

Univerzita Karlova v Praze

Právnická fakulta

katedra obchodního práva

Téma diplomové práce: **Právní úprava podnikání cizinců na území ČR**

Vedoucí diplomové práce:
Prof. JUDr. Květoslav Růžička, CSc.

Diplomant:
Veronika Cerhová
Brixiho 1546/9, 162 00, Praha 6

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

V Praze dne 17.12.2004

V. Cerhová

Veronika Cerhová

Ráda bych poděkovala Prof. JUDr. Květoslavu Růžičkovi, CSc. za odborné vedení při psaní diplomové práce a svým rodičům za podporu během celého studia.

OBSAH:

1. ÚVOD.....	3
2. OBECNÉ OTÁZKY.....	5
2.1. VYMEZENÍ POJMŮ.....	5
2.1.1. Cizinec.....	5
2.1.2. Kategorie cizinců.....	6
2.1.3. Cizinecké právo a cizinecké režimy.....	9
2.1.4. Podnikání.....	10
2.1.5. Podnikatel.....	11
2.1.6. Podmínky podnikání.....	13
2.2. UZNÁNÍ ZAHRANIČNÍ OSOBY.....	15
2.3. OSOBNÍ STATUT CIZINCE.....	16
2.4. ÚČAST NA PODNIKÁNÍ SPOČÍVAJÍCÍ V ZÁVAZKOVÉM VZTAHU MEZI ZAHRANIČNÍ A ČESKOU OSOBOU.....	19
2.4.1. Smlouva o sdružení.....	19
2.4.2. Smlouva o tichém společenství.....	20
2.5. NABÝVÁNÍ TUZEMSKÝCH NEMOVITOSTÍ ZAHRANIČNÍMI OSOBAMI.....	21
3. VNITROSTÁTNÍ PRÁVNÍ ÚPRAVA PODNIKÁNÍ.....	24
3.1. OBCHODNÍ ZÁKONÍK.....	25
3.1.1. Zřízení podniku nebo organizační složky zahraniční osoby.....	26
3.1.2. Účast v české právnické osobě.....	28
3.1.3. Přemístění sídla.....	29
3.2. ŽIVNOSTENSKÝ ZÁKON.....	31
3.3. ZVLÁŠTNÍ PRÁVNÍ PŘEDPISY.....	36
3.3.1. Výkon advokacie.....	37
3.3.2. Bankovní činnost.....	40
4. OCHRANA A PODPORA ZAHRANIČNÍCH INVESTIC...42	

4.1. ÚPRAVA V MEZINÁRODNÍCH SMLOUVÁCH.....	42
4.1.1. Bilaterální dohoda o podpoře a ochraně investic s Francouzskou republikou.....	44
4.2. ŘEŠENÍ SPORŮ ZE ZAHRANIČNÍCH INVESTIC.....	45
5. PRAVIDLA PRO VOLNÝ POHYB SLUŽEB A SVOBODU USAZOVÁNÍ SE V EU.....	47
5.1. VOLNÝ POHYB SLUŽEB.....	47
5.2. SVOBODA USAZOVÁNÍ SE V JINÉM ČLENSKÉM STÁTĚ.....	48
5.2.1. Vliv svobody usazování se na právo společností v EU.....	49
6. ZÁVĚR.....	55
Seznam literatury.....	57
Seznam použitých zkratk.....	60

1. ÚVOD

Při volbě tématu diplomové práce jsem vycházela z mého osobního zájmu o tuto problematiku, který nepochybně pramení z mého jazykového zaměření a rovněž přesvědčení, že vstupem České republiky do Evropské unie se otevírají nové možnosti práva podnikání, neboli svobody usazování se na území jiných členských států, tedy i na území České republiky a toto téma je tedy pro právní praxi velice aktuální.

Přesto, že nejdůležitější právní předpis v České republice v oblasti podnikání, kterým je obchodní zákoník, byl od roku 1992 mnohokrátě měněn a doplňován, zásadní dopad na podnikatelské prostředí u nás měla až novela obchodního zákoníku č. 554/2004 Sb., účinná od 1. ledna 2005, tedy po vstupu ČR do EU. Jejím hlavním stanoveným cílem bylo dokončení harmonizace českého obchodního práva s právem evropským a zásadní sjednocení režimu podnikání fyzických osob – státních příslušníků členských států Evropské unie nebo jiných států tvořících Evropský hospodářský prostor. Je nepochybné, že byla podstatným zásahem do stávající právní úpravy. Kromě této rozsáhlé novely obchodního zákoníku, která upravuje podnikání cizinců, musela být v této souvislosti novelizována řada dalších předpisů. Jde např. o novelu zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů, která vychází ze směrnice č. 204/38 o právu pohybu a pobytu občanů EU a jejich rodinných příslušníků na území členských států EU, přijaté Evropským parlamentem a Radou dne 29. dubna 2004 a byla tak implementována do českého právního řádu, dále novela živnostenského zákona, devizového zákona, zákona o bankách a mnoha dalších.

Jak již ze shora uvedeného vyplývá, jedná se o velmi rozsáhlou problematiku, jejíž úprava zahrnuje celou řadu právních odvětví, nevyjímaje právo obchodní, právo daňové, mezinárodní právo soukromé, mezinárodní smlouvy, včetně dvoustranných mezinárodních smluv o podpoře a ochraně investic a je současně předmětem úpravy komunitárního práva. Vzhledem k této skutečnosti a ke stanoveným požadavkům na rozsah diplomové práce nelze danou problematiku rozebrat v plné šíři a vyčerpávajícím způsobem.

Hlavním cílem této práce je proto shrnout významné principy podnikání cizinců na území České republiky a vytýčit nejdůležitější platné právní normy, upravující tuto oblast práva spolu se stručnou charakteristikou základních pojmů v této oblasti.

V úvodní části této práce jsou nastíněny obecné otázky a vymezeny základní pojmy, cizinecké právo a cizinecké režimy, osobní statut cizince, účast na podnikání spočívající v závazkovém právním vztahu mezi zahraniční a českou osobou, nabývání tuzemských nemovitostí zahraničními osobami aj. Dále věnuji pozornost vnitrostátní právní úpravě podnikání cizinců na území České republiky a to zejména podle obchodního zákoníku, živnostenského zákona, ale také v některých specializovaných odvětvích, jakými jsou např. bankovní činnost a advokacie, upravených zvláštními zákony. V rámci pojednání o podnikání cizinců na území České republiky nelze pominout ochranu a podporu zahraničních investic a její úpravu v mezinárodních smlouvách, včetně řešení sporů ze zahraničních investic. Na závěr je nebytné zmínit se o pravidlech pro volný pohyb služeb a svobodu usazování se v EU.

2. OBECNÉ OTÁZKY

2.1. VYMEZENÍ POJMŮ

2.1.1. Cizinec

České právní předpisy upravující oblast podnikání užívají pojmů „česká osoba“ a „zahraniční osoba“. V oblasti mezinárodního obchodního styku ve srovnání s jinými oblastmi soukromoprávních vztahů s mezinárodním prvkem nemá kritérium státního občanství, resp. státní příslušnosti zvláštní roli. Proto se v této oblasti setkáváme zřídka s pojmem „cizinec“, tak, jak je definován v ustanovení § 1 odst. 2 zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů, kdy „cizincem se rozumí fyzická osoba, která není státním občanem České republiky“. Kdo je a není občanem ČR upravuje zejména zák. č. 40/1993 Sb., o nabývání a pozbytování státního občanství České republiky.¹ Každý, kdo není státním občanem ČR, je tedy cizincem. Může se jednat o občana jiného státu nebo o tzv. bezdomovce (apatrida, apolitu) – tj. osobu, která nemá žádné státní občanství. Pokud fyzická osoba má současně české a cizí státní občanství, pohlíží se na ni jako na českého státního občana a k cizímu státnímu občanství se nepřihlíží. Cizinec může pobývat na území ČR buď krátkodobě, dlouhodobě nebo trvale.²

Pojmu cizinec při úpravě jejich postavení užívá Listina základních práv a svobod v ustanovení čl. 42 odst. 2, kdy cizinci požívají v České republice lidských práv a základních svobod zaručených Listinou, pokud nejsou přiznána výslovně českým občanům. Podle čl. 11 odst. 2 Listiny může zákon stanovit, že určité věci mohou být pouze ve vlastnictví občanů nebo právnických osob se sídlem v tuzemsku.

¹ Občanství se nabývá narozením, osvojením, určením otcovství, nalezením na území ČR, prohlášením nebo udělením. Obecně pak bylo stanoveno, že fyzické osoby, které ke dni 31.12.1992 byly státními občany ČR a zároveň státními občany ČSFR jsou od 1.ledna 1993 státními občany České republiky. Státní občanství se prokazuje občanským průkazem, cestovním dokladem, osvědčením popř. potvrzením o státním občanství, vysvědčením o právní způsobilosti zavřít manželství, je-li v něm údaj o státním občanství ČR uveden.

² Kučera, Z., Pauknerová, M., Růžička, K., Zunt, V.: Úvod do práva mezinárodního obchodu, Dobrá voda, Aleš Čeněk, 2003, str. 70

Důvodová zpráva k návrhu zák., kterým se mění zák. o pobytu cizinců, publikovaný názor – vydaný dne 1.9.2000, autor: Vláda ČR, int.č. ASP1 23835 (Lit)

V oblasti osobních a majetkových vztahů zákon č. 97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním vychází v ustanovení § 32 odst. 1 ze zásady rovného postavení cizinců s českými občany. (bližší viz. 2.1.3.) Pojem česká osoba definuje zákon č. 42/1980 Sb., o hospodářských stycích se zahraničím v § 3 jako právnickou osobu se sídlem nebo fyzickou osobu s bydlištěm na území České republiky, ostatní osoby jsou pak osoby zahraniční.

Obchodní zákoník pak v § 21 odst. 2 definuje zahraniční osobu jako fyzickou s bydlištěm nebo právnickou osobu se sídlem mimo území České republiky. V odstavci 1 citovaného paragrafu stanoví, že zahraniční osoby mohou v tuzemsku podnikat za stejných podmínek a ve stejném rozsahu jako české osoby, pokud ze zákona nevyplývá něco jiného. Do této koncepce však rušivě zasahuje komunitární právo, které přihlíží především ke stání příslušnosti fyzických osob, což odpovídá logice principu volného pohybu osob. Ten umožňuje, aby státní příslušníci členských států a společnosti založené v jednom členském státě měli bydliště nebo pobočky na území více států nebo aby je libovolně přesouvali. Avšak tento princip se uplatňuje jen ve vztahu ke státním příslušníkům EU. Princip volného pohybu je vyhrazen pro členské státy EU. Zahraniční osoby se tak nezbytně pro všechny členské státy člení do dvou skupin v závislosti na své vazbě na členský stát EU (a EHP) nebo na jakýkoli třetí stát.¹

2.1.2. Kategorie cizinců

Dle zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území ČR lze rozlišovat následující kategorie cizinců:

1. Občané zemí EU, Norska, Islandu, Lichtenštejnska a Švýcarska (zkráceně „občané EU“) a jejich rodinní příslušníci. Rodinní příslušníci mají dle zák. č. 326/1999 Sb. zvláštní pobytový režim jen za předpokladu, že občan EU na území

¹ Kučera, Z., Pauknerová, M., Růžička, K., Zunt, V.: Úvod do práva mezinárodního obchodu, Dobrá voda, Aleš Čeněk, 2003, str. 70

Pelikánová, I. Obchodní právo. I. díl, Praha: ASPI, a.s., 2005, str. 414

pobývá na základě zvláštního pobytového povolení nebo o takové povolení žádá. Občané EU mají právo pobývat na našem území bez jakýchkoli omezení a formálních požadavků po dobu kratší, než jsou tři měsíce. Jakmile se rozhodnou zůstat déle než tři měsíce, mají povinnost se registrovat na cizinecké policii. Tato registrace má pouze deklaratorní charakter. Rodinní příslušníci občana EU, kteří nejsou státními příslušníky žádného členského státu však podléhají povolovací proceduře. U této kategorie osob můžeme rozlišovat povolení k přechodnému nebo trvalému pobytu.

V případě povolení k přechodnému pobytu občana EU se tedy jedná o nárokové povolení nebo spíše o potvrzení o pobytu, které by mělo ulehčit občanům EU jednání s úřady. Jeho úprava je obsažena v § 87a a násl. cit. zákona. Pobyt v ČR v rámci tohoto povolení se započítává do doby rozhodné pro žádost o povolení k trvalému pobytu.

Povolení k trvalému pobytu získá občan EU za podmínek v § 87g a násl. cit. zákona. Průkaz o povolení k trvalému pobytu je vydáván s platností na 10 let (§ 87r odst. 4 zákona č. 326/1999 Sb.). Platnost průkazu lze prodloužit o 10 let, a to i opakovaně.

2. Občané zemí mimo EU (zkráceně „občané třetích zemí“).

Na území ČR mohou pobývat přechodně (obecně do 90 dnů) bez víz občané těch zemí se kterými má ČR uzavřenou dohodu o bezvízovém styku, osoby na základě nařízení vlády (vláda využila svou možnost jednostranně zrušit vízovou povinnost pro státní občany USA) nebo cizinci v některých dalších případech vymezených v § 18 cit. zákona. ČR uzavřela velké množství dvoustranných mezinárodních smluv o zrušení vízové povinnosti. Občané smluvních států mohou vstoupit a pobývat na území druhé strany po dobu a za splnění podmínek stanovených příslušnou smlouvou. Ministerstvo zahraničních věcí vydává seznam těchto platných bilaterálních smluv.

Občané třetích zemí, se kterými nemá ČR uzavřenou dohodu o bezvízovém styku, mohou na území ČR pobývat přechodně na základě krátkodobých víz do 90 dnů. Bližší podmínky stanoví § 26 n. cit. zákona.

Možný je též jejich přechodný pobyt na základě dlouhodobých víz (nad 90 dnů), která se udělují s dobou platnosti na 1 rok. Upravuje je § 30 n. cit. zákona. Na tato víza navazuje povolení k dlouhodobému pobytu (§ 42 n. cit. zákona).

Cizinci uvedení v této kategorii dále mohou na našem území pobývat na základě povolení k trvalému pobytu za podmínek uvedených v § 66 n. cit. zákona. Pokud jde o rodinné příslušníky občana EU ve smyslu § 15a cit. zákona, je jim povolení k trvalému pobytu udělováno podle § 87h cit. zákona.

Do uvedené kategorie cizinců řadíme i cizince s platným azylem. Jedná se o úspěšné žadatele o azyl pobývajících v ČR. Platný azyl odpovídá rozsahem práv a povinností trvalému pobytu.

3. Cizinci bez ohledu na hranice EU.

Jsou jimi registrovaní žadatelé o azyl (není totiž možné zakázat občanu EU, aby o azyl požádal) a cizinci pobývajících v ČR v rámci dočasné ochrany (na základě zákona č. 221/2003 Sb., o dočasné ochraně cizinců, a na základě nařízení vlády nebo rozhodnutím rady Evropské unie). Jedná se o opatření při hromadném exodu v důsledku ozbrojeného konfliktu, živelné pohromy nebo soustavného porušování lidských práv v zemi původu, které by mělo chránit exulanty a poskytnout jim dočasné útočiště do doby odeznění kritické situace.

Do této kategorie můžeme ještě zařadit nelegálně pobývajících cizince v ČR (např. cizinci pobývajících v ČR po vypršení platnosti víz a povolení k pobytu nebo bez potřebných víz nebo povolení apod.).

Právní režim uvedených kategorií cizinců se řídí rozdílnými právními předpisy. Právní režim azylantů a žadatelů o azyl se řídí zákonem č. 325/1999 Sb. o azylu, cizinců s povoleným trvalým a přechodným pobytem zákonem č. 326/1999 Sb. o

pobytu cizinců na území ČR. Uvedenými předpisy se řídí pouze tzv. pobytový status, tj. podmínky pro vstup, pobyt a opuštění území ČR, v některých případech však oba předpisy stanoví rámec práv odlišných od práva pobytu.¹

2.1.3. Cizinecké právo a cizinecké režimy

Cizineckým právem je soubor právních norem daného státu upravující postavení cizinců, odchylně od postavení vlastních občanů, ve vztazích, které jsou v důsledku přítomnosti cizince vztahy s mezinárodním prvkem. Tyto normy mají povahu přímých norem. Každý stát musí ohledně míry přiznaných práv cizincům dodržet své závazky vyplývající z obecného mezinárodního práva a z mezinárodních smluv, které jsou pro něj závazné.² Rozeznáváme tři druhy cizineckých režimů:

1. Paritní (národní, tuzemský, asimilační) režim, kdy přijímající stát poskytuje příslušníkům jiného státu stejné zacházení jako s vlastními občany.
2. Reciproční (vzájemný) režim znamenající vzájemné poskytování mezi státy vymezených výhod či ústupků, které jsou z obou stran stejné nebo jsou stranami pokládány za rovnocenné.
3. Režim nejvyšších výhod zajišťující subjektům druhého smluvního státu požívání všech výhod, které v určité vymezené oblasti vztahů se poskytují nebo kdykoliv v budoucnu poskytnou subjektům kteréhokoliv třetího státu. To znamená, že ve vymezené oblasti vztahů nebudou mít příslušníci druhého smluvního státu horší postavení než mají či budou mít kdykoli v budoucnu příslušníci třetího státu. Tento druh režimu zakotvuje mezi státy zákaz diskriminace oproti státním příslušníkům třetího státu.

Základní zásadou českého cizineckého práva je zásada rovného postavení cizinců a občanů ČR. Tuto zásadu výslovně upravuje pro oblast osobních a majetkových práv § 32 odst. 1 ZMPS, pokud tento zákon nebo zvláštní předpisy nestanoví jinak.

¹ Blíže k této problematice www2.czso.cz – oficiální stránky Českého statistického úřadu

² Růžička, K.: Velké změny v českém cizineckém právu. Právní praxe v podnikání 3/2000, str. 10n.

Kučera, Z. Mezinárodní právo soukromé, 6. opravené a doplněné vydání, Brno: nakladatelství DOPLNĚK, 2004, str. 224n.

Tato zásada je vázaná na zásadu formální a materiální vzájemnosti. Vzájemnost formální je obsažena v ustanovení § 32 odst. 2 ZMPS. Umožňuje ministerstvu zahraničních věcí rozhodnout, že ve vztahu k příslušníkům cizího státu, který nakládá s českými občany jinak, než se svými státními občany, se zásada stejného zacházení používat nebude. Formální vzájemnost tedy přepokládá stejné zacházení jako s vlastním státním příslušníkem. Materiální vzájemností je situace, kdy cizí stát váže poskytování určitého práva nebo výhody cizímu státnímu příslušníkovi na to, že mateřský stát tohoto občana bude stejná práva a výhody poskytovat na svém území jeho státním příslušníkům.¹ Na obecnou úpravu v § 32 ZMPS navazuje § 21 odst. 1 ObchZ, který deklaruje princip formální reciprocit pro podnikání zahraničních osob na území ČR. Je obtížné říci, zda možnost daná druhým odstavcem § 32 ZMPS je otevřena i ve vztahu k § 21 odst. 1 ObchZ. Vzhledem k tomu, že obchodní zákoník formuluje pravidlo reciprocit výslovně jako subsidiární, je třeba takovou možnost omezení připustit, přestože ZMPS je zákonem obecnějším. Předmět úpravy obou citovaných ustanovení však není stejný. Oblast osobních a majetkových práv představuje především sféru práva soukromého. Podmínky podnikání v pojetí § 21 odst. 1 ObchZ zasahují výrazně i do sféry veřejnoprávní. Veřejnoprávní zákony však upravují cizinecký režim stále více samostatně. Ustanovení § 21 odst. 1 je třeba považovat ve vztahu k těmto veřejnoprávním předpisům jako úpravu subsidiární.²

2.1.4. Podnikání

Právo každého podnikat a provozovat jinou hospodářskou činnost, stejně jako právo vlastnit majetek, je zakotveno již v článku 26 Listiny základních práv a svobod, která je součástí ústavního pořádku České republiky. Ve smyslu tohoto článku má každý právo podnikat a provozovat jinou hospodářskou činnost. Podmínky a omezení pro výkon určitých činností přitom může stanovit pouze zákon.

Podnikáním se ve smyslu obchodního zákoníku rozumí soustavná činnost prováděná samostatně podnikatelem vlastním jménem a na vlastní odpovědnost za účelem dosažení zisku. Není zde určen druh činnosti, ustanovení § 2 ObchZ se

¹ Fenyk, J., Ondruš, R.: Právní styk s cizinou v trestním a netrestním řízení a před orgány veřejné správy, Linde Praha, a. s., 1997, str. 166n.

² Pelikánová, I.: Komentář k § 21 odst. 1 zák. č. 513/1991 Sb., vydaný dne 1.1.2003, int. č. ASPI 16958 (Lit)

omezuje pouze na její účel, jímž je dosažení zisku. Podnikáním je tedy jakákoli výtěžná činnost, jestliže vykazuje uvedené znaky. Ve smyslu obchodního zákoníku se podnikáním zahraničních osob na území České republiky rozumí podnikání této osoby, má-li podnik nebo jeho organizační složku umístěnou na území České republiky (§ 21 odst. 3 ObchZ) – toto vymezení musíme chápat jako podnikání zahraniční osoby v užším smyslu a předmět úpravy celé hlavy druhé obchodního zákoníku pak jako podnikání v širším smyslu.¹

Možnosti podnikání cizinců v tuzemsku jsou různé – od podnikání fyzické osoby (živnostník, příslušník svobodného povolání nebo zemědělec) přes podnikání prostřednictvím zřízeného podniku nebo organizační složky zahraniční osoby, přemístěním sídla zahraniční právnické osoby do ČR či účastí na podnikání české právnické osoby. Takováto účast může spočívat i v závazkovém vztahu mezi zahraniční a českou osobou, i když se o tom obchodní zákoník výslovně nezmiňuje (viz bod 2.4.).²

Od podnikání zahraničních osob je nutné odlišovat různé aktivity cizinců související s podnikáním na území České republiky, např. účast ve statutárních orgánech obchodních společností či výkon funkce odpovědného zástupce apod. I v těchto případech musí však příslušní cizinci splňovat zákonem stanovené podmínky.³

2.1.5. Podnikatel

Podnikatelem se rozumí osoba, která buď podniká na základě oprávnění uvedeného v § 2 odst. 2 ObchZ, anebo je zapsána do obchodního rejstříku. Zmíněné ustanovení § 2 odst. 2 ObchZ rozlišuje čtyři skupiny podnikatelů: 1. podnikatelem je jednak osoba zapsaná v obchodním rejstříku, přičemž není rozhodující, zda se má povinnost zapsat či tak činí dobrovolně; 2. osoba podnikající na základě živnostenského oprávnění (tj. živnostenského listu či koncesní listiny) podle živnostenského zákona; 3. osoba podnikající na základě jiného než živnostenského

¹ Pelikánová, I. Obchodní právo. I. díl, Praha: ASPI, a.s., 2005, str. 190n., 416n.

² Kučera, Z., Pauknerová, M., Růžička, K., Zunt, V.: Úvod do práva mezinárodního obchodu, Dobrá voda, Aleš Čeněk, 2003, str. 71

³ Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol. Obchodní zákoník. Komentář. 9. vydání. Praha: C. H. Beck, 2004, str. 56

oprávnění podle zvláštních zákonů (jde o tzv. svobodná povolání a další činnosti – např. tzv. finanční instituce ve smyslu zákona o bankách, provozovatelé rozhlasového a televizního vysílání apod.); 4. osoba provozující zemědělskou výrobu, která je zapsána do evidence podle zvláštního předpisu (tj. zák. č. 219/1991 Sb.).

Definice podnikatele v § 2 ObchZ je ještě rozšířena ustanovením § 23 ObchZ, který stanoví, že zahraniční osoby, které mají právo podnikat v zahraničí jsou pokládány za podnikatele podle tohoto zákona. Jde však pouze o ty osoby, které vstupují do právních vztahů s českými podnikateli či spotřebiteli nesoustavně. Kdyby tyto vykonávaly podnikatelskou činnost na našem území soustavně, byly by podřazeny pod režim § 21 ObchZ a měly by povinnost zapsat se do obchodního rejstříku (s výjimkou fyzických osob – státních příslušníků členských států EU) a spadaly by tak pod definici podnikatele v § 2 ObchZ. Ustanovení § 2 ObchZ definující podnikatele je tedy rozšířeno o hostující podnikatele, protože tyto osoby nejsou zapsány v našem obchodním rejstříku, a přesto v závazkových vztazích budou za podnikatele posuzovány.¹ Rozšíření pojmu podnikatele i na osoby uvedené v § 23 ObchZ umožňuje, aby pro vzájemný vztah mezi zahraničními osobami, které nepodnikají v České republice, a podnikateli ve smyslu § 2 odst. 2 ObchZ v případě, že si zvolí české právo nebo na české právo odkáže kolizní norma, byla použitelná ustanovení obchodního zákoníku, aniž by si současně smluvní strany musely působnost obchodního zákoníku dohodnout podle § 262 ObchZ.²

I Evropský soudní dvůr vymezil definici podnikatele, a to jako hospodářskou jednotku, přičemž forma financování a vnitřní organizace není rozhodující. Za hospodářskou činnost se považuje nabízení služeb a zboží na určitém trhu.³

Za podnikatele však nelze považovat společníka obchodní společnosti, přestože je zapsán v obchodním rejstříku a podle § 2 odst. 2 ObchZ by za něj mohl být mylně pokládán. Osobou zapsanou v obchodním rejstříku však není společník, ale daná obchodní společnost jako právnická osoba. Údaje o společníkovi se zapisují

¹ Pelikánová, I. Obchodní právo. I. díl, Praha: ASPI, a.s., 2005, str. 191n., 417

² Dědič, J. a kol. Obchodní zákoník, komentář. I. díl, Praha: POLYGON, 2002, str. 129

³ Rozsudek ESD C 180/98 – C 184/98 Pavlov, bod 74, 75

proto, aby byl přehled o tom, kdo obchodní společnost založil a zejména v jakém rozsahu ručí za závazky společnosti. Navíc z definice podnikání v § 2 odst. 1 ObchZ je zřejmé, že společník není podnikatelem. Neprovádí činnost vlastním jménem a u některých typů společností ani na vlastní odpovědnost.¹

2.1.6. Podmínky podnikání

Podmínkami podnikání jsou předpoklady, za nichž mohou jednotlivci či společnosti vykonávat určitou podnikatelskou činnost. Pravidla, za jakých může zahraniční osoba podnikat na našem území spadají do rámce cizineckého práva. Podmínky podnikání upravují zásadně předpisy práva veřejného. Často se tak stává, že určitý zvláštní zákon upravující podmínky konkrétního druhu podnikání obsahuje pravidla práva veřejného i soukromého. Pro zahraniční osobu jsou závazné všechny veřejnoprávní předpisy upravující podmínky podnikání v české republice.²

Obecnou úpravu podmínek podnikání obsahuje živnostenský zákon. Vztahuje se na veškeré podnikání, pokud není z jeho působnosti vyloučeno a podrobeno zvláštní úpravě. Zvláštní úpravy podmínek podnikání jsou velmi početné a některé z nich velmi podrobné. Lze je rozřadit do několika kategorií: předpisy upravující svobodná povolání, oblast peněžního a kapitálového trhu, pojišťovnictví a obory velkého průmyslu (např. energetika). V oblasti zemědělství nejsou upraveny veřejnoprávními předpisy, fyzickým osobám je však uložena povinnost registrace.³

Základním principem, ze kterého se při úpravě podmínek vychází, je princip paritní (národní, asimilační). V souladu s ním může zahraniční osoba vyvíjet činnost zásadně za stejných podmínek a ve stejném rozsahu jako osoba česká (viz. bod 2.1.3.). Odchyly od paritního principu může stanovit zákon, jako je tomu např. v oblasti devizových vztahů s přímým dopadem do majetkových práv, co se týče zákazu prodeje nemovitostí devizovým cizozemcům, nebo v oblasti obchodování se zbraněmi. K odchylné úpravě může dojít také mezinárodní smlouvou, kterou je Česká republika vázána a která je uveřejněna ve Sbírce zákonů či Sbírce

¹ Důvodová zpráva k návrhu zák., kterým se mění zák. o pobytu cizinců, publikovaný názor – vydáný dne 1.9.2000, autor: Vláda ČR, int.č. ASPI 23835 (Lit)

² Dědič, J. a kol. Obchodní zákoník, komentář. I.díl, Praha: POLYGON, 2002, str. 123

³ Pelikánová, I. Obchodní právo. I. díl, Praha: ASPI, a.s., 2005, str. 235n.

mezinárodních smluv. Ve výjimečných případech může Ministerstvo zahraničních věcí z důvodů reciprocity v dohodě s příslušnými českými orgány tento režim na základě ustanovení § 32 odst. 2 ZMPS suspendovat.¹

Významnou odchylku však představuje i ustanovení § 21 odst. 4 obchodního zákoníku. Stanoví, že právo podnikat vzniká zahraničním osobám až zápisem do obchodního rejstříku v rozsahu zapsaného předmětu podnikání, přičemž musí získat průkaz příslušného podnikatelského oprávnění ještě před tímto zápisem. § 37 odst. 1 ObchZ totiž stanoví, že navrhovatel zápisu do obchodního rejstříku je povinen prokázat, že mu podnikatelské oprávnění vznikne nejpozději zápisem do obchodního rejstříku.² Zahraniční osoba tedy musí být zapsána vždy a zápis má konstitutivní význam. Tato podmínka zápisu tak přistupuje k dalším podmínkám zvláštních zákonů. Citované ustanovení však podle judikatury Evropského soudního dvora bylo v rozporu s volným pohybem služeb v rámci EU. Požadavkem, aby se osoba dočasně poskytující služby na území jiného členského státu usadila, by docházelo k dvojí registraci (dvojímu zatížení), které odporuje ustanovením o stejných podmínkách. Bylo tedy třeba citované ustanovení harmonizovat. Stalo se tak novým zněním § 21 odst. 5 ObchZ, které obsahuje zásadní sjednocení režimu podnikání fyzických osob (státních příslušníků členských států EU nebo jiných států tvořících Evropský hospodářský prostor³) na území ČR a podnikatelských fyzických osob českých. Povinnost dvojí registrace je však nadále zachována pro právnické osoby (a to i ze zemí EU nebo EHP) a pro fyzické osoby – podnikatele, kteří jsou občany států mimo EU a EHP.⁴

Otázkou však je, zda není právní úprava v obchodním zákoníku diskriminační ve vztahu k právnickým osobám z EU, které dočasně poskytují služby na našem území. M. Hrnčíř se domnívá, že tyto osoby se musí podle současné úpravy v obchodním zákoníku zapisovat do obchodního rejstříku. Takový zápis je však v rozporu s volným pohybem služeb a dle jeho názoru bude tedy třeba obchodní

¹ Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol. Obchodní zákoník. Komentář. 9. vydání. Praha: C. H. Beck, 2004, str. 56

² Dědič, J. a kol. Obchodní zákoník, komentář. I.díl, Praha: POLYGON, 2002, str. 125

³ Evropský hospodářský prostor představuje hospodářské společenství členských států EU, Norska, Islandu a Lichtenštejnska.

⁴ Bejček, J. Pět letných pozastavení nad poslední loňskou novelou obchodního zákoníku. Právní rozhledy 11/2005, str. 398

zákoník v tomto směru harmonizovat. Uvádí, že do jisté míry by se dal tento problém vyřešit, a to striktním výkladem pojmu soustavnosti podnikání. Jak jsem již zmiňovala v bodě 2.1.4., soustavnost je jedním ze základních znaků podnikání, lze tedy pak vyvodit, že dočasná činnost, kterou bude podnikatel z EU vykonávat na území ČR, není podnikáním podle obchodního zákoníku. Povinnost zápisu by pak odpadla.¹ Jeho názor je však překonán. V praxi se tyto osoby nezapisují a vychází se při tom z ustanovení § 23 ObchZ, zahrnující právě ty dočasné činnosti, jež podnikáním ve smyslu § 2 odst. 1 ObchZ nejsou. Z citovaného paragrafu vyplývá, že pokud je někdo v zahraničí obchodníkem či podnikatelem, má srovnatelné právní postavení s naším podnikatelem, jak je vymezen v § 2 odst. 2 ObchZ, i když není zapsán v našem obchodním rejstříku.

2.2. UZNÁNÍ ZAHRANIČNÍ OSOBY

Uznání zahraniční osoby je otázkou přiznání právní subjektivity. Předpokladem je vyhodnocení, že daná osoba není subjektem domácího práva. Teprve poté, co někoho kvalifikujeme, jako zahraniční osobu, je možné uvažovat, kterým právním řádem se řídí. Otázka navázání osobního statutu tedy následuje až po uznání zahraniční osoby. Jestliže má být umožněno zahraničnímu obchodníkovi podnikání na území jiného státu, musí být hostitelský stát ochoten respektovat jeho postavení právního subjektu. V opačném případě by musel zahraniční obchodník nejprve založit nový subjekt v hostitelském státě podle tamějšího právního řádu.

Co se týče fyzických osob, je jejich uznání zaručeno úmluvou o lidských právech, podle které musí být fyzická osoba respektována jako osoba bez ohledu na území, na kterém pobývá.

U právnických osob je situace složitější. Ustanovení § 22 ObchZ přiznává právní způsobilost podle českého právního řádu jiným zahraničním osobám než fyzickým, podle právního řádu, dle kterého byly založeny. Ustanovení je aplikovatelné i na útvary, jimž není v zahraničí přiznáno postavení právnické osoby, je-li jim přiznána alespoň v určité míře právní subjektivita (např. osobní obchodní

¹ srov. Hrnčíř, M. Řada paragrafů neladí s EU. Hospodářské noviny, 19. 1. 2005

společnosti v oblasti germánského práva). Citované ustanovení představuje nejen pravidlo automatického uznání na základě inkorporačního principu, ale také respektování zahraničního řešení právní subjektivity, které leckdy spočívá v mezipoloze mezi právní osobou a bezsubjektním útvarem. Automatické uznání znamená, že právní subjektivita bude respektována, aniž by bylo zapotřebí zvláštního uznávacího aktu. Podle inkorporační zásady stát uznává zahraniční osoby, protože respektuje jejich založení dle cizího právního řádu. Jejím opakem je princip sídla, který požaduje, aby společnost, která umístí své sídlo na určitém území, splnila podmínky tohoto právního řádu. Proto právní řády založené na principu sídla neuznají existenci společnosti založené na právu státu založení.¹

2.3. OSOBNÍ STATUT CIZINCE

Po uznání zahraniční osoby nutně následuje otázka navázání osobního statutu, tedy kolizní problematiky určení a respektování právního řádu pro právní postavení a další vztahy uznané osoby.² Osobní statut lze definovat jako právní řád, upravující poměry a následky vyplývající ze skutečností dotýkajících se osobních vlastností určité osoby (věk, duševní zdraví), tj. zejména její způsobilost k právům a právním úkonům, u právnických osob i jejich vznik a zánik, vnitřní poměry a vztahy jejich členů.³ Jde tedy o to, kterým právním řádem se bude zahraniční osoba řídit.

Při jeho určování se lze opřít zejména o obchodní zákoník, který však neřeší, čím se řídí právní subjektivita zahraničních fyzických osob. Je proto třeba použít ustanovení §3 ZMPS. Zvláštní právní úprava platí pro směnečnou a šekovou způsobilost podle ZSŠ.

Obchodní zákoník v § 22 upravuje právní způsobilost jiných než fyzických zahraničních osob. Pojem „jiná než fyzická osoba“ zahrnuje nejen právnické osoby, ale i jiná společenství, zejména osobní obchodní společnosti, jimž právní řád, podle něhož byly zřízeny, přiznává buď plnou nebo částečnou právní subjektivitu, i když

¹ Pelikánová, I. Obchodní právo. I. díl, Praha: ASPI, a.s., 2005, str. 397n., 421

Bělohávek, A.: Pojem sídla z právního a daňového hlediska (především ve vztazích s tzv. mezinárodním prvkem). Obchodní právo 2000/7, str. 8n.

² Pelikánová, I. Obchodní právo. I. díl, Praha: ASPI, a.s., 2005, str. 398

³ Kučera, Z. Mezinárodní právo soukromé, 6. opravené a doplněné vydání, Brno: nakladatelství DOPLNĚK, 2004, str. 126, 255n.

nejsou právníckými osobami (viz. bod 2.2.).¹ Uplatňuje se zde zásada inkorporační, podle které je osobním statutem právní řád, podle něhož byla právnícká osoba zřízena, popř. založena (*lex loci incorporationis*). Zákonodárce tu nestanovil omezení, jaké obsahuje § 26 odst. 3, které brání tomu, aby ručení společníků bylo po přemístění sídla nižší, než jaké stanoví české právo pro obdobnou formu právnícké osoby. Z hlediska uznání zahraniční osoby, nejedná-li se o přemístění jejího sídla, bude tedy její osobní statut respektován bezvýhradně.²

Úprava v obchodním zákoníku používá sídla, jako kritéria pro rozlišení mezi českou a zahraniční právníckou osobou. V případě, že jde podle tohoto kritéria o zahraniční osobu, je její právní subjektivita dána právem státu, podle něhož byla zřízena, pokud se odchyluje od práva státu jejího sídla.³ Případná změna skutečného sídla není z hlediska právního režimu relevantní. Inkorporační princip tedy umožňuje pohyb společností, což naplňuje požadavek komunitárního práva na volný pohyb osob mezi jednotlivými členskými státy.⁴

Z českého práva nevyplývá omezení rozsahu způsobilosti k právům a k právním úkonům právníckých osob, ledaže by zvláštní zákon jejich způsobilost omezoval. V případech běžných úkonů učiněných na území ČR se přiměřeně užívá pravidla vyplývajícího z ustanovení § 3 odst. 2 ZMPS, tj. postačí, jestliže by způsobilost k právnímu úkonu měla v obdobné situaci česká právnícká osoba podle českého práva.⁵

Na fyzické osoby se použije ustanovení § 3 ZMPS, které stanoví, že hraničním určovatelem pro právní způsobilost a způsobilost k právním úkonům je státní příslušnost předmětné osoby (*lex patriae*). Pro cizince činícího právní úkon na území ČR pak postačuje způsobilost dle práva českého (*lex loci conclusionis contractus*). Jde o subsidiární kolizní normu, podle níž se pro způsobilost cizince

¹ Dědič, J. a kol. Obchodní zákoník, komentář. I.díl, Praha: POLYGON, 2002, str. 128

² Pelikánová, I. Obchodní právo. I. díl, Praha: ASPI, a.s., 2005, str. 422

³ Dědič, J. a kol. Obchodní zákoník, komentář. I.díl, Praha: POLYGON, 2002, str. 128n.

⁴ Pelikánová, I. Obchodní právo. I. díl, Praha: ASPI, a.s., 2005, str. 422

⁵ Kučera, Z. Mezinárodní právo soukromé, 6. opravené a doplněné vydání, Brno: nakladatelství DOPLNĚK, 2004, str. 261n.

k právním úkonům, činí-li úkon na území ČR, použije na prvním místě práva určeného podle jeho státní příslušnosti a teprve podpůrně, nebude-li podle práva svého státu způsobilý, práva českého. Uvedená výjimka ve prospěch tuzemského práva je omezena slovy „není-li dále uvedeno něco jiného“. Nevztahuje se na případy způsobilosti k určitým právním úkonům, pro které jsou stanoveny zvláštní kolizní normy (zvláštní kolizní úprava je např. dána pro způsobilost zavazovat se směnkou a šekem).

ZMPS také obsahuje zvláštní ustanovení o ukončení právní způsobilosti prohlášením za mrtvého, přičemž k tomu je pro českého státního příslušníka příslušný vždy jen český soud. Cizince může český soud prohlásit za mrtvého pouze s právními účinky vůči osobám trvale žijícím v ČR a pro jmění zde ležící.

Pro doplnění této kapitoly musím zopakovat znění § 32 ZMPS, které stanoví, že cizinci mají v oblasti svých osobních a majetkových práv až na zákonem stanovené výjimky stejná práva a povinnosti, jako čeští státní příslušníci. Totéž platí i pro zahraniční právnické osoby.

ZSŠ stanoví zásady pro posuzování způsobilosti osoby zavazovat se směnkou nebo šekem. Dle ustanovení čl. I § 91 a čl. II § 69 ZSŠ se řídí právem státu, jehož je osoba příslušníkem (*lex patriae* osoby zavazující se směnkou nebo šekem); v případě, že toto právo odkazuje na právo jiného státu, použije se tohoto práva (přijímá se tedy zpětný a další odkaz). Subsidiárně postačuje způsobilost podle práva státu, v němž osoba směnkou nebo šek podepsala (*lex loci conclusionis contractus*). Způsobilost šekovníká se pak řídí právem místa, kde je šek splatný.¹

¹ Kučera, Z. Mezinárodní právo soukromé, 6. opravené a doplněné vydání, Brno: nakladatelství DOPLNĚK, 2004, str. 320n.

2.4. ÚČAST NA PODNIKÁNÍ SPOČÍVAJÍCÍ V ZÁVAZKOVÉM VZTAHU MEZI ZAHRANIČNÍ A ČESKOU OSOBOU

Účast zahraniční osoby na podnikání české osoby se nemusí vždy projevat pouze zakládáním právnických osob a účastí na nich. I když to výslovně obchodní zákoník nestanoví, může taková účast spočívat i v závazkovém vztahu mezi zahraniční a českou osobou. Takový závazkově právní vztah může být založen smlouvou o sdružení, smlouvou o tichém společenství, či jiným smluvním typem. Tímto způsobem nelze ovšem právnickou osobu založit, nevzniká tedy nový právní subjekt.¹

Jelikož jde o smluvní soukromoprávní vztah s mezinárodním prvkem, přichází v úvahu aplikace i jiného práva než českého. Dle § 9 odst. 1 ZMPS si mohou účastníci zvolit jakýkoli právní řád.

2.4.1. Smlouva o sdružení

Smlouvou o sdružení se každý z účastníků zavazuje vyvíjet činnost k dosažení hospodářského účelu sjednaného ve smlouvě, a to způsobem stanoveným smlouvou, a zdržet se jakékoli činnosti, jež by mohla znemožnit nebo ztížit dosažení tohoto účelu.

V případě, že si strany nezvolí rozhodné právo, bude se smlouva o sdružení řídit právem, jehož použití nejlépe odpovídá uspořádání vztahu jako celku. Jeho určení bude tedy především záviset na počtu členů, na činnosti sdružení popř. místě, kde bude činnost vykonávána.

Smlouva o sdružení je v tuzemské právní úpravě obsažena v § 829 – 841 OZ. Sdružení nemá způsobilost k právům a povinnostem, není právnickou osobou. K dosažení konkrétního hospodářského účelu, který je výslovně ve smlouvě

¹ Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol. Obchodní zákoník. Komentář. 9. vydání. Praha: C. H. Beck, 2004, str. 58

zakládající sdružení uveden, mohou členové kromě pracovní činnosti poskytovat peníze i jiné hodnoty (např. know-how). Kterýkoli z účastníků může ze sdružení vystoupit. Ve vztahu k třetím osobám odpovídají za činnost sdružení jeho členové, přičemž jsou zavázáni společně a nerozdílně celým svým majetkem. Tuto odpovědnost nemohou dohodou vyloučit.¹

2.4.2. Smlouva o tichém společenství

Smlouvou o tichém společenství se zavazuje tichý společník poskytnout podnikateli určitý vklad a podílet se jím na jeho podnikání a podnikatel se zavazuje k placení části zisku vyplývající z podílu tichého společníka na výsledku podnikání.

Pokud si strany nezvolí rozhodné právo, bude se smlouva o tichém společenství řídit zpravidla právem státu, ve kterém mají obě strany své sídlo nebo bydliště. Nemají-li sídlo nebo bydliště v témže státě, bude se smlouva řídit právem státu, kde byla přítomnými stranami uzavřena. Pokud by se smlouva uzavírala mezi nepřítomnými, bylo by rozhodným právem právo sídla nebo bydliště příjemce návrhu na uzavření smlouvy.

Smlouva o tichém společenství je v tuzemské právní úpravě obsažena v § 673 až 681 ObchZ. Tato smlouva je absolutním obchodem, tzn. že se bude vzniklý závazkový vztah řídit obchodním zákoníkem, bez ohledu na povahu subjektů a jejich činnosti. Nevzniká žádný nový subjekt, je založen pouze závazkový vztah mezi tichým společníkem a podnikatelem. Tichým společníkem může být jak fyzická tak právnická osoba. Pro smlouvu je obligatorně stanovena písemná forma. Podstatnými náležitostmi jsou určení vkladu tichého společníka, části zisku vyplývající z podílu tichého společníka na výsledku podnikání, kterou se podnikatel zavazuje tichému společníkovi platit. Rozsah účasti na zisku a ztrátě tichého společníka musí být

¹ Švarc, Z.: Vybrané otázky práva mezinárodního obchodu, Praha: VŠE, Fakulta mezinárodních vztahů, 1998, str. 41n.

Kučera, Z., Pauknerová, M., Růžička, K., Zunt, V.: Úvod do práva mezinárodního obchodu, Dobrá voda, Aleš Čeněk, 2003, str. 71

stejný. Práva a povinnosti vůči třetím osobám z podnikání vznikají zásadně podnikateli.¹

2.5. NABÝVÁNÍ TUZEMSKÝCH NEMOVITOSTÍ ZAHRANIČNÍMI OSOBAMI

Problematika nabývání nemovitostí v ČR je upravena několika právními předpisy, přičemž základní a obecnou úpravu obsahuje devizový zákon (zák. č. 219/1995 Sb.), který ve svém § 1 vymezuje devizovou příslušnost jednotlivých osob. Možnost zahraniční osoby nabývat do svého vlastnictví tuzemské nemovitosti je závislá na jejím právním postavení tuzemce či cizozemce. Tuzemcem se podle § 1 pís. b) DevZ rozumí fyzická osoba s trvalým pobytem v tuzemsku nebo právnická osoba se sídlem v tuzemsku. Cizozemcem se rozumí podle pís. c) citovaného paragrafu fyzická nebo právnická osoba neuvedená v pís. b). U fyzické osoby není pro posouzení, zda se jedná o tuzemce či cizozemce, rozhodující její státní občanství. Za tuzemce je tedy podle DevZ považován i azylant. Je však třeba upozornit, že devizový zákon, v souladu s čl. 11 Listiny, upravuje v ustanovení § 17 pro české státní občany nadstandardní režim, neboť pro ně žádná omezení neplatí. Český státní občan může v tuzemsku volně nabývat nemovitosti, i když trvale žije v zahraničí a je tedy dle devizového zákona cizozemec.

Cizozemec může v ČR nabývat nemovitosti pouze v případech vymezených v §17 DevZ a není možné jakkoli tento výčet rozšiřovat. Významnou byla v této oblasti novela devizového zákona (zák. č. 482/2001 Sb.), která doplnila do § 17 DevZ odstavec 2, na jehož základě mohou zahraniční právnické osoby, které na území ČR umístí svůj podnik nebo organizační složku svého podniku a jsou oprávněny v tuzemsku podnikat, volně nakupovat nemovitosti na území ČR s výjimkou zemědělské půdy a lesů. Rozdíl oproti předchozí úpravě platné do 31.12.2001 tkví v tom, že nyní může tuzemské nemovitosti nabývat podnik či organizační složka, které nemají samostatnou právní subjektivitu, pouze jsou

¹ Švarc, Z.: Vybrané otázky práva mezinárodního obchodu, Praha: VŠE, Fakulta mezinárodních vztahů, 1998, str. 39n.

Kučera, Z., Pauknerová, M., Růžička, K., Zunt, V.: Úvod do práva mezinárodního obchodu, Dobrá voda, Aleš Čeněk, 2003, str. 71

oprávněny na území ČR podnikat, zatímco dříve mohli zahraniční podnikatelé nabývat nemovitosti v tuzemsku prostřednictvím společností s právní subjektivitou dle českého práva, které buď založili nebo do nich vstoupili. Tyto právnické osoby pak s ohledem na jejich sídlo v ČR byli devizovými tuzemci.

Speciální úpravu pak vedle řady zákonů (zák. č. 229/1991 Sb., o úpravě vlastnických vztahů k půdě a jinému zemědělskému majetku, zák. č. 403/1990 Sb., o zmírnění následků některých majetkových křivd apod.) obsahuje především zák. č. 95/1999 Sb., o podmínkách převodu zemědělských a lesních pozemků z vlastnictví státu na jiné osoby. § 4 uvedeného zákona definuje, kdo může být nabyvatelem lesních a kdo zemědělských pozemků. Platí, že od státu cizozemec zemědělskou a lesní půdu nabýt nemůže (s výjimkou občanů EU, za podmínek uvedených v § 4 odst. 1 pís. a)). Avšak za určitých, v § 17 DevZ taxativně vymezených podmínek, může cizozemec nabýt zemědělskou a lesní půdu na území ČR v soukromoprávní sféře.¹

Pro občany EU je od 8.6.2004, tj. od účinnosti další významné novely devizového zákona (zák. č. 354/2004 Sb.) nabývání nemovitostí na našem území jednodušší. Tato problematika je upravena rozdílně s ohledem na druh nemovitosti, který chtějí nabýt do svého vlastnictví. Nabývání pozemků, které tvoří zemědělský půdní fond a pozemky určené k plnění funkcí lesa, je velmi omezeno. Tento pozemek může nabýt kromě cizozemce s českým státním občanstvím a tuzemce (s výjimkou osob následně uvedených), cizozemec, který má průkaz povolení pobytu pro státního příslušníka členského státu ES, je vedený v evidenci zemědělských podnikatelů u příslušného obecního úřadu obce s rozšířenou působností v tuzemsku a má trvalý pobyt na našem území alespoň tři roky (§ 4 odst. 1 pís. a) zák. č. 95/1999 Sb., § 17 odst. 1 DevZ)². Ostatní cizozemci je mohou nabývat ze zákonem stanovených titulů (§ 17 odst. 1 pís. d) DevZ). Ostatní nemovitosti (tj. další, v odstavci 1 paragrafu 17 DevZ neuvedené nemovitosti) mohou nabývat nejen

¹ Šídlová, L.: Kdy a jaké nemovitosti mohou v ČR nabývat cizozemci. Článek publikován 19.6.2002 v rubrice Právo časopisu stavebni-forum.cz (www.juristic.cz)

² Záměrem zákonodárce bylo omezit nabývání zemědělských pozemků těmi tuzemci, kteří jsou státními příslušníky členského státu EU, kteří mají v ČR trvalý pobyt po dobu kratší tří let.

tuzemci, cizozemci s českým státním občanstvím, cizozemci – právnické osoby, které umístí v tuzemsku podnik nebo organizační složku podniku a jsou oprávněny v tuzemsku podnikat, ostatní cizozemci z právních titulů uvedených v § 17 odst. 2 pís. e), ale také všichni cizozemci s průkazem povolení k pobytu pro státního příslušníka členského státu ES. Možnost získání tohoto průkazu upravuje zák. č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky (§ 87a, § 87g).

Nabývání nemovitostí na základě získání pobytového povolení je umožněno také občanům států, kteří jsou členy Evropského hospodářského prostoru. Na základě bilaterálních dohod mezi Švýcarskou konfederací a Evropskou unií je za určitých podmínek umožněno při existenci pobytového povolení nakupovat nemovitý majetek také občanům Švýcarska. V souvislosti s dohodou o ochraně a podpoře investic uzavřenou s USA bude stejné zacházení, které bude poskytnuto Lichtenštejnsku, Norsku, Islandu a Švýcarsku, podle doložky nejvyšších výhod poskytnuto také investorům z USA.¹

Musím zde konstatovat, že omezení nabývání nemovitostí cizozemci je běžně překonáváno. Devizový zákon je obcházen tím, že cizozemec založí nebo získá na území ČR obchodní společnost, či jinou právnickou osobu se sídlem v tuzemsku, což umožňuje § 21n. ObchZ. Nemovitost je nabývána do vlastnictví touto právnickou osobou, kterou cizozemec ovládá, či je dokonce jejím jediným společníkem. Fakticky tak cizozemec vykonává plnou kontrolu nad nemovitostí a bere z ní přímé užitky. Vyskytly se též případy, kdy české fyzické osoby, za provizi poskytnutou zahraničním zájemcem, koupily do svého vlastnictví tuzemskou nemovitost. Závěti pak měly odkázat pro případ své smrti tuto nemovitost zahraničnímu zájemci. Byl by tak naplněn zákonem stanovený titul nabývání nemovitostí, kterým je v tomto případě dědění². Pro cizince je však takovýto způsob nabytí nemovitosti, vzhledem k úpravě dědění ze závěti v § 480 OZ, značně nejistý.

¹ Grulich, R.: Změny v nabývání nemovitostí cizinci. Rubrika Právo – komentář na www.sreality.cz, publikováno dne 28.7.2005

² viz. § 17 odst. 1 pís. d), odst. 2 pís. e) DevZ

3. VNITROSTÁTNÍ PRÁVNÍ ÚPRAVA PODNIKÁNÍ

Právní úprava podnikání má charakter úpravy soukromoprávní. Předpokládá vzájemnou rovnost subjektů a možnost odchýlení se v konkrétních vztazích od dispozitivních ustanovení právních norem. Obecným základem je občanské právo, na němž je postaveno obchodní právo, jako soubor speciálních právních norem, upravujících právní postavení podnikatelů a odchylky v režimu jejich právních vztahů od obecných ustanovení občanského práva. Základním pramenem občanského práva je občanský zákoník. Zvláštní zákony, které mají před obecnou úpravou přednost, pak upravují podnikání určitých skupin osob v oblasti majetkových vztahů, např. zák. č. 116/1990 Sb., o nájmu a podnájmu nebytových prostor. Právní vztahy vznikající z výsledků tvůrčí duševní činnosti jsou upraveny autorským zákonem (zák. č. 121/2000 Sb.). Základním pramenem obchodního práva je obchodní zákoník. V oblasti mezinárodního práva soukromého, které obsahuje právní úpravu možných střetů právních řádů dvou či více států při úpravě soukromoprávních vztahů s cizím prvkem, je základním pramenem zákon o mezinárodním právu soukromém (zák. č. 35/1965 Sb.).

Se soukromoprávní úpravou souvisí řada právních předpisů, obsahující veřejnoprávní normy. Vymezují jednotný rámec pro všechny podnikající subjekty v podobě příkazů, omezení a povinností za účelem ochrany veřejných zájmů, jako je zájem na jednotných pravidlech soutěže mezi konkurenty na trhu, ochrana spotřebitele apod. Mezi nejvýznamnější předpisy veřejnoprávního charakteru patří zákon o ochraně hospodářské soutěže (zák. č. 143/2001 Sb.), stanovící pravidla soutěžního práva. Dalšími významnými zákony s veřejnoprávním charakterem v oblasti podnikání je živnostenský zákon (zák. č. 455/1991 Sb.), insolvenční zákon (zák. č. 182/2006 Sb.), který nahradil zákon o konkurzu a vyrovnání, právní úprava tzv. průmyslových práv (např. zákon č. 527/1990 Sb., o vynálezech, průmyslových vzorech a zlepšovacích návrzích, zák. č. 441/2003 Sb., o ochranných známkách, atd.), finančněprávní předpisy (zejm. daňové zákony, devizový zákon, celní zákon, zákon o účetnictví, zákon o cenných papírech, zákon směnečný a šekový, zákon o dluhopisech). Dále je možné zmínit veřejnoprávní předpisy, vymezující institucionální rámec podnikání (např. zák. o investičních fondech a investičních

společnostech, zák. o burze cenných papírů), podmínky v oblasti bankovníctví (zák. o bankách), pojišťovnictví (zák. o pojišťovnictví). A konečně je třeba uvést předpisy procesní povahy, týkající se jednotlivých vztahů mezi státem a podnikateli či mezi podnikateli navzájem. Úpravu činnosti soudů při rozhodování obchodních sporů obsahuje občanský soudní řád (zák. č. 99/1963 Sb.), významný posun při výkonu soudních rozhodnutí pak přinesl exekuční řád (zák. č. 120/2000 Sb.).

Je vidět, že právní úprava podnikání je velice široká a různorodá. Z hlediska podnikání cizinců na našem území je nezbytné zmínit se podrobněji o úpravě v obchodním zákoníku a v živnostenském zákoně.

3.1. OBCHODNÍ ZÁKONÍK

Právní úpravu podnikání zahraničních osob obsahuje obchodní zákoník v ustanoveních části první, hlavy II. Jsou zde obsaženy právní normy velmi rozdílné povahy. Bez ohledu na systematické členění lze rozlišit dvě základní kategorie norem. První kategorií jsou normy tzv. cizineckého práva, tzn. pravidla platící pro zahraniční osoby na českém území.¹ Jde o rozlišení zahraničních a tuzemských osob, o ustanovení o ochraně investic atd. Druhou kategorií jsou kolizní normy. Ty stanoví, v jakých případech bude na našem území respektován cizí právní řád a který právní řád se použije na který právní vztah. Jde tedy především o určení osobního statutu zahraniční osoby.

Obchodní zákoník vymezuje v § 21 odst. 3 pojem „podnikání zahraničních osob na území České republiky“ jako podnikání takové osoby prostřednictvím organizační složky podniku nebo prostřednictvím jejího podniku zřízeného na území ČR. Zdá se, že zákonodárce zamýšlel soulad terminologie s § 2 odst. 1, který vykládá pojem „podnikání“. Pak je však na první pohled patrné, že význam pojmu v druhé hlavě je mnohem širší a zahrnuje i činnosti zahraničních osob, jež podnikáním ve smyslu § 2 odst. 1 nejsou. Jde např. o nesoustavné uzavírání smluv nebo plnění závazků zahraniční osobou podléhající režimu § 23 ObchZ, jestliže převážná část podnikatelské aktivity se odehrává v zahraničí nebo majetková účast zahraničních

¹ Pauknerová, M. Společnosti v mezinárodním právu soukromém. Praha: Karolinum, 1998, str. 19, 47

osob v českých právnických osobách ve smyslu § 24 ObchZ. O podnikání se však bude jednat, pokud přemístí zahraniční společnost své sídlo na naše území a bude tak muset splnit podmínky českého práva – s výhradou zvláštního režimu v rámci EU a EHS.

Podnikání prostřednictvím podniku nebo jeho organizační složky dle ustanovení § 21 odst. 3 ObchZ, musíme proto chápat jako vymezení podnikání zahraničních osob v užším smyslu. Podnikání zahraničních osob v rámci předmětu úpravy celé druhé hlavy ObchZ pak chápeme jako podnikání v širším smyslu.¹

3.1.1. Zřízení podniku nebo organizační složky podniku

Zahraníční osoba si může pro zajištění svých podnikatelských zájmů na území České republiky vybrat buď uzavření smlouvy o zprostředkování nebo o obchodním zastoupení s českou nebo jinou zahraniční osobou, která již na území České republiky podniká, nebo formu zřízení obchodního zastoupení na území České republiky.²

Obchodním zastoupením rozumí obchodní zákoník podnik zahraniční osoby nebo jeho organizační složku, zřízené pro její hospodářskou činnost nebo pro podporu této činnosti na území České republiky. Jedná se o přímé podnikání zahraničních osob na našem území. O podnik zahraniční osoby půjde v případě, pokud danou podnikatelskou činnost bude zahraniční osoba provozovat výhradně na území ČR. V případě, že zahraniční osoba provozuje danou podnikatelskou činnost jak v ČR, tak v zahraničí, zřizuje v ČR pouze organizační složku svého podniku.³

Organizační složkou podniku zahraniční osoby je jakýkoliv organizační útvar bez právní subjektivity, který slouží k trvalému provozování podnikatelské činnosti zahraniční osoby na území ČR. Může se jednat o závod, kancelář, prodejnu atd. V žádném případě však nelze za organizační složku zahraniční osoby ve smyslu ust. § 7 ObchZ považovat pouze dočasné zařízení umístěné na našem území za účelem

¹ Pelikánová, I. Obchodní právo. I. díl, Praha: ASPI, a.s., 2005, str. 396, 416

² Kučera, Z., Pauknerová, M., Růžička, K., Zunt, V.: Úvod do práva mezinárodního obchodu, Dobrá voda, Aleš Čeněk, 2003, str. 77n.

³ Dědič, J. a kol. Obchodní zákoník, komentář. I.díl, Praha: POLYGON, 2002, str. 124

jednoho nebo několika málo obchodních případů (např. stánek na veletrhu). Takové „pracoviště“ bychom mohli spíše nazvat obchodní reprezentací zahraničního subjektu. V čisté obchodní reprezentaci je činnost pracovníků omezena výlučně na různé formy prezentace např. výrobků, provádění výzkumu trhu či shromažďování informací. Jedná se vesměs o přípravnou fázi následného, nikoliv však bezpodmínečně nutného podnikání. V takovém případě nejde o podnikání na území ČR ve smyslu ust. § 2 ObchZ.¹

Současná právní úprava v ObchZ je podstatně liberálnější, než tomu bylo dříve, kdy se na základě vyhl. č. 265/1990 Sb. zřizovalo obchodní zastoupení pouze registrací, kterou provádělo tehdejší ministerstvo zahraničního obchodu na základě žádosti zahraniční osoby. Podle ustanovení § 21 odst. 4 ObchZ se vyžaduje pouze zapsání podniku nebo jeho organizační složky do obchodního rejstříku, nejedná-li se o osoby uvedené v § 24 odst. 5 ObchZ.² Návrh na zápis pak podává zahraniční osoba a oprávnění podnikat na území České republiky jí vzniká ke dni zápisu do obchodního rejstříku. Návrh na zápis však musí být podán jménem zahraniční osoby, nikoliv její organizační složkou (odštěpným závodem). Význam odštěpného závodu a jeho zápisu do obchodního rejstříku spočívá v zákonném oprávnění jeho vedoucího jednat jako zástupce podnikatele ve všech věcech týkajících se odštěpného závodu a to vždy pod firmou podnikatele s dodatkem, že jde o odštěpný závod.³ Zápis tedy neznamená vznik nového právního subjektu (právnícké osoby), kterým je stále zahraniční osoba. V případě, že vznikne spor, je proto nutné žalovat tuto zahraniční osobu a nikoli podnik. Jinak by soud řízení zastavil pro nedostatek podmínek řízení. Dle § 86 odst. 3 OSŘ lze proti zahraniční osobě podat žalobu (návrh na zahájení řízení) i u soudu, v jehož obvodu je v České republice umístěn její podnik nebo organizační složka jejího podniku.

¹ Lochmanová, L.: Podnikání zahraničních osob v České republice z pohledu obchodního zákoníku. Právo a podnikání 6/98, str. 8n.

² Kučera, Z., Pauknerová, M., Růžička, K., Zunt, V.: Úvod do práva mezinárodního obchodu, Dobrá voda, Aleš Čeněk, 2003, str. 77n.

³ Lochmanová, L.: Podnikání zahraničních osob v České republice z pohledu obchodního zákoníku. Právo a podnikání 6/98, str. 8n.

3.1.2. Účast v české právnické osobě

Ustanovení § 24 ObchZ je konkretizujícím ustanovením k § 21 odst. 1 ObchZ, nedodává k principu národního zacházení nic nového, spíše pouze deklaruje, že i v této sféře bude uvedený princip uplatněn. Jestliže totiž může zahraniční osoba u nás podnikat za stejných podmínek jako česká osoba, pak také může za stejných podmínek zakládat české právnické osoby nebo do nich vstupovat.¹ Výjimku by musel v souladu s § 21 odst. 1 ObchZ stanovit zákon. Sám obchodní zákoník žádnou takovou výjimku ani obecně, ani pro právnické osoby neobsahuje. Takovou výjimku však může stanovit zvláštní zákon, tak např. určitému omezení podle § 7 zák. č. 38/1994 Sb., o zahraničním obchodu s vojenským materiálem, podléhají české právnické osoby, jejichž společníky či členy jsou zahraniční osoby, pokud by tyto osoby chtěly získat povolení k zahraničnímu obchodu s vojenským materiálem.²

Majetková účast zahraničních osob v českých právnických osobách patří mezi nejčastější formu vstupu zahraničního kapitálu do české ekonomiky.³ Ustanovení § 24 ObchZ rozlišuje čtyři možné formy účasti – zahraniční subjekt může být mezi zakladateli české osoby, může se účastnit ve společnosti již založené, dále může sám založit českou právnickou osobu nebo se stát jejím jediným společníkem (v případě, kdy osoba je založena více účastníky, ale později nastane stav, že z nich zůstane jediný, jímž může být právě zahraniční osoba). Poslední dvě formy jsou omezeny českým zákonodárstvím, které společnosti s jedním společníkem nebo členem připouští jen výjimečně. Společnosti s jedním společníkem mohou být jenom společnosti s ručením omezeným za podmínek uvedených v § 105 odst. 2 ObchZ a společnosti akciové. § 162 odst. 1 ObchZ stanoví, že v případě akciových společností může být jediným zakladatelem pouze osoba právnická. Nevylučuje však, že akcie budou za trvání společnosti soustředěny do rukou jediného akcionáře, tedy i fyzické osoby.⁴

¹ Pelikánová, I. Obchodní právo. I. díl, Praha: ASPI, a.s., 2005, str. 422

² Dědič, J. a kol. Obchodní zákoník, komentář. I.díl, Praha: POLYGON, 2002, str. 130

³ Kučera, Z., Pauknerová, M., Růžička, K., Zunt, V.: Úvod do práva mezinárodního obchodu, Dobrá voda, Aleš Čeněk, 2003, str. 74

⁴ Pelikánová, I. Obchodní právo. I. díl, Praha: ASPI, a.s., 2005, str. 422

Zákon č. 370/2000 Sb. zakázal od 1.1.2001 zakládat v České republice právnické osoby podle cizího práva. Dosavadní § 24 odst. 2 ObchZ totiž umožňoval zakládání právnických osob podle cizího práva, pokud jediným zakladatelem nebo jedním ze zakladatelů byla zahraniční osoba a cizí právo bylo dohodnuto. Taková právní úprava však zakládala nerovnost právnických osob a rovněž velké aplikační problémy. Dvojitý režim právnických osob je neslučitelný se zásadou rovnosti subjektů a se zásadou právní jistoty.¹ Vzhledem k tomu, že novela neobsahuje žádná přechodná ustanovení ve vztahu k českým právnickým osobám založeným podle cizího práva před 1.1.2001 podle dosavadní právní úpravy § 24 odst. 2 ObchZ, lze dovozovat, že i nadále se vnitřní právní poměry takové osoby řídí právním řádem státu, podle něhož byla založena. Tímto právním řádem se řídí i ručení společníků nebo členů vůči třetím osobám, které však nesmí být nižší, než stanoví české právo pro tutéž nebo obdobnou formu právnické osoby. Tento závěr podporuje i to, že situace, kdy se mohou právní poměry české právnické osoby řídit cizím právem, je i nadále možná při přenesení sídla právnické osoby ze zahraničí do České republiky podle § 26 ObchZ.²

3.1.3. Přemístění sídla

Přemístěním sídla právnické osoby na naše území nebo do zahraničí podle ustanovení § 26 ObchZ se rozumí změna sídla zapsaného, jíž ovšem musí odpovídat změna sídla skutečného, tedy to, co je někdy nazýváno změnou národnosti společnosti. Změna zapsaného sídla je chápána jako změna osobního statutu, a to jak v zemích uznávajících princip sídla, tak zpravidla i v zemích vycházejících z principu inkorporačního. Také komunitární úpravy z posledních let připouštějí změny sídla vycházejí sice z kontinuity právní osobnosti, ale konstatují i změnu osobního statutu. V souvislosti se svobodou usazování, která je přijata v rámci EU, se mluví o tzv. primárním usazení se, které spočívá právě v přesunu sídla, na rozdíl od sekundárního usazení se, jímž je vytvoření organizační složky podniku, agentury apod.³ Blíže se o této problematice zmiňuji v bodě 5.

¹ Bartošiková, M., Češková, M.: Srovnání současné a budoucí právní úpravy podnikání zahraničních osob na území ČR. Obchodní právo 12/2000, str. 2n.

² Dědič, J. a kol. Obchodní zákoník, komentář. I.díl, Praha: POLYGON, 2002, str. 131

³ Pelikánová, I. Obchodní právo. I. díl, Praha: ASPI, a.s., 2005, str. 424

K přemístění sídla zahraniční právnické osoby na území České republiky podle předchozí úpravy stačilo, že je připouštěl právní řád státu, v němž dosud cizí právnická osoba měla sídlo, a také, pokud byla založena podle práva jiného státu, že to připouštěl také tento právní řád. Podle současné právní úpravy může zahraniční právnická osoba, která byla podle práva cizího státu založená za účelem podnikání, přemístit své sídlo do České republiky pouze tehdy, jestliže to umožňuje mezinárodní smlouva, která je pro Českou republiku závazná a byla vyhlášena ve Sbírce zákonů nebo ve Sbírce mezinárodních smluv. Totéž platí i pro přemístění sídla české právnické osoby, založené za účelem podnikání, do zahraničí. Přemístění zahraniční osoby, založené podle práva cizího státu za účelem podnikání, která má dosud sídlo v zahraničí, na území ČR, je tedy možné jen při dodržení reciprocit a za podmínek dohodnutých v mezinárodní smlouvě.¹ Z ustanovení § 26 odst. 2 navíc plyne, že sídlo mohou přenést jen ty právnické osoby, které se zapisují do obchodního rejstříku. V současné době žádná mezinárodní smlouva, jíž je Česká republika vázána, přenesení sídla do ČR ani z ČR neumožňuje. Taková smlouva by musela řešit, co je předmětem zápisu do obchodního rejstříku, a zejména ochranu věřitelů. Důvod takového striktního postupu je stejný, jako vedl k zákazu zakládat právnické osoby podle cizího práva, tedy aby nedocházelo k obcházení kogentních ustanovení českého práva.² Přesto taková vazba na mezinárodní smlouvu vzbuzuje rozpaky a námitky v odborné literatuře a je vykládána jako prolomení inkorporačního principu, tedy krok zpět.³

Z vymezení české osoby v § 21 odst. 2 ObchZ plyne, že zahraniční osoba se přemístěním sídla stává osobou českou. Přemístění by bylo účinné ode dne zápisu do českého obchodního rejstříku, příp. výmazem české právnické osoby z obchodního rejstříku. ObchZ stanoví, že vnitřní právní poměry právnické osoby se budou i po přemístění nadále řídit tím právem, podle kterého byla založena. To však může být problematické, neboť je dobře možné, že ve státě svého dosavadního sídla se tato právnická osoba neřídila právem státu, podle něhož byla založena. Taková situace bude zřejmě výjimečná, avšak vyloučit ji nelze. Bylo by proto správnější, aby se

¹ Bartošiková, M., Češková, M.: Srovnání současné a budoucí právní úpravy podnikání zahraničních osob na území ČR. Obchodní právo 12/2000, str. 2n.

² Dědič, J. a kol. Obchodní zákoník, komentář. I. díl, Praha: POLYGON, 2002, str. 131, 140

³ Pelikánová, I. Obchodní právo. I. díl, Praha: ASPI, a.s., 2005, str. 424

Kučera, Z., Pauknerová, M., Růžička, K., Zunt, V.: Úvod do práva mezinárodního obchodu, Dobrá voda, Aleš Čeněk, 2003, str. 77

vnitřní poměry právnické osoby po přenesení sídla i nadále řídily právem státu, jímž se řídily ve státě, z něhož bylo sídlo právnické osoby přeneseno do tuzemska.¹ V zájmu ochrany třetích osob, které s takovou právnickou osobou budou vstupovat do právních vztahů, se však stanoví, že ručení společníků za závazky právnické osoby vůči třetím osobám nesmí být nižší, než jak stanoví české právo pro tutéž nebo obdobnou formu právnické osoby. To mimo jiné také znamená, že právnická osoba nesmí mít nižší základní jmění, než jak je předepisují české právní předpisy. Je-li ručení podle cizího práva vyšší, platí vůči věřitelům jak v České republice, tak v zahraničí, a to i po přenesení sídla. Pokud je ručení podle českého práva vyšší, uplatní se ručení podle českého práva. Sporné bývá, zda se toto zvýšené ručení týká pouze závazků, které vznikly až po přenesení sídla právnické osoby do tuzemska, nebo i závazků vzniklých i před tímto okamžikem. Zřejmě se bude ručení podle českého práva vztahovat i na závazky, jež vznikly této právnické osobě před přenesením jejího sídla, neboť ustanovení § 26 odst. 3 ObchZ nerozlišuje ručení za závazky právnické osoby před přenesením sídla a po přenesení sídla.²

3.2. ŽIVNOSTENSKÝ ZÁKON

Zákon č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání, v platném znění, je základním veřejnoprávním předpisem, upravujícím základní vztahy podnikatelů a státu a základní podmínky podnikání pro převážnou většinu podnikatelských aktivit právnických i fyzických osob.

Podle ustanovení § 5 odst. 2 ŽZ může zahraniční osoba, již se rozumí fyzická osoba s bydlištěm nebo právnická osoba se sídlem mimo území České republiky v tuzemsku provozovat živnost za stejných podmínek a ve stejném rozsahu jako česká osoba, pokud ze živnostenského nebo jiného zákona nevyplývá něco jiného. Za českou osobu se považuje fyzická osoba s bydlištěm a právnická osoba se sídlem na území ČR. Bydlištěm na území ČR se pro účely ŽZ rozumí trvalý pobyt na jejím území.

¹ Dědič, J. a kol. Obchodní zákoník, komentář. I.díl, Praha: POLYGON, 2002, str. 141

² Dědič, J. a kol. Obchodní zákoník, komentář. I.díl, Praha: POLYGON, 2002, str. 141

Toto právo podnikat chápeme ve vazbě na komunitární terminologii jako právo usadit se na území ČR za účelem podnikání (v rámci volného pohybu osob)¹. Stejný režim jako pro občany EU platí pro státní příslušníky zemí Evropského hospodářského prostoru a Švýcarské konfederace (§ 70ŽZ).²

V této souvislosti je třeba zmínit zákon č. 18/2004 Sb., o uznávání odborné kvalifikace, který se vztahuje na vykonávání nejen závislé, ale právě i nezávislé činnosti usazenými osobami, tedy podnikání. Předpokladem pro zahájení činnosti na našem území pro státního příslušníka jiného členského státu EU bude uznání jeho odborné kvalifikace. Je však možno požadovat jen takové podmínky, které se vyžadují od občanů České republiky. ŽZ, prováděcí předpisy nebo zvláštní zákony stanoví, s výjimkou volných ohlašovacích živností, kvalifikační požadavky pro výkon řemeslných, vázaných či koncesovaných živností. V míře regulace a požadavcích na kvalifikaci jednotlivých profesí však existují mezi členskými státy značné rozdíly. Např. Polsko je v tomto ohledu velice liberální, zato Česká republika reguluje stovky profesí.

Živnostenský zákon byl harmonizován již k 1.5.2004 v tom smyslu, že novelou živnostenského zákona byla zavedena možnost pro osoby z EU, EHP a Švýcarské konfederace poskytovat dočasně služby na území ČR na základě svobody poskytování služeb bez nutnosti získat české živnostenské oprávnění. Půjde tedy o kategorii dočasných živnostníků, na něž se živnostenský zákon nebude vztahovat.³ Podnikatel má pouze před zahájením činnosti oznamovací povinnost vůči živnostenskému úřadu. Je zároveň povinen doložit, že je usazen v jiném členském státě a že má v tomto státě podnikatelské oprávnění (tzn. prokázat při kontrole podle § 60a ŽZ oprávněnost poskytování služeb).⁴ Obdobně stanoví i již zmiňovaný zák. č. 18/2004 ve svém § 5, že osoba usazená v jiném členském státě je oprávněna dočasně poskytovat služby na našem území, aniž požádá o uznání odborné kvalifikace. Jen v případě důvodného podezření, že dochází k ohrožování veřejných zájmů nebo k neoprávněnému poskytování služeb, je uznávací orgán oprávněn přezkoumat

¹ srov. bod 5.1.

² Pelikánová, I. Obchodní právo. I. díl, Praha: ASPI, a.s., 2005, str. 241

³ srov. Bejček, J. Pět letných pozastavení nad poslední loňskou novelou obchodního zákoníku. Právní rozhledy 11/2005, str. 398

⁴ Pelikánová, I. Obchodní právo. I. díl, Praha: ASPI, a.s., 2005, str. 184, 243n.

odbornou kvalifikací. Zjistí-li nedostatky, může výkon činnosti omezit nebo zakázat. Osoba poskytující na našem území služby je oprávněna používat své domácí profesní označení a i jeho překlad.

Musím zde zdůraznit, že i při přeshraničním poskytování služeb se požadavky na uznání kvalifikace liší země od země. Pro srovnání, např. v Rakousku se oproti ČR o uznání kvalifikace žádat musí. Pokud tedy chce podnikatel z EU dočasně poskytovat služby na území jiného členského státu, musí si nejprve zjistit, zda je jeho profese v hostitelském státu regulovaná. Pokud ne, o uznání kvalifikace žádat nemusí. Teprve je-li regulovaná, musí podnikatel dále zjišťovat, zda právní řád hostitelského státu vyžaduje uznání kvalifikace i pro dočasné poskytování služeb.

Pro lepší pochopení mohu uvést příklad polského zedníka, který dostal zakázku na drobné stavební úpravy v České republice. Přestože profese zedníka u nás patří k regulovaným, nemusí tento polský živnostník žádat o uznání kvalifikace, pokud bude činnost v ČR vykonávat pouze po omezenou dobu v rámci volného pohybu služeb. Pokud by si však chtěl založit živnost v České republice, o uznání kvalifikace by požádat musel.

ŽZ v § 5 odst. 5 stanoví, že zahraniční fyzická osoba, která hodlá na území ČR provozovat živnost a která má podle zákona č. 326/1999 Sb. povinnost mít pro pobyt na území ČR 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. Neplatí to však pro zahraniční fyzickou osobu, která má v úmyslu zřídit na našem území organizační složku svého podniku a provozovat živnost jejím prostřednictvím. Neplatí to ani pro občany EU. Ti žádají o povolení k pobytu až po vydání živnostenského oprávnění. Živnostenské úřady povolení k pobytu občanů EU nevyžadují a ani je nekontrolují, to je v kompetenci cizinecké policie.

Zahraněním právníckým osobám a rovněž zahraničním fyzickým osobám, které nejsou státními příslušníky EU nebo EHP, vzniká živnostenské oprávnění až zápisem do obchodního rejstříku, i když je živnostenský list nebo koncesní listina vydána před tímto zápisem (§ 10 odst. 6 ŽZ). Živnostenské oprávnění nemůže vzniknout dnem ohlášení nebo, pokud je v ohlášení uveden pozdější den vzniku

živnostenského oprávnění, tímto dnem, nebo právní mocí rozhodnutí o udělení koncese, jako je tomu u zahraničních fyzických osob, které jsou státními příslušníky EU nebo EHP, protože ještě nemají právo podnikat podle § 21 ObchZ. Zakladatelé však musejí ohlásit živnost nebo požádat o vydání koncese ještě před zápisem. ŽZ stanoví náležitosti žádosti o živnostenský list i žádosti o koncesi včetně příloh a stanoví místně příslušný úřad (§ 45n., § 50n. ŽZ) . Rejstříkový soud před prokázáním, že vznikne oprávnění podnikat, nevyhoví návrhu na zápis (§ 37 odst. 1 ObchZ). Živnostenský zákon je tímto způsobem sladěn s obchodním zákoníkem.

Domnívám se však, že ustanovení § 21 odst. 4 ObchZ je v tomto smyslu diskriminační vůči zahraničním fyzickým osobám, které nejsou státními příslušníky EU nebo EHP. Čeští živnostníci se totiž do obchodního rejstříku zapisují povinně jen v případech stanovených v ustanovení § 34 odst. 2 ObchZ, jinak se zapisují pouze na vlastní žádost. Povinné zapisování všech cizinců, kteří chtějí na našem území provozovat živnost chápu jako administrativní překážku a finančně nákladnou záležitost. České osoby jsou zvýhodněny, protože jim oprávnění k podnikání vzniká dnem ohlášení živnostenskému úřadu, zatímco cizinec po dobu čekání na zápis do obchodního rejstříku podnikat nemůže. Navíc všechny údaje, které obsahuje obchodní rejstřík, je možné nalézt i v živnostenském rejstříku, který je veden podle § 60 ŽZ. Duplicita těchto údajů se zdá nadbytečná. Na druhé straně je tato úprava zneužitelná. Naše legislativa totiž nezavádí informační povinnost mezi jednotlivými rejstříky. Pokud dojde ke zrušení živnostenského oprávnění, cizinec bude stále zapsán v obchodním rejstříku a na základě této skutečnosti může např. žádat o prodloužení dlouhodobého pobytu.

Od 1.5.2004, kdy vstoupila v platnost tzv. euronovela živnostenského zákona (zák. č. 374/2004 Sb.), která zmírnila podmínky vstupu do živnostenského podnikání, např. zrovnoprávněním postavení občanů EU a českých občanů co se týká předkládání dokumentů potřebných k získání živnostenského oprávnění nebo prokazování odborné způsobilosti, počet podnikatelů z EU soustavně roste. Ke konci roku 2005 se ustálil nad hranicí 13 tis. osob. Většina z nich jsou státní příslušníci Slovenska (8,7 tis.), méně pak polští a němečtí občané (přes 1 tis. osob). Na rozdíl od pracujících cizinců v postavení zaměstnanců však jejich podíl představuje stále jen jednu pětinu všech cizinců se statutem podnikatelů. Celkový počet živnostníků

ovlivňují především občané Vietnamu (22,6 tis.) a státní příslušníci Ukrajiny (21,1 tis.). Z ostatních zemí byl zjištěn počet živnostníků přesahující 1 tis. osob u občanů Ruska, Srbska a Černé Hory a Bulharska.¹

Pokud ze zákona vyplývá povinnost předložit doklad potvrzující určité skutečnosti, rozumí se tím předložení dokladu včetně jeho překladu do českého jazyka provedeného tlumočnickem zapsaným do seznamu znalců a tlumočnicků, pokud tento doklad nebyl vydán v českém jazyce. Pravost podpisu a otisku razítka na originálech předkládaných dokladů, které byly vydány v zahraničí, musí být ověřena. Ověření dokladů (superlegalizace) není třeba provádět tam, kde jsou uzavřeny dvoustranné mezinárodní smlouvy o právní pomoci a dále na základě Haagské úmluvy o zrušení požadavku na ověřování cizích veřejných listin, která vyšla ve Sbírce zákonů pod č. 45/1999 Sb. Dle Haagské úmluvy se příslušné doklady ověřují pouze formou apostilly ve státě, kde byl doklad vydán. V závislosti na tom, o který stát půjde, může přicházet v úvahu superlegalizační listina, apostilla nebo doklad vydaný orgánem cizího státu. Požadavek na provedení překladu do českého jazyka tlumočnickem zapsaným do seznamu znalců a tlumočnicků a požadavek na ověření pravosti podpisu a otisku razítka se nevztahuje na doklady předložené státním příslušníkem členského státu Evropské unie, Evropského hospodářského prostoru a Švýcarska, nejsou-li pochybnosti o správnosti překladu, popřípadě o pravosti podpisu nebo otisku razítka. Co se týče dokladů o vzdělání vydaných v zahraničí, musí být opatřeny nostrifikační doložkou podle zvláštního právního předpisu, v případě dokladů o vysokoškolském vzdělání osvědčením o uznání podle zvláštního právního předpisu. Problematiku uznávání odborné způsobilosti získané v zahraničí je upravena vyhláškou ministerstva školství, mládeže a tělovýchovy č. 12/2005 Sb., o podmínkách uznání rovnocennosti a nostrifikace vysvědčení vydaných zahraničními školami. Uznání zahraničního vysokoškolského vzdělání a kvalifikace upravuje zákon č. 111/1998 Sb., o vysokých školách. Povinnost předkládat doklady opatřené nostrifikační doložkou nebo osvědčením o uznání se nevztahuje na doklady o vzdělání vydané v členském státu Evropské unie, Evropského hospodářského prostoru a Švýcarska.²

¹ Blíže k této problematice www2.czso.cz – oficiální stránky Českého statistického úřadu

² Blíže k této problematice www.czech.cz – oficiální stránky České republiky

Je-li podnikatelem ten, kdo nemá plnou způsobilost k právním úkonům, dále nesplňuje-li podnikatel – fyzická či právnická osoba – zvláštní podmínky provozování živnosti (§ 7 ŽZ) a nejedná-li se o ohlašovací živnost provozovanou průmyslovým způsobem, je povinen ustanovit odpovědného zástupce. Jestliže zahraniční právnická osoba zřídí organizační složku svého podniku na našem území a vedoucí této složky splňuje stanovené podmínky, ustanoví ho do funkce odpovědného zástupce. Odpovědný zástupce odpovídá za řádný provoz živnosti a za dodržování živnostenskoprávních předpisů. Musí splňovat jak všeobecné, tak i zvláštní podmínky provozování živnosti stanovené zákonem. Další podmínkou je, že odpovědný zástupce se zúčastňuje provozování živnosti v potřebném rozsahu, nesmí vykonávat tuto funkci pro více než dva podnikatele a je ve smluvním vztahu k podnikateli (nemusí jím již nutně být pracovněprávní poměr, jako tomu bylo dříve). Odpovědný zástupce právnické osoby nesmí být členem dozorčí rady či jiného kontrolního orgánu této právnické osoby. Dále jím nesmí být fyzická osoba, u níž trvá překážka provozování živnosti (§ 8 ŽZ), ani osoba, které bylo zrušeno živnostenské oprávnění v příbuzném oboru, po dobu jednoho roku od právní moci rozhodnutí o jeho zrušení. To však neplatí, pokud bylo živnostenské oprávnění zrušeno z důvodu, že živnost nebyla provozována po dobu delší než 4 roky.

ŽZ se v § 5 odst. 6 zmiňuje také o postavení zvláštní skupiny cizinců při podnikání, a to azylantů. Azylanti jsou fyzické osoby (občané cizích států), kterým byl podle zák. č. 325/1999 Sb., o azylu, udělen ministerstvem vnitra azyl. Azylanti jsou ve smyslu § 76 zákona oprávnění k trvalému pobytu na území ČR po dobu platnosti rozhodnutí o udělení azylu. Azylant může provozovat živnost za stejných podmínek jako občan ČR s bydlištěm na jejím území.¹

3.3. ZVLÁŠTNÍ PRÁVNÍ PŘEDPISY

Živnostenský zákon ve svém § 3 taxativně vymezuje značný okruh činností a povolání, které nepovažuje za živnost, i když mají znaky živnosti podle § 2 ŽZ a tedy i podnikatelské činnosti. Jde např. o advokáty, notáře, lékaře, auditory, daňové

¹ Kučera, Z., Pauknerová, M., Růžička, K., Zunt, V.: Úvod do práva mezinárodního obchodu, Dobrá voda, Aleš Čeněk, 2003, str. 73

poradce, pojišťovny, zajišťovny, zemědělství, provozování rozhlasového a televizního vysílání atd. Pro jejich činnost platí zvláštní předpisy. Některé činnosti uvedené v § 3 ŽZ však mohou být vykonávány zcela ojedinele, tedy nepodnikatelsky (např. využívání výsledků tvůrčí duševní činnosti, pronájem nemovitostí). O neživnostenském podnikání proto můžeme mluvit v souvislosti s § 3 ŽZ jen v tom smyslu, že činnosti tam uvedené musí splňovat znaky podnikání uvedené v § 2 odst. 1 ObchZ.¹

Podrobněji se zmíním o advokacii, jako zástupci svobodných povolání, která představují podnikatelskou činnost neživnostenského charakteru. Zmínku si zaslouží i právní úprava bankovníctví.

3.3.1. Výkon advokacie

Výkon advokacie patří mezi tzv. svobodná povolání. Svobodnými povoláními jsou profese fyzických osob, jejichž předmětem je poskytování duševních plnění individuální povahy předpokládajících získání určitého vyššího stupně odborného vzdělání, příp. umělecký talent apod. Příslušník tohoto povolání má také individuální osobní odpovědnost. Zákonné úpravy požadují kromě vzdělání a praxe také složení odborné profesní zkoušky. Po splnění všech podmínek je zájemce zapsán do speciálního rejstříku a získává oprávnění vykonávat nezávisle tuto profesi. Běžné je povinné členství v samosprávných profesních komorách. Jsou právníckými osobami zvláště upravenými, dohlíží na odbornou úroveň, organizují odborné praxe, zkoušky, skládání slibu, vedou rejstřík a plní další úkoly.

Obchodní zákoník považuje příslušníky svobodných povolání za podnikatele, přičemž obchodní společnosti těchto osob se zapisují do obchodního rejstříku, jestliže zakladatelé prokáží, že profesionální činnost upravenou zvláštními zákony budou vykonávat jen osoby, které k tomu mají oprávnění.²

Právní úprava výkonu advokacie je obsažena v zákoně č. 85/1996 Sb., o advokacii, v jeho platném znění. Tento zákon stanoví podmínky pro přístup

¹ Pelikánová, I. Obchodní právo. I. díl. Praha: ASPI, a.s., 2005, str. 262

² Pelikánová, I. Obchodní právo. I. díl. Praha: ASPI, a.s., 2005, str. 263n.

k advokátní profesi a řadu povinností a omezení pro advokáty. Bylo by mylné se domnívat, že advokacie není svou povahou nadnárodní profesí. S pohybem klientů a jejich nadnárodními aktivitami přichází i pohyb advokátů. K internacionalizaci advokacie dochází postupně díky probíhajícím přeshraničním lidským, osobním, podnikatelským a dalším vztahům. Například v rámci Evropské unie postupně probíhá proces, který začal vzájemným uznáváním vysokoškolských diplomů v oboru práva a který je završen svobodným usazováním advokátů a svobodným poskytováním právní pomoci.¹

Přístup k výkonu advokacie na našem území pro zahraniční advokáty byl zákonem o advokacii z roku 1996 poprvé upraven výslovně. Napravil se tím dosavadní a nadále již neúnosný stav. Privatizační a další procesy, které s sebou přinesla transformace ekonomiky i společnosti, byly pro zahraniční klientelu přitažlivé, ale náš právní řád činnost zahraničních advokátů nepředpokládal. Latentní formy poskytování právní pomoci zahraničními advokáty (kdy u nás poskytovaly právní pomoc nejrůznější obchodní společnosti vytvářené zahraničními advokáty anebo kdy ve skutečnosti poskytovali právní pomoc zahraniční advokáti, ale formálně šlo o vztah klienta s českým advokátem) měly především ten důsledek, že klienti nebyli dostatečně chráněni proti nekompetentnosti a dalším nežádoucím jevům tak, jak je to obvyklé při vztahu advokáta a klienta, který se řídí právním režimem ZA a etickými pravidly advokacie. Kromě odstranění tohoto nepřijatelného stavu, bylo zároveň třeba připravit právní řád na integraci ČR do EU^{2,3}.

Působení zahraničního advokáta v České republice upravuje ZA odlišně podle toho, zda jde o evropského advokáta či nikoli.

Zahraníční advokát bude na základě písemné žádosti zapsán do seznamu advokátů po splnění podmínek uvedených v § 5a odst. 1 ZA, kterými jsou mj. prokázání oprávnění poskytovat právní služby v jiném státě za podmínek slučitelných se zákonnou regulací advokacie u nás a dále složení uznávací zkoušky⁴.

¹ Macková, A. Právní pomoc advokátů a její dostupnost. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2001, str. 123

² tato úprava usnadnila implementaci směrnic č. 77/249/EHS, 89/48/EHS a 98/5/EU Evropského parlamentu a Rady

³ Wintrová, A. Civilní právo procesní. 4. aktualizované vydání. Linde Praha, a. s., 2006, str. 171

⁴ viz. § 54 odst. 3 ZA

Ta ověřuje znalosti právních předpisů o právní pomoci u nás, základní znalosti o právním řádu ČR, ale i stavovských předpisů. Lze ji vykonat v českém nebo v některém z cizích jazyků používaných běžně v mezinárodním styku. Takto zapsaný advokát je však oprávněn poskytovat právní služby pouze v oblasti práva státu, v němž získal oprávnění k poskytování právních služeb, a v oblasti práva mezinárodního.

Evropský advokát může na území České republiky působit buď jako hostující nebo usazený evropský advokát.¹

Hostující evropský advokát poskytuje právní služby na našem území pouze dočasně nebo příležitostně. Jeho oprávnění jsou značně omezena. Nemůže být členem sdružení (§ 14 ZA) ani společníkem společnosti (§ 15), nemůže být volen do orgánů Komory ani se účastnit sněmu, dokonce nesmí sepisovat určité typy smluv ani činit prohlášení o pravosti podpisu.² Dle § 35j odst. 2 ZA je v zastupování v řízení před soudy nebo jinými orgány povinen ustanovit našeho advokáta jako svého zmocněnce pro doručování písemností.

Usazeným evropským advokátem je evropský advokát, který je zapsán do seznamu evropských advokátů (za podmínek § 35m ZA) vedeného Komorou. Na rozdíl od hostujícího advokáta je oprávněn poskytovat právní služby na našem území soustavně. Je mu přiznáno i více oprávnění. Může být členem sdružení, společníkem společnosti, jakož i zahraniční společnosti (§ 35na), či vykonávat advokacii jako zaměstnaný advokát (§ 15a ZA). Má právo účastnit se sněmu, avšak nemůže být volen do orgánů Komory. Na usazeného advokáta se přiměřeně užití ustanovení zákona o advokacii a stavovské předpisy.

Evropský advokát, hostující i usazený, je oprávněn na našem území poskytovat právní služby spočívající v zastupování v řízení před soudy nebo jinými orgány, včetně obhajoby v trestním řízení, a to i v případech stanoveného povinného zastoupení advokátem nebo kdy zástupcem účastníka řízení může být pouze advokát. V těchto dvou posledně zmiňovaných případech musí však mít evropský advokát

¹ viz. část třetí zák. č. 85/1996 Sb., o advokacii (ZA)

² viz. § 35h ZA

konzultanta pro otázky procesního práva, které budou v řízení řešeny. Ustanovuje si ho po dohodě s klientem a oznamuje adresu jeho sídla soudu nebo jinému orgánu při prvním úkonu, který vůči němu činí. Konzultantem může být zároveň zmocněnec pro doručování. Je oprávněn být přítomen se souhlasem evropského advokáta při všech úkonech, u kterých je oprávněn být přítomen jako zástupce evropský advokát. Ustanovením konzultanta však není omezena odpovědnost evropského advokáta za škodu a ani jeho kárná odpovědnost. Režim kárné odpovědnosti evropského advokáta je obdobný režimu našich advokátů.¹

3.3.2. Bankovní činnost

Zákon o bankách² stanoví, co se pro účely tohoto zákona rozumí bankou. Musí vykazovat tyto znaky: jde o právnickou osobu se sídlem v České republice, založenou jako akciová společnost, přijímá vklady od veřejnosti, poskytuje úvěry a má k výkonu těchto činností bankovní licenci.³ Je třeba připomenout, že pro bankovní podnikání zákon neumožňuje jinou právní formu, než je akciová společnost. Tento požadavek lze též rozšířit na evropskou akciovou společnost (SE) ve smyslu čl. 10 nařízení Rady (ES) č. 2157/2001 ze dne 8.10.2001, o statutu evropské společnosti.⁴

V bankovníctví však mohou podnikat i jiné subjekty. § 1 odst. 6 ZB stanoví, že bankovní činnosti mohou v tuzemsku vykonávat prostřednictvím svých poboček také zahraniční banky, a to na základě tuzemské bankovní licence. O jejím udělení rozhoduje na základě žádosti zahraniční banky, která hodlá zřídit pobočku na našem území, Česká národní banka. K žádosti o licenci současně předloží vyjádření orgánu bankovního dohledu ze země sídla zahraniční banky k záměru založit pobočku v ČR a jeho prohlášení, že bude nad pobočkou vykonávat bankovní dohled. Zároveň je stanovena řada podmínek, které musejí být splněny, jako např. důvěryhodnost zahraniční banky a její dostatečná finanční síla s ohledem na rozsah podnikání pobočky, odborná způsobilost, technické a organizační předpoklady, dostatečný objem a průhlednost původu finančních zdrojů poskytnutých zahraniční bankou její

¹ viz. § 35q a násl. ZA

² zák. č. 21/1992 Sb., o bankách (ZB)

³ viz. § 1 odst. 1 ZB

⁴ Bakeš, M. a kol. Finanční právo. 4. aktualizované vydání. Praha: C. H. Beck, 2006, str. 655

pobočce atd.¹ Minimální výši poskytnutých vkladů, jakož i náležitosti žádostí a oznámení stanoví vyhláška České národní banky².

Pro banky z členských států však platí zvláštní ustanovení § 5a ZB, odpovídající principum volného pohybu služeb a osob. Mohou vykonávat bankovní činnosti na území ČR bez tuzemské bankovní licence, pouze na základě oprávnění k výkonu činnosti, které jim bylo uděleno v zemi jejich sídla – jde o tzv. jednotnou licenci.³ Jednotná evropská licence vydaná v jednom členském státu je platná pro celé území EU. I zde můžeme pozorovat rozlišení na usazené banky, které vykonávají činnost prostřednictvím poboček, zřízených na území ČR a zapisovaných do obchodního rejstříku, a na hostující banky, kdy banka pobočku nezřizuje, protože provozovaná činnost nemá charakter trvalé hospodářské činnosti.

Další skupinu subjektů, které mohou podnikat v bankovníctví v ČR zavádí ustanovení § 5a odst. 3. Podle něj jsou jimi banky se sídlem v jiných státech, které požívají při podnikání stejných výhod jako banky se sídlem v členských státech, a to v souladu s mezinárodní smlouvou na základě vyhlášky České národní banky. Zatím však Česká národní banka okruh těchto subjektů vyhláškou nerozšířila.

¹ viz. § 5 odst. 4 ZB

² vyhláška České národní banky č. 90/2006 Sb., kterou se stanoví náležitosti žádostí, oznámení a minimální výše finančních zdrojů poskytnutých pobočce zahraniční bankou

³ viz. § 5a, 5c ZB

4. OCHRANA A PODPORA ZAHRANIČNÍCH INVESTIC

Dílčí část problematiky ochrany zahraničních investic obsahuje ustanovení § 25 ObchZ o ochraně majetkových zájmů zahraničních osob při podnikání v ČR. Týká se vyvlastnění a omezení vlastnického práva zahraničních osob podnikajících na našem území a je upraveno shodně s čl. 11 odst. 4 LZPS.¹ Majetek zahraniční osoby související s podnikáním v České republice a majetek právnické osoby se zahraniční majetkovou účastí může být v České republice vyvlastněn nebo vlastnické právo omezeno jen na základě zákona a ve veřejném zájmu, který není možno uspokojit jinak. Náhrada odpovídající plné hodnotě majetku dotčeného expropriačními opatřeními musí být poskytnuta bez prodlení a musí a musí být volně převoditelná do zahraničí v cizí měně. Při určování plné hodnoty majetku je třeba použít metodu tržního ocenění podle zák.č. 151/1997 Sb. a vyhl. č. 540/2002. Ustanovení o tom, že náhrada musí být uskutečněna ve volně směnitelné měně, mělo význam zejména v době, kdy česká koruna nebyla volně směnitelnou měnou. Základním právním předpisem, který umožňuje vyvlastnění nebo omezení vlastnického práva je zákon o vyvlastnění (zák. č. 184/2006 Sb.) v návaznosti na účel vyvlastnění ve zvláštních zákonech (např. v § 170 stavebního zákona).²

Ustanovení § 25 ObchZ je často nahrazováno nebo doplňováno a rozvíjeno bilaterálními mezinárodními smlouvami o ochraně investic, které náš stát uzavírá s většinou států, jež jsou našimi obchodními partnery.³

4.1. ÚPRAVA V MEZINÁRODNÍCH SMLOUVÁCH

V době zahájení transformace naší ekonomiky bylo pro Českou republiku (resp. pro tehdejší Československo) nezbytné získat zahraniční investory, kteří by se svým kapitálem zúčastnili procesu reformy našeho hospodářství, vzhledem k tomu, že tuzemské kapitálové zdroje byly v tomto ohledu nedostatečné. Bylo proto nutné vytvořit určitý systém garancí mezinárodněprávního charakteru, které by

¹ Pelikánová, I. Obchodní právo. I. díl, Praha: ASPI, a.s., 2005, str. 423

² Dědič, J. a kol. Obchodní zákoník, komentář. I. díl, Praha: POLYGON, 2002, str. 132n.

Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol. Obchodní zákoník. Komentář. 9. vydání. Praha: C. H. Beck, 2004, str. 61

³ Pelikánová, I. Obchodní právo. I. díl, Praha: ASPI, a.s., 2005, str. 423

zahraničním investorům zaručily vhodné ekonomické podmínky pro jejich investice. Jednalo se zejména o záruku proti vyvlastnění a znárodnění investic a záruku volného převodu zisku i celé investice do státu investora (tzv. repatriace). Tyto garance je třeba poskytnout bez ohledu na případný vývoj či odlišnou úpravu vnitrostátního právního řádu prostřednictvím instrumentu, kterým jsou právě dohody o podpoře a ochraně investic.

I dnes jsou mezinárodněprávní garance považovány za optimální pro poskytnutí dostatečné jistoty investorům z jednoho státu vstupujícím do ekonomického a právního prostoru jiného státu, a to i přesto, že (tak jako v ČR) většina záruk je již zakotvena ve vnitrostátním právním řádu. Argumentem pro tento postup je možnost velmi rychlé změny vnitrostátní úpravy, ale i mezinárodněprávní vynutitelnost záruk zakotvených v mezinárodní smlouvě.¹

V mezinárodních smlouvách je upravena celá řada otázek souvisejících se zahraničními investicemi u nás a investicemi našich podnikatelů v zahraničí. Při úpravě ochrany majetkových práv cizích investorů se jedná o určité zdvojení této ochrany, je však třeba v každém jednotlivém případě zkoumat, zda právní ochrana v příslušné mezinárodní smlouvě neobsahuje odlišnosti od obchodního zákoníku. V takovém případě má přednost právní úprava daná mezinárodní smlouvou, pokud v souladu s čl. 10 Ústavy byla vyhlášena (ve Sbírce zákonů nebo Sbírce mezinárodních smluv), k její ratifikaci dal Parlament souhlas a je jí Česká republika vázána.²

Obchodní zákoník vůbec nevymezuje pojem „investice“ a „investor“, vymezení těchto pojmů je proto třeba hledat v jednotlivých dohodách. Dohody však nestanoví podmínky, za jakých je možné investovat na území smluvních států, protože tyto podmínky se mohou měnit. Tato otázka je proto přenechána úpravě ve vnitrostátních předpisech státu, na jehož území je investice uskutečňována.³

¹ Bakeš, M. a kol. Finanční právo. 4. aktualizované vydání. Praha: C. H. Beck, 2006, 543 s.

² Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol. Obchodní zákoník. Komentář. 9. vydání. Praha: C. H. Beck, 2004, str. 60

³ Kučera, Z., Pauknerová, M., Růžička, K., Zunt, V.: Úvod do práva mezinárodního obchodu, Dobrá voda, Aleš Čeněk, 2003, str. 80

Jelikož mezi jednotlivými dohodami o podpoře a ochraně investic existují určité rozdíly, zmíním se podrobněji o jedné z nich.

4.1.1. Bilaterální dohoda o ochraně a podpoře investic s Francouzskou republikou¹

Dohoda pro své účely obsahuje vlastní definice pojmů. „Investicí“ označuje všechna aktiva, jako je majetek a práva všeho druhu, přičemž tato aktiva jsou nebo byla investována v souladu s právním řádem smluvní strany, na jejímž území a nebo v jejímž přímořském státu je investice uskutečněna. Demonstrativní výčet investic zahrnuje movitý a nemovitý majetek, jakož i všechna věcná práva, zejména hypotéky, přednostní práva, záruky a užívací práva, akcie a všechny ostatní formy účasti na společnostech založených na území jedné smluvní strany, jakož i všechna práva z nich vyplývající, obligace, pohledávky a práva k jakémukoli plnění, které mají hospodářskou hodnotu, autorská práva, průmyslová práva, technologické postupy, licence, obchodní jména, klientela, koncese udělené na základě zákona nebo smlouvy. Pojem „investice“ označuje rovněž nepřímé investice, uskutečněné investory jedné ze smluvních stran na území nebo v přímořském pásmu druhé smluvní strany prostřednictvím investora z třetího státu. „Investorem“ se rozumí jakákoliv fyzická osoba, která je občanem jedné ze smluvních stran a která může v souladu s jejím právním řádem uskutečňovat investice na území nebo v přímořském pásmu druhé smluvní strany nebo jakákoliv právnická osoba, zřízená na území jedné ze smluvních stran v souladu s jejím právním řádem a která má na něm své sídlo. Pojem „výnosy“ označuje všechny částky plynoucí z investice během daného období, zejména zisk, dividendy, úroky, poplatky, provize.

Každé smluvní straně je uložena povinnost umožňovat a podporovat investice uskutečňované investory druhé smluvní strany na svém území. Obsahuje doložku nejvyšších výhod, tzn. poskytuje investorům druhé smluvní strany zacházení ne méně příznivé, než přiznává svým investorům nebo investorům ze států požívajícího nejvyšších výhod, pokud je toto výhodnější.

¹ Sdělení Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 453/1991 Sb., o sjednání Dohody o vzájemné podpoře a ochraně investic mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Francouzskou republikou

Dohoda obsahuje i úpravu řešení sporů, týkajících se investic. Přednost je dána vzájemnému jednání. Nebude-li spor do 6 měsíců přátelsky vyřešen, je investor oprávněn spor předložit Mezinárodnímu středisku pro řešení sporů z investic (ICSID) k vyřešení arbitrážní cestou. Pro případ, že by nebyla splněna podmínka účasti obou smluvních států v Úmluvě o řešení sporů z investic mezi státy a občany jiných států¹, bude spor předložen na žádost jedné ze stran rozhodčímu soudu „ad hoc“, jehož způsob vytvoření předvídá čl. 10 Dohody, přičemž má rozhodovat podle rozhodčích pravidel Komise OSN pro mezinárodní právo obchodní (UNCITRAL). Spory týkající se výkladu nebo provádění Dohody musí být, pokud je to možné, řešeny diplomatickou cestou. Jestliže se nepodaří spor touto cestou vyřešit do 6 měsíců, bude na žádost jedné ze smluvních stran předložen rozhodčímu soudu, který bude ustanoven způsobem vymezeným v čl. 11 odst. 3 Dohody.

Dohoda byla uzavřena na dobu 15 let, nicméně po uplynutí této doby zůstává v platnosti, pokud ji jedna ze smluvních stran nevypoví diplomatickou cestou s roční výpovědní lhůtou.

Čl. 12 Dohody obsahuje ustanovení o zpětné účinnosti v tom smyslu, že dohoda se použije i na investice uskutečněné po 1. lednu 1950. Hlavním smyslem tohoto ustanovení je zajištění stejné ochrany investic uskutečněných před platností dohody, jako pro investice uskutečněné po nabytí platnosti dohody. Termín 1. ledna 1950 byl stanoven s ohledem na dobu ukončení vydávání konfiskačních a znárodnovacích předpisů v poválečném Československu (1945 – 1949). Tím byl vyjádřen zájem české strany na tom, aby investice dotčené těmito předpisy nepožívaly ochrany Dohody.²

4.2. ŘEŠENÍ SPORŮ ZE ZAHRANIČNÍCH INVESTIC

Spory, které by mohly vzniknout v souvislosti s investicí mezi investorem z jednoho smluvního státu a smluvním státem, na jehož území byla investice učiněna, se mohou týkat jejího vyvlastnění nebo znárodnění nebo neumožnění

¹ Washington, 18. března 1965 (Československo k této úmluvě přistoupilo v roce 1992)

² Bakeš, M. a kol. Finanční právo. 4. aktualizované vydání. Praha: C. H. Beck, 2006, 547 s.

volného převodu kapitálu nebo výnosů do zahraničí, popř. diskriminačního zacházení s investicí. Zvláštností takového sporu je skutečnost, že jednou ze smluvních stran je subjekt mezinárodního práva (suverénní stát) a druhou spornou stranou je fyzická nebo právnická osoba z jiného smluvního státu. Stát v takovém sporu nevystupuje nikdy jako právnická osoba, protože příčinou vzniku sporu byl jeho mocenský zásah do práv investora. V právní teorii se o takových sporech hovoří jako o tzv. „diagonálních sporech“.¹

V případě vzniku takových sporů je třeba vycházet z úpravy řešení těchto sporů v mezinárodní smlouvě o podpoře a ochraně investic, pokud se jedná o investici za státu, s nímž má Česká republika smlouvu uzavřenu. Není-li takové smlouvy, má zahraniční investor stejné postavení jako tuzemský subjekt, ale s tím rozdílem, že po vyčerpání všech prostředků daných mu českým právem se může uchýlit pod diplomatickou ochranu svého domovského státu.²

V posledních letech čelila Česká republika řadě arbitrážních žalob na náhradu škody způsobené porušením některé z dvoustranných mezinárodních smluv o vzájemné podpoře a ochraně investic.³ Chce-li být investor v investičním sporu úspěšný, musí prokázat, že došlo ze strany státu k porušení mezinárodního závazku daného mezinárodní smlouvou. Obecně jde o porušení nestranného a spravedlivého zacházení, legitimního očekávání, plné bezpečnosti a ochrany, či nezasahování do investice. Samozřejmě záleží na obsahu konkrétní smlouvy, ty nicméně často obsahují pouze stručné formulace, které vyžadují další výklad rozhodčími tribunály rozhodujícími jednotlivé investiční spory.

¹ Kučera, Z., Pauknerová, M., Růžička, K., Zunt, V.: Úvod do práva mezinárodního obchodu, Dobrá voda, Aleš Čeněk, 2003, str. 83

Růžička, K.: Obchodujeme se zahraničím, Ostrava: MONTANEX, spol. s r.o., 1993, str. 50

² Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol. Obchodní zákoník. Komentář. 9. vydání. Praha: C. H. Beck, 2004, str. 60

³ viz. např. spor „Saluka“, „Nomura-FNM“, „Nagel“, „EMV“ a řada dalších

5. PRAVIDLA PRO VOLNÝ POHYB SLUŽEB A SVOBODU USAZOVÁNÍ SE V EU

5.1. VOLNÝ POHYB SLUŽEB

Volný pohyb služeb spočívá v právu podnikatele z jednoho členského státu poskytovat na území hostitelského členského státu dočasně a příležitostně služby, a to na základě oprávnění získaného v zemi sídla, aniž by tento podnikatel měl úmysl se v hostitelském členském státu usadit. Právě svou dočasností či jednorázovostí těchto úkonů se právo volného pohybu služeb odlišuje od práva na usazení se, pro které je příznačná trvalost vykonávaní činnosti.

Volný pohyb služeb je upraven v čl. 49 – 55 SES. O poskytování služby se jedná v případě, kdy poskytovatel služby má sídlo v jiném členském státě než ten, komu je služba poskytována. Služby jsou definovány jako úkony poskytované za úplat, pokud se neřídí ustanoveními o volném pohybu zboží, kapitálu nebo osob. Základním pojmovým znakem je tedy přeshraniční (mezinárodní) prvek. Přemísťuje-li se do jiného členského státu poskytovatel služby (např. advokát), jde o aktivní poskytování služby. Při pasivním poskytování služby se přemísťuje příjemce služby za poskytovatelem a existuje i třetí varianta, při které se přemísťuje předmět služby (např. počítačové programy) a oba účastníci zůstávají ve svých státech. Nejedná se však o právo absolutní. Omezení přichází v úvahu v případě vyloučení cizince z účasti na výkonu státní moci, z obecných důvodů veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti a ochrany zdraví, z kvalifikačních předpokladů a dle zvláštních pravidel pro výkon určitých povolání.¹

Pro doplnění této problematiky musím připomenout již zmiňovaný institut uznávání odborné kvalifikace². K možnému uplatňování volného pohybu služeb bylo nezbytné tento institut zavést do národních právních řádů členských zemí.

¹ Týč, V. Základy práva Evropské unie pro ekonomy. 4. aktualizované vydání. Linde Praha, a. s., 2004, str. 173n.

² podrobněji viz. bod 3.2.

Konstrukci citovaného čl. 50 SES odpovídá koncepce § 23 ObchZ. Judikatura ESD (rozsudek č. C-131/01, C-215/01) potvrzuje chápání citovaného ustanovení SES v tom smyslu, že poskytovatel poskytuje svá plnění na území hostitelského státu na základě oprávnění k podnikání, která získal v domovském státě, aniž na něm hostitelský stát může požadovat splnění dalších podmínek.¹

Praktická je otázka odvodu daní osob samostatně výdělečně činných, které realizují zakázku v jiném státě Unie. Pokud její působení v jiném členském státu nepřesáhne 183 dní, bude platit daně z příjmů v zemi, kde je usazena. Vyplývá to z ustanovení § 2 zák. č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů. Sociální a zdravotní pojištění je nadále placeno v zemi původu. Pokud však působení v rámci volného pohybu služeb přesáhne jeden rok, nastává povinnost platit pojištění v zemi působení osoby samostatně výdělečně činné, protože plátce může přispívat pouze do jednoho systému sociálního zabezpečení².

5.2. SVOBODA USAZOVÁNÍ SE V JINÉM ČLENSKÉM STÁTĚ

Vstupem České republiky do EU se českým podnikatelům otevřely nové možnosti podnikání na území jiných členských států. Nejde o pouhé dovážení zboží či poskytování služeb, ale o skutečné podnikání prostřednictvím své stálé pobočky či provozovny. Jde tedy o trvalou integraci do ekonomiky státu usazení.

Svoboda usazování se znamená volný pohyb samostatných podnikatelů i společností členských států. Spolu se svobodou pohybu pracovníků je svoboda volného pohybu těchto podnikatelů součástí základní svobody pohybu osob v rámci EU, která znamená rovné zacházení se všemi osobami bez ohledu na jejich občanství, resp. vztah k jednotlivému členskému státu.³ Většina českých textů používá termín „svoboda podnikání“ místo „svoboda usazování“. Termín „usazování“ je však přesnější a širší. Podnikat lze totiž až tam, kde již podnik

¹ Pelikánová, I. Obchodní právo. I. díl, Praha: ASPI, a.s., 2005, str. 419n.

² Tröster, P. a kol. Právo sociálního zabezpečení. 3. aktualizované a doplněné vydání. Praha: C. H. Beck, 2005, str. 55n.

³ Tichý, L., Arnold, R., Svoboda, P., Zemánek, J., Král, R. Evropské právo. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2004, str. 479

existuje, svoboda usazování však zahrnuje nejen podnikání v tomto smyslu, ale i zakládání podniků pro budoucí podnikání.¹

Základem svobody usazování se je čl. 43 a 48 SES. Je tvořena dvěma základními složkami. Tzv. primární svoboda usazování se (první věta prvního odstavce čl. 43 SES) zahrnuje právo podnikatele přemístit na území jiného členského státu těžiště výkonu své podnikatelské činnosti, své místo podnikání. Sekundární svoboda usazování se (druhá věta prvního odstavce čl. 43 SES) tuto možnost o právo zakládat na území jiných členských států dceřiné společnosti, pobočky, agentury, zastoupení atd. ESD dovedl v případě Daily Mail (C-81/87), že primární svoboda usazování se dopadá výlučně na fyzické osoby. Společnosti ve smyslu čl. 48 požívají pouze práva sekundárního usazování na území jiných členských států. Jak je však vyloženo v bodě 5.2.1., je zřejmé, že následná judikatura zmíněný rozdíl fakticky setřela. Úplnou primární usazovací svobodu navíc mají nadnárodní formy obchodních společností zakládaných podle komunitárního práva (EHZS, ES, SCE).²

5.2.1. Vliv svobody usazování se na právo společností v EU

Svoboda usazování se vztahuje na ty společnosti³, které splňují podmínky stanovené v odst. 1 čl. 48 Smlouvy. Musí být založeny podle práva některého členského státu a zároveň mají uvnitř Společenství buď své sídlo, nebo svou ústřední správu, nebo hlavní místo své podnikatelské činnosti. Mohlo by se zdát, že ze svobody usazování mohou profitovat i společnosti, které nemají žádnou skutečnou spojitost s některým z členských států. Příkladem může být situace, kdy společnost má sice své oficiální sídlo dle stanov na území členského státu, toto sídlo je však pouze fiktivní a hlavní správa společnosti se ve skutečnosti nachází ve třetím, neelejském státě. Z čl. 43 odst. 1 však vyplývá, že realizovat svobodu usazování jsou oprávněny jen ty společnosti, které mají vztah k některému členskému státu.⁴

¹ Týč, V. Základy práva Evropské unie pro ekonomy. 4. aktualizované vydání. Linde Praha, a. s., 2004, str. 171

² Dědič, J., Čech, P. Obchodní právo po vstupu ČR do EU aneb co všechno se po 1. květnu 2004 v obchodním právu změnilo? Praha: Bova Polygon, 2004, str. 32n.

³ Definice pojmu společnost je obsažena v čl. 48 odst.2 SES, z níž vyplývají dva základní znaky: a) jde o právnické osoby, které b) jsou založeny za účelem dosahování zisku

⁴ Stavínohová, P. K pojmu společnost v komunitárním stavu. Právní fórum 12/2005, str.460

V otázce interpretace této svobody zakotvené primárním právem, mají klíčový význam některé průlomové rozsudky ESD. Týkají se souladu národních norem mezinárodního práva společností s komunitárním právem. Právě kolizní normy v právu společností některých členských států se staly vážnou překážkou reálnému pohybu společností na vnitřním trhu a bylo jen otázkou času, kdy bude ESD povolán k posouzení jejich slučitelnosti s primárním evropským právem. Rozsudky z poslední doby nejenže problematiku vyjasnily, nepřímo ale navíc zásadním způsobem ovlivnily a nepochybně ještě ovlivní podobu řady hmotněprávních norem v právu společností, ať již komunitárních či ryze národních.¹

V Evropě lze rozlišit dva základní systémy určování osobního statutu společnosti, vycházející buď z inkorporační teorie nebo z teorie sídla (viz. 2.3.). Právní řády vycházející z inkorporační teorie z povahy věci více podporují mobilitu společností a soutěž úprav společností. Inkorporační kolizní normy mohou zvyšovat atraktivitu národního právního řádu pro zahraniční investory, kteří z ekonomických důvodů raději podřídí podnikání úpravě tohoto státu. Na jeho území formálně přesunou svá sídla a s nimi některé daňové povinnosti. Ve státech, jejichž kolizní normy sledují teorii sídla, je situace často opačná. Jejich hmotněprávní úprava společností je natolik rigidní a nekonkurenceschopná, že odůvodňuje obavy z formálního odlivu podnikatelů do zahraničí a tím potřebu kolizních bariér, jež by takovému exodu účinně čelily.²

Jako první v linii významných rozsudků ESD ve věci určování osobního statutu společností a jeho důsledků bývá zmiňován rozsudek ve věci C-270/83 Komise v. Francie. ESD dospěl k závěru, že hraničním určovatelem právního řádu je u společností jejich zapsané sídlo, a dále, že členský stát, ve kterém se hodlá usadit zahraniční společnost, nesmí podrobit tuto společnost odlišnému zacházení jen proto, že její zapsané sídlo leží na území jiného členského státu. Již citované rozhodnutí Daily Mail muselo poprvé řešit problém, zda některá z teorií navazování osobního statutu společností v členských státech neodporuje komunitárnímu právu. Rozsudek však vyzněl neutrálně a ESD konstatoval, že čl. 48 počítá s pluralitou odlišných

¹ Dědič, J., Čech, P. Evropské právo společností. Praha: Bova Polygon, 2004, str. 31

² Dědič, J., Čech, P. Obchodní právo po vstupu ČR do EU aneb co všechno se po 1. květnu 2004 v obchodním právu změnilo? Praha: Bova Polygon, 2004, str. 34n.

hraničních určovateli, zmiňuje-li vedle sebe zapsané sídlo, sídlo hlavní správy a hlavní místo, na kterém společnost vyvíjí činnost. SES proto problém neřeší a otázku ponechává otevřenou pro budoucí právní úpravu. Do té doby nelze opřít o čl. 43 a 48 SES právo společnosti přemístit skutečné sídlo do jiného členského státu. Odepřel tedy společností primární svobodu usazování se, která přísluší jen fyzickým osobám. Zastánci inkorporační teorie přivítali rozsudek ve věci C-212/97 (Centros). Soud dospěl k závěru, že ustanovením čl. 43 a 48 SES odporuje úprava, podle níž lze odmítnout zapsat do obchodního rejstříku členského státu pobočku, s poukazem na to, že společnost je založena v členském státě s méně restriktivní úpravou, v němž nevykonává žádnou činnost. Jde o využití rozdílů v právní úpravě a nikoli o zneužití svobody usazování se. Na stranu inkorporační teorie se postavil i rozsudek č. C-208/00 (Überseering), dle kterého je členský stát povinen respektovat právní způsobilost, kterou společnosti přiznává právní řád jiného členského státu, podle něhož byla společnost založena. Definitivní vítězství inkorporační teorie znamenal rozsudek č. C-167/01 (Inspire Art). ESD konstatoval, že čl. 43 a 48 SES nepřipouštějí, aby stát učinil výkon práva usadit se závislým na splnění dalších podmínek. Svoboda usazování se nemá význam jen jako zákaz diskriminace zahraničních osob na území hostitelského státu, nýbrž jako zákaz bránit volnému pohybu zahraničních podnikatelů směrem do členského státu, i kdyby zvolená omezení měla podobu předpisů, které tento stát aplikuje na vlastní podnikatele. ESD tuto zásadu postavil dokonce nad princip diskriminace. Její aplikace totiž povede k diskriminaci, a to ve vztahu k domácím subjektům, nesmí-li členský stát vztáhnout přísnější úpravu, kterou uplatňuje na společnosti založené podle jeho práva, také na zahraniční podnikatele.¹

Rozsudky nastartovaly nový jev v evropské úpravě, známý dosud spíše z ekonomické a právní reality ve Spojených státech amerických, totiž soutěžení právních řádů (statute shopping). Není-li zakladatel spokojen s úrovní úpravy společností v členském státu svého původu, má možnost si ve zbylých evropských právních rádech vybrat ten, který nejlépe vyhovuje jeho podnikatelskému záměru.

¹ Dědič, J., Čech, P. Evropské právo společností. Praha: Bova Polygon, 2004, str. 31n.

Dědič, J., Čech, P. Obchodní právo po vstupu ČR do EU aneb co všechno se po 1. květnu 2004 v obchodním právu změnilo? Praha: Bova Polygon, 2004, str. 34n.

Pelikánová, I. Obchodní právo. I. díl, Praha: ASPI, a. s., 2005, str. 408

Bariéry mobility zahraničních a pseudozahraničních společností, které vznikaly v důsledku teorie sídla, byly odstraněny výkladem ESD. V členských státech tak propukla soutěž v plné intenzitě, která měla za následek zásadní změny hmotněprávních úprav. Motivem těchto změn bylo především zvýšit konkurenceschopnost úpravy ve vztahu k jiným členským státům i zámořským jurisdikcím, zatraktivnit formu společností především pro malé a střední podnikatele, pružněji reagovat na potřeby podnikatelské praxe atd.

K průběhu konkurenčního boje mezi národními úpravami společností v členských státech je patrná dichotomie dvou základních přístupů. První koncepce vychází z představy o škodlivosti soutěže národních úprav, neboť ji považuje za závod o nejméně přísnou úpravu. Do centra pozornosti vstupuje společnost a její ochrana, resp. ochrana majoritních investorů, zatímco ochrana minorit, zaměstnanců, věřitelů, ustupuje do pozadí. Druhá koncepce vychází z liberálních představ o blahodárné funkci trhu a volné soutěže. Za základ staví maximální podporu soutěže jednotlivých jurisdikcí. Výlučně konkurence jurisdikcí umožní, aby na hledání optimálních řešení působil trh s přihlédnutím k reálným potřebám a požadavkům všech zainteresovaných zájmových skupin. Zkušenosti z USA dokazují, že v boji o osobní statut společností nakonec nezvítězily ty nejméně přísné jurisdikce, nýbrž ty nejkvalitnější. Podnikatelé se masově nehrnuli tam, kde právo nejméně chránilo minoritní investory či věřitele. Tímto způsobem trhy nefungují, jakékoliv riziko trhy vyvažují požadavkem vyššího výnosu. Do společností založených podle práva nedostatečně zohledňujícího zájmy minoritních investorů nikdo neinvestuje, anebo jen za vyšší cenu. Totéž platí pro věřitele – rizikové společnosti málokdo půjčí, popř. s ní uzavře obchod, anebo jen za podstatně vyšší cenu zohledňující míru tohoto rizika. Zvítězí tedy nakonec jurisdikce, která nejlépe vyváží protichůdné zájmy.

Druhá zmiňovaná koncepce získává převahu. Dokládá to i ESD tím, že odmítá teorii sídla zaměřenou proti soutěži evropských právních úprav. Lze tedy očekávat, že evropští podnikatelé budou volit stále častěji podnikání ve formě obchodních společností založených ve Spojeném království nebo Irsku, které mají podnikatelsky nejatraktivnější modely obchodních společností. Povede to logicky k odlivu obchodních společností z ostatních členských států s rigidní právní úpravou. Aby si tyto členské státy zachovaly velké podnikatele na svém území, budou muset

přizpůsobovat své právo obchodních společností britskému modelu. Bude tak docházet mimo vliv harmonizačních směrnic ke vzniku více či méně uniformního „evropského“ práva obchodních společností. Ve svém důsledku však tento proces povede k amerikanizaci práva obchodních společností, protože britský model vykazuje řadu podobností se systémem americkým. Mluvíme zde však pouze o nově zakládaných společnostech nikoli o společnostech již existujících. I pro ně může být z důvodů shora uvedených atraktivní změnit rozhodné právo. V současné době platí, že pokud se společnost rozhodne převést své sídlo do jiného členského státu, musí být tato společnost v původním státě zrušena s likvidací a v novém státě znovu založena. Jedná se však o velice finančně i administrativně náročný proces s řadou negativních důsledků např. v oblasti daňové či ztráta právní subjektivity původní obchodní společnosti.¹

I přes evropeizaci práva obchodních společností přirozenou cestou, evropská komise harmonizační projekty zcela neopustila. Z jí přestavené koncepce dalšího rozvoje sekundární úpravy společností (z roku 2003) vyplývá, že některé otázky, zejména ochrany společníků a třetích osob, je třeba unifikovat na komunitární úrovni a odejmout tak členským státům možnost, aby snižovaly standardy ochrany. Je zde i řada přelomových iniciativ. Evropští experti navrhuji, namísto kategorických zákazů a příkazů, příklon k plné transparentci, která umožní disciplinující působení trhu na chování společností a společníků. Za tím účelem proběhly modernizace a novelizace několika směrnic a řada dalších předpisů se připravuje, popř. probíhají diskuse zda mají být předkládány. Uvažuje se např. o úpravě dalších nadnárodních forem společností, včetně tzv. evropské soukromé společnosti, která by měla být obdobou národních společností s ručením omezeným, tj. značně flexibilní formou snáze dostupnou zejména malým a středním podnikatelům.²

Ohledně podnikání v EU lze shrnout, že byla odstraněna řada překážek, které ztěžovaly možnost pohybu podnikatelů v rámci Evropy. Některé překážky však stále přetrvávají a nejsou snadno odstranitelné jednotlivými zásahy ať už na úrovni

¹ Neruda, R. *Societas Europaea. Stručný úvod do právní úpravy a několik zamyšlení*. Právní fórum 5/2006, str.159

² Dědič, J., Čech, P. *Obchodní právo po vstupu ČR do EU aneb co všechno se po 1. květnu 2004 v obchodním právu změnilo?* Praha: Bova Polygon, 2004, str. 42n.

národní či komunitární. Jde především o přetrvávající rozdíly v právních úpravách podnikatelského prostředí členských států, a to i přes snahu Unie o harmonizaci. V neposlední řadě hraje roli i jazyková bariéra.

6. ZÁVĚR

Podnikání zahraničních osob, ať už fyzických či právnických, na území České republiky znamená pro naši ekonomiku velký přínos. Atraktivitu zahraničních podnikatelských aktivit dokládá mj. soutěžení národních právních úprav obchodních společností v rámci EU o to, kdo nabídne nejvýhodnější podmínky, aby tak přitáhly významné podnikatele. Nelze se však omezovat pouze na rámec Evropské unie. Vždyť převážná většina živnostníků – cizinců je tvořena občany z třetích států. Přínos podnikatelských aktivit cizinců na našem území nelze spatřovat jen v přínosu zahraničního kapitálu a tedy zdroje příjmů pro české subjekty. Přestože hledisko ekonomické převažuje, je třeba vidět i jiné stránky, jako je např. přínos informací, zkušeností ze zahraničí, tedy know-how.

Právní úprava podnikání cizinců je v současné době velice aktuální. V souvislosti se vstupem ČR do Evropské unie se podnikatelům otevřely nové možnosti podnikání v jednotlivých členských státech. Český právní řád tak zaznamenal řadu zásadních novelizací v jednotlivých právních odvětvích, které bylo třeba harmonizovat s právem komunitárním. Zejména jde o obchodní zákoník a živnostenský zákon, o kterých se ve své práci zmiňuji. Nelze přehlédnout i značný počet novelizací v zákoně č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území ČR. Vzhledem k rozsahu materie daného zákona, nezbylo v této práci místo pro podrobnější seznámení. Nelze však nezmínit, že právě v důsledku častých novelizací se zákon stává značně nepřehledným. Především tato nepřehlednost a s tím související častá kritika by mohla vést k zamyšlení se nad přípravou nového zákona.

Jak zjiž uvedeného vyplývá, danou problematiku nebylo možné rozebrat vyčerpávajícím způsobem. Právní úprava podnikání cizinců je značně rozsáhlá a rozmanitá a proto bylo mým hlavním cílem jakési shrnutí nejvýznamnějších principů podnikání cizinců na našem území, jakož i nejdůležitějších platných právních norem upravujících tuto oblast.

V nejbližších letech lze očekávat další příliv cizinců na naše území v souvislosti s předpokládaným rozšiřováním Evropské unie o nové členské státy. Je samozřejmé,

že právní úprava podnikání cizinců, a to nikoliv pouze občanů EU, se bude nadále vyvíjet a dané téma tak zůstane stále aktuální.

Seznam literatury:

- Bakeš, M. a kol. Finanční právo. 4. aktualizované vydání. Praha: C. H. Beck, 2006
- Bartošíková, M., Češková, M.: Srovnání současné a budoucí právní úpravy podnikání zahraničních osob na území ČR. Obchodní právo 12/2000
- Bejček, J. Pět letných pozastavení nad poslední loňskou novelou obchodního zákoníku. Právní rozhledy 11/2005, str. 398
- Bělohávek, A.: Pojem sídla z právního a daňového hlediska (především ve vztazích s tzv. mezinárodním prvkem. Obchodní právo 2000/7
- Dědič, J. Čech, P. Evropské právo společností. Praha: Bova Polygon, 2004
- Dědič, J., Čech, P. Obchodní právo po vstupu ČR do EU aneb co všechno se po 1. květnu 2004 v obchodním právu změnilo? Praha: Bova Polygon, 2004
- Dědič, J. a kol. Obchodní zákoník, komentář. I.díl, Praha: POLYGON, 2002
- Důvodová zpráva k návrhu zák., kterým se mění zák. o pobytu cizinců, publikovaný názor – vydaný dne 1.9.2000, autor: Vláda ČR, int.č. ASPI 23835 (Lit)
- Fenyk, J., Ondruš, R.: Právní styk s cizinou v trestním a netrestním řízení a před orgány veřejné správy, Linde Praha, a. s., 1997
- Grulich, R.: Změny v nabývání nemovitostí cizinci. Rubrika Právo – komentář na www.sreality.cz, publikováno dne 28.7.2005
- Hrnčíř, M. Řada paragrafů neladí s EU. Hospodářské noviny, 19. 1. 2005
- Kučera, Z. Mezinárodní právo soukromé, 6. opravené a doplněné vydání, Brno: nakladatelství DOPLNĚK, 2004

- Kučera, Z., Pauknerová, M., Růžička, K., Zunt, V.: Úvod do práva mezinárodního obchodu, Dobrá voda, Aleš Čeněk, 2003
- Lochmanová, L.: Podnikání zahraničních osob v České republice z pohledu obchodního zákoníku. Právo a podnikání 6/98
- Macková, A. Právní pomoc advokátů a její dostupnost. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2001
- Neruda, R. Societas Europaea. Stručný úvod do právní úpravy a několik zamyšlení. Právní fórum 5/2006
- Pauknerová, M. Společnosti v mezinárodním právu soukromém. Praha: Karolinum, 1998
- Pelikánová, I.: Komentář k § 21 odst. 1 zák. č. 513/1991 Sb., vydaný dne 1.1.2003, int. č. ASPI 16958 (Lit)
- Pelikánová, I. Obchodní právo. I. díl, Praha: ASPI, a.s., 2005
- Růžička, K.: Obchodujeme se zahraničím, Ostrava: MONTANEX, spol. s r.o., 1993
- Růžička, K.: Velké změny v českém cizineckém právu. Právní praxe v podnikání 3/2000
- Stavínohová, P. K pojmu společnost v komunitárním stavu. Právní fórum 12/2005
- Šídllová, L.: Kdy a jaké nemovitosti mohou v ČR nabývat cizozemci. Článek publikován 19.6.2002 v rubrice Právo časopisu stavebni-forum.cz (www.juristic.cz)
- Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol. Obchodní zákoník. Komentář. 9. vydání. Praha: C. H. Beck, 2004

Švarc, Z.: Vybrané otázky práva mezinárodního obchodu, Praha: VŠE, Fakulta mezinárodních vztahů, 1998

Tichý, L., Arnold, R., Svoboda, P., Zemánek, J., Král, R. Evropské právo. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2004

Tröster, P. a kol. Právo sociálního zabezpečení. 3. aktualizované a doplněné vydání. Praha: C. H. Beck, 2005

Týč, V. Základy práva Evropské unie pro ekonomy. 4. aktualizované vydání. Linde Praha, a. s., 2004

Wintrová, A. Civilní právo procesní. 4. aktualizované vydání. Linde Praha, a. s., 2006

www.czech.cz – oficiální stránky České republiky

www2.czso.cz – oficiální stránky Českého statistického úřadu

Seznam použitých zkratk:

EHP	Evropský hospodářský prostor
LZPS	ústavní zákon č. 23/1991 Sb., ze dne 9.ledna 1991, kterým se uvozuje Listina základních práv a svobod jako ústavní zákon Federálního shromáždění České a Slovenské Federativní Republiky, ve znění zákona č. 162/1998 Sb.
ObchZ	zákon č. 513/1991 Sb. Obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů
OZ	zákon č. 40/1964 Sb. Občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů
ZA	zákon č. 85/1996 Sb., o advokacii, ve znění pozdějších předpisů
ZB	zákon č. 21/1992 Sb., o bankách, ve znění pozdějších předpisů
ZMPS	zákon č. 97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním, ve znění pozdějších předpisů
ZSŠ	zákon č. 191/1950 Sb. Zákon směnečný a šekový, ve znění zákona č. 29/2000 Sb.