19]
Jednotlivé právní řády se v řadě otázek upravujících subjekty navzájem odlišují. Značný význam proto připadá kolizním normám, ve kterých je stanoven hraniční určovatel, podle kterého se určí, kterým právním řádem – osobním statutem se bude postavení subjektů řídit.

4.2.1 Osobní statut zahraničních fyzických osob

Způsobilost fyzické osoby k právům a právním úkonům se podle kolizního ustanovení § 3 odst. 1 ZMPS řídí právním řádem státu, jehož je osoba státním příslušníkem, nestanoví-li ZMPS něco jiného. Hraničním určovatelem u zahraničních fyzických osob je jejich **státní příslušnost** („lex patriae").
Jestliže cizinec činí právní úkony v ČR, podle subsidiárního ustanovení § 3 odst. 2 ZMPS postačí, je-li k úkonu způsobilý podle českého práva. Toto ustanovení

dovolat, i když statutární sídlo bude odlišné – v Pelikánová, I: Komentář k obchodnímu zákoníku, 1.Díl. 3. aktualizovaní a doplněné vydání. Praha: Linde Praha, 2003
[19] Kučera, Z.: Mezinárodní právo soukromé. Doplněk Brno 2001, str. 245

zachovává platnost takového úkonu, který učinil na území ČR cizinec, který podle práva určeného na základě své státní příslušnosti k takovému úkonu neměl způsobilost, ale podle českého práva je jeho způsobilost dostatečná. Jedinou podmínkou tady je, že cizinec učinil tento právní úkon na území ČR.

4.2.2 Osobní statut a uznání zahraničních právnických osob

Osobní statut právnické osoby představuje určení právního řádu rozhodného pro posouzení otázek jejího vzniku, existence a zániku, její právní povahy, způsobilosti k právům a právním úkonům (včetně práva žalovat a být žalován), vnitřních vztahů (orgány a vztahy mezi společníky) a zčásti i vnějších vztahů (ručení členů nebo společníků za závazky takovéto právnické osoby) včetně jednatelského oprávnění.[20] Nejde tady o hranici mezi osobou českou a zahraniční, ale o právní režim zahraniční právnické osoby v konkrétních vztazích.

Způsob určení osobního statutu právnické osoby se řídí v jednotlivých právních řádech některým ze základních principů. Nejliberálnějším principem, který se ukazuje v současné době jako perspektivnější a k němuž se začíná přiklánět i judikatura komunitárních soudů, je princip **inkorporační**.[21]

Inkorporační princip zakotvuje i český právní řád, a to kolizní normou v ustanovení § 22 ObchZ, kde je stanoveno, že **osobním statutem je právní řád státu, podle něhož byla právnická osoba založena**: *„právní způsobilost, kterou má jiná než fyzická zahraniční osoba podle právního řádu, podle něhož byla založena, má rovněž v oblasti českého právního řádu. Právním řádem, podle něhož byla tato osoba založena, se řídí i její vnitřní právní poměry a ručení členů nebo společníků za její závazky".*

Formulace neobsahující výraz „právnická osoba" je plně promyšlená a vyjadřuje, že ustanovení je aplikovatelné i na útvary, jimž není v zahraničí přiznáno postavení právnické osoby, je-li jim přiznána alespoň v určité míře právní subjektivita, tedy např. osobní společnosti v oblasti germánského práva.[22]

To znamená, že české právo bude považovat za právnické osoby i útvary, jejichž způsobilost podle zahraničního práva je o něco slabší a právnické osoby nedosahuje, jestliže jim bude způsobilost vůbec přiznána, a že české právo bude těmto útvarům přiznávat způsobilost ve stejném rozsahu, v jakém jim ji přiznává právo země jejich založení. A tak třeba budeme za právnickou osobu považovat německou veřejnou společnost, ale na druhé straně u nás nebude jako právnická

[20] Pauknerová, M.: Společnosti v mezinárodním právu soukromém.Praha: Karolinum, 1998, str. 28
[21] Pelikánová, I.: Obchodní právo. I díl, Praha: ASPI, a.s., 2005, str.403
[22] Pelikánová, I.: Obchodní právo. I díl, Praha: ASPI, a.s., 2005, str.421

osoba uznán anglický partnership, ale bude mu přiznána stejná způsobilost jako v anglickém právu.
Ustanovení § 22 ObchZ je tedy normou kolizní, která určuje osobní statut jiných než fyzických zahraničních osob, ale zároveň představuje i ustanovení, které řeší problematiku uznání způsobilosti těchto osob. Uznání zahraniční osoby je tedy otázkou přiznání její právní subjektivity a respektování postavení této osoby jako právního subjektu v jiném státě. Respektování zahraniční právní osobnosti v sobě nese akceptaci cizího práva alespoň v míře podmínek pro založení subjektu.

Je třeba ještě dodat, že dalším principem, který se používá pro určení osobního statutu právnické osoby je *princip sídla*, který je založen na pravidle, že právnická osoba se řídí právem státu, ve kterém má sídlo, a to zásadně sídlo skutečné (víc k této problematice v kapitole 5.2).
Zásadně odmítaný je *princip kontroly*, který posuzuje právní režim právnické osoby s ohledem na státní příslušnost společníků. Toto kritérium může být uplatňováno v určitých situacích – jako je např. po válce. Nemůže se však stát základním principem a komunitární judikatura ho jednoznačně odmítla.

4.3 Vymezení pojmů "podnikání" a "podnikatel"

Pojem **„podnikání"** je upraven v ustanovení § 2 odst. 1 ObchZ a rozumí se jím **„soustavná činnost prováděná samostatně podnikatelem vlastním jménem a na vlastní odpovědnost za účelem dosažení zisku"**. To znamená, že každá činnost, která se považuje za podnikání, musí vykazovat všechny následující znaky:

- **soustavnost**; není nutné, aby byla tato činnost nepřetržitá a trvalá (může jít i o sezónní práce nebo činnost s přestávkami), ale nesmí jít o činnost ojedinělou, nebo vykonávanou výjimečně a nahodile,
- **samostatnost**; podnikatel rozhoduje sám o způsobu podnikání, nepodléhá příkazům nikoho jiného, není v žádném vztahu podřízenosti a není osobně podřízen svým obchodním partnerům,
- **vlastním jménem**; vylučuje činnost společníků jménem společnosti, nebo činnost zaměstnance jménem zaměstnavatele. Ale zahrnuje činnost na základě mandátní smlouvy (činnost advokátů), i na základě smlouvy o obchodním zastoupení zmocňující k uzavírání smluv jménem zastoupeného (obchodní zástupce),

- **na vlastní odpovědnost**; za podnikatele neodpovídá nikdo jiný, za své závazky odpovídá on sám a dopustí-li se porušení právní povinnosti, nese on sám odpovědnost s takovým porušením spojenou,
- **za účelem dosažení zisku**; záměrem nebo motivem je snaha o získaní majetkového prospěchu, a nic na tom nemění skutečnost, když nebylo očekávání zisku uspokojeno. Zákon přiznává v některých případech postavení podnikatele i obchodním společnostem, které nebyly založeny za účelem podnikání (např. společnost s ručením omezeným a akciová společnost).

Jednou ze základních podmínek je, aby tato činnost, která se považuje za podnikání, byla prováděná podnikatelem. Pojem podnikatele je definován v ustanovení § 2 odst. 2 ObchZ, který je výčtem subjektů, jež zákonodárce považuje za podnikatele. Toto vymezení, má určité obecné znaky. Základním kritériem pro posouzení, zda určitá osoba je nebo není podnikatelem, je existence určitého **oprávnění k podnikání**, které vzniká na základě veřejnoprávních skutečností. To znamená, že osoba, která sice podniká, ale nemá příslušné oprávnění, není z hlediska obchodního zákoníku podnikatelem. Vzhledem k existenci právního principu, podle něhož nikdo nemůže mít prospěch z vlastního protiprávního jednání, bylo do ObchZ vloženo ustanovení § 3a, který chrání třetí osoby, které nemohou být schopny rozlišit ve všech případech oprávněné podnikatele od neoprávněných. Podle ustanovení § 3a budou právní úkony neoprávněného podnikatele platné a neoprávněný podnikatel bude odpovídat za škodu tím způsobenou.
K existenci oprávnění v některých případech přistupuje i **kritérium skutečného výkonu podnikání**, avšak jen v druhé řadě a ne u všech skupin podnikatelů.

Tudíž podle výčtu v § 2 odst. 2 ObchZ je **podnikatelem**:

- **každá osoba zapsaná v obchodním rejstříku**: tam se zapisují podle § 34 ObchZ *obchodní společnosti*, *družstva*, *zahraniční osoby podle § 21 odst. 4* (které mají na našem území podnik nebo organizační složku), *další osoby, jestli stanoví povinnost jejich zápisu zvláštní předpis* a dále i *fyzické osoby*, které jsou *podnikateli* se zapisují do rejstříku dobrovolně nebo povinně podle ustanovení § 34 odst. 1c) a odst. 2 ObchZ. Jestliže se určitá osoba zapisuje do obchodního rejstříku, má právní postavení podnikatele bez ohledu na to, zda reálně podniká nebo ne. A tak akciová společnost , nebo společnost s ručením omezeným či družstvo, které se fakticky nezabývají podnikáním, jsou podnikateli podle právní formy.

- **osoba, která podniká na základě živnostenského oprávnění,** které je upraveno živnostenským zákonem. Tady musí mít podnikatel nejen oprávnění, ale musí živnost skutečně provozovat.
- **osoba, která podniká na základě jiného než živnostenského oprávnění podle zvláštních předpisů.** Vedle svobodných povolání jsou to především profese podrobené zvláštnímu dozoru a zvláštnímu licenčnímu řízení (banky, pojišťovny, obchodníci s cennými papíry, investiční společnosti a fondy), ale i další jiné profese.
- **fyzická osoba, která provozuje zemědělskou výrobu a je zapsána do evidence, podle zvláštního předpisu.**

Kromě obchodního zákoníku je pojem podnikání vymezen i v živnostenském zákoně. Ten vymezuje živnostenské podnikání („živnost") v ustanovení § 2 jako soustavnou činnost provozovanou samostatně, vlastním jménem, na vlastní odpovědnost a za podmínek stanovených ZŽ. Živnostenský zákon se vztahuje na veškeré podnikání, pokud není z jeho působnosti vyloučeno. Vyloučeny jsou dvě skupiny činností, a to činnosti, které jsou upraveny zvláštními předpisy (§ 3 odst. 2 a § 3 ZŽ), a činnosti, které nejsou nikde upraveny (§ 3 odst. 1 ZŽ).

Lze shrnout, že vymezení předmětu úpravy živnostenského zákona a obchodního zákoníku je rozdílné. Živnost je užší než podnikání obecně a zahrnuje jenom tu podnikatelskou činnost, která se řídí živnostenským zákonem. Můžeme tedy říct, že každá živnost je podnikáním, ale ne každé podnikání je živností. Pojem podnikání i podnikatel je tedy širší, než pojem živnost a živnostník.

5 Komunitární úprava podnikání

Česká republika se dne 1. května 2004 stala členem Evropské unie a tímto vstupem se veškeré komunitární právo stalo nadřazené českému právnímu řádu. Vzhledem ke zvláštní povaze komunitárního práva, kterého ekvivalent by jsme jen těžko hledali v jakémkoli vnitrostátním nebo mezinárodním právu, považuji za nutné o této problematice alespoň ve stručnosti pohovořit.

O komunitárním právu můžeme mluvit v užším a širším slova smyslu. V užším slova smyslu je komunitární právo představováno zakládacími Smlouvami (**primární právo**) a ustanoveními nástrojů přijatých na jejich základě institucemi Evropských Společenství (**sekundární právo**).

V širším slova smyslu komunitární právo zahrnuje všechny právní normy ES, včetně obecných právních zásad, rozsudků Evropského soudního dvora a legislativy vyplývající ze zahraničních vztahů Společenství a doplňuje tak právo obsažené v úmluvách a jim podobných smlouvách uzavřených mezi členskými státy Unie pro dosažení cílů stanovených ve smlouvách.

Vše, co bylo doposud dosaženo v právní oblasti komunitárního práva, je nazývano **acquis communautaire**. Již od prvního rozšíření členské základny Společenství v roce 1973 platí podmínka, že každý nový členský stát je povinen acquis communautaire převzít. Znamená to, že musí nejen přistoupit ke všem třem smlouvám o založení Evropských společenství, ale že musí též akceptovat všechny platné komunitární a unijní akty, jakož i další relevantní akty a dokumenty. Tyto povinnosti platí tedy i pro Českou republiku, která musela od vstupu do EU přijmout množství harmonizačních opatření, aby se jí povedlo sladit její právní řád s požadavky kladenými komunitárním právem.

5.1 Zvláštní povaha komunitárního práva a závaznost jeho pramenů

Komunitární právní řád je systémem *sui generis* (hodně vypovídá anglický termín „new legal order" neboli nový právní řád). Klíčové pojmy jsou nadřazenost, přímý účinek, odpovědnost státu za rozpor národního práva s komunitárním právem. Všechny tyto principy rozvinula judikatura Evropského soudního dvora.

Základním právním dokumentem Evropského společenství je *Smlouva o založení Evropského společenství.* Některé její články mají tzv. **přímý účinek** (direct effect). Tato zásada byla vyvinuta judikaturou a stojí na principu, že komunitární právo může být aplikováno i bez jeho transformace do vnitrostátního právního řádu. To znamená, že aniž by norma byla provedena aktem národního práva (zejména zákonem), musí ji národní soud aplikovat.

Je-li norma komunitárního práva jasná, přesná, bezpodmínečná a nedává-li státu možnost uvážení při jejím provedení[23], mohou se jí fyzické i právnické osoby dovolat vůči státu před národním soudem – **vertikální přímý účinek**. Některé články SES mají též **horizontální přímý účinek** – normy, které splňují podmínky přímého účinku a jsou závazné i pro vztahy mezi osobami soukromého práva, tedy mezi fyzickými a právnickými osobami (tedy mezi jednotlivci navzájem).

[23] Tyto podmínky, za kterých může dojít k bezprostřední použitelnosti ustanovení SES stanovil již klasický rozsudek ESD ve věci C -26/62 **Van Gend en Loos vs. Nederlandse Administratie der Belastingen** ze dne 5.2.1963.

Co se týče **nařízení**, jakožto právního nástroje sekundárního komunitárního práva, SES ve svém článku 249 (189) výslovně stanoví, že nařízení jsou závazná v celém svém rozsahu a *přímo použitelná* ve všech členských státech, a tedy nemusí být provedena aktem národního práva.[24]

Dalším nástrojem sekundárního komunitárního práva je **směrnice**, která je závazná pro členské státy, pokud jde o *výsledek*, jehož má být právní úpravou dosaženo, přičemž volba *formy a prostředků* k jeho dosažení se ponechává vnitrostátním orgánům. Z tohoto důvodu musejí členské státy vždy směrnici implementovat. Směrnice však mohou mít **přímý účinek**, pokud *vypršela lhůta* k jejich provedení, anebo směrnice byla *vadně provedena* a zároveň povinnost v ní obsažená je dostatečně *jasná a přesně stanovená*, aby ji mohl aplikovat národní soud[25]. Jednotlivci se tak mohou vůči státu domáhat práv, která nejsou vůbec obsažena v pramenu českého práva. Na tomto místě je důležité zdůraznit, že směrnice nikdy *nemůže* mít horizontální přímý účinek, a tudíž nemůže bezprostředně zavazovat jednotlivce a ukládat jim povinnosti[26].

Co se týče závaznosti dalších sekundárních nástrojů komunitárního práva, tak je potřeba doplnit, že **rozhodnutí** jsou závazná jen pro osoby, kterým jsou určena. **Doporučení** a stanoviska nejsou závazná vůbec.

5.2 Svoboda usazování v komunitárním právu

Svoboda usazování je jedním z aspektů volného pohybu osob a tvoří společně s dalšími svobodami základ pro fungování společného (vnitřního) trhu Evropských Společenství [27]. S přistoupením ČR k Evropské unii se svobody garantované SES v plné míře aplikují i na české prostředí, což má za následek nejen to, že se od té doby značně změnil přístup k podnikání zahraničních subjektů (resp. subjektů z členských států ES) na našem území, ale též i přístup českých subjektů k uskutečňování svých podnikatelských záměrů na území členských států ES.

---

[24] To potvrzuje i ESD v rozhodnutí ve věci C – 9/70 **FranzGrad vs. Finanzamt Traunstein** ze dne 6.10.1970, kde stanovil, že „ na základě článku 189 (249) SES jsou nařízení přímo aplikovatelná a na základě jejich povahy slučitelná se zásadou přímého účinku".

[25] Přímý účinek směrnic byl předmětem rozhodování ESD např. ve věci C – 148/78 **Ratti** ze dne 5.4.1979, kdy se ESD v bodě 22 tohoto rozsudku vyjádřil následovně:„ členský stát, který nevydal v určené lhůtě prováděcí opatření stanovené ve směrnici, nemůže se vůči jednotlivcům bránit tím, že nesplnil závazky vyplývající ze směrnice".

[26] Bod 48 rozhodnutí ve věci C – 152/84 **Marshall vs. Southampton & South – West Hampshire Area Health Autority** ze dne 26.2.1986

[27] Společný vnitřní trh je v čl. 14 SES vymezen jako *prostor bez vnitřních hranic, v němž je zajištěn volný pohyb zboží, osob, služeb a kapitálu.*

Co se týče úpravy podnikání v komunitárním právu, je třeba říct, že pojem podnikání se v komunitární terminologii nepoužívá. Místo něho se používá termín **„usazování"** (angl. „Estabilishment"). Základní ustanovení upravující svobodu usazování jsou obsaženy v primárním právu ES, a to v druhé kapitole třetí hlavy SES o volném pohybu osob, služeb a kapitálu, zejména však čl. **43**[28] a **48**[29] SES. Ustanovení těchto článků dále rozvíjí sekundární právo a bohatá judikatura ESD. Pojem usazování není v SES definován, ale dá se dovodit z judikatury ESD, která pod pojmem usazování rozumí *„skutečné provozování hospodářské činnosti prostřednictvím stálého zařízení (provozovny) v jiném členském státě na dobu neurčitou"*[30] Usazení tedy předpokládá pevnou entitu (zařízení) v hostitelském státě a znamená začlenění, resp. integraci do národního hospodářství. Tato možnost podílet se *stálým* a *nepřetržitým* způsobem na hospodářském životě jiného členského státu je základním znakem, který slouží k rozlišení usazování od poskytování služeb.[31]

Koncept usazování dle ustanovení čl **43 SES** je velice široký, protože zahrnuje jak zahájení podnikání v jiném členském státě (např. založení podniku či pobočky), tak i samotný výkon samostatně výdělečné činnosti na území jiného členského státu. Tímto oprávněním usadit se disponují jednak *fyzické osoby*, které jsou státními příslušníky kteréhokoli z členských států, ale i *společnosti ve smyslu čl. **48 SES**, které jsou založené podle práva členského státu a zároveň mají uvnitř ES buď své statutární (zapsané) sídlo, nebo svou ústřední správu (faktické sídlo), nebo místo své podnikatelské činnosti.* Co se týče výkladu kritéria statutárního sídla, hlavní správy a hlavní provozovny společnosti, má se za to, že jsou alternativní. To znamená, že postačí, aby byla splněno alespoň jedno z výše

[28] Článek 43 SES zní: „V rámci níže uvedených ustanovení jsou zakázána omezení svobody usazování pro státní příslušníky jednoho členského státu na území státu druhého. Stejně tak jsou zakázána omezení při zřizování zastoupení, poboček nebo dceřiných společností státními příslušníky jednoho členského státu usazenými na území druhého státu.
Svoboda usazování zahrnuje přístup k samostatně výdělečným činnostem a jejich výkon, jakož i zřizování a řízení podniků, zejména společností ve smyslu čl. 48 druhého pododstavce, za podmínek stanovených pro vlastní státní příslušníky právem země usazení, nestanoví-li kapitola o pohybu kapitálu jinak."

[29] Článek 48 SES zní: „ Se společnostmi založenými podle práva některého členského státu, jež mají své sídlo, svou ústřední správu nebo hlavní provozovnu uvnitř Společenství, se pro účely této kapitoly zachází stejně jako s fyzickými osobami, které jsou státními příslušníky členských států.
Společnostmi se rozumějí společnosti založené podle občanského nebo obchodního práva včetně družstev a jiné právnické osoby veřejného nebo soukromého práva s výjimkou neziskových organizací."

[30] Tento výklad podal ESD ve svém rozhodnutí C 221/89 ve věci **The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd and others.**, ze dne 25.7.1991, v bodu 20 odůvodnění rozsudku, jehož původní znění je následující: „It must be observed in that regard that the concept of establishment within the meaning of Article 52 et seq. of the Treaty involves the actual pursuit of an economic activity through a fixed establishment in another Member State for an indefinite period."

[31] Rozsudek ESD ve věci C-55/94 **Reinhard Gebhard vs. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano** ze dne 30.11.1995

uvedených kritérií, přitom není stanovena povinnost, aby společnost byla založena podle právního řádu státu, ve kterém sídlí. Z těchto článků SES vyplývá *zásada stejného zacházení* s příslušníky jiného členského státu ES jako s tuzemci, přičemž se společnostmi se pro účely 2. kapitoly o svobodě usazování zachází stejně (jsou asimilovány) jako s fyzickými osobami, které jsou státními příslušníky členských států EU.

Na tomto místě je potřeba objasnit *komunitárně právní pojem společnosti*, který zahrnuje všechny hospodářsky činné subjekty, které nejsou fyzickými osobami a jsou založeny podle občanského nebo obchodního práva, včetně společností družstevních, jakož i jiné právnické osoby veřejného a soukromého práva s výjimkou nevýdělečných. Pojem společnosti v komunitárním právu tedy značně přesahuje obsah tohoto pojmu, jak jej zná české právo. Právní forma společností tedy není rozhodná, důležité je aby sledovaly hospodářský účel, resp. ekonomicky orientované situace.[32]

5.2.1 Účinek článku 43 SES

Otázkou, zda je ustanovení čl. 43 SES přímo aplikovatelné, teda zda má přímý účinek, se zabýval ESD již ve věci *„ Reyners"*[33], ve které judikoval, *že: „...od skončení přechodného období má čl. 43 SES přímý účinek, neboť toto ustanovení je velice přesné, pokud jde o cíl kterého se má dosáhnout, konkrétně požadavku nediskriminace na základě státní příslušnosti, a to bez ohledu na případnou neexistenci směrnic uvedených v čl. 44 odst. 2 a 47 odst. 1 SES "*. To znamená, že znění čl. 43 SES se mohou oprávněné osoby dovolávat před národními soudy a správními orgány, které nesmějí aplikovat ustanovení národního právního řádu, jež je v rozporu s čl. 43 SES a naopak musejí aplikovat přímo čl. 43 SES. Tomuto článku judikatura ESD přiznala **úplný** (vertikální i horizontální) **přímý účinek.**[34]

5.2.2 Zákaz diskriminace a omezujících opatření

Článek **43 SES** zakotvuje **zákaz diskriminace** na základě státní příslušnosti, respektive přikazuje národní režim ve prospěch příslušníků nebo společností jiných

[32] Potenciálně lze vykonávat takovou činnost ve všech oblastech lidského života, včetně oblastí kultury (rozsudky ESD ve věci C- 197/84 **Steinhauser /Ville de Biarritz** ze dne 18.6.1985), vzdělávaní (C-147/86 **Komise vs. Řecko** ze dne 15.3.1988), náboženských společností (C-196/87 **Steynann** vs. Staatssecretaris van Justicie ze dne 5.10.1988), sociální oblasti (C-70/95 **Sodemaré SA** vs. Regione Lombardia ze dne 17.6.1997) a sportu (C-13/76 **Doná** vs. Mantero ze dne 14.7.1976).

[33] Rozhodnutí ESD ve věci C 2/74 **Reyners vs. Belgium** ze dne 21.6.1974

[34] Tichý L., Arnold, R., Svoboda, P., Zemánek, J., Král, R. : Evropské právo, 3. vydání, Praha : C. H. Beck, 2006, str. 299

členských států. Rozlišuje se přímá (zjevná) diskriminace a nepřímá (skrytá)[35] diskriminace, přičemž jsou obě formy diskriminace zakázány, pokud se na ně nevztahují výjimky článků 45 SES a 46 SES. Z těchto článků vyplývá, že členské státy jsou oprávněny použít své vnitrostátní právní úpravy a zavést zvláštní režim pro cizí příslušníky z důvodu výkonu veřejné moci, veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti a ochrany zdraví.

Z judikatury ESD[36] dále vyplývá, že jsou zakázány nejen opatření, která jsou diskriminační, ale i veškerá opatření způsobilá základní svobodu usazování omezit či ji učinit méně atraktivní – to znamená, že interpretace čl. 43 SES je rozšířena ve smyslu **všeobecného zákazu omezujících opatření.** ESD v rozhodnutí ve věci „Gebhart" (C- 55/94) potvrdil právo jednotlivých členských států vydávat právní předpisy upravující výkon jednotlivých činností a konstatoval, že: *„v případě, kdy jsou národní opatření způsobilá výkon základních svobod omezit nebo je učinit méně atraktivními, jsou taková opatření přípustná, jen pokud splňují čtyři základní podmínky, a to nesmějí být použita diskriminujícím způsobem, jsou ospravedlnitelná požadavky veřejného zájmu, jsou vhodná k dosažení sledovaného cíle a nejdou nad rámec toho, co je pro dosažení tohoto cíle nezbytné."*

5.2.3 Formy svobody usazování (primární a sekundární)

Článek 43 SES formuluje svobodu usazování ve dvou rovinách, přičemž postavení fyzických osob a společností není právě vzhledem k jejich právní povaze stejné, přestože čl. 48 SES staví společnosti na roveň fyzickým osobám. Právní teorie rozlišuje primární a sekundární svobodu usazování.

---

[35] **Přímá diskriminace** existuje tehdy, pokud vnitrostátní úprava výslovně odkazuje na státní příslušnost. **Nepřímá diskriminace** existuje tehdy, když se vnitrostátní úprava neodvolává vysloveně na kriterium státní příslušnosti, ale odkazuje například na bydliště nebo sídlo anebo na jazykové znalosti či jinou skutečnost, které splňují převážně vlastní státní příslušníci. Možná je i tzv.**obrácená diskriminace**, která vzniká v tom případě, kdy je úprava svobody podnikání pojímaná jednostranně v prospěch cizinců, přičemž je zhoršeno postavení tuzemců (napr. podpora zahraničních investic, daňové zvýhodnění zahraničních podniků, atd.). Obrácená diskriminace není zakázaná, ale existují určité limity obrácené diskriminace.

[36] Například v rozhodnutí ve věci C 107/83 **Ordre des Avocats vs. Klopp** ze dne 12.7.1984 se projednával spor německého právníka, kterému byl odmítnut zápis do pařížské advokátní komory z toho důvodu, že již měl advokátní kancelář v jiném státě a předpisy pařížské advokátní komory, aplikované stejně na francouzské i cizí státní příslušníky, stanovily, že advokát může mít jenom jednou kancelář. Přes nepochybně rovný přístup k vlastním a cizím státním příslušníkům ESD konstatoval, že *přestože je na členském státě, aby upravil výkon určité profese na svém území, není možné po advokátovi, který má zájem vykonávat svou profesi v tomto státě požadovat, aby měl v rámci ES pouze jednu kancelář, neboť čl 43 SES výslovně garantuje právo založit více než jedno místo podnikání na území ES a obecný zákaz zřizování poboček odporuje základní myšlence svobody usazování.*

Primární svobodou usazování se ve smyslu čl. 43 odst. 2 SES rozumí právo státních příslušníků členských států zahájit podnikatelskou činnost v jiném členském státě nebo také právo přemístit centrum své podnikatelské činnosti do jiného státu. Jinak řečeno, výdělečná činnost je nově založena v zahraničí, nebo je tam přesídleno rozhodovací centrum podniku. Text článku 43 však výslovně neobsahuje oprávnění k přemístění sídla společnosti, ale tento závěr je dovozován z obecného principu svobody usazování.

K otázce přemístění sídla se vyjádřil ESD ve svém rozhodnutí *„Daily Mail"*[37], ve kterém dospěl k závěru, že z textu čl. 43 SES nelze automaticky dovodit právo společností na přemístění svého sídla do jiného členského státu. ESD dále dospěl k závěru, že toto právo nelze dovodit ani použitím *Směrnice rady č. 73/148/EHS ze dne 21.5.1973 o odstranění omezení pohybu a pobytu státních příslušníků uvnitř ES v oblasti usazování a pohybu služeb* (víc k rozsudku Daily Mail v kapitole 5.4). Z tohoto rozhodnutí plyne tedy závěr, že právo přesunout sídlo, hlavní správu anebo centrum činnosti společnosti, které by představovalo primární svobodu usazování, neumožňuje ani SES ani navazující sekundární komunitární předpisy[38]. Primární svoboda usazování národních společností byla proto až do další úpravy na komunitární úrovni ponechána na vůli členských států. V této době se hodně diskutuje o dlouhodobě připravovaném návrhu tzv. čtrnácté směrnice o přesunu sídla společnosti, podle které by umožněn přesun sídla společnosti se zachováním její subjektivity.[39] Do doby než bude uvedená směrnice přijata je mobilita národních společností umožněna využitím sekundární svobody usazování.

Na základě sekundárních právních předpisů[40] přijatých po rozhodnutí Daily Mail se primární svoboda usazování přiznává nadnárodním formám společností, tedy Evropské společnosti, Evropskému družstvu a Evropskému zájmovému a hospodářskému sdružení.

Sekundární svobodou usazování se naproti tomu rozumí právo státních příslušníků jednoho členského státu zřizovat ve smyslu čl. 43 odst. 1 SES

---

[37] Rozhodnutí ESD ve věci C – 81/87, the Queen vs. H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue ex parte **Daily Mail and General Trust plc.**, ze dne 27.9.1988

[38] Dědič, J., Čech, P.: Evropské právo společností včetně úplného znění předpisů komunitárního práva, 1. vydání, Praha: 2004, BOVA POLYGON, str. 41.

[39] Otázka potřebnosti vydání této směrnice je řešena např. Wymeersch, E.,: Is a directive on Corporate mobility needed? Financial Law Institute Working Paper No. WP 2006-11. Tato publikace je dostupná na internetové adrese: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=931108. Touto otázkou se zabývá také Johnson, M: Does Europe still need a Fourteen Company Law Directive?, In: Hertfordshire Law Journal 3 (2), 2005, str. 18-42. Publikace je dostupná na internetové adrese: http://perseus.herts.ac.uk/uhinfo/prospectus/faculty_la/law_site_pages/cil/hlj/hlj/_vol302.cfm.

[40] Nařízení Rady č. 2137/85 o vytvoření Evropského hospodářského zájmového sdružení, Nařízení Rady 2157/2001 o Statutu evropské společnosti a Nařízení Rady č. 1435/2003 o Statutu evropské družstevní společnosti.

zastoupení a pobočky bez právní subjektivity (organizační složky) a dceřiné společnosti na území jiného členského státu. Sekundární usazení jsou organizačně i hospodářsky závislé na nějakém hlavním místě podnikání, neboli na určité centrále v původním členském státě. Členský stát, ve kterém je provozována hlavní podnikatelská činnost dané společnosti, se nemění. Jednotlivé formy dceřiných společností nebo poboček bez právní subjektivity stanoví právo členských států. Interpretace sekundární svobody usazování je v judikatuře ESD dost široká a tento výklad umožnil nárůst mobility společností v posledních letech.

5.3 Osobní statut společností a jejich uznávání v komunitárním právu

Velkou souvislost se svobodou usazování má i **uznávání** zahraničních právnických osob a společností v rámci EU. Protože když je podle ustanovení o volném pohybu osob umožněno, aby zahraniční osoba podnikala na území jiného členského státu, musí být hostitelský stát ochoten respektovat její postavení právního subjektu. A tak je nutné, aby byly zahraniční osoby uznány právním řádem státu, ve kterém vyvíjejí podnikatelskou činnost (respektive ve kterém se usadily). Po uznání právnické osoby pak nutně následuje otázka navázaní osobního statutu společnosti, tedy určení právního řádu, který upravuje otázky právního postavení této zahraniční osoby.

Jak jsem uvedla v kapitole 4.2 o osobním statutu, záleží na úvaze jednotlivých států jaký přístup v navazování osobního statutu upřednostní a jak vyhodnotí stanovení vhodného hraničního určovatele. V členských státech existují dva základní principy, podle kterých lze určit osobní statut právnických osob a společností. Oba tyto principy se v právních řádech nevyskytují v čisté formě a vzájemnými přesahy kompenzují svá negativa. Jsou to princip inkorporační a princip sídla. Kromě těchto dvou principů zná právní teorie i nepoužívaný princip kontroly, který však byl judikaturou ESD odmítnut[41].

Princip inkorporační (v anglické literatuře označován jako „incorporation theory") je považován za nejliberálnější a navazuje osobní statut společnosti podle práva státu, ve kterém byla založena. To znamená, že právní řád státu založení společnosti určuje, jaké jsou vnitřní poměry a zda je možné přemístění sídla do jiného státu při zachování právnické osoby jako subjektu práva. Teorie inkorporace je založena na autonomii vůle stran (společníků) při založení společnosti.

[41] Rozhodnutí ESD ve věci C-182/83 **Robert Fearon & Company Limited vs. Irisch Land Comission** ze dne 6.11.1984

Společníci jsou oprávněni svobodně rozhodnout o místě inkorporace, a tím i o právním řádu podle kterého bude společnost založena. V případě, že společnost bude ve skutečnosti vykonávat podnikatelskou činnost v jiném členském státě, budou se její vnitřní vztahy řídit právním řádem státu založení. To znamená, že společnost si „nosí" své právo sebou a osobní statut společnosti je určen po celou dobu existence právnické osoby. Tento princip se staví příznivě k možnosti přeshraničného přemístění sídla a vede zásadně k tomu, že uznává zahraniční osoby, protože respektuje jejich založení podle cizího právního řádu. To znamená, že stát společnost uzná, aniž by požadoval splnění podmínek pro vznik společnosti podle vlastního práva. Tento princip je plně v souladu s komunitárním právem, protože umožňuje pohyb společností, což je jeden ze základních principů práva EU (volný pohyb osob)[42].

Na druhé straně však existují i námitky proti inkorporační teorii. Tomuto principu je zejména vytýkáno, že právo rozhodné pro společnost může být odlišné od práva státu, kde taková společnost ve skutečnosti působí a umožňuje vytváření tzv. fiktivních nebo pseudozahraničních společností a neposkytuje dostatečnou ochranu třetím osobám [43]. V zahraniční literatuře se těmto fiktivním společnostem říká i „letter box companies"[44], tedy společnosti poštovních schránek. V případě, že v určitém státě vzniká z důvodu výhodnosti tamních právních podmínek značné množství společností, jedná se o tzv. delawarský efekt [45]. Vzhledem k tomu, že inkorporační teorie umožňuje výběr osobního statutu společnosti a tím i umožňuje, aby společníci založili společnost v právním řádu, který nejlépe vyhovuje jejich podnikatelskému záměru, vzniká jakási soutěž mezi právními řády o to, kde bude založeno nejvíc společností. Jedním z těchto států je Velká Británie, která je považována za tzv. evropský Delaware[46], a to nejen proto, že její právní řád je atraktivní pro zakladatelé společností z důvodu nejlepších podmínek pro založení společnosti (nejnižší minimální výše základního kapitálu), ale i proto, že její právní řád je flexibilnější a rychle reagující nově trendy a dynamiku hospodářského vývoje. Kromě Velké Britanie patří k zastáncům inkorporační teorie zejména Nizozemí, Irsko, Dánsko, Česká Republika, Slovensko, Maďarsko a Estonsko.

---

[42] Pelikánová, I.: Obchodní právo. I díl, Praha: ASPI, a.s., 2005, str.404

[43] Pauknerová, M.: Svoboda usazování obchodních společností a mezinárodní právo soukromé ve světle novějších rozhodnutí ESD. Právník, 2004/12, str.1165

[44] Například v článku Wymeersch, E. : The transfer of the company's seat in European Community Law Working Paper No. WP 2003-03, str. 2. Tato publikace je dostupná na internetové adrese: http://system04.rug.ac.be/fli/WP/WP2003-pdf/WP2003-03.pdf

[45] Delawarský efekt je výraz, který vznikl podle amerického státu Delaware, který je známý svojí liberální úpravou práva společností a je zároveň i jedním z tzv. daňových rájů.

[46] Wymeersch, E.,: Is a directive on Corporate mobility needed? Financial Law Institute Working Paper No. WP 2006-11, str. 3.

Naproti tomu teorie **principu sídla** (v anglické literatuře označována jako „the real seat theory") určuje osobní statut společnosti podle kritéria skutečného sídla společnosti. To znamená, že společnost se řídí právním řádem státu, ve kterém je nejen zapsaná do příslušného rejstříku daného státu, ale musí mít v tomto státě i své skutečné sídlo (nebo ústřední správu). Aplikace teorie sídla vede k tomu, že společnost, která je řádně zapsaná v jednom státě mající však skutečné sídlo v jiném státě, který vychází z principu sídla, nemusí být v tomto druhém státě považována za právní subjekt a jako právní subjekt uznána. Státy aplikující tuto teorii se snaží kontrolovat podnikatelské aktivity společností a nutí je k tomu, aby za účelem podnikání na jeho území splnily veškeré podmínky stanovené jejich právním řádem a aby byly v tomto státě i zaregistrovány. Právě tato možnost kontroly státu nad právnickými osobami je jedním z hlavních argumentů zastánců této teorie. Dalším argumentem je zabránění zneužívaní autonomie vůle stran a obcházení kogentních předpisů země skutečného sídla, tedy tato teorie zamezuje delawarský efekt a poskytuje ochranu zájmům věřitelů, minoritních společníků a zaměstnanců společnosti.

Na druhé straně je principu sídla zejména vytýkáno jeho negativní stanovisko k možnosti přeshraničného přesunu sídla společnosti do jiného státu se zachováním identity společnosti. V případě, že chce platně zřízená společnost přesunout své sídlo do jiného státu, musí být podle teorie sídla znovu založena, a to podle právního řádu státu nového sídla. Požadavek znovuzaložení společnosti je vlastně vyjádřením neuznání této společnosti jako subjektu práva, i když tato společnost doposud jako subjekt práva v jiném státě existovala. Právě nemožnost zachování identity společnosti je jedním z důvodů napětí mezi teorií sídla a svobodou usazování.

Mezi členské státy ES, kterých právní řády aplikují teorii sídla se řadí především Německo, Rakousko, Francie, Belgie, Polsko a Španělsko. Tento princip je však v každém státě modifikován a ne všude se vyskytuje v čisté podobě. Například na jedné straně Německo a Rakousko neumožňují přesun sídla, zatímco Belgie a Francie výjimečně umožňují přemístění sídla za přísných podmínek.

Otázka, jaké kritérium platí pro určení osobního statutu společnosti není v primárním právu ES výslovně upravena. V minulosti byly podepsány dvě mezinárodní úmluvy, které upravovaly otázku uznávání zahraničních právnických osob, ale ani jedna z nich nikdy nevstoupila v účinnost. Jedná se o *Haagskou úmluvu o uznávání právní osobnosti zahraničních společností, asociací a nadací*, která byla uzavřena na konferenci mezinárodního práva soukromého v roce 1956,

na níž participovali budoucí členové Evropského hospodářského společenství, a která nevstoupila v účinnost z důvodu chybějící páté ratifikace.[47]
Na tuto úmluvu navazovala *Bruselská úmluva o vzájemném uznávání společností a právnických osob* roku 1968. Tato úmluva také nevstoupila v účinnost, protože praxe přijala jako dostatečný základ pro uznávání společností a právnických osob obecná ustanovení SES. Je potřeba však podotknout, že obě úmluvy, zejména hlavně Bruselská úmluva, vycházely z inkorporačního principu.
V současné době má rozhodující význam pro uznávaní společností čl. 48 SES ve spojení s čl. 43 SES. Podle těchto ustanovení jsou v rámci EU uznány všechny společnosti, definované SES, které jsou založeny podle práva některého z členských států a které mají své sídlo, ústřední správu nebo hlavní místo své podnikatelské činnosti uvnitř ES. Smlouva ES tímto postavila naroveň kritéria statutárního sídla, ústřední správy a hlavní provozovny.

5.4 Svoboda usazování v judikatuře Evropského soudního dvora

Na začátku kapitoly o komunitárním právu jsem se zmínila o tom, že judikatura ESD dotváří a interpretuje řadu ustanovení primárního práva ES. Je tomu tak i v případě ustanovení, která upravují svobodu usazovaní. ESD musel v řadě případů odpovídat na otázku ohledně určení osobního statutu společností, na otázku přeshraničního přemístění sídla a dále na otázku, zda-li některé předpisy členských států svobodu usazovaní omezují nebo ne. Vzhledem k tomu, že rozsudky ESD obsahují důležité právní závěry, které vykládají a dotváří svobodu usazování, považuji za důležité zmínit se o těchto nejzásadnějších rozhodnutích. Mezi průlomové rozhodnutí patří zejména rozhodnutí v případech Fearon, Komise v.Francie[48], Segers[49], Daily mail, Centros[50], Überseering[51] a Inspire Art[52].

5.4.1 Fearon

V tomto případě se jednalo o spor mezi společností Robert Fearon Company Limited, založené podle irského práva a Irskou pozemkovou komisí, která rozhodla o vyvlastnění pozemků této společnosti podle irských právních předpisů. Irské

[47] Úmluvu podepsaly a ratifikovaly 4 státy, a to Francie, Belgie, Nizozemsko a Lucembursko. Španělsko Úmluvu podepsalo, ale neratifikovalo.
[48] Rozhodnutí ESD ve věci C-270/83 **Komise vs. Francie** ze dne 28.1.1986
[49] Rozhodnutí ESD ve věci C-79/85 **D.H.M. Segers** v Bestuur van de Bendrijfsvereniging voor Bank-en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Becroepen, ze dne 10.7.1986
[50] Rozhodnutí ESD ve věci C-212/97 **Centros Ltd.** vs. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen ze dne 9.3.1999
[51] Rozhodnutí ESD ve věci C-208/00 **Überseering BV** vs. Nordic Construction Copany Baumanagement GmBh ze dne 2.11.2005
[52] Rozhodnutí ESD ve věci C-167/01 Kamer van Koophandeln en Fabrieken voor Amsterdam vs. **Inspire Art Ltd.** ze dne 30.9.2003

právní předpisy povolovaly výjimku z vyvlastnění ve prospěch nájemců či vlastníků, kteří měli bydliště buď na samotném pozemku nebo v jeho bezprostředním okolí. Společnost se domnívala, že právní předpis, který váže výjimku na podmínku bydliště je neslučitelný se zásadou svobody usazování a argumentovala tím, že vzhledem k faktu, že všichni její společníci jsou britští státní příslušníci, tak se na ní vztahují ustanovení o svobodě usazování. ESD jednoznačně odmítl argumentaci, podle které by se osobní statut společnosti navazoval podle státní příslušnosti společníků společnosti, a tedy odmítl uplatnění principu kontroly.

5.4.2 Komise v. Francie

V tomto rozhodnutí se ESD zabýval otázkou, zda ustanovení francouzských daňových předpisů neodporují svobodě usazování podle komunitárního práva. Podle těchto předpisů se pojišťovny se sídlem v jiném členském státě, které podnikají ve Francii pouze formou nesamostatných organizačních jednotek (tedy zastoupení a pobočky) nemohly dovolávat daňových úlev. K tomu, aby se tyto daňové úlevy vztahovaly i na pojišťovny z jiných členských států EU, musely tyto pojišťovny založit francouzskou dceřinou společnost. ESD v této věci rozhodl, že francouzské právní předpisy znevýhodňují postavení zastoupení a poboček pojišťoven se sídlem v jiném členském státě EU oproti zastoupení a pobočkám francouzských pojišťoven, a tedy je tímto porušena svoboda usazování podle čl. 43 SES, který ponechává účastníkům hospodářských vztahů výslovně možnost, aby si svobodně zvolili právní formu k výkonu své činnosti v jiném členském státě EU. ESD v tomto rozhodnutí poukázal na nepřípustnost diskriminace společností na základě jejich zapsaného sídla v jiném členském státě EU a dovodil, že zahraniční společnosti nelze podrobit přísnějším pravidlům jenom kvůli tomu, že jejich statutární sídlo leží v zahraničí.

5.4.3 Segers

V rozhodnutí Segers se ESD opět zabýval problémem rozdílného zacházení se společnostmi se sídlem v zahraničí. Pan Segers (nizozemský občan) spolu s manželkou založil společnost se sídlem ve Velké Británii, která vykonávala svojí veškerou činnost prostřednictvím pobočky v Nizozemí. Panu Segersovi bylo odmítnuto plnění z nemocenského pojištění s odůvodněním, že podle nizozemské právní úpravy lze poskytnout toto plnění jen zaměstnanci společnosti, která má svoje statutární sídlo zapsané v Nizozemí. ESD v tomto případě dospěl k závěru, že odmítnutím plnění z nemocenského pojištění byla porušena práva společnosti pana Segersa a dovodil, že diskriminace personálu společnosti nepřímo omezuje

svobodu usazování společností prostřednictvím zastoupení, poboček nebo dceřiných společností v příslušném členském státě EU. Zároveň soud konstatoval, že pro svobodu usazování není rozhodující, jestliže se výkon hlavní činnosti společnosti uskutečňuje v jiném členském státě EU, než kde byla založena a kde má své statutární sídlo.

5.4.4 Daily Mail

Daily Mail patří k nejvýznamnějším rozhodnutím ESD ohledně svobody usazování se. ESD se v něm konkrétně zabýval otázkou zda ustanovení o svobodě usazování se podle SES vylučují možnost, aby členský stát zakázal právnické osobě se statutárním sídlem v jednom státě přemístit své sídlo bez předchozího povolení do jiného státu. ESD tedy stál před zásadní otázkou, zda mohou společnosti právo na přemístění sídla (primární svoboda usazování) odvodit přímo z ustanovení čl. 43 a 48 SES.

Společnost Daily Mail byla společností založenou podle britského práva a zamýšlela z daňových důvodů přemístit své vedení (své sídlo) do Nizozemí při současném zachování statutu právnické osoby podle práva inkorporace. Táto transakce však podléhala udělení souhlasu britského finančního úřadu, který toto povolení neudělil, i když nizozemský i anglický právní řád vycházejí z inkorporačního principu a přemístění sídla obecně nebrání. Společnost Daily Mail v tom spatřovala porušení svých práv na svobodu usazování podle čl. 43 a 48 SES a měla za to, že tato ustanovení ji opravňují k přemístění svého sídla bez udělení souhlasu finančního úřadu.

ESD dospěl k závěru, že za tehdy platného stavu komunitárního práva čl. 43 a 48 SES **nezakládájí právo společností** založených podle práva jednoho členského státu se sídlem v tomto členském státě **na přemístění svého skutečného sídla** do jiného členského státu. ESD toto své rozhodnutí odůvodnil tím, že právnické osoby jsou na rozdíl od osob fyzických vytvořeny na základě určitého právního řádu členského státu, který je rozhodný pro jejich zřízení a způsob fungování. Tyto právní řády jsou rozdílné a podle ESD smlouva tuto rozdílnost respektuje tím, že v čl. 220 SES předvídá harmonizaci komunitárního práva nebo uzavření úmluvy mezi členskými státy, na základě které by společnost mohla přemístit sídlo z jednoho členského státu do jiného státu ES se zachováním právní subjektivity této společnosti. Vzhledem k tomu, že žádná taková úmluva nevstoupila v platnost, může společnost uplatňovat **právo na přemístění** svého sídla **jen tehdy**, pokud právní řád státu, pod nějž spadá, uznává její existenci i v novém

státě.[53] V tomto rozhodnutí ESD jednak odepřel společnostem primární svobodu usazování se v tom rozsahu, v jakém je přiznána fyzickým osobám a dále upřednostnil národní úpravu států před ustanoveními o svobodě usazování v SES. ESD tímto rozsudkem upřednostnil sekundární svobodu usazování před primární a zároveň rozpoutal diskusi mezi přívrženci teorie sídla, pro které zněl tento rozsudek příznivě a mezi přívrženci inkorporační teorie, pro které vyzněl tento judikát skepticky.

5.4.5 Rozhodnutí Centros

Dalším klíčovým rozhodnutím v oblasti svobody usazování se bylo rozhodnutí Centros, ve kterém se ESD zabýval obdobným právním problémem jako v případu Daily Mail. Společnost Centros byla založena dvěma dánskými státními příslušníky a byla zaregistrována ve Velké Británii (kde se nevyžadovalo splacení žádného základního kapitálu), kde však nevyvíjela žádnou činnost. Centros požádala o registraci pobočky v Dánsku, kterou však dánsky rejstříkový orgán odmítl s odůvodněním, že Centros nezamýšlela zřídit v Dánsku svou pobočku, nýbrž své skutečné sídlo, čímž měla obejít dánské předpisy o minimálním základním kapitálu. Centros se proti tomuto rozhodnutí odvolala, protože měla za to, že tímto byla porušena její svoboda usazování se. Na rozdíl od Daily Mail, kde se jednalo o „přemístění sídla" ze státu inkorporace a kde toto přemístění bylo omezeno předpisy státu inkorporace, se v tomto případě řešila otázka „přemístění sídla" do cílového státu, kde cílový stát uplatnil omezení vůči zahraniční společnosti. Je zřejmé, že v případě Centros nešlo o přemístění sídla, ale o zřízení nové pobočky, ale dánské úřady chápaly záměr společnosti Centros jako přemístění sídla.

ESD konstatoval, že odmítnutím registrace pobočky došlo k bránění výkonu práva na usazování podle čl. 43 a 48 SES a na tom nemění nic skutečnost, že společnost Centros nevykonávala obchodní aktivity ve Velké Británii, ani že chtěla založením pobočky v Dánsku obejít předpisy o minimálním základním kapitálu (tady ESD vycházel i z rozhodnutí ve věci Segers). Dále uvedl, že důvody, pro které si společnost zvolí být založena v určitém členském státě, jsou mimo případy podvodu z pohledu aplikace pravidel týkajících se svobody usazování nepodstatné. ESD dále konstatoval, že právo zřídit společnost podle práva členského státu ES a zřídit pobočku v jiném členském státě bezprostředně vyplývá ze svobody usazování zaručené SES. ESD dále posuzoval, zda postup dánských úřadů může být ospravedlněn. Muselo by se jednat o opatření dánských úřadů, která jsou

[53] Pauknerová, M.: Svoboda usazování společností a mezinárodní právo soukromé v rozhodovací praxi Evropského soudního dvora. Právník, 1994/6, str.495

nediskriminující, musela by odpovídat naléhavým důvodům veřejného zájmu, být vhodná pro dosažení sledovaného cíle a proporcionální (rozsudek Gebhart). Dánské úřady uvedly jako důvody svého rozhodnutí posílení finanční solidarity a ochrany věřitelů. Podle ESD však uvedené důvody nesplňují výše uvedené kritéria. Na rozdíl od rozhodnutí Daily Mail dospěl ESD k opačnému závěru, ale jak jsem již uvedla, oba případy měli zcela jinou východiskovou situaci, a proto je nutné tyto závěry striktně odlišovat[54]. Co se týče sporu mezi teorií sídla a inkorporační teorií, vyzněl tento rozsudek víc ve prospěch inkorporační teorie, neboť ze závěru rozsudku lze odvozovat, že kolizní normy spočívající v teorii sídla nelze aplikovat bez omezení, aniž by tím bylo porušeno právo usazování dle čl. 43 a 48 SES.

5.4.6 Rozhodnutí Überseering

ESD byl v tomto případě konfrontován s otázkou výkladu ustanovení SES ve vztahu k uznávaní společností založených podle práva jiného členského státu a zároveň musel nepřímo řešit otázku kolizní úpravy společností v Německu, které je přísným stoupencem teorie sídla. Společnost Überseering byla založena podle nizozemského práva, ale vzhledem k tomu, že v roce 1995 přešly veškeré společenské podíly této společnosti na dvě osoby žijící v Německu, došlo ve smyslu teorie sídla k přemístění jejího faktického sídla do Německa. Společnost Überseering zažalovala jinou společnost o náhradu škody a odstranění vad z titulu smlouvy o dílo, ale německý soud zamítl její žalobu, a to z toho důvodu, že nemá procesní způsobilost, protože nebyla založena podle německého právního řádu. Podle teorie sídla by tato společnost existovala pouze v tom případě, že by bývala byla platně zřízena podle německého práva. Společnost Überseering však tyto podmínky nesplnila, a tedy v Německu platně nevznikla.

ESD byl tedy donucen posoudit slučitelnost teorie sídla se svobodou usazování. Soud v tomto případě zkonstatoval, že společnosti mají právo vykonávat svoji činnost v jakémkoli členském státě a jejich statutární sídlo, ústřední správa nebo hlavní pobočka slouží k tomu, aby mohl být určen jejich osobní statut. ESD zdůraznil, že svoboda usazování nutně předpokládá uznání společnosti všemi členskými státy. To znamená, že společnosti platně založené podle práva jednoho členského státu mohou využívat veškerá práva vyplývající ze svobody usazování v ostatních členských státech, aniž by ztratily svou právní či procesní subjektivitu. Členský stát je tedy povinen respektovat právní způsobilost, kterou společnosti přiznává právní řád jiného členského státu, podle něhož byla společnost založena. ESD dospěl k závěru,

[54] Dědič, J., Čech, P.: Evropské právo společností včetně úplného znění předpisů komunitárního práva, 1.vydání, Praha :2004, BOVA POLYGON, str. 41 an.

že vyžadování nového založení společnosti v Německu představuje negaci práva na usazování a pokud členský stát neuzná právní subjektivitu společnosti, která byla platně založena v jiném členském státě, kde má rovněž své sídlo, představuje toto odepření porušení práva na svobodu usazování ve smyslu čl. 43 a 48 SES. Německo argumentovalo, že jeho kolizní normy slouží k ochraně právní jistoty, posílení ochrany věřitelů, zaměstnanců a k ochraně minoritních akcionářů. ESD připustil, že tyto důvody mohou vést k ospravedlnění svobody usazování, ale nemohou vést k její úplné negaci a konstatoval, že státy aplikující teorii sídla jsou povinny uznávat společnosti založené podle práva jiných členských států bez dalšího. ESD v rozsudku poukázal i na rozdíl mezi skutkovým stavem ve věci Daily Mail, které se týkalo vztahu mezi členským státem a společností řídící se jeho právem a v případu Überseering, kde se jednalo o uznání právní způsobilosti společnosti, která byla platně zřízená v jednom státě, v jiném členském státě.

Zastánci inkorporační teorie tento rozsudek uvítali, protože soud konstatoval neslučitelnost teorie sídla s komunitárním právem, co ale neznamená, že by tento rozsudek znamenal negaci teorie sídla.

5.4.7 Rozhodnutí Inspire Art

Rozhodnutí Inspire Art bylo právnickou veřejností očekáváno s poměrně velkou pozorností, protože nebylo jasné, zda ESD naváže na extenzivní výklad svobody usazování ve své předcházející judikatuře. ESD stál před otázkou zda může být obchodní společnost založena podle práva určitého členského státu a následně vykonávat prostřednictvím své pobočky podstatnou či veškerou činnost v jiném členském státě bez povinnosti splnit dodatečné podmínky pro tento výkon. ESD v této věci posuzoval slučitelnost ustanovení nizozemského zákona o formálně zahraničních společnostech (dále jen „FZS") se svobodu usazování podle čl. 43 a 48 ESD. FZS ukládal společnostem, které byly založeny podle jiného než nizozemského práva a vykonávaly v Nizozemí výlučně či v podstatě činnost bez skutečné vazby na stát inkorporace, povinnosti, které by neměly podle práva státu založení. Mezi tyto povinnosti patří např. uvést dodatek ke své obchodní firmě, povinnost minimální výše základního a vlastního kapitálu či povinnost vyhotovit a zveřejnit roční závěrky a výroční zprávy. Tyto podmínky měla splnit i společnost Inspire Art, která byla založena ve Velké Británii a požádala o zápis organizační složky podniku v Nizozemsku. Společnost se sice zaregistrovala, ale bez uvedení povinného dodatku. Obchodní komora v Amsterodamu považovala tento dodatek za nezbytný a podala proti společnosti žalobu k soudu. Společnost Inspire Art se

bránila tím, že není formálně zahraniční společností ve smyslu FZS, a pokud by byla za ní považována, potom namítala, že úprava ve FZS je v rozporu s právem ES, zejména čl. 43 a 48 SES. Soud tedy položil ESD předběžnou otázku, která se týkala výkladu FZS a jeho souladu s komunitárním právem.

ESD ve svém rozhodnutí předně uvedl, že FZS odporuje 11. směrnici č. 89/666/EHS o publicitě poboček, protože FZS ukládá pobočkám takové povinnosti zveřejnění, které nejsou předvídány touto směrnicí. ESD došel ale k závěru, že řada ustanovení FZS nespadá pod 11.směrnici a proto musejí být tato ustanovení posouzena podle čl. 43 a 48 SES. Soud v rozsudku konstatoval, že články o svobodě usazování *nepřipouštějí, aby stát učinil výkon práva usadit se závislým na splnění dalších podmínek* (zejména podmínek stanovených vnitrostátním právem pro zakládaní společností ohledně základního kapitálu a odpovědnosti společníků). A dále připustil, že prokázané zneužití práva v konkrétním případě může společnost zbavit práva svobody usazování se, ale *samotné založení společnosti v jiném státě, než v kterém společnost hodlá vyvíjet činnost, z důvodů liberálnější právní úpravy ve státě založení, nepředstavuje samo o sobě zneužívající či podvodné jednání.* ESD tímto rozhodnutím navázal na předchozí judikaturu a zdůraznil, že obchodní společnosti, které chtějí vykonávat činnost prostřednictvím svých poboček v jiném členském státě, si mohou bez dalšího ponechat své statutární sídlo v členském státě inkorporace. Nepřípustnost klást podmínky podnikání zahraničním osobám v hostitelském státě znamená zdůraznění principu volného pohybu společností. Tuto zásadu postavil ESD nad zákaz diskriminace, protože důsledkem bude diskriminace domácích subjektů, protože stát nemůže uplatnit proti zahraničním osobám stejná omezení, která platí pro domácí subjekty. V tomto směru to znamená i odchýlení od principu formální reciprocity. Vzhledem k tomu, že ESD stanovil nepřípustnost stanovit další podmínky pro zahraniční osoby, zasáhl tak i do cizineckého práva států a osobní statut společností bude navázán na právo země založení, a tím se ESD opětovně přiklonil k inkorporačnímu principu.

5.4.8 Dopady judikatury ESD na výklad svobody usazování se

Z výše uvedených rozhodnutí vyplývá, že obchodní společnosti založené podle práva určitého členského státu jsou oprávněny bez dalšího zřizovat organizační složky na území jiného státu, hostitelského členského státu a prostřednictvím takové organizační složky v něm vykonávat výlučně či podstatně svou podnikatelskou činnost. Hostitelský stát nesmí ukládat organizačním složkám zahraničních obchodních společností žádné, ani minimální právní povinnosti nad rámec povinností stanovených komunitárním právem. Obchodní společnosti tedy

mohou legitimně obejít právní normy platné v jiných členských státech, které mohou být přísnější než ve státě inkorporace (např. požadavek minimálního základního kapitálu a jeho splacení). Členské státy nejsou oprávněny přijímat žádné zvláštní právní normy, které by se aplikovaly výhradně na zahraniční obchodní společnost a které by omezovaly jejich svobodu podnikání. Znamená to taky, že přemístění faktického sídla nejsou kladeny žádné meze, protože prostřednictvím pobočky lze dosáhnout podobného hospodářského efektu. Co se týče přemístění statutárního sídla, zatím ESD nedovodil tuto možnost ze svobody usazování dle SES a nic nenasvědčuje tomu, že by tak dohledné době udělal. Přemístění statutárního sídla bude patrně možné až na základě připravované 14. směrnice.

Na druhé straně ESD připouští, že členské státy by mohly omezit či znemožnit činnost obchodných společností z jiných členských států, avšak pro toto omezení by musely existovat velmi závažné důvody, založené zejména na podvodech či evidentním zneužívaní práva na svobodu usazování.

Judikatura ESD dále konstatovala neslučitelnost teorie sídla se svobodou usazování ohledně toho, že teorie sídla neuznávala zahraniční společnosti, pokud nebyly ve státě teorie sídla znovu založeny. Z rozhodnutí ESD je tedy patrný příklon k inkorporační teorii. Judikatura ESD svými rozhodnutími otevřela dveře soutěži mezi jednotlivými právními systémy členských států [55]. Otázka založení společnosti v určitém členském státě se bude odvíjet od atraktivnosti daného právního řádu, to znamená, že zakladatelé společností budou vyhledávat nejméně striktní právní řád.

ESD zatím neřešil otázku jakým právem se řídí vnitřní poměry společnosti a ručení společníků, takže nezbývá než očekávat na vyjasnění těchto otázek v další judikatuře.

5.5 Volný pohyb služeb

Dalším z aspektů volného pohybu osob a předpokladem pro fungování vnitřního trhu Evropských společenství je uplatňování volného pohybu služeb. Volný pohyb služeb vykazuje na první pohled mnoho společného se svobodou usazování, ale na rozdíl od svobody usazování, poskytování služeb fyzickou nebo právnickou osobou jednoho členského státu EU v jiném členském státě představuje činnost, kdy se poskytovatel nestává dlouhodobě součástí ekonomického systému jiného

[55] Dědič, J., Čech,P.: Nový pohled na kolizní normy a reflexe kolizně relevantní judikatury Evropského soudního dvora v českém právu společností, Soudní rozhledy, 10/2004, str. 361 -367.

členského státu, ale pouze poskytne službu *příležitostně* nebo *dočasně*. Dočasný charakter přeshraničního poskytování služeb je tedy základním rozlišovacím znakem od svobody usazování, která představuje činnost nepřetržitého a trvalého charakteru, jak uvedl ESD ve svém rozhodnutí Gebhart.

Základní ustanovení upravující volný pohyb služeb jsou obsaženy v primárním právu ES, a to v třetí kapitole třetí hlavy SES, zejména pak v článku **49**[56] a **50**[57] SES. Ustanovení těchto článků dále rozvíjí sekundární předpisy (zejména směrnice) a judikatura ESD.

5.5.1 Účinek článků 49 a 50 SES

Jenom krátce poté, co se ESD zabýval otázkou přímého účinku článků o svobodě usazování, byl Evropský soudní dvůr v roce 1974 konfrontován otázkou přímého účinku článků 49 a 59 SES, kdy rozhodoval ve věci Van Binsbergen[58]. ESD v tomto rozsudku podobně jako ve věci Reyners konstatoval, že: *„ po uplynutí přechodného období se ustanovení čl. 49 stane bezpodmínečně aplikovatelné. Pokud jde o specifický požadavek státní příslušnosti nebo trvalého pobytu, čl. 49 a 50 ukládají přesně definovanou povinnost, jejíž splnění nemůže být členskými státy odložené, nebo ohrožené absencí předpisů, které měly být přijaté v souladu s pravomocemi, udělenými čl. 52 a 55 SES.* ***Prvý odstavec čl. 49 a třetí odstavec čl. 50 mají přímý účinek a proto mohou být aplikovatelné vnitrostátními soudy*** *alespoň v případě, kdy se snaží zrušit jakoukoliv diskriminaci osoby poskytující služby, na základě její státní příslušnosti anebo skutečnosti, že má pobyt v jiném členském státě, než ve státě, ve kterém mají být služby poskytnuty."* ESD tedy přiznal prvnímu odst. čl. 49 a třetímu odst. čl. 50 úplný přímý účinek [59](i vertikální i horizontální).

---

[56] Článek **49** zní: Podle následujících ustanovení jsou zakázaná omezení volného pohybu služeb uvnitř Společenství pro státní příslušníky členských států, kteří podnikají v jiném členském státě Společenství, než se nachází příjemce.
Rada může na návrh Komise rozhodnutím přijatým kvalifikovanou většinou rozšířit použitelnost této kapitoly též na poskytovatele služeb, kteří jsou státními příslušníky třetích zemí a kteří jsou usazeny ve Společenství.

[57] Článek **50** zní: Za služby se podle této smlouvy pokládají výkony poskytované zpravidla za úplatu, pokud nejsou upraveny ustanoveními o volném pohybu zboží, kapitálu a osob.
Služby zahrnují zejména:
a) činnosti průmyslové povahy,
b) činnosti obchodní povahy
c) řemeslné činnosti
d) činnosti v oblasti svobodných podnikání
Aniž jsou dotčena ustanovení kapitoly týkající se práva usazování, může poskytovatel služby za účelem jejího poskytnutí dočasně provozovat svou činnost ve státě, kde je služba poskytována, za stejných podmínek, jaké tento stát ukládá svým vlastním státním příslušníkům.

[58] Rozhodnutí ESD ve věci C – 33/1974 **Van Binsbergen** vs. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid ze dne 3.12.1974

[59] Tichý L., Arnold, R., Svoboda, P., Zemánek, J., Král, R. : Evropské právo, 3. vydání, Praha : C. H. Beck, 2006, str. 299

5.5.2 Definice volného pohybu služeb

V komunitárním právu jsou služby definovány jako ***plnění (výkony), která jsou poskytována zpravidla za odměnu, pokud nepodléhají předpisům o volném pohybu zboží a kapitálu a o svobodě pohybu osob***. Dalo by se říct, že volný pohyb služeb představuje určitou sběrnou kategorii, která má zajistit, aby činnosti, které nepodléhají režimu ostatních svobod, mohly být liberalizovány. Úprava volného pohybu služeb však nezahrnuje služby v oblasti dopravy a v oblasti bankovních a pojišťovacích služeb (čl. 51 SES).

Svoboda poskytování služeb se týká ***nehmotných plnění*** (hmotná plnění spadají pod ustanovení volného pohybu zboží). Primární právo uvádí jako příklady služeb činnosti průmyslové, obchodní, řemeslné a činnosti svobodných podnikání. Zahrnuje tak oblast služeb stavebnictví, dále činnost realitních kanceláří, poradenství a zprostředkování, služby advokátů, lékařů, architektů apod. Evropský soudní dvůr uznal ve svých rozhodnutích jako poskytování služeb např. televizní vysílání, půjčovaní filmů, činnost fotbalového profesionála, obchodování s cennými papíry, vodní lyžování, činnost průvodce turistů, loterie a jiné hazardní hry, vymáhaní pohledávek prostřednictvím inkasní kanceláře, atd.

Podle čl. 50 SES jsou služby poskytovány ***zpravidla za úplatu***, to znamená, že poskytovatel služby sleduje výdělečný účel, nebo se podílí na hospodářském životě. Předpokládá se tedy, že za poskytovanou činnost bude poskytováno i peněžité plnění, ale to však není bezpodmínečně nutné.[60]

Jak jsem se již výše zmínila, dalším ze základních definičních znaků volného pohybu služeb je jejich ***dočasný nebo příležitostný* charakter**. ESD dovodil v rozsudku Gebhart, že *„dočasný charakter dotčených činností musí být posuzován nikoliv pouze v závislosti na délce trvání poskytované služby, ale rovněž v závislosti na její četnosti, pravidelnosti či nepřetržitosti. Dočasný charakter dále nevylučuje možnost poskytovatele služeb ve smyslu SES vytvořit si určitou infrastrukturu v hostitelském členském státě, pokud je tato infrastruktura (včetně kanceláře) nezbytná pro účely poskytování dotyčné služby*". V dalším rozsudku ESD výslovně konstatoval, že pojem služeb je velice široký a může krýt i víceleté poskytování, např. v souvislosti s velkými stavbami.[61] Některé členské státy však aplikují paušální časová kritéria pro posuzování této otázky (např. Španělsko považuje za přeshraniční poskytování služeb činnost v trvání kratším než 3

[60] ESD ve svém rozhodnutí ve věci C 352/85 **Bond van Adverteerders** vs. Nizozemské království ze dne 26.4.1988 dovodil, že „čl. 50 SES nevyžaduje, aby ti, pro které je služba vykonávaná, za ni i platili".

[61] Rozhodnutí ESD ve věci C 215/01 **Bruno Schnitzer** ze dne 11.12.2003 : „services within the meaning of the Treaty may cover services varying widely in nature, including services which are provided over an extended period, even over several years, where, for example, the services in question are supplied in connection with the construction of a large building..."

měsíce, Nizozemí zase kratší než 6 měsíců). Tuto dočasnou činnost můžeme nazvat i hostování.

Volný pohyb služeb může mít několik podob, a to :

a) ***aktivní svoboda*** (poskytování služeb) - v tomto případě překračuje hranice poskytovatel služby a zdržuje se na území státu příjemce služby za účelem přechodného poskytnutí této služby
b) ***pasivní svoboda***[62] (přijímaní služeb) - tady překračuje hranice příjemce služby, aby jí konzumoval, resp. přijal na území jiného členského státu (např. turisté, pacienti, obchodní cestující)
c) ***související výkony*** [63] – v tomto případě překračuje hranice pouze služba a její poskytování není spojeno s pohybem osob přes hranice. Tento způsob poskytování služeb se označuje též jako korespondenční styk (např. telekomunikační služby)
d) ***obdobné výkony*** [64] – překročení hranice spočívá v tom, že služba je dopravena na území jiného členského státu, přičemž poskytovatel a příjemce služby nejsou osoby z různých členských států, avšak služba je poskytována v jiném členském státě (např. služby turistických průvodců)

Zvláštní kategorií představují činnosti, které mohou být považovány za služby, ale současně nejsou považovány v některých členských státech za služby legální (např. prostituce, asistence při interrupci, atd.). Tady vzniká otázka, zda takové činnosti patří do režimu svobody poskytování služeb a zda mohou státy, ve kterých jsou tyto služby zakázány, omezit (zakázat) provozování těchto služeb na jejich území poskytovatelům ze států, kde je provozování těchto služeb legální. ESD v těchto případech rozhodl, že rozhodná je právní úprava státu, kterého se konkrétní činnost týká. Zakázaná činnost nemůže být předmětem ochrany komunitárního práva.[65]

---

[62] ESD ve svém rozhodnutí ve věci C 286/82 & 26/83 **Luisi and Carbone** vs. Ministero del Tesoro ze dne 31.1.1984 dovodil, že „volný pohyb služeb zahrnuje i svobodu příjemce služby pobývat při využívaní služby na území jiného členského státu, aniž by byl na svém právu jakkoliv, a to i ohledem na placení, omezován".

[63] Rozsudek ESD ve věci C 155/73 **Sacchi** ze dne 30.4.1974

[64] Rozsudek ESD ve věci C 154/89 **Komise vs. Francie** ze dne 26.2.1991

[65] ESD ve věci C 159/90 **Grogan and others** vs. Society for Protection of Unborn Children Ireland ze dne 4.10.1991 řešil, zda může být přerušení těhotenství považováno za službu. Na argument, že interrupce nemůže být považována za službu, protože je nemorální, ESD odpověděl tím, že není jeho úkolem nahrazovat stanovisko právních předpisů členských států, ve kterých se tato činnost vykonává legálně. Dále konstatoval, že samotný fakt, že se přerušení těhotenství považuje za službu, neznamená, že by členské státy, ve kterých je tato činnost považována za nelegální, nemohly zakázat nebo omezit provozování této služby na jejich území poskytovatelům této služby ze států, kde je táto služba dovolena.

5.5.3 Zákaz omezení volného pohybu služeb

Základní zásadou volného pohybu služeb je, že poskytovatelé služeb mohou tyto služby poskytovat v jiném členském státě za stejných podmínek, jako tento stát ukládá vlastním státním příslušníkům. Podle ustanovení čl. **49 SES** jsou zakázaná omezení volného pohybu služeb uvnitř ES pro státní příslušníky členských států, kteří podnikají v jiném státě ES, než se nachází příjemce služeb. Z toho vyplývá, že svoboda služeb působí vůči omezením členského státu jako zákaz diskriminace (jak přímé, tak i nepřímé), přičemž se tady nevychází z hlediska státní příslušnosti poskytovatele nebo příjemce služeb, ale ***ze srovnání, zda poskytování služeb mezi členskými státy není ve srovnání s poskytováním služeb v jiném členském státě ztíženo.***[66]

Z ustanovení čl. **55 SES** ve spojení s ustanovením čl. **46 SES** vyplývá, že **omezení svobody služeb může být ospravedlněno jenom důvody veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti a ochrany zdraví**. Podle již citovaného rozhodnutí ESD ve věci Gebhart musí vnitrostátní opatření, které činí svobodu služeb méně atraktivními splňovat již zmiňované 4 podmínky:„ *musí se uplatňovat nediskriminujícím způsobem, musí být odůvodněna naléhavými důvody obecného zájmu, musí být způsobilá zaručit uskutečnění cíle, který sledují, a nesmí překračovat meze toho, co je k dosažení tohoto cíle nezbytné*".
Podle výše uvedeného tedy není zakázáno, aby členské státy požadovaly pro výkon některých činností různá povolení nebo jiné požadavky, které slouží k udržení určité kvality služeb. Nesmí se však vyžadovat víc, než je nutné k dosažení tohoto cíle a je nepřípustné, aby vnitrostátní právní úprava, která předepisuje obecně požadavek povolení, neumožňovala z takového požadavku výjimky.[67]
Se svobodou služeb jsou dále neslučitelné právní předpisy členských států o nutnosti kvalifikace ve státě poskytování služeb, které neobsahují žádné výjimky a nepřihlíží ke kvalifikacím poskytovatelů dosaženým ve státě původu. ESD konstatoval v rozsudku ve věci Gebhart, že : *„členské státy nemohou při použití svých vnitrostátních předpisů opomíjet znalosti a kvalifikace, které již dotčená osoba dosáhla v jiném členském státě. Proto jsou členské státy povinny zohlednit rovnocennost diplomů a případně provést srovnání znalostí a kvalifikací, které*

[66] V bodu 17 rozsudku ve věci C 381/93 **Komise vs. Francie** ze dne 5.10.1994 ESD konstatoval, že: „ *svoboda volného pohybu služeb brání uplatňování jakékoliv vnitrostátní legislativy, která má takový účinek, že zhoršuje poskytování služeb mezi členskými státy ve srovnání s poskytování služeb čistě v rámci jednoho členského státu*".
[67] Rozhodnutí ESD ve věci C 43/93 **Raymond Vander Elst** vs. Office des Migrations Internationales ze dne 9.8.1994

požadují vnitrostátní předpisy, se znalostmi a kvalifikacemi dotyčné osoby". Samotná SES předpokládá, že budou vydány směrnice upravující vzájemné uznávaní diplomů, osvědčení a jiných dokladů o kvalifikaci (čl. 47 SES).
ESD dále konstatoval, že za omezení podle čl. 49 SES se může považovat i požadavek, aby osoba poskytující služby musela mít obvyklé bydliště na území státu, kde mají být služby poskytnuty. Tento požadavek však není omezením, když jeho cílem je například uplatňování určitých profesních pravidel, které jsou odůvodněny obecným prospěchem (pravidla týkající se organizace, kvalifikace, profesionální etiky, dozoru a odpovědnosti).[68]
Lze tedy shrnout, že omezeními ve smyslu článku 49 SES jsou především všechny diskriminace a diskriminační opatření a dále i stanovení povinnosti sídla poskytovatele služby v členském státě poskytování. Omezeními dále jsou veškeré předpisy, které ztěžují a komplikují poskytování služeb a současně neslouží veřejnému zájmu, zejména jestliže nejsou v poměru k tomu, co si zasluhuje objektivně zachovávaní veřejného zájmu, nebo nepřihlížejí ke srovnatelným požadavkům, které poskytovatel služby již splnil ve státě svého sídla.

5.5.4 Směrnice o službách na vnitřním trhu 2006/123/ES

Ustanovení o svobodě poskytování služeb jsou členskými státy EU vykládána a aplikována různě, a tak v praxi dochází k tomu, že členské státy EU obcházejí závěry rozsáhlé judikatury ESD a poskytovatelé služeb tak čelí řadě překážek a omezení, čímž dochází k porušování základních principů této svobody. V současné době představuje sektor služeb 70% evropského hospodářství, a právě proto se členské státy EU a jejich představitelé snaží o odstranění právních a byrokratických překážek, a usnadnění poskytování služeb v jiných členských států a dotvořit tak vnitřní trh. Z tohoto důvodu v roku 2000 stanovila Evropská rada na svém summitu v Lisabonu [69] strategický cíl, a to vytvořit z EU do roku 2010 v celosvětovém měřítku subjekt s největší konkurenceschopností a s nejdynamičtější ekonomikou založenou na znalostech. V roce 2002 zveřejnila Evropská komise dokument *„Stav vnitřního trhu služeb*" ze kterého vyplynulo, že vnitřní trh trpí řadou překážek, v jejichž důsledku je nefunkční. Tyto překážky stěžují až znemožňují poskytování služeb přes hranice, zpožďují šíření informačních a komunikačních technologií, snižují produktivitu a také konkurenceschopnost na vnitřním trhu. Proto Evropská komise přistoupila

[68] Bod 17 rozhodnutí ESD ve věci **Van Binsbergen**: „ vnitrostátní právo členského státu nemůže uložením požadavku týkajícího se obvyklého pobytu v tomto státě, odepřít osobám, které jsou usazeny v jiném členském státě, právo poskytovat služby, jestliže poskytování těchto služeb nepodléhá splnění určité osobité podmínky podle uplatnitelného vnitrostátního práva..."
[69] Summit Evropské Rady v Lisabonu se konal ve dnech 23. a 24. března 2000

k vypracování návrhu Směrnice o službách na vnitřním trhu, který by stanovil obecní právní rámec zjednodušující podmínky pro přeshraniční poskytování služeb a odstraní zmíněné překážky.

Po dlouhém a složitém procesu byla směrnice definitivně přijata Radou EU dne 11.prosince 2006 a publikována v Úředním věstníku EU dne 27. prosince 2006 jako Směrnice Evropského parlamentu a Rady o službách na vnitřním trhu č. 2006/123/ES. Směrnice má být implementována do národních právních řádů do konce roku 2009. Tato směrnice je horizontálním nástrojem, kterého cílem je poskytovatelům služeb usnadnit usazování a přeshraniční poskytování služeb na vnitřním trhu a zároveň provádí ustanovení roztříštěné legislativy ES a rozsáhlé judikatury ES. Původní návrh směrnice[70] byl založen na *„zásadě země původu"*, podle které by se poskytovatel řídil právním řádem země, kde je usazen, a to i tehdy, když vyvíjí aktivity v jiném členském státě. Vzhledem k tomu, že tato zásada vyvolala především u členských států „staré patnáctky" velkou vlnu odporu a vynořily se obavy ze *„mzdového a sociálního dumpingu"*[71], nebyla zásada země původu v konečné verzi směrnice přijata.

Přijatá směrnice o službách stanoví obecná opatření k usnadnění výkonu svobody usazování pro poskytovatele služeb a volného pohybu služeb při zachování zvýšené kvality služeb. Zásada země původu byla nahrazena pojmem *„svoboda poskytování služeb"*, podle kterého členské státy uznávají právo poskytovatelů služeb poskytovat služby v jiném členském státě, než je stát, v němž jsou usazeni a dále musejí zajistit volný přístup k činnosti v oblasti poskytování služeb a její volný výkon na svém území.

Směrnice o službách na vnitřním trhu se vztahuje na:

- služby poskytované individuálním spotřebitelům i podnikům
- situace, kdy dochází k usazení poskytovatele služeb na území jiného členského státu, i na přeshraničné poskytování služeb

Směrnice se však nevztahuje na veškeré služby a směrnice ze své působnosti výslovně vylučuje:

[70] Autorem původního návrhu směrnice o službách byl Eurokomisař pro vnitřní trh Fritz Bolkenstein. Směrnice bývá označována za „ Bolkensteinovou směrnici" a v některých členských státech bývá pro svá opatření přezdívána i jako „ Frankensteinova směrnice".

[71] Nové členské státy, ve kterých jsou sociální standardy pro poskytování služeb vnímány obecně jako nižší, by podle mnoha starých členských států mohly založit svou konkurenční výhodu právě na nižších standardech sociální ochrany. To by mohlo však vést k tomu, že by byl vyvíjen tlak na pokles standardů obecně. V praxi by tedy bylo možné, aby si polská firma založila v Dánsku svou pobočku, přivezla své polské zaměstnance, které by zaměstnávala za podmínek platných v Polsku – neplatily by dánská pravidla ohledně výše minimální mzdy.

- *služby obecného zájmu nehospodářské povahy* (služby nekomické povahy, jako je např. veřejná správa a veřejné školství)
- *finanční služby* (bankovnictví, úvěry.pojištění, zajištění, zaměstnanecké nebo osobní důchody, cenné papíry, platby a investiční poradenství, atd.)
- *služby a sítě elektronických komunikací* pokud jde o záležitosti na které se vztahuje balíček směrnic z o elektronických komunikačních službách z roku 2002
- sociální služby (služby sociálního bydlení, péče o rodinu a děti a osob v nouzi)
- *služby v oblasti dopravy, služby pracovních agentur, zdravotní služby, audiovizuální služby, daňová problematika, loterie, hry a sázky, činnosti spojené s výkonem veřejné moci, soukromé bezpečnostní služby a služby poskytovány notáři a soudními vykonavateli.*

Směrnice se tedy vztahuje na všechny ostatní služby, které nejsou vyloučené z její působnosti, a to např. *na manažerské poradenské služby, právní a daňové poradenství, certifikace a testování, služby v oblasti nemovitostí (realitní kanceláře, činnost architektů, stavebnictví), služby obchodních zástupců, reklama, organizace veletrhů,pronájem vozidel, služby cestovních kanceláří*, apod.

Přínosem této směrnice by mělo být především:

- *zjednodušení administrativy* (soustředění veškeré administrativní agendy do jednotných kontaktních míst, prostřednictvím kterých budou moct poskytovatelé služeb vyřídit veškerá nutné povolení či jiné formality a získat informace o poskytování služeb v dané zemi, a to v zásadě na dálku elektronickou formou)
- *omezení nutnosti předkládat originály a ověřené či přeložené kopie dokumentů osvědčujících nabytí oprávnění k poskytování služeb cizím státě pouze na nezbytné případy* (úřady členských států, by měly spolu navzájem komunikovat)[72]
- *zrušení či zjednodušení povolovacích režimů* (zachována by měla být jenom ta povolení pro přístup k činnosti a její výkon, která jsou nediskriminační, odůvodněná naléhavými důvody veřejného zájmu a jsou proporcionální)
- *povinnost zrušit právní předpisy členských států, které obsahují tzv. zakázané požadavky* (směrnice obsahuje seznam zakázaných požadavků, např. diskriminační požadavky založené přímo nebo nepřímo na státní

[72] V praxi by to mělo vypadat tak, že český podnikatel, který bude chtít poskytovat služby v Dánsku, předloží dánskému úřadu živnostenský list v českém jazyku, ten jej skenuje a pošle českému úřadu, aby ověřil pravost dokumentu. Tímto způsobem si vyřídí všechny formality úřady mezi sebou a podnikatelovi se tak sníží administrativa i náklady.

příslušnosti nebo v případě společností na umístění jejího sídla, zákaz usazení ve více než v jednom členském státě nebo zápisu u profesních subjektů nebo sdružení ve více než v jednom členském státě, omezení svobody poskytovatele zvolit si mezi hlavní nebo vedlejší provozovnou, nebo omezení svobody zvolit si formu usazení, apod.)

- *povinnost notifikace národních opatřeních členských států přijímaných po přijatí této směrnice Komisi*, jejichž aplikace musí být zdůvodněna náležitými důvody a jejichž oprávněnost bude nepřetržitě zkoumat Komise
- *včlenění metody screeningu a notifikace*, kdy všechny členské státy budou muset transparentním způsobem zmapovat, jestli příliš neztěžují poskytování služeb a jestli jejich překážky odpovídají požadavkům přiměřenosti, nezbytnosti a diskriminace
- *zavedení procedury tichého souhlasu*, tj. bude-li podnikatel například žádat o povolení k zahájení činnosti a úřad mu ve stanovené lhůtě neodpoví, bude se povolení považovat za udělené
- *zajištění možnosti pro příjemce služeb nerušeně přijímat služby od poskytovatelů z kteréhokoliv členského státu*
- *stanovení informačních povinností*, které musí poskytovatelé služeb splnit vůči příjemcům služeb, čímž by mělo dojít k posílení kvality služeb a práv spotřebitele
- *úprava vzájemného uznávaní pojištění odpovědnosti za škodu členskými státy*

Směrnice tedy přináší podnikatelským subjektům řadu zjednodušení a výhod při poskytování služeb v ostatních členských státech, ale jen čas ukáže jak se členským státům povede implementovat tuto směrnici do jejich právních řádů a jaký bude přínos této směrnice v praxi.[73]

[73] Česká republika v současné době intenzivně pracuje na implementaci této směrnice. **Dne 25.4.2007 schválila vláda ČR usnesení o postupu při implementaci směrnice o službách na vnitřním trhu.** Směrnice bude transponována do českého právního řádu prostřednictvím **rámcového zákona**, ve kterém budou upraveny obecné otázky jako např. ustavení jednotných kontaktních míst, administrativní zjednodušení (předkládaní originálů, ověřených kopií a překladů), práva příjemců služeb, otázky související se zajištěním kvality služeb (informační povinnost poskytovatele, uznávaní pojištění profesní odpovědnosti), administrativní spolupráce, apod. Dále bude implementace provedena **dílčími novelami stávajících předpisů**, ve kterých budou odstraněny požadavky, které omezují přeshraniční poskytování služeb apod.

6 Platní úprava podnikání zahraničních osob podle Obchodního zákoníku

Problematice podnikání zahraničních osob je věnována druhá hlava prvé části ObchZ, a to ustanovení § 21 až § 26. Jde o rozdílná pravidla rozdělená do čtyř oddílů, která vznikla před naším přistoupením k EU a po vstupu nebyla dosud výrazně novelizována. Obchodní zákoník zatím dostatečně nereagoval na harmonizační změny v našem právním řádu. Výjimkou je doplnění pátého odstavce do § 21, který odstranil nerovnost v zacházení s příslušníky členských států EU a EHP (fyzické osoby), kterým nevzniká oprávnění k podnikání až zápisem do obchodního rejstříku, ale vzniká jim stejně jako českým fyzickým osobám, což ale nestačí. Východiskem změn musí být především rozlišení příslušníků členských států EU a osob z třetích zemí. Postavení příslušníků členských států by mělo být zcela shodné s postavením tuzemských podnikatelů. Ve vztahu k příslušníkům třetích států může být stávající právní úprava zachována.

6.1 Podnikání zahraničních osob v širším a užším smyslu

Obchodní zákoník používá pojem podnikání ve dvojím odlišném smyslu, a to ve smyslu užším a širším.

V ustanovení **§ 21 odst. 3** je podnikání zahraniční osoby vymezeno jako podnikání prostřednictvím podniku nebo organizační složky, která je umístěna na území ČR. Toto vymezení podnikání se považuje za podnikání v **užším slova smyslu**, protože představuje **jenom podnikání prostřednictvím podniku nebo jeho organizační složky**, a tedy nezahrnuje veškeré podnikatelské aktivity zahraniční osoby v ČR.

Náš obchodní zákoník ale nepoužívá jednotnou terminologii ohledně podnikání zahraničních osob. Na jedné straně jím nadpisuje celou hlavu II, což znamená, že za podnikání zahraničních osob zákonodárce považuje nejen podnikání ve smyslu § 21 odst. 3 (díl I), ale také díl II, tedy majetkovou účast zahraničních osob v českých právnických osobách a díl IV, tedy přemístění sídla zahraniční osoby. Takže **hlava druhá** ObchZ upravuje podnikání zahraničních osob v značně **širším smyslu**, protože pod tento pojem zahrnuje i **činnosti**, které podle obecné definice v ustanovení § 2 odst. 1 **za podnikání nepovažujeme** – tedy účast v obchodních společnostech jako společník, nebo přesun sídla na území našeho státu.[74]

[74] Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. 1 díl 2. aktualizované a doplněné vydání. Praha: Linde Praha, 2003, str. 242

Od podnikání v užším smyslu je třeba odlišit i situaci, kdy zahraniční osoba vyvíjí v ČR pouze takovou činnost, jako je například nesoustavné uzavíraní smluv, poskytování služeb a plnění závazků bez pomoci své organizační složky nebo podniku (bez ohledu na to, zda takovou organizační složku nemá, nebo ji sice má, ale jedná mimo ní). Toto *nesoustavné* uzavíraní smluv a plnění závazků není podnikáním zahraniční osoby, může se uskutečňovat mezi podnikateli volně a na právní vztahy vzniklé z takových úkonů, se pak použijí ustanovení ObchZ pro jednotlivé druhy obchodních závazků, jestliže se má podle pravidel mezinárodního práva soukromého použít českého práva. Tyto zahraniční osoby pak podléhají režimu ustanovení **§ 23** ObchZ, který stanoví, že **zahraniční osoby, které mají právo podnikat v zahraničí, se považují za podnikatele podle tohoto zákona.** Toto ustanovení rozšiřuje definici podnikatele podle ustanovení § 2 odst. 2 ObchZ o zahraniční osobu, která má právo podnikat v zahraničí. Zahraniční osoby podléhající režimu ustanovení § 23 ObchZ se u nás nezapisují do obchodního rejstříku, a ani nemusejí mít oprávnění podle § 2 ObchZ. Jsou tedy považovány za podnikatele, protože mají obdobné postavení ve svém domovském státě. Ustanovení § 23 ObchZ zároveň představuje uznání subjektivity zahraničních právnických osob a útvarů, které mají právní způsobilost. Rozšíření pojmu podnikatele na i na osoby uvedené v § 23 ObchZ umožňuje, aby pro vzájemný vztah mezi zahraničními osobami, které nepodnikají v ČR a podnikateli ve smyslu ustanovení § 2 odst. 2 ObchZ v případě, že si zvolí české právo nebo na české právo odkáže kolizní norma, byla použitelná ustanovení ObchZ, aniž by si současně smluvní strany musely působnost obchodního zákoníku dohodnout podle ustanovení § 262 ObchZ[75].
Jestliže by však zahraniční osoby vykonávali činnost ***soustavně***, bude potřeba, aby se podřídily režimu ustanovení § 21 odst. 1, zřídily organizační složku podniku nebo podnik a zapsaly se do obchodního rejstříku podle § 34 odst. 1b) s výjimkou fyzických osob – státních příslušníků členských států EU.

Ve světle terminologie komunitárního práva rozumíme podnikáním zahraniční osoby na našem území (území členského státu) především její **usazení se**. Tím rozumíme záměr zahraniční osoby působit v České republice relativně trvale nebo soustavně, a to zřízením organizační složky nebo zřízením podniku (§ 21 odst. 3). Jestliže zahraniční osoba poskytuje na našem území služby, a to jenom dočasně, tak se dá tato činnost považovat za nesoustavnou. Nesoustavná činnost není podnikáním a je subsumovatelná pod ustanovení § 23, tedy komunitární terminologií řečeno pod **hostování**.

[75] Dědič J. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. Díl I. § 1-96e. Praha: Polygon, 2002, str. 129

6.2 Podnikání prostřednictvím podniku a organizační složky podniku na území ČR

V tomto případě se jedná o podnikání, které je definováno v ustanovení § 21 odst. 3, tedy o podnikání v užším slova smyslu, neboli o tzv. přímé podnikání zahraničních osob, které mají na území České republiky umístěn podnik nebo jeho organizační složku. Zde je důležité, abych vymezila pojem podniku a organizační složky podniku.

Podnikem se podle ustanovení § 5 ObchZ rozumí soubor hmotných, osobních a nehmotných složek podnikání. K podniku náleží věci, práva a jiné majetkové hodnoty, které patří podnikateli a slouží k provozování podniku. Lze shrnout, že podnik ve své podstatě zahrnuje vše, co podnikateli slouží k podnikání.
V ustanovení § 21 odst. 3 ObchZ je za jednu z forem podnikání zahraniční osoby na našem území považováno zřízení podniku. Tady ale mohou nastat určité výkladové problémy, protože pojem podniku není v souvislosti tímto ustanovením zcela jednoznačný.
Jestliže chce zahraniční osoba provozovat svůj podnik na našem území, předpokládá se, že její sídlo nebo její bydliště musí zůstat v zahraničí (protože kdyby neměla sídlo (bydliště) v zahraničí, tak by se nepokládala za zahraniční osobu).
Tady nám ale vzniká otázka, co ze **zahraniční právnické osoby** zůstane v zahraničí, jestliže bude mít na našem území podnik. Vzhledem k definici podniku podle ustanovení § 5 ObchZ, která je všeobsahující, je obtížně představitelné, že zahraniční osoba může ponechat své skutečné sídlo v zahraničí, aniž tam ponechá část svého podniku, a zřídit si podnik na našem území.[76] Toto rozdělení zahraniční právnické osoby je možné jen za předpokladu, že sídlo, které zůstane v zahraničí, bude sídlo fiktivní, sice statutární, ale ne sídlo odkud je skutečně vykonáváno řízení podniku. A to proto, že skutečné sídlo se ve smyslu § 5 ObchZ chápe jako součást podniku. Jestliže by skutečné sídlo – řídící centrum podniku zůstalo v zahraničí, tak by to znamenalo, že podnik, který by byl vytvořen na našem území, je pojmem užším, než jak jej vymezuje § 5 ObchZ. Obchodní zákoník však hovoří o umístění podniku jako celku a ne jeho části, a tak lze předpokládat, že zahraniční právnická osoba, která má podnik v zahraničí, si na našem území nezřídí další podnik, ale jen jeho organizační složku. Z tohoto hlediska, tedy není možné, aby zahraniční právnická osoba, zřídila na našem území podnik.

[76] Pelikánová, I.: Obchodní právo. I díl, Praha: ASPI, a.s., 2005, str.420

V případě **zahraniční fyzické osoby,** je situace odlišná. Jde o fyzickou osobu s trvalým pobytem mimo území ČR, která není podnikatelem ve státě svého trvalého pobytu, a tedy tam ani nemá podnik. Jestliže by tato osoba chtěla podnikat na našem území, může tady umístit svůj podnik a zapsat ho do obchodního rejstříku jako podnik zahraniční osoby, a získá tak oprávnění podnikat podle § 21 odst. 4 ObchZ.[77]
Podniká-li však zahraniční fyzická osoba ve státě svého bydliště, dostává se v tomto smyslu do stejného postavení jako osoba právnická a nezbývá jí, než zřídit na našem území organizační složku svého podniku[78] a zapsat ji do obchodního rejstříku. Podmínka zápisu do obchodního rejstříku však neplatí pro fyzické osoby, které jsou státními příslušníky členských států Evropské unie, nebo států tvořících Evropský hospodářský prostor (dále jen EHP), jak plyne z ustanovení § 21 odst. 5 ObchZ.

Zde se nám nabízí i otázka, zda může být jeden podnikatel majitelem více podniků a zda by některý z nich mohl umístit v zahraničí. Právní názory na tuto otázku se liší. Podle K. Eliáše[79] zákon váže existenci podniku na osobu podnikatele, jemuž jednotlivé složky podnikání patří a z toho dovozuje, že každý podnikatel může mít jeden podnik, a to i tehdy, půjde-li v ekonomickém smyslu o podniky dva (jednotnost podniku). Na druhé straně I. Pelikánová [80] naznačuje, že česká doktrína se již přiklání k připuštění toho, aby měl jeden vlastník ve svém majetku několik podniků. A tak si budeme muset počkat na upřesnění těchto otázek judikaturou.

Obchodní zákoník nevymezuje v ustanovení § 7 odst. 2, který používá pojem **organizační složky podniku,** co se tímto pojmem rozumí. Organizační složka podniku zahraniční osoby představuje útvar (závod, kancelář, prodejna), který je relativně stabilní, má ucelenou vnitřní organizaci, je relativně oddělený a slouží k trvalému provozování podnikatelské činnosti zahraniční osoby na našem území. Je to tedy část podniku zahraniční osoby umístěná v ČR, která je samostatná a organizačně oddělená od centrály a zapisuje se do obchodního rejstříku.

---

[77] Bartošíková, M., Češková, M. : Srovnání současné a budoucí právní úpravy podnikání zahraničních osob na území ČR. Obchodní právo 12/2000, str. 3
[78] v podrobnostech viz Bartošíková, M. : K podnikání zahraničních osob prostřednictvím organizačních složek jejich podniku na území ČR. Obchodní právo 11/1993, str. 2 an.
[79] Eliáš K. in Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol. : Kurz obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 3. Vydání. Praha: C.H. Beck, 2002, str. 130
[80] Pelikánová, I.: Obchodní právo. I díl, Praha: ASPI, a.s., 2005, str.175

Organizační složka podniku **nemá právní subjektivitu**[81], tedy nemůže činit žádné právní úkony a také jí není přiznána procesní způsobilost [82]. To znamená, že zřízením organizační složky zahraniční fyzické nebo právnické osoby nevzniká nový právní subjekt. Subjektem práv a povinností je vždy pouze zahraniční fyzická nebo právnická osoba, která organizační složku zřídila. Veškeré právní úkony ve věcech organizační složky může činit její vedoucí, ale ten je činí vždy za subjekt, který organizační složku zřídil, a nikoli jménem organizační složky tohoto subjektu. Vedoucí organizační složky, se podle § 13 odst. 3 ObchZ zapisuje do obchodního rejstříku a tímto konstitutivním zápisem vzniká jeho oprávnění jednat za podnikatele ve věcech organizační složky.

6.2.1 Oprávnění zahraniční osoby k podnikání

Oprávnění zahraniční osoby podnikat na území ČR **vzniká až ke dni zápisu** této osoby nebo organizační složky jejího podniku, v rozsahu předmětu podnikání zapsaném **do obchodního rejstříku (§ 21 odst. 4** ObchZ). Zahraniční osoba prokazuje podnikatelský účel rejstříkovému soudu doložením živnostenského listu, koncesní listiny anebo jiného dokladu o podnikatelském oprávnění. V praxi to znamená, že vznik podnikatelského oprávnění zahraniční osoby je vázán nejen na zápis do obchodního rejstříku, ale i obdržení příslušného dokladu prokazujícího podnikatelský účel a zároveň i zápis příslušného předmětu činnosti do obchodního rejstříku.

V tomto ustanovení je formulována **odchylka od principu formální reciprocity**, protože vznik oprávnění zahraniční osoby podnikat v ČR je vázán na zápis do obchodního rejstříku a ve vztahu k českým osobám, a to ani právnickým, tato vazba obecně neplatí. Jediným případem, kdy je vznik podnikatelského oprávnění české osoby spojen se zápisem, je situace, kdy česká právnická osoba teprve vzniká zápisem do obchodního rejstříku (§ 37 odst. 1 ObchZ). V ostatních případech vznikne podnikatelské oprávnění nezávisle na zápisu (např. u fyzických nebo právnických osob při změně předmětu podnikání) a zápis do obchodního rejstříku bude mít pouze *deklaratorní* účinky. V případě zahraniční právnické osoby bude mít zápis do obchodního rejstříku ***konstitutivní* účinky**, protože až tímto zápisem podnikatelské oprávnění vznikne.

---

[81] Lochmanová, L.: Podnikání zahraničních osob v České republice z pohledu obchodního zákoníku. Právo a podnikání, 6/1998, str.9

[82] V rozsudek Vrchního soudu v Praze, č.j. 10 Cmo 755/1995, bylo rozhodnuto, že: „ způsobilost být účastníkem řízení (§ 19 o.s.ř.) má pouze zahraniční fyzická nebo právnická osoba, nikoli organizační složka zahraniční osoby".

Výjimku z tohoto režimu tvoří ustanovení **§ 21 odst. 5**, který neváže vznik podnikatelského oprávnění **fyzických osob, které jsou státními příslušníky členských států EU a EHP** a podnikají na našem území, na zápis do obchodního rejstříku. Tyto osoby podléhají stejnému režimu jako české fyzické osoby, pokud zákon nestanoví jinak. Tato úprava však nestačí, protože dochází k diskriminaci právnických osob z členských států EU a EHP, kterým oprávnění k podnikání vznikne až jejich zápisem do obchodního rejstříku (a to i v případě, kdy je už tato osoba v rejstříku zapsaná a žádá jen o rozšíření předmětu podnikání), a to není plně v souladu s komunitárním právem, které ve čl. 43 SES stanoví zásadu rovného zacházení. Právě z toho důvodu je nutné, aby se odstranili tyto rozpory a náš obchodní zákoník začal rozlišovat mezi zahraničními osobami z členských států EU a EHP a jinými zahraničními osobami.

Úprava v obchodním zákoníku je z velké části subsidiární, protože stále více veřejnoprávních zákonů obsahuje vlastní ustanovení o vzniku oprávnění zahraničních osob k podnikání a některé umožňují, aby zahraniční osoby podnikaly na našem území i bez vytvoření organizační složky (ve smyslu § 2 odst. 1 ObchZ). Obchodní zákoník se tedy dostává do střetu s veřejnoprávní úpravou, která je úpravou zvláštní. Obecně se má za to, že zvláštní úprava má vždy přednost před obecnou úpravou. Zvláštní zákony jsou speciální, pokud jde o stanovení podmínek pro určitou profesní podnikatelskou činnost. Jestliže však tyto zákony neupravují podmínky vzniku oprávnění k výkonu této činnosti zahraničními osobami, pak je z tohoto hlediska zvláštním ustanovení § 21 ObchZ a čtvrtý odstavec bude mít přednost. Jestliže naopak, zvláštní zákon upraví také podmínky vzniku podnikatelského oprávnění pro zahraniční osoby, čtvrtý odstavec se nepoužije.

6.2.2 Zápis zahraniční osoby do obchodního rejstříku

Podle ustanovení § 21 odst. 4 ObchZ **podává návrh na zápis zahraniční osoby, nebo organizační složky jejího podniku zahraniční osoba, jíž se návrh týká**, respektive její statutární orgán. Návrh na zápis se podává na předepsaném formuláři a podpis zahraniční osoby na návrhu musí být úředně ověřen. Zahraniční osoba může být zastoupena i českým právním zástupcem. Je potřeba zdůraznit, že zápisem zahraniční osoby nebo organizační složky jejího podniku nevzniká nový právní subjekt, protože právním subjektem zůstává i nadále zahraniční osoba. V případě, že má být předmětem podnikání zahraniční osoby živnost, musí zahraniční osoba podat návrh na zápis do obchodního rejstříku nejpozději do 90 dnů od doručení živnostenského listu nebo koncesní listiny.

Do obchodního rejstříku se ohledně podniku zahraniční osoby a organizační složky jejího podniku **zapisují následující údaje (§ 38h odst. 1** ObchZ):

- *označení a sídlo (umístění) podniku nebo jeho organizační složky a identifikační číslo,*
- *předmět činnosti podniku nebo jeho organizační složky,*
- *právo státu, kterým se zahraniční osoba řídí, a přikazuje-li toto právo zápis,*
- *evidence, do které je zahraniční osoba zapsána a číslo zápisu,*
- *firma nebo název zahraniční osoby, její právní forma a výše upsaného kapitálu v příslušné měně, je li vyžadován,*
- *zapisované údaje požadované zákonem u statutárního orgánu nebo jeho člena* (podle § 35 písm. c) je to jméno a bydliště, nebo firma a sídlo osoby, která je statutárním orgánem právnické osoby, nebo jeho členem, s uvedením způsobu, jak jménem právnické osoby jedná),
- *zapisované údaje požadované zákonem pro vedoucího organizační složky podniku a místo jeho pobytu nebo bydliště* (je to fyzická osoba, kdyby to tak nebylo, tak by ObchZ požadoval i zápis sídla),
- *zrušení zahraniční osoby, jmenování, identifikační údaje a oprávnění likvidátora, ukončení likvidace zahraniční osoby,*
- *prohlášení konkurzu, povolení vyrovnání, nebo zahájení jiného obdobního řízení týkajícího se zahraniční osoby a*
- *ukončení činnosti podniku nebo jeho organizační složky v České republice.*

U podniku zahraniční osoby a organizační složky podniku zahraniční osoby, která má **sídlo v některém z členských států EU** nebo v jiném státě **tvořící EHP**, se do obchodního rejstříku zapíší údaje podle ustanovení **§ 38h odst. 2** ObchZ, které jsou téměř shodné s údaji podle odstavce 1, kromě toho, že se nemusí zapisovat údaj ohledně práva státu, kterým se zahraniční osoba řídí. Tato úprava byla přijata na základě 11. směrnice[83] o pobočkách společností založených ve státech Evropské unie, kde se rovněž rozlišuje mezi organizačními složkami umístěnými uvnitř a vně Evropské unie. Uvedená směrnice vyžaduje, aby se u organizačních složek zahraničních osob, které jsou občany Evropské unii nebo v ní mají sídlo, zapisovaly do obchodního rejstříku členského státu v němž je organizační složka umístěna údaje uvedené právě v § 38h odst. 2 ObchZ.

[83] Směrnice Rady č. 89/666/EHS ze dne 21.12.1989 o zveřejňování poboček vytvořených v členském státě některými formami společností řídících se právem jiného členského státu.

K návrhu na zápis do obchodního rejstříku je třeba přiložit listiny o skutečnostech které mají být zapsány do obchodního rejstříku a jež se zakládají do sbírky listin. Mezi nezbytné **přílohy** patří zejména[84]:

- *doklad o existenci zahraniční osoby* (např. výpis ze zahraničního obchodního rejstříku nebo jiné evidence);
- *rozhodnutí zahraniční osoby o zřízení organizační složky;*
- *oprávnění k podnikání;*
- *listina osvědčující právní důvod užívání místností, do nichž zahraniční osoba umístila organizační složku svého podniku nebo svůj podnik, a to výpis z katastru nemovitostí ne starší než 3 měsíců osvědčující vlastnické právo k prostorám, a pokud zahraniční osoba není vlastníkem těchto prostor, tak souhlas vlastníka nebo jeho zmocněnce s užíváním těchto prostor;*
- *rozhodnutí o jmenování vedoucího organizační složky,*
- *písemné prohlášení z něhož plyne souhlas zapisované fyzické osoby se zápisem do obchodného rejstříku* (podpis musí být úředně ověřen)
- *sdělení o doručovací adrese na území ČR nebo zmocněnce pro přijímaní písemností s doručovací adresou v ČR*

Zahraniční osoba je dále podle ustanovení **§ 38j odst.1** ObchZ povinna uložit do sbírky listin následující listiny:

a) *účetní záznamy,*
b) *společenská smlouva, stanovy a obdobné listiny, jimiž byla zahraniční osoba založena, jejich změny a úplná znění,*
c) *osvědčení evidence státu, kde má zahraniční osoba sídlo, že je v této evidenci zapsána, jestliže právo sídelního státu takovouto evidenci přikazuje,*
d) *údaj nebo doklad o zatížení majetku zahraniční osoby v jiném státě,*
e) *podpisový vzor vedoucího organizační složky.*

Podle ustanovení **§ 38j odst. 2** platí pro zahraniční osoby a organizační složky podniku zahraniční osoby, která má sídlo v některém ze členských států v **EU nebo EHP**, že se do sbírky listin uloží **jenom** listiny uvedené v odstavci 1 písm. a), b), c).

Působí-li na území ČR několik organizačních složek podniku jedné zahraniční osoby, mohou být listiny uloženy ve sbírce listin jen jedné z nich, a to podle volby zahraniční osoby.

[84] Podle vyhlášky č. 250/2005 Sb., o závazných formulářích na podávaní návrhů na zápis do obchodního rejstříku.

6.3 Majetková účast zahraničních osob v českých právnických osobách

Majetková účast zahraničních osob v českých právnických osobách je upravena v druhém díle hlavy druhé obchodního zákoníku, a to v ustanovení **§ 24** [85]. Je to jedna z dalších forem podnikání zahraničních osob na našem území, a to *podnikání v širším smyslu,* protože účast v obchodní společnosti není ve smyslu ustanovení § 2 odst. 1 obchodního zákoníku považována za podnikání. Účast zahraniční osoby je tedy investicí, ale ne podnikáním. Tento druh podnikání taky někdy označujeme za *nepřímé podnikání,* protože se zahraniční fyzická či právnická osoba podílí na podnikání v ČR prostřednictvím české právnické osoby, která je zapsána v obchodním rejstříku.

V ustanovení § 24 odst. 1 ObchZ jsou upraveny čtyři možné podoby majetkové účasti zahraničních osob v českých právnických osobách. Zahraniční osoba se tedy může podílet na české právnické osobě - jako:

- *jeden ze zakladatelů* právnické osoby spolu s dalšími zakladateli,
- *společník nebo člen již založené právnické osoby*, který přistoupí k dalším společníkům nebo členům,
- *jediný zakladate*l právnické osoby, pokud to ObchZ připouští,
- *jediný společník již existující právnické osoby,*pokud to ObchZ připouští.

Jediným společníkem se může zahraniční osoba stát, když je česká právnická osoba založena více účastníky, ale později nastane stav, že zůstane pouze jediný – jímž je právě zahraniční osoba. O jednočlennou společnost se může podle ObchZ jednat v pouze v případě společnosti s ručením omezeným (§ 105 odst. 2 ObchZ) a akciové společnosti (§ 162 odst. 1 ObchZ).

V případě akciové společnosti může být jediným zakladatelem jenom právnická osoba, ale jestliže byla tato akciová společnost založena více zakladateli a později dojde k soustředění akcií v rukou jediného akcionáře, toto omezení neplatí, a tímto jediným akcionářem může být i fyzická osoba. U společnosti s ručením omezeným

[85] Úplné znění ustanovení § 24 ObchZ:

(1) Zahraniční osoba se může podle ustanovení tohoto zákona za účelem podnikání podílet na založení české právnické osoby nebo se účastnit jako společník nebo člen v české právnické osobě již založené. Může také sama českou právnickou osobu založit nebo se stát jediným společníkem české právnické osoby, pokud zákon jediného zakladatele nebo jediného společníka připouští.

(2) Právnická osoba může být založena jen podle českého práva.

(3) Ve věcech uvedených v odstavci 1 mají zahraniční osoby stejná práva a povinnosti jako české osoby.

zákon[86] vylučuje, aby společnost s ručením omezeným, která má jen jednoho společníka (a to fyzickou nebo právnickou osobu), byla jediným zakladatelem jiné společnosti s ručením omezeným. Založením takové společnosti by mohlo dojít k řetězovitému zakládání společností s ručením omezeným o jediném zakladateli – společnosti s ručením omezeným, čímž by docházelo k nepřehledné situaci, která by byla ke škodě věřitelů těchto společností.
Zákon též vylučuje, aby se společnost s ručením omezeným s jediným společníkem stala jediným společníkem jiné společnosti ručením omezeným.[87] Fyzická osoba může být jediným společníkem maximálně tří společností s ručením omezeným. Tyto omezení platí i pro zahraniční osoby.

Ustanovení § 24 odst. 1 ObchZ se týká účasti nejen v obchodních společnostech, ale i v družstvech a jiných právnických osobách, které mohou vznikat za účelem podnikání podle zvláštních předpisů (např. banky, pojišťovny). Podle tohoto ustanovení může vzniknout i společný podnik (joint venture)[88]. Náš ObchZ tento pojem nezná, ale na druhé straně to neznamená, že by tento společný podnik nemohl u nás vzniknout. Jeho právní podoba může být rozmanitá a může se například jednat o společnost (neboli sdružení), která bude založená několika společnostmi z různých zemí (nejméně dvěma) a která bude provozovat společný podnik. V souladu s tímto ustanovením se předpokládá, že účastníkem bude i česká osoba spolu se zahraniční a nebudou tam spadat společnosti se stoprocentní zahraniční účastí zahraničních osob.

Účast zahraniční společnosti není v obchodním zákoníku nijak kvantitativně omezena a to znamená, že zahraniční osoba může mít v české právnické osobě i stoprocentní účast, a tedy může ovládnout chování tuzemské osoby. Tato úprava je velice vstřícná k zahraničním investicím, co je velice významné pro vývoj naší ekonomiky.

Ve třetím odstavci ustanovení § 24 je zakotven **princip formální reciprocity**, který se uplatní na vztahy, které jsou popsány v prvním odstavci. Toto ustanovení je konkretizující k ustanovení § 21 odst. 1 ObchZ a **deklaruje rovnost postavení**

[86] Ustanovení § 105 odst. 2 ObchZ
[87] To znamená, že v praxi by byla absolutně neplatná např. smlouva o převodu obchodního podílu, kterou společník společnosti s ručením omezeným převádí obchodní podíl na druhého společníka, jímž je společnost s ručením omezeným s jediným společníkem, která se má stát jediným společníkem
[88] Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. I Díl. 3. aktualizované a doplněné vydání. Praha: Linde Praha, 2003, str. 255

zahraniční osoby s osobou českou při vytváření nebo účasti v českých právnických osobách, tedy i při činnosti, která je podnikáním v širším smyslu.

Právnická osoba se zahraniční majetkovou účastí může být od 1.1.2001 založena **pouze podle českého práva** (§ 24 odst. 2 ObchZ). Dřívější úprava, která připouštěla založení tuzemské právnické osoby podle libovolného práva, se ukázala jako velmi nepraktická. Taková úprava zakládala „nerovnoprávnost právnických osob, a byla-li realizována, i velké aplikační problémy. Dvojí režim právnických osob je neslučitelný se zásadou rovnosti subjektů a rovněž se zásadou právní jistoty."[89]

6.4 Ochrana majetkových zájmů zahraničních osob při podnikání v ČR

Ochrana majetkových zájmů zahraničních a českých osob, na niž se účastní zahraniční osoby, vychází z ustanovení čl. 11 odst. 4 ZLPS, které stanoví, že vyvlastnění nebo nucené omezení vlastnického práva je možné jen ve veřejném zájmu, a to na základě zákona a za náhradu. Dále je tato ochrana poskytnuta obchodním zákoníkem a mezinárodními smlouvami.

6.4.1 Ochrana v obchodním zákoníku

Majetek zahraničních osob a českých právnických osob se zahraniční majetkovou účastí, který souvisí s jejich podnikáním, je chráněn podle ustanovení **§ 25 ObchZ** před vyvlastněním a omezením jejich vlastnického práva. Obchodní zákoník **neupravuje ochranu veškerých investic** těchto osob na našem území, ale obsahuje jenom ustanovení, která je chrání před vyvlastněním nebo omezením jejich vlastnického práva.

Obchodní zákoník stanoví, že tento majetek může být v České republice vyvlastněn anebo vlastnické právo omezeno jen na **základě zákona, ve veřejném zájmu, který není možno uspokojit jinak a za náhradu, jež musí být poskytnutá bez prodlení** a odpovídá plné hodnotě majetku dotčeného těmito opatřeními v době, kdy byla uskutečněna.

Obchodní zákoník tak vychází ze zásad, které jsou stanoveny v ustanovení čl. 11 odst. 4 LZPS a v ustanovení **§ 25 odst. 1** odkazuje na zvláštní zákon, kterým je

[89] Raban, P. : Obchodní zákoník. 3. Doplněné vydání. Praha: EUROUNION, 2003, komentář k § 24

zákon *č. 184/2006 Sb., o odnětí nebo omezení vlastnického práva k pozemku nebo ke stavbě* (dále jen „zákon o vyvlastnění")[90].

Zákon o vyvlastnění upravuje podmínky:

a) *odnětí a omezení vlastnického práva nebo práva odpovídajícího věcnému břemenu k pozemku nebo ke stavbě pro dosažení účelu stanoveného zvláštním zákonem* (dále jen „vyvlastnění");
b) *poskytnutí náhrady za vyvlastnění;*
c) *zrušení vyvlastnění*

Podle tohoto zákona je vyvlastnění možné **pouze za náhradu** a po splnění všech následujících **podmínek**:

- *účel vyvlastnění je stanoven zvláštním zákonem;*
- *veřejný zájem na dosažení účelu vyvlastnění převažuje nad zachováním dosavadních práv vyvlastňovaného;*
- *práva k pozemku nebo stavbě potřebná pro uskutečnění účelu vyvlastnění není možné získat dohodou nebo jiným způsobem;*
- *vyvlastnění je v souladu s cíli a úkoly územního plánování;*
- *vyvlastnění lze provést jen v rozsahu nezbytném k dosažení účelu vyvlastnění;*
- *vyvlastňovanému byl znám účel vyvlastnění po dobu 6 měsíců;*
- *vyvlastňovaný nepřijal včas návrh vyvlastnitele na získaní potřebných práv k pozemku nebo stavbě dohodou, přičemž lhůta pro přijetí návrhu nebyla kratší než 60 dnů*

Vyvlastňovanému se za vyvlastnění poskytuje **náhrada ve výši obvyklé ceny pozemku nebo stavby**, kterou se rozumí cena, která by byla dosažena při prodejích stejného, popřípadě obdobného majetku v obvyklém obchodním styku v CR ke dni ocenění. Výše náhrady bude stanovena na základě znaleckého posudku, který v době zahájení vyvlastňovacího řízení nesmí být starší 90 dnů. Náhrada se poskytuje zásadně **v penězích**, ale pokud se vyvlastňovaný s vyvlastnitelem dohodnou, může být vyvlastňovanému poskytnut **náhradní pozemek nebo stavba**. Zákon o vyvlastnění dále podrobně upravuje průběh

[90] Tento zákon je účinný od 1.1.2007. Před jeho účinností byla právní úprava vyvlastnění obsažena v zákoně č. 50/ 1976 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon). Vzhledem k tomu, že úprava vyvlastnění v stavebním zákoně nebyla dostatečně podrobná a neřešila řadu otázek, které v souvislosti s vyvlastěním vystávají, byla přijata nová podrobná úprava. Základní zásady vyvlastnění ve veřejném zájmu zůstaly zachovány (na základě zákona a za náhradu), ale nově je upraven způsob a výše náhrady, procedurální stránka vyvlastnění a změna příslušných správních orgánů, které povedou vyvlastňovací řízení (tzv. vyvlastňovací úřady: obecní úřady obcí s rozšířenou působností, Magistrát hlavního města Prahy a Magistráty územně členěných statutárních měst, u kterých je zajištěn předpoklad kvalifikovaného rozhodování). Časová působnost tohoto zákona je maximálně rozšířena a podle přechodných ustanovení se vyvlastňovací řízení, která byla zahájena před účinnosti tohoto zákona, a která nebyla pravomocně skončena do konce roku 2006, od 1.1.2007 projednávají a rozhodují podle tohoto zákona.

vyvlastňovacího řízení, obsah rozhodnutí a podmínky zrušení vyvlastnění. Obchodní zákoník dále stanoví, že proti vyvlastňovacímu rozhodnutí lze podat **opravný prostředek**. Zákon o vyvlastnění upřesňuje toto ustanovení a stanoví, že žaloba musí být podána příslušnému krajskému soudu ve lhůtě 30 dnů od právní moci rozhodnutí vyvlastňovacího úřadu a zmeškání této lhůty nelze prominout.

Jak jsem se již zmínila, obchodní zákoník neupravuje ochranu veškerých investic zahraničních osob. V ustanovení **§ 25 odst. 3** odkazuje na právní úpravu mezinárodních smluv, kterými je ČR vázána a které byly vyhlášeny ve Sbírce zákonů nebo Sbírce mezinárodních smluv. Těmito smlouvami jsou mezinárodní bilaterální smlouvy o podpoře a ochraně investic, ve kterých je upravena celá řada otázek souvisejících se zahraničními investicemi u nás a investicemi našich podnikatelů v zahraničí. Pokud jsou tyto smlouvy uveřejněny ve Sbírce zákonů, mají přednost před zákonem. Obchodní zákoník pokrývá jen malou část problematiky ochrany zahraničních investic, obsahuje některé zásady obsažené ve smlouvách, ale ochrana na základě smluv je intenzivnější. Ustanovení § 25 bude tedy jen nějakým minimem ochrany aplikovatelným v případě, že zahraniční osoba bude příslušníkem státu, který neuzavřel s Českou republikou dohodu o ochraně investic.

6.4.2 Mezinárodní dohody o podpoře a ochraně zahraničních investic

Po roce 1989 uzavřela ČR velké množství bilaterálních mezinárodních smluv o ochraně investic. Dosud jich bylo ve Sbírce zákonů nebo ve Sbírce mezinárodních smluv vyhlášeno více než 70 a tyto smlouvy jsou pro Českou republiku závazné a mají přednost před zákonnou úpravou.[91]

Existence smluv o podpoře a ochraně investic je velice důležitá pro příliv zahraničních investic na naše území, a tím i pro rozvoj naší ekonomiky. Na jedné straně hostitelské státy potřebují získat zahraniční kapitál pro jejich ekonomický rozvoj a na druhé straně soukromí investoři, kteří chtějí investovat své prostředky za účelem dosažení zisk, potřebují mít nejvyšší právní jistotu a nejmenší politické rizika v souvislosti s ochranou svých investic. Ve smlouvách se státy obecně zavazují, že budou podporovat a usnadňovat investování na svém území pro investory z druhé smluvní strany a tak vyjadřují politickou vůli povzbuzovat zřizování mezinárodních investic. Většinou mívají smlouvy standardní obsah, ale dají se mezi nimi najít i odlišnosti.

[91] viz příloha

Právní teorie rozlišuji smlouvy **evropského** typu (uzavírané především mezi evropskými zeměmi), kterých je většina, a dále smlouvy **amerického** typu, kterých je několik desítek, a jsou to převážně smlouvy, které uzavírá USA s jinými zeměmi. Americký model se od evropského odlišuje převážně v tom, že americké dohody rozšiřují princip národního zacházení jak na pre-investiční, tak i post-investiční fázi, což jsou instrumenty, které směřují k liberalizaci toků investic.[92] Většinou se dohody odlišují i v článcích, které upravují řešení sporů z investic, kde se odkazuje buď výlučně či alternativně na řešení sporů prostřednictvím různých mezinárodních rozhodčích orgánů.

6.4.2.1 Pojem investic a jejich ochrana

Pojem investic a investora není definován v obchodním zákoníku, a tak definici těchto pojmů musíme hledat v jednotlivých smlouvách o ochraně a podpoře investic. Obecně se v dohodách pod pojmem **„investice"** rozumí *každá majetková hodnota investovaná fyzickou nebo právnickou osobou jednoho smluvního státu na území druhého smluvního státu, která zahrnuje zejména:*

- movitý a nemovitý majetek, jakož i jakákoliv jiná věcná práva, jako jsou hypotéky, zástavy, záruky a podobná práva,
- akcie, obligace, nezajištěné dluhopisy společností, nebo jakékoli jiné formy účasti ve společnostech,
- peněžní pohledávky nebo nároky na jakékoli plnění mající hospodářskou hodnotu a související s investicí, půjčky, jen pokud se přímo vztahují k určité investici,
- práva z oblastí duševního vlastnictví včetně autorských práv, průmyslových vzorů, patentů, práv z ochranných známek, obchodních jmen, technických postupů, know-how, obchodních tajemství a goodwill,
- jakékoli právo vyplývající ze zákona nebo ze smluvního ujednání, jakékoli licence nebo povolení vydané podle zákona, včetně koncesí k průzkumu, kultivaci, těžbě nebo využití přírodních zdrojů.

Pojem investice je definován v dohodách značně široce a *může zahrnovat jakoukoli hospodářskou aktivitu investora.* **Investorem** se rozumí fyzická a právnická osoba jednoho smluvního státu, která investuje na území druhého smluvního státu.

[92] Šturma, P.: K problematice dvoustranných dohod o ochraně investic a řešení sporů z nich, Právník 12/ 2001, str. 1261

Dohody o podpoře a ochraně investic **nestanoví podmínky pro zřizování investic** na území smluvních států, ty jsou upraveny vnitrostátním právem smluvních států, na jejichž území je investice uskutečňována. Státy mají tedy právo vymezit ve svém právním řádu podmínky pro zřízení investice na svém území. Některé dohody předvídají i možnost větších omezení a podmínek při zřizování investic (např. dohody s Thajskem, Čínou, Ukrajinou) a v některých je výslovně zakotven povolovací režim (v dohodě se Singapurem).[93]
Jednotlivé dohody upravují **zacházení s investicemi** investorů, čímž se rozumí jejich řízení, udržování, užívání, využití, získání nebo nakládání. Při úpravě zacházení s investicemi dohody vycházejí z **národního režimu** nebo z **režimu nejvyšších výhod**, které mohou být i určitým způsobem modifikovány. Podle dohod musí každý stát zajistit spravedlivé a rovnoprávné zacházení s investicemi, tak aby nebyly dotčeny a narušeny svévolnými, neodůvodněnými nebo diskriminačními opatřeními státních orgánů. Tato úprava se vztahuje již na existující investice, nikoliv na pre-investiční fázi. Výjimkou je dohoda ČR s USA, jež je jediná dohoda, ve které se uplatňuje tzv. americký model dohod o ochraně a podpoře investic. V této dohodě je stanoveno pravidlo národního zacházení, které se až na omezené výjimky vztahuje na celý investiční proces, tj. včetně pre-investiční fáze. Obecně tato dohoda zavádí volný přístup pro investice druhé smluvní strany, ale umožňuje stanovit výjimky pro určitá odvětví nebo činnosti. Na tyto výjimky se pak bude uplatňovat zacházení podle doložky nejvyšších výhod. Nelze si nevšimnout, že výčet výjimek na straně USA je mnohem větší než na straně ČR, a tak i přes formální reciprocitu existuje značně nevyvážený poměr práv a povinností, a to k tíži ČR. Jestliže ČR chtěla získat americké investice, musela nutně akceptovat americký model dohody, stejně jako to na začátku devadesátých let udělalo mnoho zemí, ve kterých se změnila politická i ekonomická situace.

Každý stát je dále povinen poskytovat účinná opatření k uplatňování nároků a prosazování práv ve vztahu k investiční dohodě, investičním oprávněním a majetku. Žádný smluvní stát nemůže omezovat právo investorů druhého smluvního státu obrátit se na soudy, správní soudy a úřady a jiné orgány, které mají rozhodovací pravomoc.
Hlavním důvodem pro uzavíraní těchto dohod je **ochrana investic** (majetku) zahraničních investorů. Hostitelský stát je povinen zajistit právní a faktickou bezpečnost pro zahraniční investici. Jedná se tedy o ochranu vlastnického práva

[93] Šturma, P.: K problematice dvoustranných dohod o ochraně investic a řešení sporů z nich, Právník 12/ 2001, str. 1262

investora **před vyvlastněním, znárodněním**, nebo **jiným zásahem** ze strany státních orgánů, ale i jednotlivců. Tyto dohody přinášejí do této problematiky více právní jistoty. Dohody přiznávají suverénním státům právo provést znárodnění nebo jiné opatření, které má za následek přímou nebo nepřímou ztrátu vlastnictví, ale jen za splnění určitých **podmínek**:

- opatření jsou učiněna z důvodu nejvyššího a zásadního *veřejného zájmu*,
- *v souladu s ústavou, vnitrostátním právním řádem a obecnými zásadami mezinárodního práva*,
- jsou učiněna na *základě zákona*, a to příslušným úřadem nebo soudem a investor má právo domáhat se ochrany proti vyvlastnění nebo obdobného zásahu u příslušného soudu smluvního státu, který opatření přijal,
- opatření *nejsou diskriminační*,
- jsou provázena *okamžitou, odpovídající a účinnou náhradou*, která se musí rovnat tržní hodnotě vyvlastněné investice bezprostředně před vyvlastněním.

Dohody o ochraně investic obsahují i další důležitá ustanovení, na základě kterých jsou hostitelské státy povinny umožnit investorům z druhého smluvního státu neomezené **převody plateb** spojených s investicemi ve volně směnitelných měnách bez omezení. Takové převody mohou obsahovat:

- kapitál a dodatečné částky k udržení nebo zvětšení investice,
- čistý zisk, dividendy, honoráře, úroky a jiné výnosy vzešlé z jakékoli investice,
- výtěžky z prodeje, úplné nebo částečné likvidace investice,
- prostředky na splácení půjček,
- částky určené na krytí výdajů spojených s udržováním investice,
- odškodnění za vyvlastněnou investici.

Standardním ustanovením dohod bývá i článek věnován **náhradě škody** způsobené zahraničnímu investorovi v důsledku takových událostí jako je ozbrojený konflikt, postání a nepokoje, apod.
V neposlední řade jsou velice důležitá i ustanovení, která zajišťují právo investora na předložení sporu k arbitrážnímu řízení. Této problematice se budu věnovat v následující kapitole.

6.4.2.2 Řešení sporů z investic

Dohody o podpoře a ochraně investic pojem **„investiční spor"** vesměs nedefinují, hovoří pouze o jakémkoli sporu mezi investorem jedné smluvní strany a druhou smluvní stranou (státem) v souvislosti s investicí uskutečňovanou na území této druhé smluvní strany. Takže může jít o spor, který vznikne *z důvodu mocenského*

zásahu státu do investice (třeba případ neoprávněného znárodnění, vyvlastnění za nedostatečnou náhradu, dále také diskriminační zacházení s investicemi, neumožnění volného převodu plateb a výnosů do zahraničí, případy náhrady škody, které vzniknou investorovi ohledně situací jmenovaných dohodami, jako jsou válka, ozbrojené konflikty, povstání, vzpoury).

Výjimkou je opět Dohoda o vzájemné podpoře a ochraně investic s USA, která v ustanovení čl. 6 odst.1 definuje investiční spor, jako spor týkající se:

- *interpretace a použití investiční smlouvy* mezi jednou smluvní stranou a státním příslušníkem nebo společností druhé smluvní strany,
- *interpretace a použití jakéhokoli investičního oprávnění* uděleného úřadem smluvní strany pro zahraniční investice takovému státnímu příslušníkovi nebo společnosti,
- *údajné porušení jakéhokoli práva vztahujícího se k investici*, které bylo uděleno nebo vyplývá z Dohody.

Většina sporů se netýká nejasností v interpretaci dohod, ale sporů mezi hostitelským státem a investorem z druhé smluvní strany[94].

Zvláštností těchto sporů je skutečnost, že jednou ze sporných stran je subjekt mezinárodního práva (suverénní stát) a druhou spornou stranou fyzická nebo právnická osoba z jiného smluvního státu (tzv. nesubjekt mezinárodního práva). V právní teorii se o takových sporech hovoří jako o tzv. **„diagonálních sporech".**[95]

Ve všech dohodách je pro případ vzniku investičního sporu dávaná **přednost vzájemným jednáním** mezi investorem a smluvním státem. Ale v případě, že takovéto jednání mezi stranami ve stanovené lhůtě (nejčastěji je to 6 *měsíců*, ale vyskytuje se i kratší doba - *tři měsíce* (dohoda s Finskem, Norskem, Dánskem, Korejskou republikou, Chile), nebo doba delší - *jeden rok* (dohoda s Tureckem), nebo doba *není vůbec vymezena* (dohoda s Austrálií, Thajskem) nepovede k vyřešení vzájemného sporu, tak přistupuje možnost využití **rozhodčího řízení**:

- **před Mezinárodním střediskem pro řešení sporů z investic (ICSID)**, které bylo zřízeno na základě ustanovení čl. 1 odst. 1 *Úmluvy o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států z roku 1965, sdělení FMZV č.*

[94] Balaš, V.: Rozhodčí doložky v dvoustranných smlouvách na ochranu investic, Právník 8/ 2004, str.789

[95] Růžička, K.: Řešení sporů z mezinárodních investic, Právní rádce 12/ 1999, str. 20

420/1992 Sb. (dále jen „Washingtonská úmluva"), za předpokladu, že oba smluvní státy jsou smluvní stranou Úmluvy, **nebo**

- před rozhodčím soudem zřízeným **ad hoc podle Rozhodčích pravidel UNCITRAL** (pravidla Komise OSN pro mezinárodní právo obchodní).

V některých dohodách jsou uvedeny různé **doložky**, které omezují způsob řešení sporu jen na **jedinou formu rozhodčího řízení**. Dohoda buď odkazuje jenom na ad hoc rozhodčí řízení, které bude postupovat podle rozhodčích pravidel UNCITRAL (např. dohoda s Rakouskem, Kanadou, Nizozemím), nebo jen na řešení sporu u ICSID (např. dohoda s Thajskem).
Dále existují dohody, kterých doložky odkazují **buď** na řešení sporů prostřednictvím ICSID, **anebo** prostřednictvím ad hoc rozhodčího soudu na základě pravidel UNCITRAL. Tyto dohody jsou nejfrekventovanější.
Spíše výjimečně existují v některých dohodách doložky, které předvídají **více než dvě formy** mezinárodního rozhodčího řízení (např. dohoda s USA, která kromě dvou jmenovaných možností stanoví i možnost řešení sporu před jakoukoliv rozhodčí institucí dle výběru stran).
Některé doložky umožňují řešení sporů **buď před vnitrostátními** soudními, popř. správními orgány, **anebo** cestou mezinárodní arbitráže (např.dohoda s Itálií).

Další rozdíly v dohodách spočívají v úpravě **oprávnění zahájit rozhodčí řízení** a vybrat si, kdo bude spor rozhodovat. Ve většině dohod je toto **právo výběru** poskytnuto **investorovi**, což bude v praxi znamenat, že pokud se investor rozhodne pro jakékoli v dohodě dohodnuté rozhodčí řízení, musí se stát, který je stranou sporu, tomuto rozhodčímu řízení podřídit.[96] Na druhé straně, podle některých dohod je možno rozhodčí řízení zahájit pouze tehdy, existuje li dohoda sporných stran (např. dohoda s Litvou).

Rozhodčí nález vydaný v rozhodčím řízení je **konečný** a **pro strany závazný**, protože rozhodčí řízení je jednoinstanční. To znamená, že proti doručenému rozhodčímu nálezu se nelze odvolat. Smluvní státy se v jednotlivých dohodách zavázaly, že budou vykonávat tyto nálezy na svém státním území v souladu se svými vnitrostátními předpisy.

[96] Růžička, K.: Řešení sporů z mezinárodních investic, Právní rádce 12/ 1999, str. 20

6.4.2.3 Řešení sporů z investic před ICSID

Z mnohých praktických důvodů je při řešení sporu z investic dávána přednost rozhodčímu řízení před Mezinárodním střediskem pro řešení sporů z investic (ICSID), který byl zřízen na základě Washingtonské úmluvy. Byl tak zřízen institucionalizovaný systém, který je plně přizpůsoben charakteru těchto sporů a poskytuje veškerý servis spojený s rozhodčím řízením. Založení tohoto systému bylo inovací oproti stavu obecného mezinárodního práva, které by investorovi po neúspěšném vyčerpání opravních prostředků v přijímacím státě ponechalo pouze šanci na diplomatickou ochranu, jejíž výkon plně závisí na vůli domovského státu, a byl tudíž nejistý.[97] Nejistota spočívala hlavně v tom, že stát, kterého byl investor příslušník, neměl povinnost tuto ochranu poskytnout. Další výhodou způsobu řešení sporů je skutečnost, že se Středisko na tento druh sporů specializuje a má bohatou rozhodovací praxi.

Středisko nabízí jak **smírčí,** tak i **rozhodčí** řízení. V praxi je však dávána přednost rozhodčímu řízení, kdy nezávislí rozhodci mohou spor vzniklý z investice projednat a rozhodnout, zatímco v řízení smírčím může Smírčí komise pouze usilovat o dosažení dohody mezi spornými stranami a není oprávněná vydat pro strany závazné rozhodnutí.

S žádostí o rozhodčí (popř.smírčí) řízení se může na Středisko obrátit jak **stát**, tak **soukromý investor** (fyzická či právnická osoba), ale dosud se řízení zahajovalo vesměs na návrh soukromých právnických osob. V tomto případě může stát vyžadovat předchozí vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků. V písemné žádosti, která se podává tajemníkovi Střediska, musejí být uvedeny údaje týkající se sporných záležitostí, označení stran a jejich souhlas s rozhodčím řízením.

Aby byla dána **soudní pravomoc ICSID**, musí být podle ustanovení čl. 25 odst. 1 Washingtonské úmluvy splněny **kumulativně** následující podmínky. Musí se jednat **právní spor**:

- vznikající *přímo z investice*,
- mezi *smluvním státem a investorem* z jiného smluvního státu,
- ohledně kterého strany *písemně souhlasili s pravomocí ICSID*.

Interpretační potíže vyvolával pojem **písemného souhlasu stran ve sporu.** Z jurisdikce ICSID lze však učinit závěry, že za písemný souhlas stran ve sporu se

[97] Šturma, P.: K problematice dvoustranných dohod o ochraně investic a řešení sporů z nich, Právník 12/ 2001, str. 1273

pokládá převážně *kontrakt* mezi státem a investorem, *dvoustranná dohoda* o ochraně investic a *jednostranný právní akt* (příslib hostitelského státu, že se v případě sporu podrobí pravomoci Střediska). Sporné strany tedy nemusí uzavírat žádnou rozhodčí smlouvu, ale musí vyslovit s rozhodčím řízením souhlas.
Jestliže je dána pravomoc ICSID a obě strany se písemně dohodly, že svůj spor předloží před Středisko, tak se v případě rozhodčího řízení vytváří **Rozhodčí soud**, který se skládá z jednoho rozhodce, nebo jakéhokoli lichého počtu rozhodců, jmenovaných podle dohody stran. V případě, že se strany nedohodnou na počtu rozhodců a způsobu jejich jmenování, skládá se Rozhodčí soud ze tří rozhodců, z nichž jeden bude jmenován každou stranou a třetí, který bude předsedou Rozhodčího soudu, bude jmenován po dohodě stran. Jestliže se nepovede ani to, tak je k jmenování chybějících rozhodců oprávněn Předseda Správní rady ICSID, kterým je podle Washingtonské úmluvy Prezident Mezinárodní banky pro obnovu a rozvoj. Takto jmenovaní rozhodci nesmějí být občany smluvního státu, který je stranou ve sporu, ani smluvního státu, jehož investor je stranou ve sporu. Rozhodci mohou být jmenováni i z osob, které nejsou zapsány v seznamu rozhodců, který je veden u ICSID.

Podle ustanovení čl. 42 Washingtonské úmluvy Rozhodčí soud **rozhoduje v souladu s takovými pravidly, na nichž se strany dohodnou**. Není li takové dohody, použije se právo smluvního státu, který je stranou ve sporu (včetně jeho kolizních norem) a takové předpisy mezinárodního práva, které mohou být použity. V případě výslovného zmocnění stran mohou rozhodci rozhodovat podle zásady *ex aequo et bono*, tedy podle zásad spravedlnosti. Rozhodci mohou rozhodnout bez aplikace jakýchkoli právních předpisů, ale pouze na základě svého citu pro spravedlnost.
Rozhodčí řízení před ICSID pak probíhá podobně jako jiné rozhodčí řízení. Každá strana musí prokázat skutečnosti, jichž se dovolává na podporu svých nároků nebo protinároků. Rozhodčí řízení končí vydáním **rozhodčího nálezu**, který je vydán písemně a podepsán všemi rozhodci, kteří o něm hlasovali (rozhoduje většina hlasů všech členů soudu). Rozhodčí nález se musí zabývat každou otázkou předloženou Rozhodčímu soudu a musí být odůvodněn.

Oproti běžnému rozhodčímu řízení připouští Washingtonská úmluva **opravné prostředky**, a to výklad, přezkoumání a zrušení rozhodčího nálezu.
Výklad se týká sporu o výklad nebo rozsah rozhodčího nálezu a provádí ho pokud možno Rozhodčí soud, který rozhodčí nález vydal.

O **přezkoumání rozhodčího nálezu** může požádat každá strana, jestliže zjistí nějaké skutečnosti takové povahy, která rozhodujícím způsobem ovlivňuje rozhodčí nález, za předpokladu, že tato skutečnost nebyla známa ani Rozhodčímu soudu a ani žadateli a žadatelova neznalost této skutečnosti nebyla způsobená nedbalostí. Žádost o přezkoumání musí být uplatněna do 90 dnů po zjištění této skutečnosti, nejpozději do tří let ode dne, ke kterému byl vzdán rozhodčí nález. Tento nález bude přezkoumávat Rozhodčí soud, který rozhodčí nález vydal.

O **zrušení rozhodčího nálezu** může požádat každá strana, jestliže existuje jeden nebo více následujících důvodů podle ustanovení čl. 52 odst. 1 Washingtonské úmluvy:

- Rozhodčí soud *nebyl řádně vytvořen*,
- Rozhodčí soud zjevně *překročil svoji pravomoc*,
- na straně člena Rozhodčího soudu se vyskytla *korupce*,
- došlo k závažnému *porušení* základních *procesních pravidel*,
- v rozhodčím nálezu *nebyly uvedeny důvody*, na nichž je založen.

Tato žádost musí být uplatněna do 120 dnů ode dne, ke kterému byl vynesen rozhodčí nález kromě případů, kdy je zrušení požadováno z důvodů korupce. V případě korupce musí být žádost uplatněna do 120 dnů od zjištění korupce a v každém případě do tří let ode dne, ke kterému byl rozhodčí nález vydán. O zrušení rozhodčího nálezu **rozhoduje tříčlenný Výbor ad hoc**, který je vybrán ze seznamu rozhodců Střediska a tento výběr provede Prezident Mezinárodní banky pro obnovu a rozvoj. Členem tohoto výboru nemůže být rozhodce, který vynesl rozhodčí nález, nesmí mít stejnou národnost jako kterýkoliv z rozhodců, kteří vydali napadený rozhodčí nález, a nesmí být občanem státu, který je stranou ve sporu, nebo státu, jehož občan je stranou ve sporu.

Výbor ad hoc má právo rozhodčí nález zrušit nebo zrušit kteroukoli jeho část. Jestliže by byl rozhodčí nález zrušen, může kterákoli strana podat žádost o projednání sporu novým Rozhodčím soudem.

Rozhodčí nález je pro strany závazný a nemůže být předmětem odvolání nebo jiného opravního prostředku kromě těch, které stanoví Washingtonská úmluva. Každý smluvní stát této úmluvy se zavázal uznávat podle jejich ustanovení vydané rozhodčí nálezy za závazné a na svém území vymáhat plnění peněžitých závazků uložených rozhodčích nálezech. Rozhodčí nálezy jsou ve smluvních státech vykonávány stejným způsobem jako pravomocná rozhodnutí vydaná státními soudy.

Řešení sporů před ICSID poskytuje na jedné straně určitou jistotu, protože rozhoduje podle procesních pravidel obsažených ve Washingtonské úmluvě a podle

navazujících Rozhodčích pravidel. Navíc jednotlivé rozhodčí tribunály na ICSID často odkazují na dřívější nálezy, takže existuje určitá předvídatelnost a kontinuita takové arbitráže. [98]

6.5 Přemístění sídla zahraniční právnické osoby na území České republiky

Další formou podnikání zahraničních právnických osob (v širším smyslu) je přemístění jejich sídla na území ČR. Podle ustanovení **§ 26 odst. 1** ObchZ může zahraniční právnická osoba přesunout na naše území své sídlo, jen když jsou současně splněny následující podmínky:

- *jde o právnickou osobou založenou podle cizího práva za účelem podnikání;*
- *právnická osoba má sídlo v zahraničí;*
- *přemístění sídla umožňuje mezinárodní smlouva, jež je pro ČR závazná a je vyhlášena ve Sbírce zákonů nebo ve Sbírce mezinárodních smluv.*

Za stejných podmínek může své sídlo do zahraničí přemístit i česká právnická osoba založena za účelem podnikání. Náš obchodní zákoník tedy **umožňuje přesun sídla jenom v případě, že tak stanoví mezinárodní smlouva.** Je nutno říct, že toto ustanovení nebylo v praxi využito, protože žádná taková smlouva nebyla zatím uzavřena.

Právní teorie řeší otázku, jestli se přesunem sídla zahraniční právnické osoby rozumí přesun jejího zapsaného nebo skutečného sídla, jestliže mezi nimi není soulad. I. Pelikánová se domnívá, že: *„ustanovení § 26 ObchZ evidentně směruje k sídlu zapsanému a vazbu na sídlo skutečné nevyjadřuje"* [99], zatímco Z. Kučera[100] a T. Chobola[101] mají za to, že se musí jednat *o sídlo skutečné*. Domnívám se, že vzhledem k formulaci ustanovení **§ 26 odst. 2** ObchZ, jež stanoví, že **přemístění sídla je účinné ode dne jeho zápisu do obchodního rejstříku,** měl zákonodárce na mysli přemístění sídla zapsaného.

Zahraniční právnická osoba, která přemístí své sídlo do tuzemska, se stane zápisem svého sídla do obchodního rejstříku v ČR **českou právnickou**

[98] Šturma, P.: K problematice dvoustranných dohod o ochraně investic a řešení sporů z nich, Právník 12/ 2001, str. 1289

[99] Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. 1 Díl. 3. aktualizované a doplněné vydání. Praha: Linde Praha, 2003, str. 264

[100] In Stuna, S. a kol,: Obchodní zákoník s podrobným komentářem. Praha: Trizonia, 1992, str. 40

[101] Chobola, T.: Svoboda usazování zahraničních společností v právu ČR. Právní rozhledy, 2004, č. 16, s. 603

osobou, a bude se na ni proto vztahovat v celém rozsahu veřejnoprávní úprava podnikání v ČR. Přesunem jejího sídla tedy dojde ke **změně státní příslušnosti** ve smyslu cizineckého práva, protože základní znak, který odlišuje zahraniční osobu od české, je umístění sídla mimo území České republiky. Zahraniční právnická osoba přesunem sídla na naše území nezaniká, jenom se v jednom prvku přeměňuje. Základním smyslem ustanovení § 26 je **zachování kontinuity právnické osoby** i při přemístění do jiného státu. V opačném případě by to znamenalo, že by zahraniční osoba, která již v zahraničí nechce podnikat, ale chce podnikat v České republice, musela být zrušena a zlikvidována a teprve pak znovu založena na našem území.

Obchodní zákoník umožňuje přemístění sídla **oběma směry**. Nemůže ovšem ovlivnit, zda právnická osoba bude uznána státem nového sídla. Právě z tohoto důvodu obsahuje formulace vazbu na mezinárodní smlouvu. Pokud se v zemi nového sídla bude uplatňovat inkorporační princip, tak k uznání této osoby může dojít i bez existence mezinárodní smlouvy. Složitější by bylo, kdyby se v zemi nového sídla uplatňoval princip sídla, protože tato země osobu neuzná, pokud nesplní podmínky jejího právního řádu.

Přemístit své sídlo mohou **pouze právnické osoby**, neboť jen ty vůbec sídlo jako takové mají. Útvary, které mají pouze omezenou právní subjektivitu (tzv. jiné než fyzické a nikoli právnické osoby) podle právního řádu, podle něhož jsou založeny, tedy nesplňují požadavek subjektu právnické osoby a nemohou tak ani přemístit své sídlo[102]. Dále je tato možnost omezena pouze pro osoby, které jsou založeny **za účelem podnikání**[103]. Přemístění sídla je tedy odepřeno podnikatelům podle formy.

Přemístěním sídla se sice zahraniční osoba změní na českou, ale **nezmění se její osobní statut, protože vnitřní právní poměry této osoby se i nadále řídí právním řádem státu, podle něhož byla založena.** V zájmu ochrany třetích osob je v ustanovení **§ 26 odst. 3** ObchZ stanoveno, že ručení společníků se řídí právním řádem státu, podle něhož byla založena, ale nesmí být nižší než stanoví české právo pro tutéž nebo obdobnou formu právnické osoby. Takže po přesunu sídla na území ČR se nebude jednat o běžnou českou společnost, ale zachová si některé rysy cizozemce.

[102] Pauknerová, M. : Společnosti v mezinárodním právu soukromém - k novému vývoji v českém právu a v právu Evropských Společenství. Právník 3/2002, str. 325

[103] Lochmanová, L. : Podnikání zahraničních osob v České republice z pohledu obchodního zákoníku. Právo a podnikání 6/1998, str. 13

Po vstupu ČR do Evropské unie byl do § 26 ObchZ doplněn nový odstavec. V ustanovení **§ 26 odst. 4** ObchZ je zakotveno, že přemístění sídla právnické osoby z i do ČR je přípustné také v případech a za podmínek stanovených právem Evropských společenství či zvláštním zákonem.

V *primárním* právu Evropských společenství má přemístění sídla z jednoho státu EU do jiného povahu „usazení se" podle ustanovení čl. 43/2 SES, a představuje tzv. primární svobodu usazování (viz kapitola 5.2.3). Z ustanovení čl. 43 odst. 2 však nelze dovodit oprávnění společností přesunout své sídlo na území jiného členského státu. Úprava primární svobody usazování je ponechána na právních řádech členských států.

V *sekundárním* právu ES je primární svoboda usazování přiznána nadnárodním formám společností, a to následujícími nařízeními:

- *nařízení č. 2157/01 o Statutu evropské společnosti,* které bylo do českého právního řádu provedeno zákonem č. *627/2004 Sb., o evropské společnosti,*
- *nařízení č. 2173/85 o vytvoření Evropského hospodářského zájmového sdružení,* které bylo povedeno zákonem č. *360/ 2004 Sb., o Evropském hospodářském zájmovém sdružení,*
- *nařízení č.1453/03 o Statutu evropské družstevní společnosti.*

Tato nařízení umožňují přemístění sídla těchto nadnárodních společností z jednoho členského státu do druhého bez zrušení a znovu založení těchto společností. Nařízení představuji v této oblasti velký pokrok.**Jiné společnosti**, tedy společnosti založené podle národního práva, však dosud **tuto operaci nemohou uskutečňovat.** Jejich mobilita je možná jenom cestou usazení se (ve smyslu sekundární svobody usazování se - tedy vytvářením organizačních složek, poboček nebo dceřiných společností) nebo hostování [104].

[104] Pelikánová, I.: Obchodní právo. I díl, Praha: ASPI, a.s., 2005, str.180, taky i v Pauknerová, M.: Svoboda usazování obchodních společností a mezinárodní právo soukromé ve světle novějších rozhodnutí ESD. Právník, 2004/12, str.1169

7 Podnikání zahraničních osob podle živnostenského zákona

Živnostenský zákon má v našem právním řádu postavení obecné úpravy podmínek podnikání. **Za živnostenské podnikání (živnost) se považuje činnost, která je provozována samostatně, vlastním jménem, na vlastní odpovědnost, za účelem dosažení zisku a za podmínek stanovených ŽZ**. Je to podnikání ve smyslu ustanovení § 2 odst. 1 ObchZ, ale od této obecné definice se liší právě tím, že podléhá režimu ŽZ, je to tedy činnost užší, a tak nelze mezi živnost a podnikání položit rovnítko.
Živnostenský zákon se vztahuje na veškeré podnikání, pokud není z jeho působnosti vyloučeno a podřízeno zvláštní speciální úpravě. V ustanovení § 3 odst.1[105] jsou z působnosti ŽZ vyňaté činnosti, které nejsou nikde upraveny a v ustanovení § 3 odst. 2 a 3 jsou vyňaty činnosti, které jsou upraveny zvláštními předpisy- jako je třeba výkon svobodných povolání a dále podnikání v oblasti peněžního a kapitálového trhu, pojišťovnictví a oborů velkého průmyslu. Z pojmu živnostenského podnikání je vyloučen v ustanovení § 4 ŽZ i pronájem nemovitostí, bytových a nebytových prostorů, pokud s pronájmem nejsou poskytovány další služby, jiné než základní.

7.1 Formální reciprocita a pojem zahraniční osoby v ŽZ

Živnost může na našem území provozovat fyzická nebo právnická osoba, která splní podmínky, které jsou stanoveny v ŽZ. V ustanovení **§ 5 odst. 2 ŽZ** je zakotvena **formální reciprocita**, *podle které mohou zahraniční osoby provozovat živnost za stejných podmínek a ve stejném rozsahu jako české osoby, pokud ze ZŽ nebo zvláštního zákona nevyplývá něco jiného.*

Kritériem pro určení statutu zahraniční osoby je **bydliště fyzické osoby** mimo území ČR (ZŽ má na mysli trvalý pobyt) nebo **sídlo právnické osoby** mimo tuzemska. Jestliže zahraniční osoba na našem území provozuje živnost, tedy podniká, považuje se tato činnost ve světle komunitární terminologie za usazení této osoby na našem území za účelem podnikání.
Vzhledem k tomu, že ŽZ používá kriterium trvalého pobytu pro posouzení, zda se jedná o českou nebo zahraniční fyzickou osobu, tak se může stát, že podle ŽZ bude **za českou osobu považován i cizinec, kterému byl na našem území povolen trvalý pobyt** podle příslušných ustanovení cizineckého zákona. Trvalý

[105] Živnosti např. není provozování činnosti vyhrazené zákonem státu nebo určené právnické osobě, využívaní výsledků duševní tvůrčí činnosti, chráněných zvláštními zákony, jejich původci a autory, provádění archeologických výzkumů atd.

pobyt lze bez čekací lhůty získat jen za taxativně stanovených podmínek v ustanovení § 66 odst. 1[106]. Jinak může každý cizinec získat povolení k trvalému pobytu jen za podmínky *nepřetržitého pobytu* v tuzemsku v délce 5 let.[107] Postavení české osoby pro účely provozování živnosti mají i osoby, kterým byl udělen na území ČR **azyl**. Podle ustanovení § 76 zákona o azylu má azylant trvalý pobyt na území po dobu platnosti rozhodnutí o udělení azylu.

Za cizince se podle cizineckého zákona považuje i **občan EU**, ale platí pro něj zvláštní ustanovení. Stejný režim jako pro občany EU platí i pro státní příslušníky zemí Evropského hospodářského prostoru a Švýcarské konfederace. Podle ustanovení § 87g cizineckého zákona obdrží občan Evropské unie povolení k trvalému pobytu za taxativně vyjmenovaných podmínek, zejména po jeho *nepřetržitém přechodném pobytu* v délce 5 let na našem území. Pokud tedy cizinec nespíní výše uvedené podmínky pro vydání trvalého pobytu, bude na něj hleděno jako na zahraniční osobu.

7.2 Podmínky provozování živnosti zahraničními osobami

Po vstupu ČR do Evropské unie byl ŽZ novelizován a začal výrazněji rozlišovat mezi zahraničními osobami z členských států EU a zahraničními osobami ze třetích zemí. Toto rozlišování se projevuje zejména ve zjednodušení administrativního procesu pro zahraniční osoby z členských států EU, které by neměly mít nepříznivější podmínky pro podnikání, než občané ČR.

7.2.1 Povinnost zahraničních osob předložit povolení k pobytu

V ustanovení **§ 5 odst. 5 ŽZ** je stanoveno, že: *„zahraniční fyzické osoby, které hodlají na území ČR provozovat živnost a které mají dle zvláštního zákona povinnost mít pro pobyt na území České republiky povolení, musí k ohlášení živnosti a k žádosti o koncesi doložit doklad prokazující udělení víza k pobytu nad 90 dnů nebo povolení k dlouhodobému pobytu"*. V tomto ustanovení ŽZ odkazuje

---

[106] § 66 odst. 1 cizineckého zákona zní takto: „ Povolení k trvalému pobytu se bez podmínky předchozího nepřetržitého pobytu na území vydá cizinci:

a) který o vydání tohoto povolení žádá z humanitárních důvodů, zejména:
1. je-li manželem azylanta a manželství vzniklo před vstupem azylanta na území,
2. je-li nezletilým dítětem azylanta nebo dítětem, které je závislé na péči azylanta, pokud nepožádá o udělení azylu, nebo
3. byl-li v minulosti státním občanem ČR,
b) který o vydání tohoto povolení žádá z jiných důvodů hodných zvláštního zřetele,
c) na jeho žádost, pokud je jeho pobyt na území v zájmu ČR, nebo,
d) který o vydání tohoto povolení žádá jako nezletilé nebo zletilé nezaopatřené dítě cizince, jenž na území pobývá, na základě trvalého pobytu, je-li důvodem společné soužití těchto cizinců".

[107] Podle ustanovení § 67 odst. 1 lze trvalý pobyt získat i po 4 letech nepřetržitého pobytu cizinci, který na území pobývá v rámci přechodného pobytu po ukončení řízení o udělení mezinárodní ochrany, jestliže cizinec o to požádá neprodleně po ukončení mezinárodní ochrany a jestliže toto řízení trvalo nejméně 2 roky.

na cizinecký zákon, dle kterého nemají povinnost[108] mít povolení k pobytu na území ČR zejména státní příslušníci EU, Evropského hospodářského prostoru (tj. Norsko, Island a Lichtenštejnsko) a Švýcarské konfederace. Pobyt občanů tzv. *„třetích států"* na našem území, tj. občanů ze zemí mimo EU, EHP a Švýcarsko, podléhá vízové povinnosti, pokud se nejedná o občany států, ze kterými má ČR sjednanou dohodu o zrušení vízové povinnosti nebo pokud byla vízová povinnost zrušena nařízením vlády ČR.[109] Z toho vyplývá, že **zahraniční fyzické osoby ze členských států EU nemusí dokládat** k žádosti o živnostenské oprávnění **žádné povolení k pobytu,** protože tyto osoby nemají povinnost mít na našem území pobyt.

Ostatní cizinci musí povolení k pobytu dokládat, ale je potřeba říct, že ŽZ byl novelizován i v tomto směru. Novela vyřešila situace, kdy ostatním cizincům ještě nebylo uděleno povolení k pobytu, ani jim nevzniklo oprávnění k provozování živnosti. Před novelou bylo povolení k pobytu předpokladem vzniku živnostenského oprávnění a naopak, a tak vznikala pro ostatní cizince, kteří nejsou občany EU, neřešitelná situace, kdy nebyli schopni prokázat splnění podmínek ani pro vznik živnostenského oprávnění, ani pro udělení povolení k pobytu. Nyní ale podle ustanovení § **47 odst. 7 a 8 ŽŽ** v případě, že ostatní cizinci prokáží splnění všech ostatních podmínek pro provozování živnosti (s výjimkou povolení pobytu), vydá jim živnostenský úřad pro účely řízení o povolení k pobytu potvrzení o tom, že k datu jeho vydání splňují všeobecné a zvláštní podmínky k provozování živnosti. Toto potvrzení neopravňuje cizince k provozování živnosti avšak slouží jako poklad pro řízení o povolení k pobytu. V případě, že cizinec předloží povolení k pobytu do 6 měsíců od vydání potvrzení, vydá mu živnostenský úřad do 15 dnů průkaz živnostenského oprávnění.

Podle věty druhé ustanovení § 5 odst. 5 ZŽ se povinnost doložit povolení k pobytu **na ostatní cizince nevztahuje** v případě, že hodlají na území ČR provozovat živnost prostřednictvím organizační složky svého podniku.

7.2.2 Podmínky předkládaní cizojazyčných dokladů cizinci

Vzhledem k tomu, že zahraniční osoby musí živnostenským úřadům předkládat různé cizojazyčné doklady, které slouží jako podklady pro řízení o vydání

[108] Občan EU, EHP a Švýcarska nepotřebuje k pobytu na území ČR do 3 měsíců žádné povolení k pobytu. V případě, že bude chtít pobývat na území ČR na dobu delší než tři měsíce (z titulu výkonu zaměstnání, studia, podnikání...), je podle ustanovení § 87a **oprávněn (nikoli povinen)** požádat o vydání potvrzení o přechodném pobytu. Toto povolení však není podmínkou pro jeho pobyt na území ČR, a to ani v případě výkonu zaměstnání, podnikání, studia, či jiné činnosti.

[109] Občané tzv. „třetích států mohou na území ČR pobývat bez víza po dobu až 3 měsíců. Jedná-li se však o pobyt za účelem výdělečné činnosti (např. výkon zaměstnání), jsou tito cizinci povinni požádat o povolení k zaměstnání, vydané úřadem práce, a následně o udělení víza.

živnostenského oprávnění, živnostenský zákon stanoví v ustanovení **§ 5 odst. 3 a 4** podmínky předkládaní těchto dokladů. ŽZ stanoví, že cizojazyčné doklady musí být předloženy včetně jejich překladů do českého jazyka provedeného tlumočníkem zapsaným do seznamu znalců a tlumočníků. Pravost podpisu a otisku razítka na originálech dokladů, které byly vydány v zahraničí, musí být ověřena. To znamená, že dokument musí být opatřen buď *apostilou* popřípadě *superlegalizací* [110].

Požadavek na provedení překladu a ověření pravosti podpisu a otisku razítka výše uvedeným způsobem se však nevztahuje na doklady předložené státním příslušníkem členského státu EU nebo právnické osoby se sídlem, ústřední správou nebo hlavním místem své podnikatelské činnosti v členském státu EU, pokud nejsou pochybnosti o správnosti překladu, popřípadě o pravosti podpisu nebo otisku razítka. Toto ustanovení představuje zjednodušení pro zahraniční osoby z EU, ale je potřeba říct, že při posuzování správnosti překladu nebo pravosti otisku a podpisu bude hrát velkou roli vůle úředníků, jež budou tyto doklady posuzovat.

Doklady o vzdělaní vydané v zahraničí musí být opatřeny nostrifikační doložkou podle zvláštního právního předpisu[111] a v případě dokladů o vysokoškolském vzdělání osvědčením podle zákona č. 18/2004 Sb. o uznání odborné kvalifikace (viz níže). I v tomto směru je pro doklady vydané v členských státech EU stanovena výjimka, protože povinnost předkládat doklady opatřené nostrifikační doložkou nebo osvědčením o uznání se na tyto doklady podle ustanovení **§ 46 odst. 5** nevztahuje.

7.2.3 Všeobecné a zvláštní podmínky provozování živnosti

Živnostenský zákon rozlišuje dva druhy podmínek živnostenského podnikání, a to podmínky všeobecné, které musí splňovat každý živnostník a podmínky zvláštní, které spočívají v odborné nebo jiné způsobilosti, které je nutno splnit, má-li být provozován určitý druh živnosti s výjimkou živností volných.Tyto podmínky musí splňovat jak osoba česká, tak i zahraniční.

Všeobecnými podmínkami provozování živnosti fyzickými osobami jsou podle ustanovení **§ 6 ŽZ** :

---

[110] V případě, že se jedná o dokument ze státu, který je signatářem Haagskej úmluvy o zrušení požadavku ověřování cizích veřejných listin ze dne 5.10.1961, postačí když je dokument opatřen ověřovací doložkou, tzv. **apostilou**, V ostatních případech je vyžadováno vyšší ověření listin, tzv. **superlegalizace** podle ustanovení § 62 ZMPS. S některými státy má ČR uzavřenou dvoustranní mezinárodní smlouvu o právní pomoci, ve které jsou specifikovány veřejné listiny, jež jsou osvobozeny od vyššího ověření.

[111] Vyhláška č. 12/2005 Sb., o podmínkách uznání rovnocennosti a nostrifikace vysvědčení vydaných zahraničními školami.

a) dosažení věku 18 let
b) způsobilost k právním úkonům,
c) bezúhonnost,
d) skutečnost, že fyzická osoba, pokud na území ČR podniká nebo podnikala, nemá na svém osobním účtu evidovány *daňové* nedoplatky z tohoto podnikání, dále nedoplatky *na platbách pojistného na sociální zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti* a nedoplatky na *pojistném na veřejné zdravotním pojištění.*

Živnostenský zákon stanoví i výjimku z těchto podmínek, a to v ustanovení **§ 12 ŽŽ**, podle kterého lze provozovat živnost jménem a na účet osoby, která nemá plnou způsobilost k právním úkonům z důvodu nedostatku věku nebo rozhodnutí soudu. Předpokladem toho je souhlas soudu daný na návrh zákonného zástupce osoby, která nemá plnou způsobilost. Se souhlasem soudu pak zákonný zástupce ustanoví odpovědného zástupce.

Zvláštními podmínkami provozování živnosti je podle ustanovení **§ 7 ŽZ** především **odborná nebo jiná způsobilost** (kvalifikace), která je vyžadována živnostenským zákonem nebo zvláštními předpisy. Pro *řemeslné* živnosti jsou podmínky kvalifikace upraveny přímo v živnostenském zákoně a pro *vázané* a *koncesované* živnosti je stanoví zvláštní předpisy nebo příloha ŽZ. Pro *volné ohlašovací* živnosti nejsou stanoveny žádné kvalifikační předpoklady. Vládním nařízením č. 209/2001 Sb. je stanoven seznam živností, jejichž výkon je podnikatel povinen zajistit pouze fyzickými osobami splňujícími odbornou způsobilost stanovenou tímto nařízením (např.kosmetická činnost, manikúra, pedikúra, průvodcovská činnost apod.).

Tyto kvalifikační požadavky musí splňovat i zahraniční osoba. V rámci harmonizace našeho právního řádu s právem EU přijala ČR zákon *č. 18/2004 Sb., o uznávaní odborné kvalifikace*, který upravuje pro účely volného pohybu osob mezi členskými státy EU postup správních úřadů a profesních komor při uznávaní odborné kvalifikace pro zahájení závislé i nezávislé činnosti na území ČR, pokud byla odborná kvalifikace pro výkon této činnosti získána nebo tato činnost byla vykonávána v jiném členském státu státními příslušníky členských států. Tento zákon vychází ze zásady, že *od zahraničních osob z členských států EU lze vyžadovat jenom splnění těch podmínek, které zvláštní zákon vyžaduje od občanů ČR.*

Podle ustanovení § 5 zákona o uznávaní odborné kvalifikace je osoba usazená v jiném členském státě EU oprávněna dočasně poskytovat služby na našem území, aniž požádá o uznání odborné kvalifikace. Toto ustanovení je velmi důležité z hlediska volného pohybu služeb, protože **pro dočasné poskytování**

služeb na našem území zahraničními osobami z členských států EU není předepsáno ani uznání odborné kvalifikace. Uznávací orgán je oprávněn přezkoumat odbornou kvalifikaci těchto osob jenom v případě, že existuje důvodné podezření z ohrožení veřejného zájmu a zájmu ochrany jednotlivých osob nebo že je podezření z neoprávněného podnikání. Zjistí-li tento orgán nedostatky, může výkon této činnosti omezit nebo zakázat.
Taktéž podle ustanovení **§ 69** živnostenského zákona nebude podnikatel z členského státu EU při dočasném poskytování služeb na našem území potřebovat české živnostenské oprávnění. Toto ustanovení stanoví, že státní příslušníci členského státu EU a právnické osoby se sídlem, ústřední správou nebo hlavním místem své podnikatelské činnosti v EU, kteří mají oprávnění provozovat podnikatelskou činnost na území některého z členských států EU, mohou na území České republiky dočasně poskytovat služby v rozsahu svého podnikatelského oprávnění v souladu s čl. 49 a násl. článků SES. Jedinou povinností těchto osob je, že v případě kontroly jsou povinny prokázat oprávnění poskytování služeb.

7.2.4 Odpovědný zástupce zahraniční osoby

Podnikatel může provozovat svoji živnost prostřednictvím **odpovědného zástupce**, kterým může být podle **§ 11 ŽŽ** jenom *fyzická osoba* ustanovená podnikatelem, která *odpovídá za řádný provoz živnosti a za dodržování živnostenských předpisů a je k podnikateli ve smluvním vztahu*. Tato osoba musí dále splňovat všeobecné a zvláštní podmínky provozování živnosti podle § 6 odst. 1 písm. a) až c a § 7 ŽZ a musí se zúčastňovat provozování živnosti v potřebném rozsahu. Další podmínkou je, že nikdo nesmí vykonávat tuto funkci pro více než dva podnikatele.
Až do novely ŽZ, která byla provedena zákonem č. 214/2006 Sb.[112] měly všechny české i zahraniční právnické osoby povinnost ustanovit odpovědného zástupce. Od 1.1.2007 však toto neplatí a **povinnost ustanovit odpovědného zástupce** má podle **§ 11 odst. 4 ŽŽ** jen podnikatel, který je **fyzickou osobou nebo právnickou osobou a nesplňuje zvláštní podmínky provozování živnosti podle § 7**, pokud se nejedná o ohlašovací živnost provozovanou průmyslovým způsobem. Česká právnická osoba ustanoví do funkce odpovědného zástupce osobu, která je jejím statutárním orgánem, nebo jeho členem a která splňuje podmínky pro výkon této funkce. Zahraniční právnická osoba ustaví do funkce odpovědného zástupce vedoucího organizační složky podniku umístěné na území ČR, který splňuje podmínky stanovené ŽZ pro výkon této funkce. Nelze-li

[112] Zákon č. 214/2006 Sb. je účinný od 1.1.2007

ustanovit odpovědného zástupce z výše uvedených osob, ustanoví podnikatel odpovědného zástupce z jiných osob.
Podnikatelé mohou ustanovit odpovědného zástupce i v případech, kdy to ŽZ nepožaduje. Funkci odpovědného zástupce může podle mého názoru vykonávat i zahraniční fyzická osoba pokud splňuje požadavky pro výkon této funkce, protože nikde není stanoveno, že musí mít bydliště na území ČR[113].

7.3 Živnostenské oprávnění zahraniční osoby

Právo provozovat živnost vzniká českým právnickým osobám již zapsaným do obchodního rejstříku, právnickým osobám, které se do rejstříku nezapisují a fyzickým osobám (i českým i zahraničním) podle ustanovení **§ 10 odst. 1 ŽZ**:
a) dnem ohlášení u ohlašovacích činností (pokud je v ohlášení uveden pozdější den vzniku , tak vzniká tímto dnem),
b) dnem nabytí právní moci rozhodnutí o udělení koncese.

Zahraničním osobám, které se zapisují do obchodního rejstříku, vznikne živnostenské oprávnění podle ustanovení **§ 10 odst. 8 ZŽ** *až* **zápisem do obchodního rejstříku,** ačkoli živnostenský list nebo koncesní listina jim je vydána před tímto zápisem. V tomto případě nemůže vzniknout živnostenské oprávnění způsoby uvedenými v § 10 odst. 1 ŽZ, protože podle ustanovení § 21 ObchZ vznikne zahraniční osobě právo podnikat až ke dni zápisu této osoby do obchodního rejstříku. Zahraniční osoby však musejí ohlásit živnost a nebo požádat o udělení koncese ještě před samotným zápisem.
Zahraniční fyzická osoba, která za účelem podnikání v České republice **nezřizuje organizační složku,** ohlašuje živnost nebo podává žádost o koncesi živnostenskému úřadu podle *místa povoleného pobytu*, jestliže nelze určit místní příslušnost tímhle způsobem, pak se určí podle *jejího místa podnikání* na území ČR. **Zahraniční fyzická osoba,** která za účelem podnikání **zřizuje na našem území organizační složku,** ohlašuje živnost živnostenskému úřadu *podle umístění organizační složky podniku*, to samé platí i o místní příslušnosti **zahraniční právnické osoby**, která má na našem území umístěnou organizační složku.
Ohlášení živnosti nebo žádost o koncesi se podávají na tiskopise vydaném Ministerstvem průmyslu a obchodu, na tzv. jednotném registračním formuláři.

[113] Je potřeba říct, že před vstupem do EU byly podmínky pro ustanovování odpovědných zástupců přísnější. Novely ŽZ odstranily požadavky na prokázaní znalostí českého jazyka, trvalého pobytu, předložení potvrzení o tom, že zástupce nemá nedoplatky na daních, platbách sociálního zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti. Dále odpovědný zástupce již nemusí být v pracovněprávním poměru k podnikateli.

K ohlášení živnosti nebo žádosti o koncesi musí **zahraniční fyzická osoba** dle ustanovení **§ 46 odst. 1 ŽZ** připojit následující přílohy:

- *doklad prokazující bezúhonnost, kterým je výpis z rejstříku trestů ne starší než 3 měsíce*
  - v případě, že je fyzická osoba státním příslušníkem členského státu, doloží doklad tohoto státu nebo členského státu posledního pobytu. Jestliže tento stát výpis z evidence trestů nevydává, předloží fyzická osoba *prohlášení o bezúhonnosti* ve smysli § 6 odst. 1 písm. c) učiněné před notářem nebo orgánem členského státu, nebo státu posledního pobytu. Doklad o bezúhonnosti může být nahrazen *dokladem o uznání odborné kvalifikace*, pokud prokazuje i splnění podmínky bezúhonnosti;
  - jestli je občanem jiného státu (mimo EU, EHP a Švýcarsko), tak doloží výpis z rejstříku trestů vydaný státem, jehož je fyzická osoba občanem
- *výpis z rejstříku trestů odpovědného zástupce, jestliže je ustanoven;*
- *doklad prokazující odbornou kvalifikaci fyzické osoby nebo jejího odpovědného zástupce, pokud je vyžadována;*
- *povolení k pobytu podle ustanovení § 5 odst. 5 ŽZ,* jestliže se jedná o fyzickou osobu, která musí mít na našem území povolení k pobytu;
- *doklad prokazující právní důvod užívaní prostor*, do nichž umístil místo podnikání, liší-li se od bydliště, nebo k objektu, v němž je na území ČR umístěna organizační složka podniku zahraniční osoby. Postačí i písemný souhlas vlastníka nemovitosti nebo jiné osoby oprávněné s nemovitostí nakládat, že s umístěním souhlasí. Dokládá se i výpis z katastru nemovitostí;
- *prohlášení odpovědného zástupce, že souhlasí s ustanovením do funkce a s převzetím jeho povinností.* Jeho podpis musí být úředně ověřen, pokud neučiní toto prohlášení před živnostenským úřadem;
- *doklad o zaplacení správního poplatku* (1000,- Kč za jednu živnost)
- *doklad o tom, že nemá daňové nedoplatky a nedoplatky na platbách pojistného na sociální zabezpečení a příspěvku na státní politiku nezaměstnanosti, ne starší než 3 měsíce*[114]*, pokud na území ČR podnikala nebo podniká.*

Zahraniční právnická osoba připojí k ohlášení živnosti nebo žádosti o koncesi podle ustanovení **§ 46 odst. 2 ŽZ**:

- *všechny výše uvedené dokumenty ohledně odpovědného zástupce,* je-li ustanoven (výpis z rejstříku trestů, prohlášení, doklad o kvalifikaci);

[114] Skutečnosti ohledně daní a platbách pojistného na sociální zabezpečeni se prokazují potvrzením příslušného finančního úřadu a příslušné okresní správy sociálního zabezpečení. V případě, že tyto doklady nejsou doloženy, tak si tyto skutečnosti ověří živnostenský úřad u příslušného orgánu státní správy nebo v příslušném informačním systému veřejné správy.

- *doklad o existenci zahraniční právnické osoby* (tj. výpis z obchodního či obdobného rejstříku vedeného ve státě sídla ne starší než 3 měsíce a doklad o tom, že její organizační složka podniku na území ČR byla zapsána v obchodním rejstříku, pokud již byl zápis proveden, a doklad o provozování podniku v zahraničí. Doklad o provozování podniku v zahraničí nemusí předkládat právnická osoba z členského státu EU);
- *doklad prokazující právní důvod pro užívaní prostor* (např. nájemní smlouva, kupní smlouva, písemné prohlášení vlastníka nemovitosti nebo osoby oprávněné s nemovitostí nakládat, že s umístěním sídla souhlasí) v nichž je na území ČR umístěna organizační složka podniku zahraniční osoby, není-li ohlašovaná adresa již zapsaná v obchodním rejstříku nebo jiné evidence, pokud je tento doklad stanoven jako podmínka zápisu do této evidence. Dále se přikládá výpis z katastru nemovitostí;
- *doklad o zaplacení správního poplatku.*

Má-li ohlášení zahraniční osoby náležitosti, které jsou uvedeny v § 45 a 46 ŽZ, podnikatel splňuje podmínky stanovené ŽZ a netrvá-li překážka provozování živnosti, živnostenský úřad vydá nejpozději **do 15 dnů živnostenský list**[115]. Jestliže ohlášení nemá potřebné náležitosti a podnikatel neodstraní závady ve lhůtě určené k odstranění závad, živnostenské oprávnění ohlášením nevznikne.

Žadatel o vydání koncese předkládá žádost s obdobnými náležitostmi, jaké jsou stanoveny pro ohlášení živnosti. Má-li žádost vady, je stanovena 30 -denní lhůta od doručení žádosti pro to, aby živnostenský úřad vyzval žadatele k odstranění vad a stejně jako při vadném ohlášení k tomu určil nejméně 15 denní lhůtu. Odstraní-li žadatel vady, bude zahájeno projednání žádosti. V opačném případě řízení zastaví. Živnostenský úřad rozhodne o žádosti o koncesi do 60 dnů ode dne podání žádosti, pokud není v příloze č. 3 stanoveno jinak. **Koncesní listinu** vydá podnikateli do 15 dnů ode dne nabytí právní moci rozhodnutí o udělení koncese.

Jakmile je zahraniční osobě, která se zapisuje do obchodního rejstříku doručen živnostenský list nebo koncesní listina, začíná běžet ode dne doručení těchto listin **90-denní lhůta** k podání návrhu na zápis zahraniční osoby do obchodního rejstříku. V případě, že zahraniční osoba nepodá návrh na zápis do obchodního rejstříku v této lhůtě nebo nebude-li zápisu vyhověno, musí zahraniční osoba tyto

[115] V současné době je v Poslanecké sněmovně ČR projednáván vládní návrh novely ŽZ (v 2. čtení), kterým by mělo dojít k výrazné novelizaci ŽZ. Cílem této novely je zjednodušení administrativy a ušetření správních poplatků pro podnikatele. Největší změnou by mělo být **zrušení živnostenských listů a koncesních listin**, které nyní slouží jako průkaz živnostenského podnikání. Podle novely je **nahradí výpis ze živnostenského rejstříku.** Další novinkou je zrušení místní příslušnosti živnostenských úřadů a podnikatel tak bude moct ohlásit živnost nebo požádat o koncesi na jakémkoli živnostenském úřadu. Lze jenom doufat, že tato novela opravdu ulehčí podnikatelům jejich podnikání.

doklady neprodleně vrátit živnostenskému úřadu a podnikatelské oprávnění této osoby nevznikne.

8 Podnikání zahraničních osob podle některých zvláštních právních předpisů

Z působnosti živnostenského zákona byly v ustanovení § 3 vyloučeny činnosti, které se považují za podnikání, ale buď nejsou nikde upraveny nebo jsou upraveny zvláštními předpisy. Tyto činnosti jsou tedy **neživnostenským podnikáním**. Některé z těchto činností jsou vyhrazeny pouze fyzickým osobám, jiné pouze právnickým osobám a další mohou být vykonávány jak fyzickými tak právnickými osobami. V této kapitole se budu zabývat úpravou podnikání zahraničních osob ve dvou zvláštních zákonech. Jeden upravuje činnost, která patří mezi tzv. svobodná povolání, a to činnost advokátů a druhý upravuje činnost profese, která je podrobena zvláštnímu dozoru a licenčnímu řízení, a to činnost bank.

8.1 Zákon o advokacii

Poskytování právních služeb a výkon advokacie je upraveno v zákoně č. *85/1996 Sb., o advokacii*, v platném znění (dále jen ZOA). Tento zákon se stal první skutečně harmonizující úpravou svobodného povolání. Upravuje vznik oprávnění provozovat advokátní činnost, a to i pro zahraniční osoby.
Podle ustanovení **§ 2 odst. 1** jsou na území České republiky oprávněni poskytovat právní služby **advokáti** a **evropští advokáti**.

Advokátem je podle ustanovení **§ 4** zákona o advokacii ten, kdo je **zapsán v seznamu advokátů** vedeném Českou advokátní komorou. Komora zapíše do seznamu advokátů každého, kdo na základě písemné žádosti splní taxativně stanovené podmínky v ustanovení **§ 5** ZOA:

a) *plná způsobilost k právním úkonům,*
b) *ukončené vysokoškolské vzdělání v rámci magisterského studijního programu v oblasti práva v ČR nebo v zahraničí* (pokud tak stanoví mezinárodní smlouva, kterou je ČR vázána, anebo je toto vzdělání uznáno podle zvláštních předpisů),
c) *vykonání tříleté právní praxe jako advokátní koncipient,*
d) *bezúhonnost,*
e) *komu nebylo uloženo kárné opatření vyškrtnutí ze seznamu advokátů nebo na nehož se hledí, jako by mu toto kárné opatření nebylo uloženo,*

f) kdo nebyl vyškrtnut ze seznamu advokátů podle ustanovení § 7b odst. 1 písm. e) nebo f), nebo uplynula-li od vyškrtnutí doba pěti let,

g) kdo není v pracovněprávním nebo pracovním vztahu anebo ve služebním poměru, s výjimkou pracovního poměru:

- ke Komoře,

- k advokátovi nebo k právnické osobě zřízené k výkonu advokacie,

- vysokoškolského učitele, nebo

- vědeckého pracovníka v oboru právo, pokud se jedná o pracovní poměr k Akademii věd ČR nebo k instituci v její působnosti,

ani nevykonává jinou činnost neslučitelnou s výkonem advokacie,

h) složení advokátní zkoušky,

i) složení slibu do rukou předsedy Komory.

Zákon o advokacii připouští, aby byla do seznamu advokátů zapsána i osoba, která nesplňuje všechny tyto podmínky.

Podle ustanovení **§ 5a** ZOA komora zapíše každého kdo splňuje podmínky uvedené v ustanovení **§ 5 písm. a) a d) až g**. To znamená že u této osoby nebude požadováno ukončení vysokoškolského právnického vzdělání v ČR nebo zahraničí a vykonávání tříleté koncipientské praxe. Ale zákon tady stanoví další podmínky:

- osoba musí prokázat, že *je* **oprávněna poskytovat právní služby** *v jiném státě za* podmínek slučitelných s tímto zákonem,a
- musí složit **uznávací zkoušku** podle ustanovení § 54 odst. 3 ZOA (uznávací zkouškou se ověřují znalosti právních předpisů o poskytování právních služeb a základní znalosti o právním řádu ČR. Lze ji vykonat i v některém z cizích jazyků používaných běžně v mezinárodním styku.).

Advokát, který bude takto zapsán do seznamu advokátů, však nebude plnoprávním kolegou jiných advokátů, kteří splnili podmínky podle ustanovení § 5 ZOA, protože jeho advokátní činnost bude na našem území **omezena** – bude oprávněn poskytovat služby *pouze v oblasti práva státu, v němž získal oprávnění k poskytování právních služeb a v oblasti mezinárodního práva.*

Komora zapíše do seznamu advokátů podle ustanovení **§ 5b** ZOA na základě písemné žádosti po složení slibu i **evropského advokáta**, který splňuje podmínky v ustanovení § 5 písm. a) a d) až g) a který prokáže, že:

- poskytoval v ČR bez podstatnějšího přerušení **právní služby jako usazený evropský advokát** po dobu alespoň **tří let** (podmínka tří let může být za určitých okolností stanovených v ustanovení § 5b odst. 2 prominuta),

- právní služby poskytoval v oblasti práva České republiky.

Podle ustanovení **§ 5c** ZOA komora zapíše do seznamu advokátů i **státního příslušníka ze států EU nebo EHP**, který splňuje podmínky v ustanovení § 5 písm. a) a d) až g) a který prokáže:

- že splnil podmínky **profesního vzdělání a praxe stanovené v domovském státě** k získání oprávnění k poskytování právních služeb pod profesním označením domovského státu (§ 2 odst. 1 písm. b ZOA),
- složí **zkoušku způsobilosti** podle ustanovení § 54 odst. 2 ZOA (Zkouškou se prověřují znalosti z ústavních předpisů ČR, z práva veřejného a soukromého, včetně schopnosti výkladu a použití právních předpisů na konkrétní případ, jakož i znalosti stavovských předpisů, avšak s přihlédnutím k tomu, že žadatel splnil podmínky k tomu, aby ve svém domovském státě poskytoval právní služby pod profesním označením tohoto státu. Tuto zkoušku lze vykonat pouze v českém nebo slovenském jazyce.).

Advokáti mohou vykonávat advokacii samostatně, nebo společně s dalšími advokáty ve sdružení nebo jako společníci obchodní společnosti, anebo v pracovním poměru.

8.1.1 Evropští advokáti

Pojem evropského advokáta byl do českého právního řádu zakotven *zákonem č. 228/2002 Sb.*, který s účinností od 1.5.2004 výrazně novelizoval a harmonizoval zákon o advokacii se třemi směrnicemi Evropských společenství[116]. Tato novela umožňuje, aby advokát z kteréhokoli členského státu EU nebo EHP měl oprávnění v ČR působit jako hostující nebo jako usazený evropský advokát, a to za podmínek uvedených v ZOA (viz níže). Zároveň je potřeba říct, že i čeští advokáti mají naprosto stejné možnosti vykonávaní jejich činnosti v ostatních členských státech EU nebo EHP.

Zákon o advokacii definuje **evropského advokáta** v ustanovení **§ 2 odst. 1 písm. b)** jako *fyzickou osobu, která je státním příslušníkem některého z členských*

[116] Jsou to následující směrnice:
- Směrnice č. 77/249/EHS k usnadnění účinného uplatňování svobody poskytovat služby právníky,
- Směrnice č. 89/48/EHS o obecné úpravě pro uznávání vysokoškolských diplomů udělených po ukončení nejméně tříletého odborného vzdělání
- Směrnice č. 98/5/ES k usnadnění trvalého výkonu povolání právníka v jiném členském státě než v tom, ve kterém byla získána kvalifikace

států EU a EHP a která v tomto státě získala oprávnění poskytovat právní služby (v domovském státě) pod profesním označením svého státu oznámeným ve sdělení Ministerstva spravedlnosti vyhlášeném ve Sbírce zákonů. Povinnost vystupovat pod profesním označením svého státu platí identicky i pro usazeného i pro hostujícího advokáta a toto označení musí být vyjádřeno v oficiálním jazyku nebo v jednom z oficiálních jazyků domovského státu.

Zákon o advokacii **dělí evropského advokáta na hostujícího a usazeného advokáta,** a to podle formy poskytování právních služeb a způsobu jejich regulace. Evropští advokáti jsou oprávněni na našem území poskytovat **veškeré právní služby,** tedy včetně služeb spočívajících v zastupování před soudními nebo jinými orgány včetně obhajoby v trestním řízení, a to i tehdy, kdy podle českého právního předpisu platí advokátní přímus (povinnost povinného zastoupení advokátem). Pokud evropský advokát poskytuje právní služby spočívající v zastupování v soudním nebo správním řízení a příslušný právní předpis stanoví povinné zastoupení advokátem, musí evropský advokát, a to po dohodě se svým klientem, ustanovit českého advokáta jako svého **konzultanta** v otázkách procesního práva, které mohou být v daném správním nebo soudním řízení řešeny. Konzultantem může být ustaven i zmocněnec pro doručování (viz níže). Požadavek ustanoveného konzultanta vyplývá ze specifik procesních předpisů ČR, která čeští advokáti ovládají vzhledem ke svým zkušenostem a vzdělání nepochybně lépe než evropští advokáti. Konzultant je oprávněn být přítomen se souhlasem evropského advokáta při všech úkonech, u kterých je oprávněn být evropský advokát.

Zákon o advokacii dále vyžaduje, aby evropští advokáti oznámili soudu nebo jinému orgánu **adresu sídla konzultanta** (nebo zmocněnce pro doručování) při prvním úkonu, který vůči ním učiní. Dokud tuto podmínku evropský advokát nesplní, není oprávněn právní služby dále poskytovat. Základním důvodem pro stanovení této podmínky je zejména vyloučení obtížného doručování písemností do zahraničí.

Kromě zvláštních ustanovení ZOA, která upravují konkrétní postavení, práva a povinnosti evropských advokátů, a souvisejících stavovských předpisů České advokátní komory se na výkon právních služeb evropskými advokáty na území ČR vztahují i ostatní ustanovení ZOA, včetně předpisů o kárné odpovědnosti .

8.1.2 Hostující evropský advokát

Za hostujícího evropského advokáta je podle ustanovení § 35f až § 35k ZOA považován evropský advokát, který poskytuje své právní služby na našem území buď **dočasně nebo příležitostně.** Na rozdíl od českého a usazeného evropského

advokáta **nemůže** být hostující advokát členem sdružení ani společníkem obchodní společnosti. Není oprávněn účastnit se sněmu a nemůže být volen do orgánů Komory. Dále není oprávněn sepisovat smlouvy o převodu nemovitostí, zástavní smlouvy a smlouvy o převodu podniku nebo nájmu podniku nebo jeho části a nemůže činit prohlášení o pravosti podpisu.

Při **poskytování právních služeb** jako je **zastupování v řízení** před soudy nebo jinými orgány, včetně obhajoby v trestním řízení, je hostující evropský advokát **povinen dodržovat předpisy,** které jsou stanoveny *českým právním řádem a stavovským předpisem pro advokáty.* Pokud tyto předpisy některou otázku *neupravují*, je hostující evropský hostující advokát povinen dodržovat povinnosti, které jsou stanoveny *předpisy domovského státu*.

Při poskytování **jiných** právních služeb (udělování právních porad, sepisování listin, zpracování právních rozborů a další formy právní pomoci) je hostující evropský advokát povinen dodržovat povinnosti, které jsou stanoveny *předpisy domovského státu*. Pokud tyto předpisy některou otázku *neupravují*, tak se bude postupovat podle určených *ustanovení ZOA* (ustanovení §35i odst. 2) jakož i ustanovení některých *zvláštních předpisů*, které se týkají poskytování právních služeb. Toto ale neplatí, když dodržování povinností podle ZOA a jiných předpisů nelze po hostujícím evropském advokátovi vzhledem ke všem okolnostem, a zejména ke skutečnosti, že se jedná o dočasné nebo příležitostné poskytování právních služeb rozumně požadovat (kromě práv a povinností podle ustanovení § 16, 17, § 19 až 21 a § 24 odst. 1 a 2).

Jestliže hostující advokát poskytuje právní služby **bez podstatnějšího přerušení po dobu jednoho měsíce,** je povinen oznámit Komoře **adresu místa** v ČR pro doručování písemnosti Komory. Jestliže tuto adresu neoznámí, má se za to, že písemnost pro něj určena, bude uložena a účinky doručení písemnosti nastávají třetím dnem uložení. V případě že evropský hostující advokát zastupuje svého klienta před soudem nebo jinými orgány, včetně obhajoby v trestním řízení, je povinen ustanovit advokáta jako svého **zmocněnce pro doručování písemností.**

Hostující evropský advokát je **povinen prokázat** Komoře, soudu nebo jinému orgánu příslušným dokladem nebo doklady vydanými v domovském státě své **oprávnění** poskytovat v domovském státě právní služby pod profesním označením. Tento průkaz oprávnění musí předložit s jeho úředně ověřeným překladem do českého jazyka. Dokud hostující evropský advokát nesplní tuto povinnost, není oprávněn dále poskytovat právní služby.

8.1.3 Usazený evropský advokát

Druhým typem evropského advokáta, který může na území ČR působit, je usazený evropský advokát, kterého postavení je upraveno v ustanoveních § 35l až 35n ZOA. Základním rozdílem mezi hostujícím a usazeným evropským advokátem je, že usazený evropský advokát poskytuje své právní služby na našem území **soustavně** a **zapisuje se do seznamu evropských advokátů**, který je veden Komorou. Aby byl usazený evropský advokát zapsán do tohoto seznamu, musí kromě písemné žádosti doložit i následující doklady:

- doklad o tom, že evropský advokát je *státním příslušníkem* některého z členských států EU nebo EHP,
- *průkaz o profesní způsobilosti (oprávnění) vydaný domovským státem* ne starší než tři měsíce,
- doklad o *pojištění* pro případ odpovědnosti za škodu způsobenou poskytováním právních služeb, a to v rozsahu, jakém lze rozumně předpokládat, že by jej mohla taková odpovědnost postihnout.

Jak jsem již výše uvedla, evropský usazený advokát může být Komorou zapsán do **seznamu advokátů** na základě své písemné žádosti po složení slibu, jestliže poskytoval právní služby v oblasti práva ČR, a to bez podstatnějších přerušení jako usazený evropský advokát po dobu alespoň tří let.

Usazený evropský advokát **může** být *členem sdružení* nebo *společníkem veřejné obchodní společnosti*. Dále *má právo účastnit se sněmu*, nemůže však být volen do orgánů Komory. Jeho sídlo se zapisuje do seznamu evropských advokátů. Evropský usazený advokát se dále může v rámci svého oprávnění dát zastoupit jiným advokátem a při jednotlivých právních úkonech právní pomoci také jeho zaměstnancem nebo advokátním koncipientem.

8.1.4 Oprávnění vykonávat advokacii a zápis do obchodního rejstříku

Zákon o advokacii se vůbec o zápisu do obchodního rejstříku **nezmiňuje.** Oprávnění vykonávat advokacii vzniká usazenému evropskému advokátovi zápisem do seznamu advokátů, zatímco hostujícímu advokátovi vzniká toto oprávnění již nabytím oprávnění poskytovat právní služby v domovském státě. S ohledem na ustanovení § 21 odst. 5 ObchZ není možné požadovat po evropském usazeném advokátovi kromě zápisu do seznamu advokátů i zápis do obchodního rejstříku. Ale mohla by mu vzniknout povinnost zápisu do obchodního rejstříku podle § 34 odst. 2 ObchZ stejně jako kterémukoli českému advokátovi. Stejně nepřichází v úvahu zapsání evropského hostujícího advokáta do obchodního

rejstříku. Ale jestliže by se měl na našem území usadit „neevropský advokát", bylo by zřejmě nezbytné ustanovení § 21 odst. 4 normálně použít [117].

8.2 Zákon o bankách

Sektor bankovnictví je také upraven zvláštním právním předpisem, kterým je zákon č. *21/1992 Sb., o bankách*, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZB"). Tento zákon upravuje nejen působení bank se sídlem na území ČR, včetně jejich působení mimo naše území, ale i některé vztahy související s působením **zahraničních bank** na území ČR.

Za **banky** se podle tohoto zákona považují *právnické osoby se sídlem v České republice, založené jako akciové společnosti, které přijímají vklady od veřejnosti a poskytují úvěry, a které mají k výkonu těchto činností bankovní licenci.* Jen kumulace všech těchto znaků dává právnické osobě povahu banky. ZB stanoví v ustanovení § 1 odst. 1, že ustanovení obchodního zákoníku o akciové společnosti se pro banky nepoužijí, pokud tento zákon nestanoví jinak.

Ve smyslu ZB je bankou i *spořitelna*, což plyne z ustanovení § 3 ZB, kde je stanoveno, že slovo banka a spořitelna, jejich překlady a slova od nich odvozená může užívat jenom subjekt, kterému byla udělena bankovní licence (výjimkou je případ, kde je zřejmé ze souvislosti, v níž je toto slovo použito, že se příslušná osoba nezabývá činností vymezenou ZB).

Banka může vykonávat kromě přijímaní vkladů od veřejností a poskytování úvěrů i jiné činnosti, má-li je povoleny v licenci, která ji je udělena (výčet činnosti je v ustanovení § 1 odst. 3 ZB). **Předmět podnikání banky je výlučný** v tom, že nikdo nesmí bez **bankovní licence** přijímat vklady od veřejnosti ani vydávat elektronické platební prostředky, pokud zákon nestanoví jinak (§ 2 ZB). Výlučnost předmětu podnikání banky je i v tom, že banka nesmí vykonávat jiné činnosti, než které ji ZB dovoluje. Předmět podnikání tedy není stejný u všech bank, protože musí vždy odpovídat konkrétní bankovní licenci. Bankovní licence bude udělena na základě žádosti společnosti, která musí jasně vymezit svůj budoucí předmět. O bankovní licenci rozhoduje Česká národní banka (její činnost je upravena zvláštním zákonem č. *6/ 1993 SB., o České národní bance*). Česká národní banka (dále jen „ČNB") vykonává i bankovní dohled nad činností bank.

S žádosti o bankovní licenci musí být předložen i návrh stanov. Žadatel musí mít základní kapitál nejméně 500 miliónů Kč a v nejméně této výši musí být základní kapitál tvořen peněžitými vklady a při podání žádosti musí být splacen. Další podmínky pro vydání licence stanoví v ustanovení § 4 odst. 5 ZB:

[117] Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. 1 Díl. 3. aktualizované a doplněné vydání. Praha: Linde Praha, 2003, str. 245

- průhledný a nezávadný původ základního kapitálu a dalších finančních zdrojů banky,
- způsobilost osob s kvalifikovanou účastí (§ 17a odst. 4) na bance k řízení banky,
- odborná způsobilost, zkušenosti a důvěryhodnost tzv. vedoucích zaměstnanců banky,
- technické a organizační předpoklady pro činnost banky, zejména její kontrolní a řídicí systém,
- obchodní plán banky s reálnými ekonomickými kalkulacemi,
- je-li banka součástí skupiny s úzkým propojením (§ 4 odst. 6), tak se požaduje transparentnost této skupiny a také to, aby úzké propojení nebránilo výkonu bankovního dohledu,
- sídlo budoucí banky musí být na území ČR.

8.2.1 Pobočky zahraničních bank na území České republiky

Bankovní činnosti mohou na našem území vykonávat i **pobočky zahraničních bank, které mají k tomu licenci podle ustanovení § 5 ZB**. Tady je třeba připomenout, že banka, která vytváří pobočku, zůstává zahraniční právnickou osobou a pobočka žádnou právní subjektivitu nemá. Na tom nic nemění ani fakt, že se pobočka zahraniční banky zapisuje do obchodního rejstříku (stejně jako banky se sídlem v ČR jsou povinny uložit u ČNB výpis z obchodního rejstříku) a že zákon o bankách označuje její název za obchodní firmu (§ 3 odst. 3 písm. b).
Zahraniční banka, která hodlá zřídit pobočku na území ČR, předloží žádost o licenci ČNB a současně se žádostí i vyjádření orgánu bankovního dohledu ze země sídla zahraniční banky k záměru založit pobočku v ČR a jeho prohlášení, že nad touto pobočkou bude vykonáván bankovní dohled. ČNB si před rozhodnutím o udělení licence vyžádá stanovisko Ministerstva financí. Pro udělení bankovní licence musejí být splněny podmínky v ustanovení § 5 odst. 4 ZB:

- dostatečný objem a průhlednost původu finančních zdrojů poskytnutých zahraniční bankou její pobočce s ohledem na rozsah a rizikovost podnikání pobočky,
- důvěryhodnost zahraniční banky a její dostatečná finanční síla s ohledem na rozsah podnikání pobočky,
- odborná způsobilost, zkušenosti a důvěryhodnost osob navrhovaných do vedení pobočky,
- technické a organizační předpoklady pro výkon navrhovaných činností pobočky, zejména její kontrolní a řídicí systém,

- obchodní plán vycházející s navrhované strategie pobočky s reálnými ekonomickými kalkulacemi,
- je-li zahraniční banka součástí skupiny s úzkým propojením, tak se požaduje transparentnost této skupiny a také to, aby úzké propojení nebránilo výkonu bankovního dohledu,
- zahraniční banka, která hodlá působit na území ČR prostřednictvím své pobočky, musí mít zapsané a skutečné sídlo ve stejném státě.

Zahraniční banky působící na našem území mají **právní formu** odpovídající právním řádům, podle nichž byly založeny. A tak nemůže být důvodem pro zamítnutí žádosti o bankovní licenci to, že právní forma zahraniční banky neodpovídá právní formě akciové společnosti.

8.2.2 Pobočky zahraničních bank z členských států EU

Jestliže se jedná o pobočky z členských států EU, bude pro ně platit zvláštní ustanovení **§ 5a** a násl. ZB, které odpovídají principům *volného pohybu služeb a osob* a zakotvují *jednotnou evropskou licenci*.

V ustanovení § 5a ZB je stanoveno, že *banky* a *osoby oprávněné k vydávání elektronických prostředků* se sídlem v členských státech EU mohou vykonávat činnosti podle ZB prostřednictvím **svých poboček bez licence,** pokud jim bylo uděleno oprávnění k jejich výkonu v zemi jejich sídla a pokud zahraniční osoba dodržela postup stanovený právem ES podle ustanovení § 5c až 5m. Tyto banky jsou dále za stejných podmínek oprávněny k provozování těchto činností i **bez založení pobočky**, pokud jejich provozování nemá charakter trvalé hospodářské činnosti.

Zákon tedy rozlišuje **usazení se**, spočívající v činnosti trvalého charakteru spojené se zřízením pobočky, a na druhé straně pouhé volné poskytování služeb (**hostování**), při němž banka pobočku nezřizuje.

Zákon o bankách v ustanovení **§ 5c** také upravuje **jednotnou evropskou licenci**, která spočívá v tom, že pokud byla licence vydaná v jednom členském státě EU (oprávnění k provozování taxativně vyjmenovaných činností podle **§ 5d** v domovském státě), bude tato licence platit pro celé území EU, tedy i v členském státě, kde banka založí svoji pobočku (v hostitelském státě). Táto licence platí i v případě, že banka vykonává činnosti podle § 5d a na našem území jenom hostuje.

ČNB může vyhláškou v souladu s mezinárodní smlouvou *rozšířit okruh států*, jejichž banky požívají při podnikání na území ČR stejné výhody jako banky se sídlem v členských států EU.

Na pobočky zahraničních bank z členských států EU se vztahuje *registrační povinnost daňových subjektů* podle zvláštního zákona a také mají *povinnost vést účetnictví* podle zvláštního zákona.

Tyto pobočky dále **nepodléhají zákonu o bankách, s výjimkou** ustanovení § 11 odst. 5, povinnosti poskytnout údaje podle ustanovení § 38 odst. 2 až 6, ustanovení týkajících se likvidity banky, provádění měnové politiky, oprávnění zúčtování bank (§ 20c) a ustanovení § 41m odst. 1 a 2. Pokud se pobočka zahraniční banky rozhodne účastnit platebního systému provozovaného ČNB podle ustanovení § 20b, vztahují se na ni právní předpisy upravující provoz tohoto systému. To samé platí v případě, že se pobočka rozhodne využít možnost podle ustanovení § 38a odst. 1 (vzájemné informování bank o klientech), banky pak budou postupovat podle ustanovení § 38a.

Jestliže zahraniční banka hodlá založit pobočku na území hostitelského státu, informuje o tom orgán dohledu domovského státu a sdělí mu informace podle ustanovení § 5f ZB:

- na území kterého členského státu hodlá založit pobočku,
- obchodní plán s výčtem předpokládaných činností,
- organizační strukturu pobočky,
- adresu v hostitelském státě, na které bude možno získat dokumenty,
- jména osob zodpovědných za řízení pobočky.

Pokud nemá orgán dohledu domovského státu pochybnosti o organizační struktuře a finanční situaci banky, předá do tří měsíců tyto informace spolu s údaji o výši kapitálu banky hostitelskému orgánu dohledu. Orgán dohledu hostitelského státu se pak do dvou měsíců od obdržení těchto informací připraví na dohled nad bankou, a je-li to nutné sdělí bance ustanovení právních předpisů, které upravují podmínky výkonu jejich činností na území hostitelského státu na základě oprávnění uděleného jí orgánem domovského státu. Po obdržení těchto informací nebo po marném uplynutí dvou měsíců může banka nebo oprávněná instituce začít podnikat na území hostitelského státu. V případě , že banka hodlá jen hostovat, oznámí tyto zamýšlené činnosti před prvním poskytnutím služby domovskému orgánu dohledu, který toto oznámení zašle do jednoho měsíce hostitelskému orgánu dohledu.

Dohled nad pobočkou banky vykonává **orgán dohledu domovského státu.** Dohled nad likviditou pobočky banky vykonává **orgán dohledu hostitelského**

státu (v našem případě je to ČNB podle ustanovení § 2 odst. 2 písm. d zákona o ČNB). Tato pobočka podléhá opatřením přijatým hostitelským státem v rámci jeho měnové politiky a v případě států, které přijali euro jako svou měnu, opatřením přijatým Evropskou centrální bankou. Tato opatření však nesmí být diskriminační.
Jestliže ČNB zjistí, že **pobočka banky porušuje právní předpisy** (zjistí nedostatky v činnosti pobočky zahraniční banky), požádá pobočku o ukončení tohoto protiprávního stavu. Nezjedná-li pobočka nápravu sama, ČNB informuje orgán dohledu domovského státu, který neprodleně přijme potřebná opatření k zajištění ukončení protiprávního stavu. Jestliže však protiprávní stav nadále trvá, je ČNB oprávněná postupovat podle ustanovení § 26 ZB a učinit tak opatření k ukončení protiprávního stavu, a je-li to nutné, k ukončení činnosti pobočky na území hostitelského státu.
Nesnese-li věc odkladu, může příslušný orgán hostitelského státu přijmout opatření na ochranu klientů banky. O těchto opatřeních musí být informována Komise ES a orgány dohledu dotčených států. Po konzultaci s orgány dohledu dotčených států může Komise ES přikázat orgánu hostitelského státu zrušit nebo změnit přijatá opatření.

Licence se uděluje na dobu neurčitou a není převoditelná na jinou osobu. V případě odnětí licence bance informuje domovský orgán dohledu neprodleně hostitelský orgán dohledu, který přijme potřebná opatření k ukončení činnosti banky na svém území a k ochraně zájmů vkladatelů.
Licence zaniká podle § 7a dnem:

- kterým nabývá právní moci rozhodnutí *o odnětí licence*,
- ke kterému se *banka zrušuje*, pokud se zrušuje s likvidací,
- od kterého podle rozhodnutí valné hromady dosavadní banka nadále nebude vykonávat činnost, ke které je třeba licence,
- *výmazu banky z obchodního rejstříku*, pokud zaniká bez likvidace.

Licence udělená zahraniční bance pro její pobočku zaniká rovněž dnem, ke kterému *zahraniční banka ukončí činnost své pobočky* na území ČR, a dále dnem, ke kterému *zahraniční banka pozbyla ve státě svého sídla oprávnění* působit jako banka.

9 Jiné formy podnikání zahraničních osob na území ČR

Zahraniční osoby (jak právnické, tak i fyzické) se mohou podílet na činnosti českých osob, aniž by se zakládala nová právnická osoba, nebo cizinec vstupoval do již existující právnické osoby, nebo na našem území zřizoval svoji organizační složku nebo podnik. Zahraniční osoby se tak mohou vyhnout všem administrativním překážkám spojených s vydáváním živnostenských listů, se zápisem do obchodního rejstříku, daňovým důsledkům spojeným s podnikáním v České republice, tj. podnikáním „vlastním jménem" podle ustanovení § 2 odst. 1 ObchZ. Jedná se tedy o tzv. nesubjektivní[118] formy podnikání, které nevykazují znaky podnikání podle ustanovení § 2 odst. 1 ObchZ.

Existuje několik možných způsobů, které však všechny mají jeden společný jmenovatel. Všechny dále uváděné způsoby, jak se lze v České republice podílet na podnikání, jsou založeny na základě **závazkově právních vztahů mezi zahraniční osobou a českou osobou**. Takový závazkově právní vztah může být založen zejména *smlouvou o sdružení*, *smlouvou o tichém společenství*, *smlouvou o obchodním zastoupení*, popřípadě i jiným smluvním typem (například na základě smluv inominátních, mandátních, komisionářských či smluv o zprostředkování[119]). Jelikož tady jde o soukromoprávní vztahy s mezinárodním prvkem, přichází v úvahu i aplikace jiného než českého práva. **Do 1.7.2006 se na všechny závazkově právní vztahy mezi zahraniční a českou osobou aplikovaly ustanovení § 9 o 10 ZMPS.**[120] Vzhledem k tomu, že od 1.7.2006 je v ČR účinná **Úmluva o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy ze dne 19.7.1980**

---

[118] Klimeš, F. : Zahraničně obchodní činnost. Právní praxe v podnikání 4/1993, str.3

[119] Růžička, K. : Obchodní zastoupení v mezinárodním obchodním styku. Profit rádce 31/1992, str. 1 a.

[120] Podle ustanovení § 9 ZMPS si účastníci mohli zvolit jakékoliv rozhodné právo. Jestliže si účastníci závazkového vztahu **nezvolí** rozhodné právo, použije se ustanovení **§ 10 ZMPS**, podle kterého se bude právní vztah řídit právním řádem, jehož použití odpovídá **rozumnému uspořádání daného vztahu**. Právní řád se bude určovat zpravidla podle sídla, či bydliště smluvní strany, jejíž plnění pro daný smluvní typ charakteristické a v ustanovení **§ 10 odst. 2 ZMPS** jsou výslovně uvedeny nejvýznamnější smluvní typy, mezi kterými je i *smlouva o obchodním zastoupení* a *smlouva o zprostředkování*. V případě, že smlouva o obchodním zastoupení nebo smlouva o zprostředkování neobsahuje ustanovení o volbě rozhodného práva, budou se tyto smlouvy řídit právem místa, kde má sídlo (bydliště) osoba, pro kterou zástupce nebo zprostředkovatel vykonává činnost, v době uzavření smlouvy. ZMPS ve **třetím odstavci § 10** předvídá i postup řešení *pro jiné smlouvy* a stanoví, že jiné smlouvy se spravují zpravidla právním řádem státu, v kterém obě strany mají sídlo (bydliště), nemají li sídlo (bydliště) v témže státě a uzavírá-li se smlouva mezi přítomnými, právním řádem místa, kde byla smlouva uzavřena. V případě, že byla uzavřena mezi nepřítomnými, bude se smlouva řídit právním řádem sídla příjemce návrhu na uzavření smlouvy.

(dále jen „Římská úmluva")[121], má aplikace této mezinárodní smlouvy přednost před aplikací českého práva, v tomto případě ZMPS. Římská úmluva se *použije* na závazky ze smluv, které mají vztah k právu různých zemí, tedy na smluvní závazky s mezinárodním prvkem. Úmluva se *nepoužije* na otázky statusové, jakož ani na smluvní závazkové vztahy ohledně závětí a dědění, majetkových vztahů mezi manželi, práv a povinností z rodinných vztahů, dále na závazkové vztahy ze směnek a šeků, rozhodčí smlouvy, otázky práva obchodních společností a podobně. Tato úmluva je založena na *principu univerzality*, a to v tom smyslu, že jestliže kolizní norma obsažená v Římské úmluvě odkáže na rozhodné právo, tak je toto právo použitelné, a to i v případě, že se jedná o právo státu který není smluvním státem. Tato smlouva se nedotýká platností jiných mezinárodních smluv jimiž jsou členské státy vázány.

Podobně jako ZMPS dává Římská úmluva přednost **volbě rozhodného práva**. Tato volba práva musí být vyjádřena výslovně nebo musí vyplývat s dostatečnou jistotou z ustanovení smlouvy nebo okolností případu, tj. musí být dostatečně určitá. V případě, že **nedošlo k volbě** rozhodného práva, bude se daný vztah dle Římské úmluvy řídit **právem země, s níž nejúžeji souvisí.** Římska úmluva přesně nedefinuje pojem „ právo země, s níž vztah nejúžeji souvisí", ale s určitými výhradami stanoví domněnku, že: *„ smlouva nejúžeji souvisí se zemí, v níž má strana, která je povinna plnit předmět smlouvy*[122]*, v době uzavření smlouvy obvyklé bydliště nebo v případě obchodní společnosti, sdružení nebo právnické osoby ústředí. Byla-li však smlouva uzavřena při výkonu povolání nebo při provozování živnostenské činnosti této strany, je danou zemí země, v níž se nachází hlavní provozovna, nebo má-li být v souladu s podmínkami smlouvy plněno v jiné než hlavní provozovně, je danou zemí země, v níž se nachází tato jediná provozovna"*[123]. I když Římská úmluva představuje veliký zásah do mezinárodního práva soukromého, je potřeba říct, že není od právní úpravy ZMPS zásadně odlišná.

---

[121] Římskou úmluvu původně podepsalo devět členských států Evropského hospodářského společenství 19. června 1980 a v platnost vstoupila v těchto zemích a v Řecku, které přistoupilo v roce 1984, 1. dubna 1991. Španělsko a Portugalsko se k Římské konvenci připojilo v roce 1992, Finsko a Švédsko v roce 1996. Všech deset nových členských zemí včetně České republiky podepsalo Římskou úmluvu 14.4.2005 v Lucemburku. Česká republika jí ratifikovala v prvním pololetí roku 2006 a byla publikována ve Sbírce mezinárodních smluv pod číslem 64/2006.

[122] Jestliže budeme podle tohoto ustanovení posuzovat rozhodné právo pro smlouvu o obchodním zastoupení, bude se tato smlouva řídit právním řádem obchodního zástupce (strana jež je povinna plnit předmět smlouvy), zatímco podle ZMPS se bude smlouva řídit právem státu zastoupeného.

[123] Ustanovení č. 4 odst. 2 Římské úmluvy.

Vzhledem k tomu, že Římská úmluva byla přijata jako mezinárodní smlouva, je hlavním cílem členských států Evropské unie převést tuto smlouvu do podoby komunitárního právního instrumentu (tzv. nařízení Řím I.[124]) a posílit tím jistotu účastníků právních vztahů v oblasti smluvních závazků s přeshraničním prvkem v rámci EU.

9.1 Smlouva o sdružení

Zahraniční osoby mohou společně s českými osobami vytvářet účelová sdružení podle ustanovení § 829 až 841 občanského zákoníku, které se týkají smlouvy o sdružení. Vzhledem k tomu, že se jedná o závazkový vztah, nebude smlouvou o sdružení založen žádný právní subjekt, natož právnická osoba, jak výslovně uvádí i ustanovení § 829 odst. 2 OZ, podle kterého sdružení nemá způsobilost k právům a povinnostem.
Občanský zákoník však v ustanovení § 830 stanoví povinnost pro všechny účastníky, aby, mimo jiné, vyvíjeli činnost k dosažení účelu, který je ve smlouvě o sdružení sjednán. Pro zahraniční osobu, která se účastní takového sdružení, tedy bude důležité, aby činnost, kterou má vykonávat podle smlouvy o sdružení, buď nebyla vykonávána na území České republiky, nebo aby k takové činnosti náš právní řád nevyžadoval živnostenské oprávnění. Taková činnost směřující ke sjednanému účelu sdružení může spočívat jak ve faktické činnosti (typicky hospodářské), ale i v pouhých právních úkonech. Ty bude zahraniční osoba, coby účastník sdružení, činit vlastním jménem, neboť sdružení nemá právní subjektivitu. Domnívám se, že v momentě, kdy by daná činnost měla podléhat úpravě živnostenského zákona, takové řešení by již pro zahraniční osoby přestalo být zajímavé a bylo by pro podnikání na našem území vhodnější zřídit na našem území podnik nebo organizační složku.

9.2 Smlouva o tichém společenství

Smlouva o tichém společenství je upravena v ustanoveních § 673 až 681 obchodního zákoníku. Touto smlouvou se zavazuje tichý společník poskytnout podnikateli určitý vklad a podílet se jím na jeho podnikání a podnikatel se zavazuje k placení části čistého zisku (§ 673 ObchZ). U tichého společenství tedy nebude vznikat riziko, že by tichý společník – zahraniční osoba potřebovala k součinnosti živnostenský list, protože se od

[124] Evropská komise přijala dne 15. 12. 2005 návrh nařízení rady a parlamentu o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy a na přípravě finální verze nařízení (Řím I.) se v současné době pracuje. V oblasti nemluvních závazkových vztahů bylo dne 11. července 2007 přijato tzv. nařízení Řím II., tedy nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) 864/2007.

něj jednoduše žádná činnost nevyžaduje. Práva a povinnosti vůči třetím osobám z podnikání vznikají zásadně pouze podnikateli. Oproti předchozí úpravě před přijetím obchodního zákoníku, již nevzniká žádná právnická osoba. Tichým společníkem se může stát jak fyzická, tak i právnická osoba.[125] Tato smlouva má obligatorně stanovenou písemnou formu. Smlouva o tichém společenství je podle ustanovení § 261 odst. 3 písm. d) ObchZ absolutně obchodním závazkovým vztahem, a proto se bude jakákoliv smlouva o tichém společenství řídit obchodním zákoníkem, bez závislosti na právní povaze tichého společníka, tj. zda je či není podnikatelem podle našeho právního řádu.

9.3 Smlouva o obchodním zastoupení

Obdobnou funkci, jako organizační složka zahraničního podniku, může plnit závazkově právní vztah založený smlouvou o obchodním zastoupení[126] podle ustanovení § 652 až § 672a ObchZ. Taky pro smlouvu o obchodním zastoupení předepisuje ObchZ písemní formu. Obsahem závazkového vztahu je podle ustanovení § 652 ObchZ závazek obchodního zástupce - nezávislého podnikatele - dlouhodobě pro zastupovaného vyvíjet činnost směřující k uzavírání určitého druhu smluv nebo takové smlouvy sjednávat a uzavírat jménem zastupovaného a na jeho účet. Typickým příkladem takovéto smlouvy bude smlouva o koupi zboží zahraničního podnikatele, který je v České republice prodává prostřednictvím svého obchodního zástupce. Za takovou činnost pak bude zahraniční osoba, tj. zastoupený, platit obchodnímu zástupci provizi, jejíž výše bude stanovena smlouvou, případně zvyklostmi podle místa činnosti obchodního zástupce a s ohledem na druh zboží.

Obchodní zákoník dělí obchodní zastoupení na výhradní a nevýhradní, avšak na obecné povaze tohoto závazkového vztahu uvedeného v předchozím odstavci nemá toto rozlišování vliv. V každém případě, bude-li obchodní zástupce činný na území České republiky, bude muset mít k činnosti, kterou vykonává pro zastoupeného, živnostenské oprávnění, pokud se na takovou činnost budou vztahovat předpisy o živnostenském podnikání. Podnikání obchodního zástupce totiž splňuje všechny znaky podnikání, které uvádí obchodní zákoník (§ 2 odst. 1 ObchZ)[127]. Obchodním zástupcem pro zastoupeného, který je zahraniční osobou, může být jak fyzická, tak i

[125] Růžička, K. : Právní úprava podnikání cizinců v tuzemsku. Právní praxe v podnikání 3/1992, str. 4
[126] Růžička, K. : Právní úprava podnikání cizinců v tuzemsku. Právní praxe v podnikání 3/1992, str. 5
[127] Černohlávek, J. : Obchodní zastupitelství zahraničních osob v České republice. Právo a podnikání 3/1993, str. 28

právnická osoba. Obchodní zákoník rovněž nevylučuje, aby obchodním zástupcem byla zahraniční osoba a zastoupeným osoba česká.

10 Nabývaní nemovitostí v České republice cizinci

Pro podnikání cizinců na území České republiky je důležitá i právní úprava nabývaní nemovitostí na českém území. V případě, že by právní úprava byla příliš restriktivní, mělo by to za následek nezájem cizinců o podnikání na našem území. Na druhé straně nesmí být tato úprava příliš volná, protože by mohlo dojít k situaci, kdy by většina nemovitostí na českém území byla vlastněna cizinci, kteří mají pro nákup nemovitostí lepší ekonomické možnosti než tuzemci.

Ve třetí kapitole jsem již uvedla, že podle čl. 11 odst. 2 LZPS může zákon stanovit, že určité věci mohou být pouze ve vlastnictví občanů nebo právnických osob se sídlem v České republice. Ústavní soud České republiky při výkladu tohoto ustanovení dovodil, že: *„čl. 11 odst. 2 LZPS je speciálním ustanovením k ústavnímu principu rovnosti všech subjektů ohledně nabývaní a ochrany vlastnického práva. Příkladem jeho promítnutí do právního řádu je ustanovení § 17 devizového zákona"*.[128] To znamená, že není porušením rovnosti, když zákon stanoví rozdílné podmínky pro nabývaní vlastnictví pro cizince a pro české státní občany.

Režim nabývaní nemovitostí cizinci je upraven ustanovením **§ 17 devizového zákona**. Pro nabývaní nemovitostí podle tohoto zákona je důležitá definice pojmů tuzemec a cizozemec. **Tuzemcem je podle ustanovení § 1 a) devizového zákona fyzická osoba s trvalým pobytem v České republice, nebo právnická osoba se sídlem v České republice.** Z toho vyplývá, že za tuzemce je dle devizového zákona považován i cizinec, který získal povolení k trvalému pobytu na území ČR. Naproti tomu je **cizozemec** v devizovém zákoně vymezen negativně, je jím **fyzická osoba nebo právnická osoba, které nebylo uděleno povolení k trvalému pobytu, resp. která nemá sídlo, na území ČR.** To znamená, že pro vymezení pojmů je určující trvalý pobyt či sídlo v tuzemsku, nikoliv občanství.

[128] Nález Ústavního soudu České republiky, Pl. ÚS 33/96 ze dne 4.6.1997 (Sb.n.u. US Svazek č. 8, Nález č. 67, str. 163, 185/1997 Sb.)

10.1 Přechodná období po vstupu ČR do Evropské unie

Vzhledem k tomu, že pro ČR je komunitární právo závazné, nelze opomenout komunitární právní úpravu ohledně investování do nemovitostí na území členských států EU. Podle ustanovení primárního komunitárního práva, a to **čl. 56 SES jsou zakázána všechna omezení pohybu kapitálu[129] a plateb, a to jak mezi členskými státy EU, tak i vůči třetím zemím mimo EU.** To znamená, že v případě, že příslušník členského státu nebo třetí země chce investovat do koupě nemovitosti na území členského státu, nemohou mu být kladeny žádná omezení. V době přistoupení České republiky do EU vyjednala Česká republika **dvě přechodná období** z tohoto pravidla, která jsou zakotvena v příloze č. V kapitoly 2 Aktu o podmínkách přistoupení, který je nedílnou součástí Smlouvy o přistoupení České republiky k EU ze dne 16.4.2003. Tyto přechodná období České republice umožňují, aby si po vstupu do EU zachovala určitá omezení v oblasti nabývaní nemovitostí vůči zahraničním osobám.

V Aktu o podmínkách přistoupení je stanoveno, že ČR může po dobu **7 let** ode dne přistoupení ponechat v platnosti pravidla ohledně **nabývaní zemědělské půdy a lesů** státními příslušníky členských států a společnostmi zřízenými podle práva jiného členského státu, které nejsou ani usazeny, ani zapsány do rejstříku v České republice stanovená devizovým zákonem, zákonem o úpravě vlastnických vztahů k půdě a jinému zemědělskému majetku[130] a dále zákonem o podmínkách převodu zemědělských a lesních pozemků z vlastnictví státu na jiné osoby[131]. ČR se zároveň zavázala, že v souvislosti s nabýváním zemědělské půdy a lesů osobami z jiných členských států v žádném případě nedojde ke zhoršení pravidel oproti stavu, který platil při podpisu Smlouvy o přistoupení a nebude s nimi zacházeno hůře, než se státním příslušníkem třetí země (*doložka nejvyšších výhod*). Dále bylo stanoveno, že na samostatně hospodařící zemědělce z členských států, kteří se budou chtít usadit a bydlet v ČR, bude platit stejný režim jako pro české státní příslušníky (*doložka národního zacházení*). Toto přechodné období může Komise na žádost ČR prodloužit o nejvýše tři roky, jestliže po uplynutí přechodného období nastanou vážná narušení nebo hrozba vážných narušení trhu se zemědělskou půdou v ČR.

V Aktu o podmínkách přistoupení je dále stanoveno, že ČR může po dobu **5 let** ponechat v platnosti pravidla stanovená devizovým zákonem ohledně **nabývání**

---

[129] Za kapitálové pohyby se podle přílohy I. směrnice Rady 88/361/EHS ze dne 24.6.1988 pokládají i investice do nákupu nemovitostí.

[130] Zákon č. 229/1991 Sb., o úpravě vlastnických vztahů k půdě a jinému zemědělskému majetku, v platném znění

[131] Zákon č. 95/1999., o podmínkách převodu zemědělských a lesních pozemků z vlastnictví státu na jiné osoby, v platném znění

objektů vedlejšího bydlení příslušníky členských států EU, kteří nebydlí v ČR a právnických osob z ostatních členských států, které nejsou na území ČR usazeny, nemají ani pobočku nebo zastoupení v ČR.

Po přistoupení ČR do EU byl výrazně novelizován devizový zákon a tato novela zásadním způsobem uvolnila možnost příslušníků členských států EU nabýt nemovitost na území ČR. Pro ostatní cizince tato novela nepřinesla žádnou změnu, a tak zřejmě i nadále bude pro ostatní cizince nejschůdnějším řešením, jak v ČR koupit nemovitost, koupit si ji prostřednictvím jimi vlastněné tuzemské právnické osoby nebo přes třetí osobu. Devizový zákon pro účely nabývaní nemovitostí člení nemovitosti do dvou skupin, a to na zemědělské a lesní pozemky a na ostatní nemovitosti.

10.2 Nabývání zemědělských a lesních pozemků cizinci

10.2.1 Devizový zákon

Ustanovení § 17 odst. 1) devizového zákona upravuje nabývaní *pozemků, které tvoří zemědělský půdní fond nebo do něj náleží*[132] *a pozemků určených k plnění funkcí lesa*[133] (dále jen zemědělské a lesní pozemky). Úprava devizového zákona se vztahuje pouze na zemědělské a lesní pozemky v **soukromém vlastnictví**.

Na základě tohoto ustanovení mohou zemědělské a lesní pozemky **bez omezení** nabývat:

a) tuzemci, s výjimkou osob uvedených v písmenu c),
b) cizozemci s českým státním občanstvím,

[132] Podle ustanovení § 1 odst. 2 a 3 zákona č. 334/1992 Sb., o ochraně zemědělského půdního fondu, v platném znění, **zemědělský půdní fond tvoří:** pozemky zemědělsky obhospodařované (orná půda, chmelnice, vinice, zahrady, ovocné sady, louky, pastviny a půda, která byla a má být nadále zemědělsky obhospodařována, ale dočasně obdělávána není. Dále zemědělský půdní fond tvoří rybníky s chovem ryb nebo vodní drůbeže a nezemědělská půda potřebná k zajišťování zemědělské výroby, jako polní cesty, pozemky se zařízením důležitým pro polní závlahy, závlahové vodní nádrže, odvodňovací příkopy, hráze sloužící k ochraně před zamokřením nebo zátopou, ochranné terasy proti erozi apod.

[133] Podle ustanovení § 3 odst. 1 zákona č. 289/1995 Sb., o lesích a změně a doplnění některých zákonů, v platném znění, **lesní pozemky tvoří:** pozemky s lesními porosty a plochy, na nichž byly lesní porosty odstaněny za účelem obnovy, lesní průseky a nezpevněné lesní cesty, nejsou –li širší než 4m, a pozemky, na nichž byly lesní porosty dočasně odstraněny na základě rozhodnutí orgánu státní správy lesů. Dále lesní pozemky tvoří zpevněné lesní cesty, drobné vodní plochy, ostatní plochy, pozemky nad horní hranicí dřevinné vegetace (hole), s výjimkou pozemků zastavěných a jejich příjezdních komunikací, a lesní pastviny a políčka pro zvěř, pokud nejsou součást zemědělského půdního fondu a jestliže s lesem souvisejí nebo slouží lesnímu hospodářství.

c) cizozemci s průkazem o povolení k pobytu pro státního příslušníka členského státu Evropských společenství (podle zákona č. 161/2006 Sb.[134] je nahrazen *„ potvrzením o přechodném pobytu na území České republiky občana Evropské unie*"), pokud jsou evidováni v evidenci zemědělských podnikatelů u příslušného obecního úřadu obce s rozšířenou působností v tuzemsku podle zvláštního zákona[135] a jejichž trvalý pobyt je alespoň 3 roky.

Z výše uvedeného vyplývá, že u zemědělských a lesních pozemků došlo pouze k částečnému uvolnění pro státní příslušníky EU, a to zejména z toho důvodu, že některé podmínky stanovené v písmenu c) jsou obtížně splnitelné. Je celkem nelogické, že zákonodárce po cizozemci – příslušníkovi členského státu bez trvalého pobytu na území ČR – požaduje kromě potvrzení o přechodném pobytu i to, aby měl na území ČR trvalý pobyt v délce tří let. A to zejména z toho důvodu, že okamžikem udělení povolení k trvalému pobytu se cizozemec stane tuzemcem, a tudíž může nabývat nemovitosti podle ustanovení v písm. a). V případě, že by šlo o samostatně hospodařícího zemědělce z členského státu EU, který se chce na území ČR usadit a bydlet, musel by tento zemědělec taky splňovat podmínku trvalého pobytu v délce tří let. Domnívám se, že v tomto případě je ustanovení devizového zákona v rozporu s Aktem o přistoupení, protože pro samostatně hospodařícího zemědělce neplatí stejný režim jako pro české státní příslušníky, a tedy je v rozporu s doložkou národního zacházení. Devizový zákon dále neumožňuje nabývat zemědělské a lesní pozemky ani cizozemcům – právnickým osobám podnikajícím v zemědělství, které si zde zřídí pouze organizační složku, přičemž zákon o zemědělství[136] umožňuje zápis organizačních složek do evidence zemědělských podnikatelů a tedy i jejich usazení v ČR. Domnívám se, že devizový zákon je i v tomto případě v rozporu s Aktem o přistoupení.

Ostatní cizozemci mohou nabývat zemědělské a lesní pozemky **pouze**:

1) děděním,
2) pro diplomatické zastoupení státu za podmínky vzájemnosti,
3) do společného jmění manželů, nichž pouze jeden je českým státním občanem nebo tuzemcem,
4) od příbuzného v řadě přímé, sourozence nebo manžela,

[134] Zákon č. 161/2006 Sb., ze dne 16.3.2006, kterým se mění zákon č. 326/1999 Sb., zákon o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů
[135] Zákon č. 252/1997 Sb., o zemědělství, ve znění pozdějších předpisů
[136] Ustanovení § 2f odst. 4 písm. b) zákona č. 252/1997 Sb., o zemědělství, v platném znění

5) výměnou za jiný zemědělský pozemek v tuzemsku, jehož cena zjištěna podle zvláštního právního předpisů,[137]
6) na základě předkupního práva z titulu podílového spoluvlastnictví,
7) jde –li o zemědělský pozemek, který tvoří jeden funkční celek s nemovitou stavbou v jejich vlastnictví, nebo
8) pokud tak výslovně stanoví zvláštní zákon.[138]

10.2.2Zákon o privatizaci státních zemědělských pozemků

Přechodné období v délce 7 let se vztahuje i na nabývaní zemědělských a některých lesních pozemků podle zákona č. 95/1999 Sb., o podmínkách převodu zemědělských a lesních pozemků z vlastnictví státu na jiné osoby, v platném znění (dále jen „zákon o privatizaci státních zemědělských pozemků"). Podle ustanovení § 4 tohoto zákona může zemědělské pozemky **ve vlastnictví státu** nabývat *„ fyzická osoba, která je státním občanem ČR, nebo občanem jiného členského státu EU s průkazem o povolení k pobytu pro státního příslušníka členského státu ES, pokud je evidován v evidenci zemědělských podnikatelů u příslušného obecního úřadu obce s rozšířenou působností podle zvláštního zákona, a jejich trvalý pobyt je alespoň 3 roky"*. Podle tohoto ustanovení je stanovena podmínka tříletého trvalého pobytu jak pro občany ČR, tak i pro občany ze členských států EU, a tedy na první pohled toto ustanovení neodporuje podmínce národního zacházení (u samostatně hospodářících zemědělců z jiných členských států EU), která je zakotvena v Aktu o podmínkách přistoupení. Na druhé straně podmínka tříletého trvalého pobytu v ČR nebude v převážně většině případů pro českého občana činit žádný problém, zatímco pro občana z jiného členského státu EU je získání trvalého pobytu mnohem obtížnější. Domnívám se, že v tomto případě opět dochází k porušení podmínky národního zacházení, protože podle předmětného ustanovení je postavení samostatně hospodářících zemědělců z EU zhoršeno. Navíc toto ustanovení může činit problémy českým občanům, kteří nemají na území ČR trvalý pobyt a chtějí se přesídlit zpět na české území a chtějí podnikat v zemědělství.

[137] Zákon č. 151/1997sb., o oceňování majetku, ve znění pozdějších předpisů
[138] Například zákon č. 403/1990 Sb., o zmírnění následků některých majetkových křivd, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 427/1990 Sb., o převodech vlastnictví státu k některým věcem na jiné právnické nebo fyzické osoby, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 92/1991 Sb., o podmínkách převodu majetku státu na jiné osoby, ve znění pozdějších předpisů.

10.3 Nabývaní ostatních nemovitostí cizinci

Nabývání **ostatních nemovitostí** cizinci je upraveno v ustanovení § 17 odst. 2 devizového zákona, podle kterého mohou ostatní nemovitosti **bez omezení** nabývat:

a) tuzemci,
b) cizozemci s českým státním občanstvím,
c) cizozemci s průkazem o povolení pobytu pro státního příslušníka členského státu Evropských společenství (nahrazen *„ potvrzením o přechodném pobytu na území České republiky občana Evropské unie"*),
d) cizozemci – právnické osoby, které umístí v tuzemsku podnik nebo organizační složku a jsou oprávněny v tuzemsku podnikat.

Od vstupu ČR do EU se výrazně zlepšilo postavení státních příslušníků z členských států EU, protože v současné době mohou nabývat nemovitosti po vyřízení potřebných formalit k získaní povolení k přechodného pobytu na území ČR. Vzhledem k tomu, že získaní povolení k přechodnému pobytu je mnohem jednodušší a rychlejší proces[139] než založení právnické osoby, je tento způsob nabývaní nemovitostí často využíván.

Ostatní cizinci mohou nabývat ostatní nemovitosti **pouze s omezením**, a to jenom následujícím způsobem:

1) děděním,
2) pro diplomatické zastoupení státu za podmínky vzájemnosti,
3) do společného jmění manželů, z nichž pouze jeden je českým státním občanem nebo tuzemcem,
4) od příbuzného v řadě přímé, sourozence nebo manžela,
5) výměnou za jinou nemovitost v tuzemsku, jejíž cena zjištěná podle zvláštního právního předpisu nepřevyšuje cenu původní nemovitosti zjištěnou podle zvláštního právního předpisu,
6) na základě předkupního práva z titulu podílového spoluvlastnictví,
7) výstavbou na vlastním pozemku,
8) jde-li o pozemek, který tvoří jeden funkční celek s nemovitou stavbou v jejich vlastnictví, nebo
9) pokud tak výslovně stanoví zvláštní zákon[140].

Pro ostatní cizince bude nadále nejjednodušším způsobem jak získat nemovitost, ji koupit prostřednictvím jimi vlastněných tuzemských právnických osob, nebo přes třetí osobu.

---

[139] V současné době lze přechodný pobyt vybavit do jednoho dne na počkání.
[140] Viz poznámka pod čarou č. 112

V souvislosti s nabýváním ostatních nemovitostí je potřeba připomenout, že v Aktu o podmínkách přistoupení, ve kterém je stanoveno přechodné obchodí v délce 5 let, není použitý pojem „ostatní nemovitosti", který je použit v devizovém zákoně, ale pojem „objekty vedlejšího bydlení". Pojem **„objekt vedlejšího bydlení"** náš právní řád nezná, ale lze předpokládat, že se jedná o pojem užší, než je pojem ostatních nemovitostí podle ustanovení § 17 odst. 2 devizového zákona, ve kterém ostatní nemovitosti představují všechny nemovitosti kromě zemědělských a lesních pozemků. Vzhledem k tomu, že ČR několikrát informovala Evropskou komisi, že požadované přechodné období se bude týkat *bytů, rodinných domů, víkendových domů, chat a pozemků sloužících pro výstavbu těchto nemovitostí, které zahrnuje pod pojem „ secondary residences"*[141], je potřeba poukázat na to, že pojem ostatních nemovitostí je širším pojmem než je pojem objekt vedlejšího bydlení, a zahrnuje i nemovitosti, které jednoznačné neslouží k bydlení (např. kanceláře, provozovny a jiné nebytové prostory). Z hlediska podnikání státních příslušníků z členských států EU může být právní úprava devizového zákona chápána jako vytváření administrativních překážek pro usazování v ČR, protože tuzemské nemovitosti může podnikatel-fyzická osoba z členského státu EU nakupovat, až když si vyřídí povolení k přechodnému pobytu, a to bez ohledu na to, zda chce nemovitosti nabývat za účelem bydlení v tuzemsku nebo pouze pro podnikání. Přitom však živnostenský zákon od fyzických osob z členských států EU povolení k přechodnému pobytu nevyžaduje, ale fyzické osoby z členských států EU musí živnostenskému úřadu prokázat vlastnické nebo užívací právo k objektům nebo místnostem provozovny. Vzhledem k výše uvedenému se domnívám, že rozsah omezení stanovený v devizovém zákoně je v současné době širší, než v Aktu o podmínkách přistoupení, protože se týká všech typů nemovitostí, včetně nemovitostí sloužících pro podnikání.

10.4 Vládní návrh na přijetí novely devizového zákona

Dne 28.2.2007 byl Poslanecké sněmovně ČR předložen Vládní návrh zákona, kterým se má novelizovat především devizový zákon a zákon o privatizaci státních zemědělských pozemků. Vládní návrh zákona je evidován jako Sněmovní tisk č. 156[142] a v současné době je ve druhém čtení. Podle důvodové zprávy je cílem

[141] Například v 2. dodatečné informaci ke kapitole 4 – Volný pohyb kapitálu Poziční dokumentu CONF-CZ 8/01

[142] Vládní návrh na vydání zákona, kterým se mění zákon č. 219/1995 Sb., devizový zákon, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 95/1999., o podmínkách převodu zemědělských a lesních pozemků z vlastnictví státu na jiné osoby a o změně zákona č. 569/1991 Sb., o Pozemkovém fondu České

vládního návrhu výhradně harmonizace ustanovení § 17 devizového zákona a § 4 zákona o privatizaci státních zemědělských pozemků s acquis communautaire, respektive s podmínkami platnými pro nabývání tuzemských nemovitostí zahraničními osobami po dohodnutá přechodná období po vstupu ČR do EU, které jsou zakotveny v Příloze č. V kapitoly 2 Aktu o podmínkách přistoupení[143]. Výše jsem již uvedla, že některá ustanovení stávajícího devizového zákona nejsou v souladu s Aktem o podmínkách přistoupení, a právě tyto nedostatky jsou předmětem vládního návrhu zákona. V případě, že by byl vládní návrh novely devizového zákona schválen, zmizel by ze zákona pojem ostatní nemovitosti, který by byl nahrazen pojmem **„objekty vedlejšího bydlení"**. *Pro podnikající cizince* na našem území by to znamenalo velkou změnu, protože by kromě zemědělských a lesních pozemků a objektů vedlejšího bydlení *mohli bez omezení nabývat všechny ostatní, v ustanovení § 17 neuvedené, nemovitosti* (např. nebytové prostory, kanceláře, výrobní haly apod.).

a) změny v ustanovení § 17 odst. 1 devizového zákona

Podle vládního návrhu zákona mohou zemědělské a lesní pozemky nabývat bez omezení:

- tuzemci,
- cizozemci s českým státním občanstvím,
- *cizozemci evidovaní v evidenci zemědělských podnikatelů u příslušného obecního úřadu obce s rozšířenou působností podle zvláštního právního předpisu*[144].

Podle této novely by tedy bylo umožněno nabývat zemědělské a lesní pozemky v soukromém vlastnictví i zahraničním soukromým zemědělcům a organizačním složkám zahraničních právnických osob, které se po splnění podmínek ustanovení § 2e a 2f zemědělského zákona zapíší do evidence zemědělských podnikatelů. Ustanovení § 2e odst. 1 stanoví řadu podmínek, které musí zemědělský podnikatel splňovat pro zápis do evidence podnikatelů, a to vedle požadavku určitého věku a způsobilosti k právním úkonům i trvalý pobyt na území ČR a znalost českého jazyka. Poslední dvě podmínky se však netýkají státních příslušníků z členských států EU, kteří nepotřebují mít při podání žádost o registraci žádný typ pobytu v tuzemsku, ani znalost českého jazyka. Oproti stávajícímu devizovému zákonu by tato novela přinesla značné uvolnění pro státní příslušníky z členských států EU.

---

republiky, ve znění pozdějších předpisů, a zákona č. 357/1992Sb., o dani dědické, dani darovací a dani z převodu nemovitosti, ve znění pozdějších předpisů, ve znění pozdějších předpisů a důvodová zpráva je přístupná na internetové stránce http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?o=5&T=156

[143] Důvodová zpráva ke vládnímu návrhu zákona, která je dostupná na internetové stránce: http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?o=5&T=156

[144] § 2f zákona č. 252/1997 Sb., o zemědělství, v platném znění

b) změny v ustanovení § 17 odst. 2 devizového zákona

Největší změnou tohoto ustanovení je právě **definice objektů vedlejšího bydlení**, které jsou definovány jako *byty, rodinné domy, stavby pro individuální rekreaci a pozemky zastavěné nebo územním rozhodnutím určené k zastavění rodinnými domy nebo stavbami pro individuální rekreaci*[145]. Definice tohoto pojmu dosud nebyla v českém právním řádu obsažena, i když byl použit v Aktu o podmínkách přistoupení. V souladu s tím, se stanovené omezení z hlediska objektů novelou zužuje pouze na nemovitosti, které skutečně slouží pro zajištění potřeby bydlení osob včetně rekreačního bydlení a pozemků určených ke výstavbě takových nemovitostí. Podle vládního návrhu mohou objekty vedlejšího bydlení nabývat bez omezeni:

- tuzemci,
- cizozemci s českým státním občanstvím,
- *cizozemci s potvrzením o přechodním pobytu, povolením k přechodnému pobytu, vízem k pobytu nad 90 dnů nebo s povolením k dlouhodobému pobytu na území České republiky, vydanými podle zákona upravujícího pobyt cizinců na území České republiky,*
- cizozemci – právnické osoby, které umístí v tuzemsku podnik nebo organizační složku podniku a jsou oprávněny v tuzemsku podnikat

Základní změnou oproti stávající právní úpravě je, že novela umožňuje nabývat vedlejší objekty všem cizozemcům s oprávněním zdržovat se legálně a dlouhodobě na území ČR, a tedy nejen státním příslušníkům z členských států z EU. Je potřeba však připomenout, že státním příslušníků zemí EU, zemí ESVO (Norsko, Lichtenštejnsko, Island) a Švýcarska a jejich rodinným příslušníkům je potvrzení o přechodném pobytu či povolení k přechodnému pobytu udělováno oproti ostatním cizincům z ostatních zemí za nadstandardních podmínek.

c) změny v zákoně o privatizaci státních zemědělských pozemků

Zemědělské a lesní pozemky ve vlastnictví státu by podle vládního návrhu zákona mohli nabývat: *„státní občané ČR nebo cizinci, kteří jsou evidováni v evidenci zemědělských podnikatelů u příslušného obecného úřadu s rozšířenou působností podle zvláštního právního předpisu (zákon o zemědělství)"*. Hlavní změnou oproti stávající právní úpravě je, že u českých státních občanů není požadován trvalý

[145] Podle důvodové zprávy vychází tato definice s materiálu „ Nakládaní s tuzemskými nemovitostmi, současný stav a další liberalizace", který vzala vláda na vědomí svým usnesením č. 570/1999. V příloze II tohoto dokumentu se poprvé také objevil návrh definice tohoto pojmu, konkrétně na straně 5 se uvádí: „ ČR bude usilovat pod tento pojem zahrnout zejména nemovitosti určené k bydlení nebo rekreaci vlastníka, tj. byty, rodinné domky, chaty a pozemky určené k takové zástavbě",

pobyt v délce tří let a dále tato novela umožňuje účast na privatizaci státní zemědělské půdy i všem samostatně hospodařícím zemědělcům, kteří se usadí v ČR, tedy jak státním příslušníkům ze členských států EU, tak i z dalších třetí zemí.

11 Závěr

Právní úprava podnikání cizinců na území České republiky prodělala v průběhu několika posledních let řadu změn. Největším faktorem těchto změn byl právě vstup České republiky do Evropské unie, který s sebou přinesl nutnou harmonizaci českého právního řádu s právem komunitárním, které se stalo nadřazené českému právnímu řádu. Česká republika musela nejen přistoupit ke všem třem smlouvám o založení Evropských společenství, ale též musela akceptovat všechny platné komunitární a unijní akty.

V souvislosti s podnikáním platí pro Českou republiku právní úprava svobody usazování a volného poskytování služeb v rámci Evropské Unie, v důsledku čehož se nejen výrazně změnilo postavení a přístup zahraničních subjektů z členských států EU k podnikání na našem území, ale i přístup českých subjektů k uskutečňování svých podnikatelských záměrů na území členských států EU. Svoboda usazování vychází se zásady stejného zacházení s příslušníky jiného členského státu jako s tuzemci. V rámci Evropské unie je na tedy podnikání uplatňován národní režim v prospěch příslušníků nebo společností z jiných členských států a je zakázaná jakákoliv diskriminace na základě státní příslušnosti, přičemž jsou členské státy oprávněny zavést zvláštní právní režim pro příslušníky z ostatních členských států jenom z důvodu výkonu veřejní moci, veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti a ochrany zdraví. Stejná zásada platí o pro uplatňování volného pohybu služeb, která se od svobody usazování liší tím, že podnikatelé poskytují tyto služby na území jiného členského státu příležitostně nebo dočasně, tedy na území členského státu pouze „hostují". Zásady a principy svobody usazování a volného pohybu služeb byly dílčími novelami přeneseny i do vnitrostátní právní úpravy podnikání na území ČR. V této souvislosti však musím říct, že ne všechny právní předpisy jsou zcela v souladu s komunitárním právem, a proto lze očekávat, že se právní úprava ještě změní.

Česká právní úprava podnikání cizinců, a podnikání osob vůbec, je roztříštěná ve více právních předpisech a dle mého názoru je pro laiky do značné míry nepřehledná. Bylo by žádoucí, aby byla právní úprava podnikání upravená

v jednom právním předpisu, který by situaci zpřehlednil. V souvislosti s podnikáním naše předpisy nepoužívají pojem „cizinec", ale pojem „zahraniční osoba". Tento pojem je v obchodním zákoníku a v živnostenském zákoně vymezen stejným způsobem a za zahraniční osobu se považuje fyzická osoba s bydlištěm (trvalým pobytem) a právnická osoba se sídlem mimo území České republiky. V souvislosti s přistoupením k EU náš právní řád začal náš právní řád rozlišovat mezi zahraničními osobami z členských států EU a mezi zahraničními osobami v tzv. třetích států.

Základním předpisem, který upravuje podmínky podnikání zahraničních osob na našem území je Obchodní zákoník. V obchodním zákoníku je stanovena zásada, že zahraniční osoby mohou na území ČR podnikat za stejných podmínek a ve stejném rozsahu jako české osoby, pokud ze zákona nevyplývá něco jiného. Toto ustanovení zakotvuje princip formální reciprocity a omezení této rovnosti může stanovit jen zákon. Zahraniční osoby mohou podle obchodního zákoníku podnikat na našem území formou zřízení podniku nebo jeho organizační složky. Vznik podnikatelského oprávnění zahraniční osoby je vázán nejen na zápis této osoby do nebo organizační složky jejího podniku do obchodního rejstříku, ale i obdržení dokladu prokazujícího podnikatelský účel (např. živnostenský list anebo koncesní listina). Toto ustanovení představuje odchylku od formální reciprocity, protože vznik oprávnění zahraniční osoby podnikat v ČR je vázán na zápis do obchodního rejstříku a ve vztahu k českým osobám, a to ani právnickým, tato vazba obecně neplatí. To znamená, že se vyžaduje jakási dvojitá registrace zahraničních osob, která je podle mého názoru nadbytečná a představuje zbytečný byrokratický proces. Pro fyzické osoby, které jsou státními příslušníky členských států EU a EHP však platí výjimka, a tyto osoby mohou na našem území podnikat od momentu, kdy jim bylo uděleno podnikatelské oprávnění. To znamená, že tyto osoby podléhají stejnému režimu jako české fyzické osoby. Tato úprava však nepostačuje, protože dochází k diskriminaci právnických osob z členských států EU a EHP, kterým oprávnění k podnikání vznikne až jejich zápisem do obchodního rejstříku, zatímco u českých právnických osob tato vazba na zápis neexistuje. Vzhledem k tomu, že komunitární právní úprava stanoví zásadu rovného zacházení, bude nutné tyto rozpory odstranit a náš obchodní zákoník bude muset rozlišovat mezi právnickými osobami z členských státu EU a EHP a jinými zahraničními osobami.

Obchodní zákoník dále umožňuje, aby se zahraniční osoba podílela na založení české právnické osoby anebo podnikala prostřednictvím již založené české právnické osoby, a to formou nabytí obchodních podílů v této osobě.

V této oblasti platí pro zahraniční osoby stejné podmínky, práva a povinnosti jako pro české osoby, to znamená, že i tady platí princip formální reciprocity. Ochrana majetkových zájmů zahraničních osob při podnikání je zaručena v jistém rozsahu obchodním zákoníkem, ale i řadou mezinárodních bilaterálních dohod o podpoře a ochraně investic, které jsou součástí našeho právního řádu.

Zahraniční osoby mohou dále podnikat na našem území na základě živnostenského oprávnění, které získají po splnění podmínek živnostenského zákona. ŽZ také zakotvuje princip formální reciprocity ve vztahu k podnikání zahraničních osob a rozlišuje mezi zahraničními osobami z členských států EU a EHP a zahraničními osobami třetích států. Toto rozlišování se projevuje v zejména v ulehčení administrativního procesu pro zahraniční osoby z členských států EU a EHP a tyto osoby by neměly dle komunitární úpravy mít nepříznivější podmínky podnikání, než občané ČR. Zahraniční osoby z členských států EU nemusí živnostenským úřadům předkládat povolení k pobytu, dokumenty z členských států EU taky nemusí být úředně přeloženy ani ověřeny, pokud nejsou pochybnosti o správnosti překladu, popřípadě podpisu nebo otisku razítka. ŽZ dále přiznává příslušníkům členských států EU a EHP možnost dočasně poskytovat služby na základě oprávnění svého domovského státu a bez požadavku uznání odborné kvalifikace této osoby, což je podle mého názoru výhodou.

Zahraniční osoby mohou našem území podnikat i na základě oprávnění podle zvláštních zákonů. Zákon o advokacii upravuje vznik oprávnění provozovat advokátní činnost, a to i pro zahraniční osoby. Podle tohoto zákona, který byl harmonizován s předpisy komunitárního práva, se rozlišují evropští advokáti usazení a hostující, kteří mohou vykonávat činnost na našem území na základě oprávnění, které získali v domovském státě a za dalších podmínek tímto zákonem stanovených.
Zákon o bankách také umožňuje působení poboček zahraničních bank na našem území. Jestliže se jedná o pobočky bank ze států EU, platí pro ně ustanovení o jednotné evropské licenci, která spočívá v tom, že jestliže banka z členského státu EU získá licenci v domovském státě, bude se moct usadit nebo hostovat v kterémkoli členském státě EU.

Zahraniční osoby se mohou podílet na činnosti českých osob, aniž by zakládaly novou právnickou osobu, nebo vstupovaly do již existující právnické osoby, nebo

na zřizovaly svoji organizační složku nebo podnik, a to formou závazkově právních vztahů mezi zahraniční a českou osobou. Tento vztah může být založen zejména smlouvou o sdružení, smlouvou o tichém společenství, smlouvou o obchodním zastoupení, popřípadě i jiným smluvním typem. Tímto způsobem se mohou zahraniční osoby mohou vyhnout administrativním překážkám spojených s vydáváním živnostenských listů, se zápisem do obchodního rejstříku, daňovým důsledkům spojených podnikání v české republice, tj. podnikáním vlastním jménem.

12 Přílohy

12.1 Přehled podepsaných dohod o podpoře a vzájemné ochraně investic, kterými je Česká republika vázána

Stav ke dni 1.6.2006 [146]

Smluvní partner	Datum podpisu dohody	Datum vstupu v platnost	Publikace ve Sb. a Sb.m.s.
1. Albánská republika	27. 06. 1994	07. 07. 1995	183/1995
2. Argentina	27. 09. 1996	23. 07. 1998	297/1998
3. Austrálie	30. 09. 1993	29. 06. 1994	162/1994
4. Bělorusko	14. 10. 1996	09. 04. 1998	213/1998
5. Bosna a Hercegovina	17. 04. 2002	30. 05. 2004	74/2004
6. Bulharsko	17. 03. 1999	30. 09. 2000	103/2000
7. Čína	04. 12. 1991	01. 12. 1992	95/1993
8. Dánsko	06. 03. 1991	19. 09. 1992	575/1992
9. Egypt	29. 05. 1993	04. 06. 1994	128/1994
10. Estonská republika	24. 10. 1994	18. 07. 1995	203/1995
11. Filipínská republika	05. 04. 1995	04. 04. 1996	141/1996
12. Finsko	06. 11. 1990	23. 10. 1991	478/1991
13. Francie	13. 09. 1990	27. 09. 1991	453/1991
14. Guatemala	08. 07. 2003	29. 04. 2005	86/2006
15. Hospodářská unie belgicko-lucemburská	24. 04. 1989	13. 02. 1992	574/1992
16. Chilská republika	24. 04. 1995	05. 10. 1996	41/1997
17. Chorvatská republika	05. 03. 1996	15. 05. 1997	155/1997
18. Indie	11. 10. 1996	06. 02. 1998	43/1998
19. Indonésie	17. 09. 1998	21. 06. 1999	156/1999
20. Irsko	28. 06. 1996	01. 08. 1997	226/1997

[146] Internetová stránka Ministerstva financí České republiky: http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/hs.xsl/ochrana_investic.html?year=PRESENT

21. Itálie	22. 01. 1996	01. 11. 1997	277/1997
22. Izrael	23. 09. 1997	16. 03. 1999	73/1999
23. JAR	14. 12. 1998	17. 09. 1999	294/1999
24. Jordánsko	20. 09. 1997	25. 04. 2001	62/2001
25. Jugoslávie	13. 10. 1997	29. 01. 2001	23/2001
26. Kanada	15. 11. 1990	09. 03. 1992	333/1992
27. Kazachstán	08. 10. 1996	02. 04. 1998	217/1999
28. Korea	27. 04. 1992	16. 03. 1995	125/1995
29. Korejská lidově demokratická. republika	27. 02. 1998	10. 10. 1999	250/1999
30. Kostarika	28. 10. 1998	5. 03. 2001	68/2001
31. Kuwait	08. 01. 1996	21. 01. 1997	42/1997
32. Kypr	15. 06. 2001	25. 09. 2002	115/2002
33. Libanon	19. 09. 1997	24. 01. 2000	106/2001
34. Litevská republika	27. 10. 1994	12. 07. 1995	185/1995
35. Lotyšská republika	25. 10. 1994	01. 08. 1995	204/1995
36. Maďarská republika	14. 01. 1993	25. 05. 1995	200/1995
37. Makedonie	21. 06. 2001	20. 09. 2002	116/2003
38. Malajsie	09. 09. 1996	03. 12. 1998	296/1998
39. Malta	09. 04. 2002	09. 07. 2003	115/2003
40. Maroko	11. 6. 2001	30. 01. 2003	15/2003
41. Mauritius	05. 04. 1999	27. 04. 2000	62/2000
42. Mexiko	04. 04. 2002	13. 03. 2003	45/2004
43. Moldavská republika	12. 05. 1999	21. 06. 2000	128/2000
44. Mongolsko	13. 02. 1998	07. 05. 1999	104/1999
45. Nicaragua	02. 04. 2002	24. 02. 2004	51/2004
46. Nizozemské království	29. 04. 1991	01. 10. 1992	569/1992
47. Norsko	21. 05. 1991	06. 08. 1992	530/1992
48. Panama	27. 08. 1999	20. 10. 2000	96/2005
49. Paraguay	21. 10. 1998	24. 03. 2000	38/2000

50. Peru	16. 03. 1994	06. 03. 1995	181/1995
51. Polsko	16. 07. 1993	29. 06. 1994	181/1994
52. Portugalsko	12. 11. 1993	03. 08. 1994	96/1995
53. Rakousko	15. 10. 1990	01. 10. 1991	454/1991
54. Rumunsko	08. 11. 1993	28. 07. 1994	198/1994
55. Ruská federace	05. 04. 1994	06. 06. 1996	201/1996
56. Řecká republika	03. 06. 1991	30. 12. 1992	102/1993
57. Salvador	29. 11. 1999	28. 3. 2001	34/2001
58. Singapurská republika	08. 04. 1995	08. 10. 1995	57/1996
59. Slovenská republika	23. 11. 1992	01. 01. 1993	v ČR republik.[147]
60. Slovinsko	04. 05. 1993	21. 05. 1994	159/1994
61. Spojené arabské emiráty	23. 11. 1994	25. 12. 1995	69/1996
62. SRN	02. 10. 1990	02. 08. 1992	573/1992
63. Španělské království	12. 12. 1990	28. 11. 1991	647/1992
64. Švédské království	13. 11. 1990	03. 09. 1991	479/1991
65. Švýcarská konfederace	05. 10. 1990	07. 08. 1991	459/1991
66. Tádžikistán	11. 02. 1994	06. 12. 1995	48/1996
67. Thajské království	12. 02. 1994	04. 05. 1995	180/1995
68. Tuniská republika	06. 01. 1997	08. 07. 1998	203/1998
69. Turecko	30. 04. 1992	01. 08. 1997	187/1997
70. Ukrajina	17. 03. 1994	02. 11. 1995	23/1996
71. Uruguay	26. 09. 1996	29. 12. 2000	10/2001
72. USA	22. 10. 1991	19. 12. 1992	187/1993
73. Uzbekistán	15. 01. 1997	06. 04. 1998	202/1998
74. Velká Británie a Severní Irsko	10. 07. 1990	26. 10. 1992	646/1992
75. Venezuela	27. 04. 1995	23. 07. 1996	99/1998

[147] Platnost Dohody o vzájemné podpoře a ochraně investic mezi ČR a Slovenskou republikou je sporná. V České republice nebyla vůbec publikována, a na Slovensku byla tato dohoda zrušena. Vzhledem k tomu, že ji SR zrušila, domnívám se, že tato dohoda neplatí a bylo by vhodné uzavřít dohodu novou.

76. Vietnam	25. 11. 1997	09. 07. 1998	212/1998

12.2 Přehled podepsaných dohod o vzájemné podpoře a ochraně investic, u nichž nebyl dosud ukončen oběma smluvními stranami ratifikační proces

Smluvní partner	Datum podpisu dohody	Poznámka
1. Alžír	22. 09. 2000	ratifikace v ČR
2. Pákistán	07. 05. 1999	ratifikace v ČR
3. Zimbabwe	13. 09. 1999	ratifikace v ČR

13 Použitá literatura

Monografie:

- *Craig, P., De Búrca,G.*: EU LAW (Text, cases and materials), 3rd Edition, Oxford 2003
- *Dědič J., Čech, P.*: Obchodní právo po vstupu ČR do EU anebo co všechno se po 1. květnu 2004 v obchodním právu změnilo?, 2. vydání, Praha: BOVA POLYGON, 2005
- *Dědič, J. a kol.:* Obchodní zákoník. Komentář. Díl I. § 1-96e. Praha: Polygon, 2002
- *Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol.*: Kurz obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 3. Vydání. Praha: C.H. Beck, 2002
- *Kučera, Z.*: Mezinárodní právo soukromé. Doplněk Brno 2003
- *Kučera, Z., Pauknerová, M., Růžička, K., Zunt, V.*: Úvod do práva mezinárodního obchodu. 1. Vydání. Dobrá voda: Aleš Čeněk, 2003
- *Pauknerová, M.*: Společnosti v mezinárodním právu soukromém. Karolinum Praha 1998
- *Pelikánová, I.*: Komentář k obchodnímu zákoníku. 1. Díl. 3. aktualizované a doplněné vydání. Praha: Linde Praha, 2003
- *Pelikánová, I.*: Obchodní právo. I díl, Praha: ASPI, a.s., 2005
- *Raban, P.*: Obchodní zákoník. 3. Doplněné vydání. Praha: EUROUNION, 2003
- *Štenglová I., Plíva S., Tomsa M. a kol.*: Obchodní zákoník. Komentář. 8. Vydání. Praha: C.H. Beck, 2003
- *Stuna, S. a kol,*: Obchodní zákoník s podrobným komentářem. Praha: Trizonia, 1992

- *Tichý L., Arnold, R., Svoboda, P., Zemánek, J., Král, R.* : Evropské právo, 3. vydání, Praha : C. H. Beck, 2006

Odborné články:

- *Balaš, V.*: Rozhodčí doložky v dvoustranných smlouvách na ochranu investic. Právník 8/2004

- *Bartošíková, M.*: K podnikání osob prostřednictvím organizačních složek jejich podniku na území ČR. Obchodní právo 11/1993

- *Bartošíková, M., Češková, M.*: Srovnání současné a budoucí právní úpravy podnikání zahraničních osob na území ČR. Obchodní právo 12/2000

- *Černohlávek, J.*: Obchodní zastupitelství zahraničních osob v České republice. Právo a podnikání 3/1993

- *Dědič, J.,Čech, P.*: Nový pohled na kolizní normy a reflexe kolizně relevantní judikatury Evropského soudního dvora v českém právu společností. Soudní Rozhledy, 2004

- *Doležil, T., Salač, J.:* Aktuální otázky svobody usazování (podnikání) obchodních společností. Právní rozhledy, 5/2003

- *Doležil, T., Salač, J.* :Evropský soudní dvůr dotváří svobodu usazování (podnikání) obchodních společností – k rozsudku Inspire Art. Právní rozhledy, 4/2004

- *Chobola, T.*: Svoboda usazování zahraničních společností v právu ČR. Právní rozhledy, 16/2004

- *Klimeš, F.*: Zahraničně obchodní činnost. Právní praxe v podnikání 4/1993

- *Kroupa, P.*: Dopady novelizace živnostenského zákona na podnikatele - výklad k osobě podnikatele. Poradce 3/1996

- *Lochmanová, L.*: Podnikání zahraničních osob v České republice z pohledu obchodního zákoníku. Právo a podnikání 6/1998
- *Pauknerová, M.*: Společnosti v mezinárodním právu soukromém – k novému vývoji v českém právu a právu Evropských společenství. Právník 3/2002
- *Pauknerová, M.*: Svoboda usazování obchodních společností a mezinárodní právo soukromé ve světle novějších rozhodnutí Evropského soudního dvora. Právník 12/2004
- *Pauknerová, M.*: Státní příslušnost právnických osob. Právník 6/1997
- *Pauknerová, M.*: K pojmu uznání zahraničních právnických osob. Právník 10-11/1997
- *Pauknerová, M.*: Kolizněprávní úprava obchodních společností. Právní rozhledy, 7/2005
- *Růžička, K.*: Obchodní zastoupení v mezinárodním obchodním styku. Profit rádce 31/1992
- *Růžička, K.*: Právní úprava podnikání cizinců v tuzemsku. Právní praxe v podnikání 3/1992
- *Růžička, K.*: Řešení sporů z mezinárodních investic. Právní rádce 12/1999
- *Růžička, K.*: Velké změny v českém cizineckém právu. Právní praxe v podnikání 3/2000
- *Škampová, K.*: Podnikání zahraničních osob v ČR. Právo a podnikání 5/1996
- *Šturma, P.*: K problematice dvoustranných dohod o ochraně investic a řešení sporů z nich. Právník 12/2001
- *Wymeersch, E.*,: Is a directive on Corporate mobility needed?, Financial Law Institute Working Paper No. WP 2006-11

- *Wymeersch, E.*: The transfer of the company's seat in European Community, Law Working Paper No. WP 2003-03