

**Univerzita Karlova v Praze
Právnická Fakulta**



DIPLOMOVÁ PRÁCE

Leden 2006

Lucia Poliaková

Univerzita Karlova
Právnická Fakulta
Katedra obchodního práva

DIPLOMOVÁ PRÁCE

Právní úprava podnikání cizinců na území ČR

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

Diplomant: Lucia Poliaková
Limbová 2/70, 010 07 Žilina SR

Prohlášení

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

Lucia Poliaková

Lucia Poliaková

OBSAH

OBSAH	2
SEZNAM POUŽITÝCH ZKRATEK	4
1 ÚVOD	1
2 PŘEDCHOZÍ PRÁVNÍ ÚPRAVA PODNIKÁNÍ CIZINCŮ NA ÚZEMÍ ČR	2
2.1 ÚPRAVA V ZÁKONĚ O HOSPODÁŘSKÝCH STYČÍCH SE ZAHRANIČÍM ...	2
2.2 PODNIK SE ZAHRANIČNÍ MAJETKOVOU ÚČASTÍ	3
2.3 OBCHODNÍ ZASTUPITELSTVÍ.....	4
2.4 PODNIKÁNÍ FYZICKÝCH OSOB NA ÚZEMÍ ČSFR.....	4
3 EXKURZ DO ČESKÉHO CIZINECKÉHO PRÁVA	5
3.1 CIZINECKÉ PRÁVO.....	5
3.2 CIZINECKÉ REŽIMY	6
3.3 POSTAVENÍ CIZINCŮ V ČESKÉM PRÁVNÍM ŘÁDU V SOUVISLOSTI S PODNIKÁNÍM	7
3.3.1 Úprava v Ústavě ČR.....	7
3.3.2 Postavení cizinců v zákoně o mezinárodním právu soukromém a procesním.....	8
3.3.3 Úprava v Obchodním zákoníku	8
4 VYMEZENÍ ZÁKLADNÍCH POJMŮ	9
4.1 VYMEZENÍ POJMŮ „CIZINEC“ A „ZAHRANIČNÍ OSOBA“	9
4.2 OSOBNÍ STATUT	10
4.2.1 Osobní statut zahraničních fyzických osob	11
4.2.2 Osobní statut a uznání zahraničních právnických osob	11
4.3 VYMEZENÍ POJMŮ „PODNIKÁNÍ“ A „PODNIKATEL“	12
5 KOMUNITÁRNÍ ÚPRAVA PODNIKÁNÍ	14
5.1 SVOBODA USAZOVÁNÍ.....	14
5.2 UZNÁVÁNÍ ZAHRANIČNÍCH PRÁVNICKÝCH OSOB V RÁMCI EU	16
5.3 KOMUNITÁRNÍ JUDIKATURA ESD K SVOBODĚ USAZOVÁNÍ A UZNÁVÁNÍ PRÁVNICKÝCH OSOB V RÁMCI EU	17
5.3.1 Rozhodnutí Daily Mail.....	17
5.3.2 Rozhodnutí Centros	17
5.3.3 Rozhodnutí Überseering	18
5.3.4 Rozhodnutí Inspire Art	19
5.4 VOLNÝ POHYB SLUŽEB.....	19
6 PLATNÍ ÚPRAVA PODNIKÁNÍ ZAHRANIČNÍCH OSOB PODLE OBCHODNÍHO ZÁKONÍKU	21
6.1 PODNIKÁNÍ ZAHRANIČNÍCH OSOB V ŠIRŠÍM A UŽŠÍM SMYSLU	21
6.2 PODNIKÁNÍ PROSTŘEDNICTVÍM PODNIKU A ORGANIZAČNÍ SLOŽKY PODNIKU NA ÚZEMÍ ČR.....	22
6.2.1 Oprávnění zahraniční osoby k podnikání.....	24
6.2.2 Zápis zahraniční osoby do obchodního rejstříku	25
6.3 MAJETKOVÁ ÚČAST ZAHRANIČNÍCH OSOB V ČESKÝCH PRÁVNICKÝCH OSOBÁCH	27
6.4 OCHRANA MAJETKOVÝCH ZÁJMŮ ZAHRANIČNÍCH OSOB PŘI PODNIKÁNÍ V ČR	28
6.4.1 Ochrana v obchodním zákoníku.....	29
6.4.2 Mezinárodní dohody o podpoře a ochraně zahraničních investic	29
6.5 PŘEMÍSTĚNÍ SÍDLA ZAHRANIČNÍ PRÁVNICKÉ OSOBY NA ÚZEMÍ ČESKÉ REPUBLIKY	36
7 PODNIKÁNÍ ZAHRANIČNÍCH OSOB PODLE ŽIVNOSTENSKÉHO ZÁKONA	38

7.1	PODMÍNKY PROVOZOVÁNÍ ŽIVNOSTÍ ZAHRA NIČNÍ OSOBOU.....	39
7.2	ODPOVĚDNÝ ZÁSTUPCE.....	41
7.3	ŽIVNOSTENSKÉ OPRAVNĚNÍ ZAHRA NIČNÍ OSOBY	42
8	PODNIKÁNÍ ZAHRA NIČNÍCH OSOB PODLE NĚKTERÝCH ZVLÁŠTNÍCH PRAVNÍCH PŘEDPISŮ	45
8.1	ZÁKON O ADVOKACII	45
8.1.1	Evropští advokáti.....	46
8.1.2	Hostující evropský advokát	47
8.1.3	Usazený evropský advokát	48
8.1.4	Oprávnění vykonávat advokacii a zápis do obchodního rejstříku	49
8.2	ZÁKON O BANKÁCH.....	49
8.2.1	Pobočky zahraničních bank na území České republiky	50
8.2.2	Pobočky zahraničních bank z členských států EU	51
9	JINÉ FORMY PODNIKÁNÍ ZAHRA NIČNÍCH OSOB NA ÚZEMÍ ČR	53
9.1	SMLOUVA O SDRUŽENÍ	53
9.2	SMLOUVA O TICHÉM SPOLEČENSTVÍ.....	54
9.3	SMLOUVA O OBCHODNÍM ZASTOUPENÍ.....	54
10	ZÁVĚR	55
11	PŘÍLOHY	57
11.1	PŘEHLED PODEPSANÝCH DOHOD, U NICHŽ BYL UKONČEN RATIFIKAČNÍ PROCES	57
11.2	PŘEHLED PODEPSANÝCH DOHOD, U NICHŽ NEBYL DOSUD UKONČEN OBĚMA SMLUVNÍMI STRANAMI RATIFIKAČNÍ PROCES	59
12	POUŽITÁ LITERATURA	60

SEZNAM POUŽITÝCH ZKRATEK

- | | |
|-------------------------|---|
| ČNB | - Česká národní banka |
| EU | - Evropská Unie |
| EULP | - Evropská úmluva o lidských právech a protokolech k ní
č. 209/1992 Sb. |
| ES | - Evropské Společenství |
| EHP | - Evropský hospodářský prostor |
| ESD | - Evropský soudní dvůr |
| ICSID | - Mezinárodní středisko pro řešení sporů z investic |
| LZPS | - Listina základní práv a svobod č. 2/1993 Sb. |
| ObchZ | - Obchodní zákoník č. 513/1991 Sb., ve znění
pozdějších předpisů |
| OZ | - Občanský zákoník č. 40/1964 Sb., ve znění
pozdějších předpisů |
| Římska
úmluva | - Smlouva o založení Evropského společenství |
| SES | - Smlouva o založení Evropského Společenství |
| UNCITRAL | - Komise OSN pro mezinárodní obchodní právo |
| Washingtonská
úmluva | - Úmluva o řešení sporů z investic mezi státy a občany
druhých států č. 420/1992 Sb. |
| ZB | - Zákon o bankách č. 21/1992 Sb., ve znění
pozdějších předpisů |
| ZoA | - Zákon o advokacii č. 85/1996 Sb., ve znění
pozdějších předpisů |
| ZMPS | - Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním
č. 97/1963 Sb., ve znění
pozdějších předpisů |
| ŽZ | - Zákon o živnostenském podnikání č. 455/1991 Sb.,
ve znění
pozdějších předpisů |

1 Úvod

Právní úprava podnikání cizinců na území České republiky se pod vlivem politických a historických událostí výrazně změnila. Největší změny přinesly zejména události z listopadu 1989, kdy došlo na našem území ke změně socialistického režimu na demokratický, s čím souvisí i přechod české ekonomiky z centrálního plánování na tržní principy.

Tato situace měla také vliv na velké změny v našem právním řádu a v krátkém období došlo ke zrušení či novelizacím nesčetných starých a nevyhovujících právních předpisů i k vydání zcela nových relativně ucelených právních norem. V tomto období vzrostl i zájem cizinců o právní úpravu podmínek, které upravují možnosti jejich podnikatelské činnosti, formy zahraničních investic a převod zisku do zahraničí a nabývání vlastnického práva k tuzemským nemovitostem cizinci. Bylo tedy nutné, aby naše právní úprava vytvořila příznivé podmínky pro podnikání cizinců v tuzemsku, což výrazně ovlivnilo jejich zájem o investování do české ekonomiky.

Největší vliv na naši právní úpravu však měl vstup České republiky do Evropské unie. Od prvního května 2004 se právo Evropské unie, tam kde to jeho povaha připouští, stalo nadřazeno českému právu a naše právní předpisy se postupně harmonizují s komunitární úpravou. Je třeba ale dodat, že se našemu zákonodárci ne vždy povedlo přijmout právní předpisy, které jsou plně v souladu s komunitární úpravou, a tak lze očekávat, že dojde k dalším změnám našeho právního řádu. Největší nutností je, aby právní předpisy důsledně rozlišovali mezi státními příslušníky členských států Evropské unie a osob s třetích zemí. Právní postavení příslušníků členských států EU by mělo být zcela shodné s postavením tuzemských podnikatelů, zatímco ve vztahu k příslušníkům třetích zemí je možno zachovat současné právní konstrukce.

V první části mé diplomové práce se budu zabývat stručným historickým exkurzem do předchozí právní úpravy podnikání cizinců pro srovnání s aktuální právní úpravou. Dále se pokusím o vymezení pojmu cizince a jeho postavení v českém právním řádu v souvislosti s podnikáním. V samostatné kapitole se budu zabývat i komunitární úpravou podnikání, která je pro nás plně závazná a má přednost před národní úpravou.

V další části uvedu možnosti podnikání zahraničních osob na území České republiky, které mohou mít různou podobu. Může se jednat o podnikání podle obchodního zákoníku formou zřízení podniku nebo organizační složky této zahraniční osoby. Další možností, která je obsažena v obchodním zákoníku je i podnikání formou finančního podílu na české osobě a založení české právnické osoby. V této souvislosti neopomenu ani ochranu majetku zahraničních osob souvisejícím s jejich podnikáním v mezinárodních bilaterálních dohodách o podpoře a ochraně zahraničních investic.

Dále se budu zabývat i podnikáním na základě živnostenského oprávnění a právní úpravou podnikání podle zvláštních právních předpisů, jakými jsou například zákon o advokacii a zákon o bankách. Také neopomenou i možnosti podnikání na základě závazkových právních vztahů.

2 Předchozí právní úprava podnikání cizinců na území ČR

Před účinností zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku ve znění pozdějších předpisů (dále "Obchz" nebo "obchodní zákoník") bylo podnikání zahraničních osob upravováno několika různými zákony. Tato úprava přestala platit dne 1. ledna 1992.

Právní úprava vycházela z těchto předpisů:

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

2.1 Úprava v zákoně o hospodářských stycích se zahraničím

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

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

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

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

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

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

I k poskytování těchto služeb musely mít zahraniční osoby povolení.

Další možností podnikání zahraniční osoby, kterou uváděl tento zákon, bylo podnikání prostřednictvím *obchodního zastupitelství* (viz kapitola 2.3.)

2.2 Podnik se zahraniční majetkovou účastí

Podnikem se zahraniční majetkovou účastí byla podle § 2 odst. 1 zákona č. *173/1988 Sb., o podniku se zahraniční majetkovou účastí* právnická osoba s hospodářskou činností, která měla sídlo na území ČSFR, pokud se na založení nebo na podnikání této osoby podílel zahraniční účastník. Tento předpis umožňoval založit takový podnik jak za spolupůsobení československých a zahraničních osob zároveň, tak i založení podniku se zahraniční majetkovou účastí s jediným zakladatelem – zahraniční osobou, která se mohla podle § 4 odst. 2 na podnikání výlučně podílet. Zahraničním účastníkem se pro účely tohoto zákona považovala právnická osoba se sídlem a fyzická osoba s bydlištěm mimo ČSFR, která se podílela majetkovým vkladem na podniku. Tento předpis neumožňoval jakékoli přemístění sídla a § 3 rovněž vylučoval, aby se vznik, právní forma a právní poměry takového podniku řídily jiným než československým právem.¹

Nevýhodou takového podniku však bylo složité povolovací řízení u Federálního ministerstva financí² a u ministerstva financí tehdejší České nebo Slovenské republiky (příslušnost se řídila sídlem) před tím, než bylo možno jej vůbec založit. Pouze v oblasti bankovníctví udělovala toto povolení Státní banka československá. V určitých případech, kdy to vláda stanovila v nařízení, povolení ke vzniku podniku nebylo zapotřebí.

Právní úprava podniků se zahraniční majetkovou účastí byla zrušena ke dni účinnosti obchodního zákoníku. Ty se po tomto datu, tedy po 1.1. 1992, mohly buď likvidovat podle obecných ustanovení o obchodních společnostech obchodního zákoníku, jak plyne z přechodného ustanovení § 761 odst. 2 ObchZ, nebo se transformovat na obchodní společnosti v právních formách, které upravuje obchodní zákoník.

¹ Lochmanová, L. : Podnikání zahraničních osob v České republice z pohledu obchodního zákoníku. Právo a podnikání 6/1998, str. 8

² Černohlávek, J. : Obchodní zastupitelství zahraničních osob v České republice. Právo a podnikání 3/1993, str. 25

2.3 Obchodní zastupitelství

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

Obchodní zastupitelství mohlo být zřizováno ovšem pouze za účelem hospodářské činnosti zahraniční osoby a nebo k podpoře takové její činnosti. Od našich dnešních organizačních složek se tedy pokud jde o rozsah předmětu podnikání, který musí korespondovat s předmětem podnikání zahraniční osoby³, neliší, ale názory uváděné v odborné literatuře na tuto otázku nejsou jednotné⁴.

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

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

2.4 Podnikání fyzických osob na území ČSFR

Soukromé podnikání bylo na území ČSFR upraveno až po revoluci v roce 1989, a to provizorně zákonem č. 105/1990 Sb., o soukromém podnikání občanů. Podle úpravy tohoto zákona mohl cizinec podnikat na tehdejší československém území na základě registrace. Pokud cizinec neměl trvalé bydliště v ČSFR, musel předložit k žádosti o podnikání povolení k podnikání, které udělovalo příslušné republikové ministerstvo vnitra. Tento zákon byl jakýmsi nedokonalým předchůdcem nynějšího zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském

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

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

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

podnikání ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ŽZ“ nebo „živnostenský zákon“).

3 Exkurz do českého cizineckého práva

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

Takovými smlouvami jsou především:

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

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

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

- Úmluva OSN o právním postavení osob bez státní příslušnosti,
- Úmluva OSN o právním postavení uprchlíků,
- Úmluva Rady Evropy o účasti cizinců na veřejném životě na místní úrovni (ETS 144)

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

3.1 Cizinecké právo

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

3.2 Cizinecké režimy

Každý stát uplatňuje na svém území tzv. cizinecký režim, který spočívá v míře poskytnutých práv cizincům vůči právům poskytovaným vlastními státními občany. Každý stát je přitom vázán jednak normami cizineckého práva mezinárodního, jednak svými vlastními vnitrostátními normami cizineckého práva.

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

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

Zvláštní režim znamená, že stát upravuje práva a povinnosti cizinců na rozdíl od svých občanů zvláštními předpisy.⁸ Tyto předpisy neporušují obecné požadavky mezinárodního práva, nicméně umožňují poskytovat cizím státním příslušníkům z různých států jednotlivá práva a povinnosti odlišně. Někdy mohou tyto předpisy v různých směrech cizince diskriminovat oproti státními občany nebo mohou státními příslušníkům jiných států poskytovat odlišné právní postavení. Aby se státy vyhnuly odlišnému (především horšímu) postavení svých státních občanů v jiných státech, zajišťují si postavení svých občanů smluvně, a to na základě principů vzájemně shodného právního postavení svých občanů, neboli na základě reciprocit. Reciprocita (vzájemnost) je tedy nejčastěji zakotvena především dvoustrannou mezinárodní smlouvou, ale není vyloučena ani mnohostranná mezinárodní smlouva.

Režim nejvyšších výhod znamená, že smluvní státy jsou na základě mezinárodní smlouvy povinny poskytovat navzájem svým státními příslušníkům nejvyšší míru práv, kterou v době platnosti smlouvy poskytují nebo poskytnou na svém území příslušníkům kteréhokoliv třetího státu.⁹ Tento druh režimu vlastně znamená, že příslušníci druhého smluvního státu nebudou mít ve vymezené oblasti vztahů horší postavení, než mají nebo kdykoliv v budoucnosti budou mít příslušníci kteréhokoliv třetího státu. Režim zajišťuje rovné zacházení bez jakékoliv diskriminace mezi příslušníky smluvních států oproti státními občany nesmluvního (třetího) státu. Ale ani při režimu nejvyšších výhod nepožívají cizinci stejná práva jako vlastní státní občané.

⁶ Růžička, K.: Právní úprava podnikání cizinců v tuzemsku. Právní praxe v podnikání 1992/3, str.2

⁷ Kučera, Z.: Mezinárodní právo soukromé. Doplněk Brno 2001, str.218

⁸ Růžička, K.: Právní úprava podnikání cizinců v tuzemsku. Právní praxe v podnikání 1992/3, str.2

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

3.3 Postavení cizinců v českém právním řádu v souvislosti s podnikáním

3.3.1 Úprava v Ústavě ČR

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

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

Dále podle čl. 11 odst. 1 LZPS je **každý oprávněn vlastnit majetek**. Tento článek obecně zakotvuje právo vlastnit majetek jako právo každého jednotlivce s tím, že je současně garantována rovnost vlastnických práv jednotlivců. Pokud tedy jde o ochranu již existujících vlastnických práv, vnitrostátní řád nečiní jakéhokoli rozdílu mezi státními občany a cizinci všech kategorií.

Omezujícím ustanovením je odst. 2, který stanoví, že **zákon může také stanovit, že určité věci mohou být pouze ve vlastnictví občanů nebo právnických osob se sídlem v České republice**. Toto ustanovení je ústavním základem pro omezení nabytí vlastnických práv. Příkladem je výrazné omezení nabývání nemovitých věcí cizími státními občany včetně cizích zahraničních právnických osob. Stát tak zaručuje cizincům stejnou ochranu jejich vlastnických a majetkových práv jako českým občanům¹⁰, ale rozlišuje mezi nimi při nabývání nemovitého majetku.

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

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

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

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

3.3.2 Postavení cizinců v zákoně o mezinárodním právu soukromém a procesním

Zákon č. 97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním (dále jen „ZMPS“) upravuje i právní postavení cizinců. Základním ustanovením je § 32 odst.1, podle něhož **mají cizinci v oblasti svých osobních a majetkových práv stejná práva a stejné povinnosti, jako státní občané**, pokud tímto zákonem nebo zvláštním předpisem není stanoveno jinak. ZMPS tedy vychází ze zásady rovného postavení cizinců s českými občany.¹¹ Pokud jde o majetkové vztahy, použije se podle § 32 odst. 3 tohoto ustanovení i na právnické osoby.

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

Ustanovení § 32 ZMPS tedy formuluje pro fyzické i právnické osoby obecně princip formální reciprocit (§32/1) a umožňuje, aby individuálně bylo rozhodnuto o uplatnění materiální reciprocit (§32/2).¹³

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

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

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

3.3.3 Úprava v Obchodním zákoníku

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

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

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

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

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

Tady se ale vyskytuje otázka, jestli uplatnění ustanovení § 32 odst. 2 ZMPS, tedy použití materiální reciprocity, je možné i ve vztahu k § 21 odst. 1 ObchZ. Vzhledem k tomu, že obchodní zákoník formuluje pravidlo reciprocity výslovně jako subsidiární, je třeba takovou možnost připustit, přestože ZMPS je zákonem obecnějším.¹⁵ A zároveň to předvídá i samotný § 21 odst. 1 ObchZ, který na svém konci připouští možnost, že ze zákona může vyplývat i něco jiného. A tak zákon může stanovit odchylky od principu národního zacházení jen zvláštními normami cizineckého práva, a to zpravidla z důvodů veřejného pořádku.

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

4 Vymezení základních pojmů

4.1 Vymezení pojmů „cizinec“ a „zahraniční osoba“

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

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

Podle § 1 odst. 2 cizineckého zákona se **cizincem rozumí fyzická osoba, která není státním občanem ČR, včetně občana Evropské unie.** Toto negativní vymezení pojmu znamená, že za cizince musí být považovány jak osoby, které jsou státními příslušníky jiného státu, tak i osoby, které vůbec nemají žádné státní občanství – bezdomovci. Tento zákon se nevztahuje na osoby, které požádali o udělení azylu, nebo kterým byl azyl udělen podle zákona č. 325/1999 Sb. o azylu. Cizinec, kterému byl udělen azyl, se označuje jako „azylant“ a požívá lepší právní postavení než „běžní cizinci“.¹⁶ Podle § 76 zákona o azylu je azylant oprávněn k trvalému pobytu v ČR po dobu platnosti rozhodnutí o udělení

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

¹⁶ Růžička, K.: Velké změny v českém cizineckém právu. Právní praxe v podnikání 2000/3, str.15

azyly. Azylanti jsou tak pro účely obchodního zákoníku a živnostenského zákona považováni za české osoby.

Cizinecký zákon se dále nevztahuje na cizí právnické osoby.

České právní předpisy, které upravují oblast podnikání používají pojmu **zahraniční osoba**.

Podle § 21 odst. 2 obchodního zákoníku se zahraniční osobou rozumí **fyzická osoba s bydlištěm nebo právnická osoba se sídlem mimo území České republiky**.

ObchZ tak vůbec nezohledňuje státní příslušnost fyzické osoby pro určení, zdali půjde o českou nebo zahraniční fyzickou osobu. Lze si tedy představit situaci, kdy český občan s bydlištěm v zahraničí bude z hlediska ObchZ považován za zahraniční fyzickou osobu. Bydliště však není ObchZ definováno, a tak můžeme ve smyslu § 34 odst. 1c) dovodit, že bydlištěm je myšlen trvalý pobyt.

Kritériem pro určení *zahraniční právnické osoby* je její sídlo. Obchodní zákoník přímo neuvádí, jestli zde má na mysli sídlo statutární, tj. sídlo zapsané, anebo sídlo skutečné (reálné) odkud je skutečně vykonáváno řízení právnické osoby.

V tomto případě bude zapotřebí aplikovat ustanovení § 2 odst. 3 ObchZ a § 19c zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník (dále jen „OZ“ nebo „občanský zákoník“), kde je stanovena povinnost shody sídla statutárního se sídlem skutečným. Jedná se tedy o sídlo skutečné, neboť každý se skutečného sídla může dovolat, i když je zapsané sídlo odlišné.

V § 21 odst. 2 ObchZ je definována podle sídla na území ČR i česká právnická osoba, ale pojem české fyzické osoby zde vymezen není.

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

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

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

4.2 Osobní statut

Osobní statut je institut mezinárodního práva soukromého a teorie jím rozumí **právní řád, který upravuje otázky právního postavení osoby**, a to zejména *otázky způsobilosti k právům a právním úkonům*.¹⁷

¹⁷ Kučera, Z.: Mezinárodní právo soukromé. Doplněk Brno 2001, str. 245

Jednotlivé právní řády se v řadě otázek upravujících subjekty navzájem odlišují. Značný význam proto připadá kolizním normám, které určují, kterým právním řádem – osobním statutem se bude postavení subjektů řídit.

4.2.1 Osobní statut zahraničních fyzických osob

Způsobnost fyzické osoby k právům a právním úkonům se podle kolizní normy § 3 odst. 1 ZMPS řídí právním řádem státu, jehož je osoba státním příslušníkem, nestanoví-li ZMPS něco jiného. Osobní statut u fyzických osob je tedy dán jejich **státní příslušností**.

Jestliže činí právní úkon v ČR cizinec, stačí podle subsidiárního ustanovení § 3 odst. 2 ZMPS, je-li k úkonu způsobilý podle českého práva. Toto ustanovení zachovává platnost takového úkonu, který učinil na území ČR cizinec, který podle práva určeného na základě své státní příslušnosti k takovému úkonu neměl způsobilost, ale podle českého práva je jeho způsobilost dostatečná. Jedinou podmínkou tady je, že cizinec učinil tento právní úkon na území ČR.

4.2.2 Osobní statut a uznání zahraničních právnických osob

Osobní statut právnické osoby představuje určení právního řádu rozhodného pro posouzení otázek jejího vzniku, existence a zániku, její právní povahy, způsobilosti k právům a právním úkonům (včetně práva žalovat a být žalován), vnitřních vztahů (orgány a vztahy mezi společníky) a zčásti i vnějších vztahů (ručení členů nebo společníků za závazky takovéto právnické osoby) včetně jednatelského oprávnění.¹⁸ Nejde tady o hranici mezi osobou českou a zahraniční, ale o právní režim zahraniční právnické osoby v konkrétních vztazích.

Způsob určení osobního statutu právnické osoby se řídí v jednotlivých právních řádech některým ze základních principů. Nejliberálnějším principem, který se ukazuje v současné době jako perspektivnější a k němuž se začíná přiklánět i judikatura komunitárních soudů, je princip **inkorporační**.¹⁹

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

Formulace neobsahující výraz „právnická osoba“ je plně promyšlená a vyjadřuje, že ustanovení je aplikovatelné i na útvary, jimž není v zahraničí přiznáno postavení právnické osoby, je-li jim přiznána alespoň v určité

¹⁸ Pauknerová, M.: Společnosti v mezinárodním právu soukromém. Praha: Karolinum, 1998, str. 28

¹⁹ Pelikánová, I.: Obchodní právo. I díl, Praha: ASPI, a.s., 2005, str.403

míře právní subjektivita, tedy např. osobní společnosti v oblasti germánského práva.²⁰

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

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

Je třeba ještě dodat, že dalším principem, který se používá pro určení osobního statutu právnické osoby je *princip sídla*, který je založen na pravidle, že právnická osoba se řídí právem státu, ve kterém má sídlo, a to zásadně sídlo skutečné (více k této problematice v kapitole 5.2).

Zásadně odmítaný je *princip kontroly*, který posuzuje právní režim právnické osoby s ohledem na státní příslušnost společníků. Toto kritérium může být uplatňováno v určitých situacích – jako je např. po válce. Nemůže se však stát základním principem a komunitární judikatura ho jednoznačně odmítla.

4.3 Vymezení pojmů "podnikání" a "podnikatel"

Pojem „**podnikání**“ je upraven v § 2 odst. 1 ObchZ a rozumí se jím „**soustavná činnost prováděná samostatně podnikatelem vlastním jménem a na vlastní odpovědnost za účelem dosažení zisku**“. Takže činnost, která se považuje za podnikání, musí vykazovat všechny tyto znaky:

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

²⁰ Pelikánová, I.: Obchodní právo. I díl, Praha: ASPI, a.s., 2005, str.421

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

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

K existenci oprávnění v některých případech přistupuje i **kritérium skutečného výkonu podnikání**, avšak jen v druhé řadě a ne u všech skupin podnikatelů.

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

- **každá osoba zapsaná v obchodním rejstříku:** tam se zapisují podle § 34 ObchZ *obchodní společnosti, družstva, zahraniční osoby podle § 21 odst. 4* (které mají na našem území podnik nebo organizační složku), *další osoby, jestli stanoví povinnost jejich zápisu zvláštní předpis* a dále i *fyzické osoby, které jsou podnikateli* se zapisují do rejstříku dobrovolně nebo povinně podle ustanovení § 34 odst. 1c) a 2 ObchZ. Jestliže se určitá osoba zapisuje do obchodního rejstříku, má právní postavení podnikatele bez ohledu na to, zda reálně podniká nebo ne. A tak akciová společnost, nebo společnost s ručením omezeným či družstvo, které se fakticky nezabývají podnikáním, jsou podnikateli podle právní formy.
- **osoba, která podniká na základě živnostenského oprávnění,** které je upraveno živnostenským zákonem. Tady musí mít podnikatel nejen oprávnění, ale musí živnost skutečně provozovat.
- **osoba, která podniká na základě jiného než živnostenského oprávnění** podle zvláštních předpisů. Vedle svobodných povolání jsou to především profese podrobené zvláštnímu doзору a zvláštnímu licenčnímu řízení (banky, pojišťovny, obchodníci s cennými papíry, investiční společnosti a fondy), ale i další jiné profese.
- **fyzická osoba, která provozuje zemědělskou výrobu a je zapsána do evidence, podle zvláštního předpisu.**

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

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

5 Komunitární úprava podnikání

Vzhledem k faktu, že dne 1. května 2004 se Česká republika stala členem Evropské unie, patří prameny komunitárního práva k základním pramenům českého právního řádu. Komunitární právo je pro nás plně závazné a má přednost před právem národním. Česká republika musela přijmout hodně harmonizačních opatření, aby se jí podařilo sladit naši právní úpravu s požadavky kladenými právem Evropské unie. Je třeba říci, že ne vždy se to našemu zákonodárci povedlo včas a jen čas ukáže, do jaké míry už přijaté harmonizační opatření splňují dikci a cíle příslušných ustanovení evropských předpisů. V této souvislosti je nutné i upozornit, že řada ustanovení práva Evropské unie, jež ještě nebyla do českého právního řádu patřičně provedena, může být přímo aplikovatelná, tedy pro Českou republiku závazná, a jako takových se jich lze vůči českým orgánům dovolat.

V článku 2 smlouvy o založení Evropského společenství se státy zavazují, že budou kromě jiného podporovat harmonický, vyvážený a trvale udržitelný rozvoj hospodářského života. Základními nástroji určenými k dosažení tohoto cíle jsou vytvoření společného trhu, hospodářské a měnové unie a provádění společných politik. Společný (vnitřní trh) je v článku 14 SES vymezen jako *prostor bez vnitřních hranic, v němž je zajištěn volný pohyb zboží, osob, služeb a kapitálu*.

5.1 Svoboda usazování

S přistoupením ČR k Evropské unii se značně změnilo právní postavení nejen zahraničních subjektů podnikajících na našem území, ale též i postavení českých subjektů podnikajících na území členských států. Co se týče úpravy podnikání v komunitárním právu, je třeba říci, že se pojem podnikání v komunitární terminologii nepoužívá. Místo něho se používá termín „usazování“.

Zásada svobody usazování není v SES výslovně definována. Je upravena v čl. 43/2 SES, který stanoví, že svoboda usazování zahrnuje právo zahajovat a provozovat samostatně výdělečnou činnost, jakož i zřizovat a řídit podniky, zejména společnosti (definované v čl. 48 SES), za podmínek stanovených pro vlastní státní příslušníky právními předpisy státu, kde dochází k usazování, pokud kapitoly o pohybu kapitálu nestanoví jinak. Z tohoto ustanovení vyplývá *zásada stejného zacházení* s příslušníky jiného členského státu EU jako s tuzemci.

Dále je v čl. 43/1 stanoven *zákaz omezení svobody usazování* pro státní příslušníky jednoho členského státu na území státu druhého. Tento zákaz se týká i zřizování zastoupení, poboček nebo dceřiných společností státních příslušníků jednoho členského státu na území druhého státu. Pojem usazování je třeba chápat ve smyslu judikatury Soudního dvora ES (dále ESD) *jako činnost trvalého charakteru a pro jeho regulaci přímo platí zákaz diskriminace příslušníků jiných členských států EU* ²¹.

Avšak i z těchto zákazů existují výjimky. Ustanovení čl. 46 SES taxativně vymezuje důvody, pro které lze stanovit zvláštní režim pro cizí státní příslušníky. Mezi tyto důvody patří veřejný pořádek, veřejná bezpečnost a ochrana zdraví. Podle judikatury ESD (případ Centros, C-212/97) jsou však taková národní opatření přípustná pouze za splnění čtyř předpokladů: nesmějí být použita diskriminačně, jsou ospravedlnitelná veřejným zájmem, vhodná k dosažení sledovaného cíle a nesmějí jít nad rámec toho, co je k dosažení tohoto cíle nezbytné.

Zásadný význam pro svobodu usazování má i čl. 48 SES, podle něhož se společnostmi, které jsou založeny podle právního řádu některého členského státu, jež mají *statutární sídlo, ústřední správu anebo hlavní místo své podnikatelské činnosti uvnitř EU*, se pro účely 2. kapitoly o svobodě usazování zachází stejně (jsou asimilovány) jako s fyzickými osobami, které jsou státními příslušníky členských států EU. Co se týče výkladu kritéria statutárního sídla, hlavní správy a hlavní provozovny společnosti, má se za to, že jsou alternativní.

Společnostmi se rozumějí „*společnosti civilního i obchodního práva včetně družstev a jiných právnických osob veřejného a soukromého práva s výjimkou společností, které nesledují lukrativní cíl*“.

Pojetí společnosti je zásadně odlišné od našeho pojetí a toto ustanovení zahrnuje nejen právnické osoby, ale i sdružení bez právní subjektivity. Vyňaty jsou jen společnosti nevýdělečné.

Rozlišujeme primární a sekundární svobodu usazování. **Primární svoboda usazování** představuje situaci, kdy příslušník jednoho členského státu EU ve smyslu čl. 43/2 SES zřídí nebo přemístí centrum své činnosti na území jiného členského státu. Jinak řečeno, výdělečná činnost je nově založena v zahraničí, nebo je tam přesídleno rozhodovací centrum podniku. Zde tedy jde o **přemístění sídla**.

Sekundární svoboda usazování naproti tomu představuje případy, kdy osoba, která má své primární sídlo na území jednoho členského státu EU, si ve smyslu čl. 43/1 SES zřídí agenturu, pobočku, nebo dceřinou

²¹ Pauknerová, M.: Svoboda usazování obchodních společností a mezinárodní právo soukromé ve světle novějších rozhodnutí ESD. Právník, 2004/12, str. 1162

společnost na území jiného členského státu EU. Sekundární usazení jsou organizačně i hospodářsky závislé na nějakém hlavním místě podnikání, neboli na určité centrále. Takže jde o **zřízení zahraniční složky podniku**.

5.2 Uznávání zahraničních právnických osob v rámci EU

Velkou souvislost se svobodou usazování má i **uznávání** zahraničních právnických osob a společností v rámci EU. Protože když je podle ustanovení o volném pohybu osob umožněno, aby zahraniční osoba podnikala na území jiného členského státu, musí být hostitelský stát ochoten respektovat její postavení právního subjektu. A tak je nutné, aby byly zahraniční osoby uznány právním řádem státu, ve kterém vyvíjejí podnikatelskou činnost (respektive ve kterém se usadily). Tudíž je potřeba určit osobní statut zahraniční osob (viz. Kapitola 4.2), tedy právní řád, který upravuje otázky právního postavení této zahraniční osoby.

Jak jsem uvedla v kapitole 4.2 o osobním statutu, existují tři základní principy, podle kterých lze určit osobní statut právnických osob a společností. Jsou to princip inkorporační, princip sídla a princip kontroly. V rámci EU se vyskytují v právních rádech členských států zejména princip inkorporační (např. Velká Británie, Irsko, Dánsko, Nizozemí, Itálie, Maďarsko, Česká republika, Slovensko) a princip sídla (např. Německo, Rakousko, Francie, Belgie, Polsko, Španělsko, Portugalsko). Princip kontroly ESD ve své judikatuře odmítl (rozhodnutí Fearon C-182/83).

Princip inkorporační je považován za nejliberálnější a určuje osobní statut právnické osoby podle práva státu, ve kterém byla založena. Tento princip se staví příznivě k možnosti přemístění sídla a vede zásadně k tomu, že uznává zahraniční osoby, protože respektuje jejich založení podle cizího právního řádu. To znamená, že stát společnost uzná, aniž by požadoval splnění podmínek pro vznik společnosti podle vlastního práva. Tento princip je plně v souladu s komunitárním právem, protože umožňuje pohyb společností, což je jeden ze základních principů práva EU (volný pohyb osob).²²

Naproti tomu **princip sídla** je založen na pravidle, že právnická osoba se řídí právem státu, ve kterém má skutečné sídlo. Jestliže společnost přesune své sídlo do jiného státu, podle tohoto principu musí splnit podmínky práva hostitelského státu, což znamená, že musí být znovu založena podle nového práva a bude se jím i řídit. Tento princip tak podmiňuje negativní stanovisko k možnosti přesunu sídla.

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

Na tuto úmluvu navazovala *Bruselská úmluva o vzájemném uznávání společností a právnických osob* roku 1968. Tato úmluva také nevstoupila

²² Pelikánová, I.: Obchodní právo. I díl, Praha: ASPI, a.s., 2005, str.404

v účinnost, protože praxe přijala jako dostatečný základ pro uznávání společností a právnických osob obecná ustanovení SES.

A tak rozhodující význam má v současné době čl. 48 SES ve spojení s čl. 43 SES. Podle těchto ustanovení jsou v rámci EU uznány všechny společnosti, definované SES, které jsou založeny podle práva některého z členských států a které mají své sídlo, ústřední správu nebo hlavní místo své podnikatelské činnosti uvnitř ES. Smlouva ES tímto postavila naroveň kritéria statutárního sídla, ústřední správy a hlavní provozovny.

5.3 Komunitární judikatura ESD k svobodě usazování a uznávání právnických osob v rámci EU

Výklad článků 43 a 48 SES byl předmětem většího počtu rozhodnutí ESD, a proto lze říct, že Evropský soudní dvůr dotváří podmínky svobody usazování. K nejvýznamnějším rozhodnutím v této oblasti patří rozhodnutí *Fearon* (C-182/83²³) z roku 1984, dále *Komise versus Francie* (C-270/83) z roku 1986 a *Seagers* (C-79/85) z roku 1986. Na tato rozhodnutí navazují novější a stanoviska ESD k těmto případům stručně rozeberu v této kapitole. Jsou to rozhodnutí ve věci *Daily mail* (C-81/87) z roku 1988, *Centros* (C-212/97) z roku 1999, *Überseering* (C-208/00) z roku 2002 a *Inspire Art* (C-167/01) z roku 2003.

5.3.1 Rozhodnutí Daily Mail

V tomto rozhodnutí rozhodoval ESD o tom, zda může anglická společnost Daily Mail z daňových důvodů přemístit své vedení (tedy správní sídlo) do Nizozemí, aniž při tom ztratí svojí identitu. Taková transakce však podléhala udělení souhlasu anglického finančního úřadu, který však toto povolení neudělil, i když nizozemský i anglický právní řád vycházejí z inkorporačního principu a přemístění sídla obecně nebrání. Společnost Daily Mail v tom spatřovala porušení svých práv na svobodu usazování podle čl. 43 a 48 SES.

Soudní dvůr dospěl k závěru, že společnosti nemohou své právo na přemístění sídla odvozovat přímo z čl. 43 a 48, neboť na rozdíl od osob fyzických byly vytvořeny na základě určitého právního řádu určitého členského státu. A vzhledem k tomu, že státy ES mají rozdílné právní řády, mohou ustanovení jednotlivých států (zde Velké Británie) omezit právo společnosti přemístit své vedení do ciziny. A tak společnost může uplatňovat zásadu svobody usazování, a tím i právo na přemístění svého sídla jen tehdy, pokud právní řád státu, pod nějž spadá, uznává její existenci i v novém státě. Tudíž v tomto rozhodnutí soud odepřel společnostem primární svobodu usazování se, v jakém je přiznána jenom fyzickým osobám. Svoboda usazování právnických osob je až do další úpravy na komunitární úrovni omezena na právo zřizovat v jiných členských státech organizační složky podniků nebo dceřiné společnosti - tedy na sekundární svobodu.

5.3.2 Rozhodnutí Centros

V tomto případě se jednalo o společnost Centros založenou dvěma dánskými státními příslušníky. Statutární sídlo bylo registrováno v Británii, kde však Centros

²³ Internetová adresa: <http://www.curia.eu.int/>

žádnou činnost nevyvíjela. Veškerá činnost měla být vyvíjena na území Dánska, a tak společnost požádala o zápis organizační složky podniku v Dánsku. Rejstříkový orgán žádosti však nevyhověl a odůvodnil to tím, že společnost nevyvíjí žádnou činnost v Británii a že se Centros snaží o vytvoření hlavního sídla v Dánsku, čímž obchází dánské předpisy o minimálním základním kapitálu (v Británii byl min.základní kapitál nižší než v Dánsku a nemusel být ani splacen a společnost byla považována za řádně založenou).

V tomto případě se jednalo o tzv. sekundární usazení, tedy o zřízení pobočky v jiném státě. ESD uvedl, že odmítnutím zápisu pobočky došlo k porušení článků 43 a 48 SES. Samotná skutečnost, že společnost je založena v členském státě s méně restriktivní úpravou a v jiném členském státě je zřízená pobočka pro výkon veškeré činnosti, není podle ESD zneužitím svobody usazování se. A na tom nemění nic fakt, že se touto konstrukcí chtělo dosáhnout obejít přísnějších předpisů v členském státě pobočky. A zároveň nevádí, že komunitární právo společností nebylo dosud plně harmonizováno, protože lze tuto harmonizaci v případě potřeby dokončit. Dále je v tomto rozsudku stanoveno, že omezující opatření podle čl. 46 SES, která omezují výkon svobody usazování, je možné použít jen za splnění čtyř předpokladů: nesmějí být diskriminační, jsou ospravedlnitelná obecným zájmem, vhodná k dosažení cíle a nesmějí jít nad rámec toho, co je k dosažení cíle nezbytné. V tomto případě však tyto předpoklady naplněny nejsou.

5.3.3 Rozhodnutí Überseering

V tomto případě byla založena společnost s ručením omezeným Überseering podle nizozemského práva, avšak její skutečné sídlo bylo přemístěno do Německa. Německý soud zamítl její žalobu z odpovědnosti za vady proti jejímu dodavateli, protože jí nepřiznal procesní způsobilost. Německý právní řád je totiž založen na principu sídla a posuzuje statut společnosti podle práva země skutečného sídla, tedy práva německého. Společnost Überseering však tyto podmínky nesplnila, a tedy v Německu platně nevznikla. Spolkový soud se obrátil na ESD s otázkou zda tyto důsledky odporují čl. 43 a 48 SES.

V tomto velice významném rozhodnutí ESD hodnotil slučitelnost teorie principu sídla se svobodou usazování. Soud konstatoval, že společnosti mají právo vykonávat svoji činnost v jakémkoli členském státě a jejich statutární sídlo, ústřední správa nebo hlavní pobočka slouží k určení jejich osobního statutu. Ze svobody usazování nutně tedy vyplývá, že společnost musí být uznána všemi členskými státy. To znamená, že společnosti platně založené podle práva jednoho členského státu mohou využívat veškerá práva vyplývající ze svobody usazování v ostatních členských státech, aniž by ztratili svou právní či procesní subjektivitu. A tedy, členský stát je povinen respektovat právní způsobilost, kterou společnosti přiznává právní řád jiného členského státu, podle něhož byla společnost založena. Toto rozhodnutí bývá interpretováno jako **jasný příklon k inkorporačnímu principu**. Toto rozhodnutí se odlišuje od rozhodnutí Daily Mail, které se zabývalo vztahem mezi členským státem a společností řídící se jeho právem, zatímco v případě Überseering jde o uznání právní způsobilosti společnosti, která byla platně zřízená v jednom státě, v jiném členském státě.

5.3.4 Rozhodnutí Inspire Art

Rozhodnutí v této věci se týkalo nizozemského zákona o formálně zahraničních společnostech (dále jen „FZS“), který společnostem, jež mají zapsané sídlo v jiném státě (a nemají k tomuto sídlu reálný vztah) a vykonávají v Nizozemsku veškerou nebo téměř veškerou činnost, ukládá povinnosti, které by neměly podle práva státu založení. Mezi tyto povinnosti patří např. uvést dodatek ke své obchodní firmě, povinnost minimální výše základního a vlastního kapitálu či povinnost vyhotovit a zveřejnit roční závěrky a výroční zprávy. Tyto podmínky měla splnit i společnost Inspire Art, která byla založena ve Velké Británii a požádala o zápis organizační složky podniku v Nizozemsku. Společnost se sice zaregistrovala, ale bez uvedení povinného dodatku. Obchodní komora považovala tento dodatek za nezbytný a podala proti společnosti žalobu k soudu. Společnost Inspire Art se bránila, že není formálně zahraniční společností ve smyslu FZS, a pokud by byla za ní považována, potom namítá, že úprava ve FZS je v rozporu s právem ES, zejména čl. 43 a 48 SES. Soud tedy položil ESD předběžnou otázku, která se týkala výkladu FZS a jeho souladu s komunitárním právem.

ESD ve svém rozhodnutí předně uvedl, že FZS odporuje 11. směrnici č.89/666/EHS o publicitě poboček, protože FZS ukládá pobočkám takové povinnosti zveřejnění, které nejsou předvídaný touto směrnicí. ESD došel ale k závěru, že řada ustanovení FZS nespadá pod 11. směrnici a proto musejí být. Tyto ustanovení posouzena podle čl. 43 a 48 SES. Soud v rozsudku konstatoval, že články o svobodě usazování *nepřipouštějí, aby stát učinil výkon práva usadit se závislým na splnění dalších podmínek* (zejména podmínek stanovených vnitrostátním právem pro zakládání společností ohledně základního kapitálu a odpovědnosti společníků). A dále připustil, že prokázané zneužití práva v konkrétním případě může společnost zbavit práva svobody usazování se, ale *samotné založení společnosti v jiném státě, než v kterém společnost hodlá vyvíjet činnost, z důvodů liberálnější právní úpravy ve státě založení, nepředstavuje samo o sobě zneužívající či podvodné jednání.*

Takže nepřipustnost klást podmínky podnikání zahraničním osobám v hostitelském státě znamená zdůraznění principu volného pohybu společností. Tuto zásadu postavil ESD nad zákaz diskriminace, protože důsledkem bude diskriminace domácích subjektů, protože stát nemůže uplatnit proti zahraničním osobám stejná omezení, která platí pro domácí subjekty. V tomto směru to znamená i odchýlení od principu formální reciprocity. Vzhledem k tomu, že ESD stanovil nepřipustnost stanovit další podmínky pro zahraniční osoby, zasáhl tak i do cizineckého práva států a osobní statut společností bude navázán na právo země založení, a tím se ESD opětovně přiklonil k inkorporačnímu principu.

5.4 Volný pohyb služeb

Dalším předpokladem vnitřního trhu je uplatňování volného pohybu služeb. Tato problematika je upravena ve třetí kapitole SES. V článku **50 SES** jsou služby definovány jako *výkony*, které jsou *poskytovány zpravidla za úplatu*, pokud nejsou upraveny ustanoveními o volném pohybu zboží, kapitálu a osob. Služby zahrnují zejména *činnosti průmyslové, obchodní, řemeslné a činnosti v oblasti svobodných povolání.*

Článek **49 SES**, obdobně jako u svobody usazování se, zakazuje omezení volného pohybu služeb uvnitř ES pro státní příslušníky členských států,

kteří podnikají v jiném státě ES, než se nachází příjemce služeb. Výjimku tvoří jen ta omezení, která lze ospravedlnit důvody veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti a ochrany zdraví.

Významné je z hlediska poskytování služeb ustanovení čl. 50 SES, podle kterého může podnikatel bez ohledu na právo usazení se vykonávat *dočasně* za účelem poskytování služeb svou činnost v zemi, do níž jsou služby poskytovány, za stejných podmínek, jaké tato země ukládá vlastním příslušníkům. Takže oproti svobodě usazování zde jde o dočasnou činnost, můžeme ji i nazvat hostování.

Stanoviska ESD ohledně těchto ustanovení také napomáhají interpretaci zmíněných článků. Důležité bylo rozhodnutí ve sporu *Komise proti Italské republice* (C-131/01), kde soud dospěl k závěru, že Itálie porušila svoji povinnost podle čl. 49 až 55 SES právní úpravou, která požadovala jako předpoklad pro působení před patentovým úřadem Itálie od patentového zástupce usazeného v jiném členském státě, aby se zapsal do italského rejstříku a měl své bydliště nebo místo podnikání na území Itálie. T toho lze dovodit, že poskytovatel služeb poskytuje svá plnění na území hostitelského státu (podnikatel tady hostuje) na základě oprávnění k podnikání, které získal v domovském státě, aniž na něm hostitelský stát může požadovat splnění dalších podmínek. Znamená to tedy, že *podnikatelské oprávnění má ekvivalentní význam v různých členských státech EU*.

Další případ, který ESD řešil, je rozhodnutí ve věci Bruno Schnitzer (C-215/01). V této věci byla zadána zakázka na štukatérské práce portugalské společnosti na německém území v období 1994-1997. Jednateli objednavatelské německé společnosti byla uložena pokuta, protože se portugalská společnost nezapsala do řemeslnického rejstříku v Německu. Pan Schnitzer se obrátil na soud, který položil ESD předběžnou otázku, zda lze portugalské společnosti uložit povinnost, i když pouze formální, jestliže působí v Německu relativně delší dobu, ne tedy jenom zcela ojedinele.

Soud ve svém rozhodnutí konstatoval, že pojem služeb je velmi široký a může krýt i víceleté poskytování (např. v souvislosti s velkými stavbami). Dále soud stanovil, že komunitární právo nepřipouští stanovení podmínek, které by zdržovaly, komplikovaly nebo zdražovaly poskytování služeb na území hostitelského státu, jestliže jsou splněné podmínky stanovené směrnicí pro uznávání kvalifikace. A nezřídí-li si poskytovatel žádný infrastrukturní prvek na území hostitelského státu, nelze jej považovat za usazeného.

Vliv komunitární úpravy volného pohybu osob a služeb na český právní řád popíši v následujících kapitolách, ve kterých budu popisovat platnou úpravu podnikání zahraničních osob na území České republiky.

6 Platná úprava podnikání zahraničních osob podle Obchodního zákoníku

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

6.1 Podnikání zahraničních osob v širším a užším smyslu

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

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

Náš obchodní zákoník ale nepoužívá jednotnou terminologii co se podnikání zahraničních osob týče. Na jedné straně jím nadpisuje celou hlavu II, což znamená, že za podnikání zahraničních osob zákonodárce považuje nejen podnikání ve smyslu § 21 odst. 3 (díl I), ale také díl II, tedy majetkovou účast zahraničních osob v českých právnických osobách a díl IV, tedy přemístění sídla zahraniční osoby. Takže **hlava druhá** upravuje podnikání zahraničních osob v značně **širším smyslu**, protože pod tento pojem zahrnuje i **činnosti**, které podle obecné definice v § 2 odst. 1 **za podnikání nepovažujeme** – tedy účast v obchodních společnostech jako společník, nebo přesun sídla na území našeho státu.²⁴

Od podnikání v užším smyslu je třeba odlišit i situaci, kdy zahraniční osoba vyvíjí v ČR pouze takovou činnost, jako je například nesoustavné uzavírání smluv, poskytování služeb a plnění závazků bez pomoci své organizační složky nebo podniku (bez ohledu na to, zda takovou organizační složku nemá, nebo ji sice má, ale jedná mimo ní).

Toto *nesoustavné* uzavírání smluv a plnění závazků není podnikáním zahraniční osoby, může se uskutečňovat mezi podnikateli volně a na právní vztahy vzniklé z takových úkonů, se pak použijí ustanovení ObchZ pro

²⁴ Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. 1 Díl. 3. aktualizované a doplněné vydání. Praha: Linde Praha, 2003, str. 242

jednotlivé druhy obchodních závazků, jestliže se má podle pravidel mezinárodního práva soukromého použít českého práva.

Tyto zahraniční osoby pak podléhají režimu § 23 ObchZ, který stanoví, že **zahraniční osoby, které mají právo podnikat v zahraničí, se považují za podnikatele podle tohoto zákona.** Toto ustanovení rozšiřuje definici podnikatele podle § 2 odst. 2 ObchZ o zahraniční osobu, která má právo podnikat v zahraničí. Tyto osoby se u nás nezapisují do obchodního rejstříku, a ani nemusejí mít oprávnění podle § 2 ObchZ. Jsou tedy považovány za podnikatele, protože mají obdobní postavení ve svém domovském státě. Ustanovení § 23 zároveň představuje uznání subjektivity zahraničních právnických osob a útvarů, které mají právní způsobilost.

Jestliže by však tyto osoby vykonávali činnost *soustavně*, bylo by třeba, aby se tyto osoby podřídily režimu § 21 odst. 1, zřídily organizační složku podniku nebo podnik a zapsaly se do obchodního rejstříku podle § 34 odst. 1b) s výjimkou fyzických osob – státních příslušníků členských států EU.

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

6.2 Podnikání prostřednictvím podniku a organizační složky podniku na území ČR

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

Podnikem se podle ustanovení § 5 ObchZ rozumí soubor hmotných, osobních a nehmotných složek podnikání. K podniku náleží věci, práva a jiné majetkové hodnoty, které patří podnikateli a slouží k provozování podniku. Lze tedy shrnout, že podnik ve své podstatě zahrnuje vše, co podnikateli slouží k podnikání.

V ustanovení § 21 odst. 3 ObchZ je za jednu z forem podnikání zahraniční osoby na našem území považováno zřízení podniku. Tady ale mohou nastat určité výkladové problémy, protože pojem podniku není v souvislosti tímto ustanovením zcela jednoznačný.

Jestliže chce zahraniční osoba provozovat svůj podnik na našem území, předpokládá se, že její sídlo nebo její bydliště musí zůstat v zahraničí (protože kdyby neměla sídlo (bydliště) v zahraničí, tak by se nepokládala za zahraniční osobu).

Tady nám ale vzniká otázka, co ze **zahraniční právnické osoby** zůstane v zahraničí, jestliže na našem území bude mít podnik. Vzhledem k definici

podniku podle § 5 ObchZ, která je všeobsahující, je obtížně představitelné, že zahraniční osoba může ponechat své skutečné sídlo v zahraničí, aniž tam ponechá část svého podniku, a zřídit si podnik na našem území.²⁵

Toto rozdělení zahraniční právnické osoby je možné jen za předpokladu, že sídlo, které zůstane v zahraničí, bude sídlo fiktivní, sice statutární, ale ne sídlo odkud je skutečně vykonáváno řízení podniku. A to proto, že skutečné sídlo se ve smyslu § 5 ObchZ chápe jako součást podniku. Jestliže by skutečné sídlo – řídicí centrum podniku zůstalo v zahraničí, tak by to znamenalo, že podnik, který by byl vytvořen na našem území, je pojmem užším, než jak jej vymezuje § 5 ObchZ. Ale obchodní zákoník hovoří o umístění podniku jako celku a ne jeho části a tak lze předpokládat, že zahraniční právnická osoba, která má podnik v zahraničí, si na našem území nezřídí další podnik, ale jen jeho organizační složku.

Z tohoto hlediska, tedy není možné, aby zahraniční právnická osoba, zřídila na našem území podnik. Ale v případě **zahraniční fyzické osoby**, je situace odlišná. Jde o fyzickou osobu s trvalým pobytem mimo území ČR, která není podnikatelem ve státě svého trvalého pobytu, a tedy tam ani nemá podnik. Jestliže by tato osoba chtěla podnikat na našem území, může tady umístit svůj podnik a zapsat ho do obchodního rejstříku jako podnik zahraniční osoby, a získá tak oprávnění podnikat podle § 21 odst. 4 ObchZ.²⁶

Podniká-li však zahraniční fyzická osoba ve státě svého bydliště, dostává se tak v tomto smyslu do stejného postavení jako osoba právnická a nezbývá jí, než zřídit na našem území organizační složku svého podniku²⁷, a tu zapsat do obchodního rejstříku.

Podmínka zápisu do obchodního rejstříku však neplatí pro fyzické osoby, které jsou státními příslušníky členských států Evropské unie, nebo států tvořících Evropský hospodářský prostor (dále jen EHP), jak plyne z ustanovení § 21 odst. 5 ObchZ.

Zde se nám nabízí i otázka, zda může být jeden podnikatel majitelem více podniků a zda by některý z nich mohl umístit v zahraničí. Právní názory na tuto otázku se liší. Podle K. Eliáše²⁸ zákon váže existenci podniku na osobu podnikatele, jemuž jednotlivé složky podnikání patří a z toho dovozuje, že každý podnikatel může mít jeden podnik, a to i tehdy, půjde-li v ekonomickém smyslu o podniky dva (jednotnost podniku). Na druhé straně I. Pelikánová²⁹ naznačuje, že se česká doktrína již přiklání k připuštění toho, aby měl jeden vlastník ve svém majetku několik podniků. A tak si budeme muset počkat na upřesnění těchto otázek judikaturou.

²⁵ Pelikánová, I.: Obchodní právo. I díl, Praha: ASPI, a.s., 2005, str.420

²⁶ Bartošíková, M., Češková, M. : Srovnání současné a budoucí právní úpravy podnikání zahraničních osob na území ČR. Obchodní právo 12/2000, str. 3

²⁷ v podrobnostech viz Bartošíková, M. : K podnikání zahraničních osob prostřednictvím organizačních složek jejich podniku na území ČR. Obchodní právo 11/1993, str. 2 an.

²⁸ Eliáš K. in Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol. : Kurz obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 3. Vydání. Praha: C.H. Beck, 2002, str. 130

²⁹ Pelikánová, I.: Obchodní právo. I díl, Praha: ASPI, a.s., 2005, str.175

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

Organizační složka podniku nemá právní subjektivitu³⁰, tedy nemůže činit žádné právní úkony a také jí není přiznána procesní způsobilost. Takže zde nevzniká nový právní subjekt. Právním subjektem práv a povinností je vždy pouze zahraniční fyzická nebo právnická osoba, která organizační složku zřídila. Veškeré právní úkony ve věcech organizační složky může činit její vedoucí, ale ten je činí vždy za subjekt, který organizační složku zřídil, a nikoli jménem organizační složky tohoto subjektu. Vedoucí organizační složky, se podle § 13 odst. 3 ObchZ zapisuje do obchodního rejstříku a tímto konstitutivním zápisem vzniká jeho oprávnění jednat za podnikatele ve věcech organizační složky.

6.2.1 Oprávnění zahraniční osoby k podnikání

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

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

Výjimku z tohoto režimu tvoří ustanovení § 24 odst. 5, který neváže vznik podnikatelského oprávnění fyzických osob, které jsou státními příslušníky

³⁰ Lochmanová, L.: Podnikání zahraničních osob v České republice z pohledu obchodního zákoníku. Právo a podnikání, 6/1998, str.9

členských států EU a EHP a podnikají na našem území, na zápis do obchodního rejstříku. Tyto osoby podléhají stejnému režimu jako české fyzické osoby, pokud zákon nestanoví jinak. Tato úprava však nestačí, protože dochází k diskriminaci právnických osob z členských států EU a EHP, kterým oprávnění k podnikání vznikne až jejich zápisem do obchodního rejstříku (a to i v případě, kdy je už tato osoba v rejstříku zapsaná a žádá jen o rozšíření předmětu podnikání), a to není plně v souladu s komunitárním právem, které ve čl. 43 SES stanoví zásadu rovného zacházení. Proto je nutné, aby se odstranily tyto rozpory a náš obchodní zákoník rozlišoval mezi zahraničními osobami z členských států EU a EHP a jinými zahraničními osobami.

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

6.2.2 Zápis zahraniční osoby do obchodního rejstříku

Návrh na zápis zahraniční osoby, nebo organizační složky jejího podniku podává zahraniční osoba, jak vyplývá ze čtvrtého odstavce § 21 ObchZ. Tento **návrh na zápis musí být podán jménem zahraniční osoby**, protože ani podnik ani organizační složka nemají právní subjektivitu. Tento návrh na zápis podává zahraniční osoba, respektive statutární orgán zahraniční právnické osoby, může být však zastoupena i českým právním zástupcem. Je třeba dodat, že zápisem nevzniká nový právní subjekt, tím zůstává i nadále zahraniční osoba. A proto v případě vzniku sporu nelze žalovat podnik, nebo jeho organizační složku, ale přímo zahraniční osobu.³¹

Jako každé podání adresované rejstříkovému soudu musí být návrh na zápis do obchodního rejstříku učiněn na příslušném formuláři, podepsán a datován. Podpis těchto osob v návrhu musí být úředně ověřen (§ 32 ObchZ).

Údaje které se zapisují do obchodního rejstříku ohledně podniku zahraniční osoby a organizační složky jejího podniku jsou uvedeny v § 38h odst. 1:

- *označení a sídlo (umístění) podniku nebo jeho organizační složky a identifikační číslo,*
- *předmět činnosti podniku nebo jeho organizační složky,*

³¹ Rozhodnutí Vrchního soudu v Praze, VS Praha 10 Cmo 755/1995

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

U podniku zahraniční osoby a organizační složky podniku zahraniční osoby, která má sídlo v některém z členských států EU nebo v jiném státě tvořící EHP, se do obchodního rejstříku zapíše údaje podle ustanovení **§ 38h odst. 2 ObchZ**, které jsou téměř shodné s údaji podle odstavce 1, kromě toho, že se nemusí zapisovat údaj ohledně práva státu, kterým se zahraniční osoba řídí.

Tato úprava byla přijata na základě směrnice č. 89/666/EHS o pobočkách společností založených ve státech Evropské unie, kde se rovněž rozlišuje mezi organizačními složkami umístěnými uvnitř a vně Evropské unie. Uvedená směrnice vyžaduje, aby se u organizačních složek zahraničních osob, které jsou občany Evropské unie nebo v ní mají sídlo, zapisovaly do obchodního rejstříku členského státu v němž je organizační složka umístěna údaje uvedené právě v § 38h odst. 2 ObchZ.

Součástí obchodního rejstříku je i **sbírka listin**. Do sbírky listin se podle **§ 38j odst.1 ObchZ** uloží ohledně zahraniční osoby, jejího podniku a jeho organizační složky zejména :

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

Podle § 38j odst. 2 platí pro zahraniční osoby a organizační složky podniku zahraniční osoby, která má sídlo v některém ze členských států v EU nebo

EHP, že se do sbírky listin uloží jenom listiny uvedené v odstavci 1 písm. a), b), c).

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

6.3 Majetková účast zahraničních osob v českých právnických osobách

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

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

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

Jediným společníkem se může zahraniční osoba stát, když je česká právnická osoba založena více účastníky, ale později nastane stav, že zůstane pouze jediný - jímž je právě zahraniční osoba. O jednočlennou společnost se může podle ObchZ jednat v pouze v případě společnosti s ručením omezeným (§ 105 odst. 2 ObchZ) a akciové společnosti (§ 162 odst. 1 ObchZ). V případě akciové společnosti může být jediným zakladatelem jenom právnická osoba, ale jestliže byla tato akciová společnost založena více zakladateli a později dojde k soustředění akcií v ruku jediného akcionáře, toto omezení neplatí, a tímto jediným akcionářem může být i fyzická osoba.

Ustanovení § 24 odst. 1 ObchZ se týká účasti nejen v obchodních společnostech, ale i v družstvech a jiných právnických osobách, které mohou vznikat za účelem podnikání podle zvláštních předpisů (banky, pojišťovny). Podle tohoto ustanovení může vzniknout i společný podnik (joint venture)³². Náš ObchZ tento pojem nezná, ale na druhé straně to neznamená, že by tento společný podnik nemohl u nás vzniknout. Jeho

³² Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. 1 Díl. 3. aktualizované a doplněné vydání. Praha: Linde Praha, 2003, str. 255

právní podoba může být rozmanitá a může se například jednat o společnost (neboli sdružení), která bude založena několika společnostmi z různých zemí (nejméně dvěma) a která bude provozovat společný podnik. V souladu s tímto ustanovením se předpokládá, že účastníkem bude i česká osoba spolu se zahraniční a nebudou tam spadat společnosti se stoprocentní zahraniční účastí zahraničních osob.

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

Ve třetím odstavci § 24 je zakotven **princip formální reciprocity**, který se uplatní na vztahy, které jsou popsány v prvním odstavci. Toto ustanovení je konkretizující k ustanovení § 21 odst. 1 ObchZ a deklaruje rovnost postavení zahraniční osoby s osobou českou při vytváření nebo účasti v českých právnických osobách, tedy i při činnosti, která je podnikáním v širším smyslu.

Právnická osoba se zahraniční majetkovou účastí může být od 1.1.2001 založena **pouze podle českého práva** (§ 24 odst. 2 ObchZ). Dřívější úprava, která připouštěla založení tuzemské právnické osoby podle libovolného práva, se ukázala jako velmi nepraktická. Taková úprava zakládala „nerovnoprávnost právnických osob, a byla-li realizována, i velké aplikační problémy. Dvojitý režim právnických osob je neslučitelný se zásadou rovnosti subjektů a rovněž se zásadou právní jistoty.“³³ Zahraniční osoba, která vstupuje do české společnosti, uzavírá smlouvu a bude se jednat o smlouvu s cizím prvkem. Právní režim této smlouvy bude podléhat pravidlům mezinárodního práva soukromého. Ustanovení § 24 odst. 2 ObchZ představuje odchylku od § 9 ZMPS, který dává účastníkům smlouvy právo zvolit si právo, jímž se mají řídit jejich vzájemné majetkové vztahy. Tato odchylka se dá odůvodnit především tím, že smlouva o založení společnosti bude výrazně ovlivňovat postavení třetích osob, které budou vstupovat do právních vztahů s touto právnickou osobou.

6.4 Ochrana majetkových zájmů zahraničních osob při podnikání v ČR

Ochrana majetkových zájmů zahraničních osob pramení z čl. 11 odst. 4 ZLPS, která stanoví, že vyvlastnění nebo nucené omezení vlastnického práva je možné jen ve veřejném zájmu, a to na základě zákona a za náhradu. Dále je tato ochrana poskytnuta i obchodním zákoníkem a mezinárodními smlouvami.

³³ Raban, P. : Obchodní zákoník. 3. Doplněné vydání. Praha: EUROUNION, 2003, komentář k § 24

6.4.1 Ochrana v obchodním zákoníku

V ustanovení § 25 ObchZ je poskytnuta ochrana majetku zahraničních osob, který souvisí s podnikáním, a dále majetku právnické osoby se zahraniční majetkovou účastí před vyvlastněním a omezením vlastnického práva. V tomto případě se nejedná o ochranu investic v celém rozsahu, ale pouze vyvlastnění nebo omezení vlastnického práva.

Obchodní zákoník stanoví, že tento majetek může být v České republice vyvlastněn anebo vlastnické právo omezeno jen na **základě zákona a ve veřejném zájmu, který není možno uspokojit jinak**. Tento zákon, na který ObchZ odkazuje, je zákon č. 50/ 1976 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon). Stavební zákon taxativně stanoví výčet účelů, pro něž je možno rozhodnout o vyvlastnění za předpokladu, že je současně dán i veřejný zájem na takovém vyvlastnění. Stavební zákon však neřeší otázku náhrady, jenom odkazuje na zvláštní úpravu. Naše právní úprava je v této oblasti značně rozpolcená a neuspokojivá. V ustanovení § 25 odst. 1 ObchZ je ještě doplněno, že lze proti rozhodnutí o vyvlastnění **podat opravný prostředek**.

V ustanovení § 25 odst. 2 je formulován princip, že vyvlastnění je možné jenom **za náhradu**, která musí být poskytnuta **bez prodlení** a musí odpovídat plné hodnotě dotčeného majetku v okamžiku vyvlastnění. Tato náhrada musí být volně převoditelná do zahraničí v cizí měně.

Poslední ustanovení § 25 odkazuje na mezinárodní smlouvy, kterými je česká republika vázána a které byly vyhlášeny ve Sbírce zákonů nebo ve Sbírce mezinárodních smluv. V tomto případě se jedná o bilaterální mezinárodní smlouvy o ochraně investic uveřejněné v Sbírce zákonů, které mají přednost před zákonem. Obchodní zákoník tedy pokrývá jen malou část problematiky ochrany zahraničních investic, obsahuje některé zásady obsažené ve smlouvách, ale ochrana na základě smluv je intenzivnější. Ustanovení § 25 bude tedy jen nějakým minimem ochrany aplikovatelným v případě, že zahraniční osoba bude příslušníkem státu, který neuzavřel s Českou republikou dohodu o ochraně investic.

6.4.2 Mezinárodní dohody o podpoře a ochraně zahraničních investic

Po roce 1989 bylo uzavřeno velké množství bilaterálních mezinárodních smluv o ochraně investic, o kterých jsem se už zmínila v předchozí kapitole. Dosud jich bylo ve Sbírce zákonů nebo ve Sbírce mezinárodních smluv vyhlášeno více než 70 a Tyto smlouvy jsou pro Českou republiku závazné a mají přednost před zákonnou úpravou.³⁴

Existence smluv o podpoře a ochraně investic je velice důležitá pro příliv zahraničních investic na naše území, a tím i pro rozvoj naší ekonomiky. Na straně hostitelských států je potřeba zahraničního kapitálu pro jejich

³⁴ viz příloha

ekonomický rozvoj a na straně soukromých investorů, kteří chtějí investovat své prostředky za účelem dosažení zisku, je pak potřeba, aby měli co nejvyšší právní jistotu a nejmenší politické rizika v souvislosti s ochranou svých investic.

V těchto smlouvách se státy obecně zavazují, že budou podporovat a usnadňovat investování na svém území pro investory z druhé smluvní strany a tak vyjadřují politickou vůli povzbuzovat zřizování mezinárodních investic. Většinou mívají smlouvy standardní obsah, ale dají se mezi nimi najít i odlišnosti.

Právní teorie rozlišují smlouvy *evropského* typu (uzavírané především mezi evropskými zeměmi), kterých je většina, a dále smlouvy *amerického* typu, kterých je několik desítek, a jsou to převážně smlouvy, které uzavírá USA s jinými zeměmi. Americký model se od evropského odlišuje převážně v tom, že americké dohody rozšiřují princip národního zacházení jak na pre- investiční, tak i post- investiční fázi, co jsou instrumenty, které směřují k liberalizaci toků investic.³⁵ Většinou se dohody odlišují i v clánkách, které upravují řešení sporů z investic, kde se odkazuje buď výlučně či alternativně na řešení sporů prostřednictvím různých mezinárodních rozhodčích orgánů.

6.4.2.1 Pojem investic a jejich ochrana

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

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

Pojem investice je tedy definován v dohodách značně široce a *může zahrnovat jakoukoli hospodářskou aktivitu investora.*

Investorem se rozumí fyzické a právnické osoby jednoho smluvního státu, které investují na území druhého smluvního státu.

³⁵ Šturma, P.: K problematice dvoustranných dohod o ochraně investic a řešení sporů z nich, Právník 12/2001, str. 1261

Dohody o podpoře a ochraně investic nestanoví podmínky pro zřízení investic na území smluvních států, ty jsou upraveny vnitrostátním právem smluvních států, na jejichž území je investice uskutečňována. Takže státy mají právo vymezit ve svém právním řádu podmínky pro zřízení investice na svém území. Některé dohody předvídají i možnost větších omezení a podmínek při zřizování investic (např. dohody s Thajskem, Čínou, Ukrajinou) a v některých je výslovně zakotven povolovací režim (v dohodě se Singapurem).³⁶

Jednotlivé dohody upravují **zacházení s investicemi** investorů, čím se rozumí jejich řízení, udržování, užívání, využití, získání nebo nakládání. Při úpravě zacházení s investicemi dohody vycházejí z **národního režimu** nebo z **režimu nejvyšších výhod**, které mohou být i určitým způsobem modifikovány. Podle dohod musí každý stát zajistit spravedlivé a rovnoprávné zacházení s investicemi, tak aby nebyly dotčeny a narušeny svévolnými, neodůvodněnými nebo diskriminačními opatřeními státních orgánů. Tato úprava se vztahuje již na existující investice, nikoliv na pre-investiční fázi.

Výjimkou je dohoda ČR s USA, která je jedinou dohodou, ve které se uplatňuje tzv. americký model dohod o ochraně a podpoře investic. V této dohodě je stanoveno pravidlo národního zacházení, které se až na omezené výjimky vztahuje na celý investiční proces, tj. včetně předinvestiční fáze. Obecně tato dohoda zavádí volný přístup pro investice druhé smluvní strany, ale umožňuje stanovit výjimky pro určitá odvětví nebo činnosti. Na tyto výjimky se pak bude uplatňovat zacházení podle doložky nejvyšších výhod. Nelze si nevšimnout, že výčet výjimek na straně USA je o mnoho větší než na straně ČR, a tak i přes formální reciprocitu existuje značně nevyvážený poměr práv a povinností, a to k tíži ČR. Jestliže však ČR chtěla získat americké investice, musela nutně akceptovat americký model dohody, stejně jako to na začátku devadesátých let udělalo mnoho zemí, ve kterých se změnila politická i ekonomická situace.

Každý stát je dále povinen poskytovat účinná opatření k uplatňování nároků a prosazování práv ve vztahu k investiční dohodě, investičním oprávněním a majetku. Žádný smluvní stát nemůže omezovat právo investorů druhého smluvního státu obrátit se na soudy, správní soudy a úřady a jiné orgány, které mají rozhodovací pravomoc.

Hlavním důvodem pro uzavírání těchto dohod je **ochrana investic** (majetku) zahraničních investorů. Ochranou se myslí, že hostitelský stát je povinen zajistit právní a faktickou bezpečnost pro zahraniční investici. Jedná se tedy o ochranu vlastnického práva investora **před vyvlastněním, znárodněním, nebo jiným zásahem** ze strany státních orgánů, ale i jednotlivců. Tyto dohody přinášejí do této problematiky více právní jistoty. Dohody však přiznávají suverénním státům právo provést znárodnění nebo jiné opatření, které má za následek přímou nebo nepřímou ztrátu vlastnictví, ale jen za splnění určitých **podmínek**:

- opatření jsou učiněna z důvodu nejvyššího a zásadního *veřejného zájmu*,
- *v souladu s ústavou, vnitrostátním právním řádem a obecnými zásadami mezinárodního práva,*

³⁶ Šturma, P.: K problematice dvoustranných dohod o ochraně investic a řešení sporů z nich, Právník 12/2001, str. 1262

- jsou učiněna na *základě zákona*, a to příslušným úřadem nebo soudem a investor má právo domáhat se ochrany proti vyvlastnění nebo obdobného zásahu u příslušného soudu smluvního státu, který opatření přijal,
- opatření *nejsou diskriminační*,
- jsou provázena *okamžitou, odpovídající a účinnou náhradou*, která se musí rovnat tržní hodnotě vyvlastněné investice bezprostředně před vyvlastněním.

Dalším důležitým ustanovením v dohodách jsou ustanovení, na základě kterých jsou smluvní státy povinny umožnit investorům z druhého smluvního státu neomezené **převody plateb** spojených s investicemi ve volně směnitelných měnách bez omezení. Takové převody mohou obsahovat:

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

Standardním ustanovením dohod bývá i článek věnován **náhradě škody** způsobené zahraničnímu investorovi v důsledku takových událostí jako je ozbrojený konflikt, postání a nepokoje, apod.

V neposlední řadě je velice důležité i ustanovení, které zajišťuje právo investora na předložení sporu k arbitrážnímu řízení. Této problematice se budu věnovat v následující kapitole.

6.4.2.2 Řešení sporů z investic

Dohody o podpoře a ochraně investic pojem „**investiční spor**“ vesměs nedefinují, hovoří pouze o jakémkoli sporu mezi investorem jedné smluvní strany a druhou smluvní stranou (státem) v souvislosti s investicí uskutečňovanou na území této druhé smluvní strany. Takže může jít o spor, který vznikne z *důvodu mocenského zásahu státu do investice* (třeba případ neoprávněného znárodnění, vyvlastnění za nedostatečnou náhradu, dále také diskriminační zacházení s investicemi, neumožnění volného převodu plateb a výnosů do zahraničí, případy náhrady škody, které vzniknou investorovi ohledně situací jmenovaných dohodami, jako jsou válka, ozbrojené konflikty, povstání, vzpoury).

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

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

Většina sporů se netýká nejasností v interpretaci dohod, ale sporů mezi hostitelským státem a investorem z druhé smluvní strany³⁷.

Zvláštností těchto sporů je skutečnost, že jednou ze sporných stran je subjekt mezinárodního práva (suverénní stát) a druhou spornou stranou fyzická nebo právnická osoba z jiného smluvního státu (tzv. nesubjekt mezinárodního práva). V právní teorii se o takových sporech hovoří jako o tzv. „**diagonálních sporech**“.³⁸

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

- **před Mezinárodním střediskem pro řešení sporů z investic (ICSID)**, které bylo zřízeno na základě čl. 1 odst. 1 Úmluvy o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států z roku 1965, sdělení FMZV č. 420/1992 Sb. (dále jen „Washingtonská úmluva“), za předpokladu, že oba smluvní státy jsou smluvní stranou Úmluvy, **nebo**
- **před rozhodčím soudem zřízeným ad hoc podle Rozhodčích pravidel UNCITRAL** (pravidla Komise OSN pro mezinárodní právo obchodní).

V některých dohodách jsou uvedeny různé **doložky**, které omezují způsob řešení sporu jen na **jedinou formu rozhodčího řízení**. Dohoda buď odkazuje jenom na ad hoc rozhodčí řízení, které bude postupovat podle rozhodčích pravidel UNCITRAL (např. dohoda s Rakouskem, Kanadou, Nizozemím), nebo jen na řešení sporu u ICSID (např. dohoda s Thajskem). Dále existují dohody, kterých doložky odkazují **bud'** na řešení sporů prostřednictvím ICSID, **anebo** prostřednictvím ad hoc rozhodčího soudu na základě pravidel UNCITRAL. Tyto dohody jsou nejfrekventovanější.

Spíše výjimečně existují v některých dohodách doložky, které předvídají **více než dvě formy** mezinárodního rozhodčího řízení (např. dohoda s USA, která kromě dvou jmenovaných možností stanoví i možnost řešení sporu před jakoukoliv rozhodčí institucí dle výběru stran).

Některé doložky umožňují řešení sporů **bud' před vnitrostátními** soudními, popř. správními orgány, **anebo** cestou mezinárodní arbitráže (např. dohoda s Itálií).

Další rozdíly v dohodách spočívají v úpravě **oprávnění zahájit rozhodčí řízení** a vybrat si, kdo bude spor rozhodovat.

Ve většině dohod je toto **právo výběru** poskytnuto **investorovi**, což bude v praxi znamenat, že pokud se investor rozhodne pro jakékoli v dohodě dohodnuté rozhodčí řízení, musí se stát, který je stranou sporu, tomuto

³⁷ Balaš, V.: Rozhodčí doložky v dvoustranných smlouvách na ochranu investic, Právník 8/ 2004, str.789

³⁸ Růžička, K.: Řešení sporů z mezinárodních investic, Právní rádce 12/ 1999, str. 20

rozhodčímu řízení podřídit.³⁹ Na druhé straně, podle některých dohod je možno rozhodčí řízení zahájit pouze tehdy, existuje li dohoda sporných stran (např. dohoda s Litvou).

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

6.4.2.3 Řešení sporů z investic před ICSID

Z mnohých praktických důvodů je při řešení sporu z investic dávana přednost rozhodčímu řízení před Mezinárodním střediskem pro řešení sporů z investic (ICSID), který byl zřízen na základě Washingtonské úmluvy. Byl tak zřízen institucionalizovaný systém, který je plně přizpůsoben charakteru těchto sporů a poskytuje veškerý servis spojený s rozhodčím řízením.

Založení tohoto systému bylo inovací oproti stavu obecného mezinárodního práva, které by investorovi po neúspěšném vyčerpání opravních prostředků v přijímacím státě ponechalo pouze šanci na diplomatickou ochranu, jejíž výkon plně závisí na vůli domovského státu, a byl tudíž nejistý.⁴⁰ Nejistota spočívala hlavně v tom, že stát, kterého byl investor příslušník, neměl povinnost tuto ochranu poskytnout. Další výhodou způsobu řešení sporů je skutečnost, že se Středisko na tento druh sporů specializuje a má bohatou rozhodovací praxi.

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

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

Aby byla dána **soudní pravomoc ICSID**, musí být podle čl. 25 odst. 1 Washingtonské úmluvy splněny kumulativně tyto následující podmínky:

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

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

³⁹ Růžička, K.: Řešení sporů z mezinárodních investic, Právní rádce 12/ 1999, str. 20

⁴⁰ Šturma, P.: K problematice dvoustranných dohod o ochraně investic a řešení sporů z nich, Právník 12/ 2001, str. 1273

stran ve sporu se pokládá převážně *kontrakt* mezi státem a investorem, *dvoustranná dohoda* o ochraně investic a *jednostranný právní akt* (příslib hostitelského státu, že se v případě sporu podrobí pravomoci Střediska). Sporné strany tedy nemusí uzavírat žádnou rozhodčí smlouvu, ale musí vyslovit s rozhodčím řízením souhlas.

Jestliže je dána pravomoc ICSID a obě strany se písemně dohodly, že svůj spor předloží před Středisko, tak se v případě rozhodčího řízení vytváří **Rozhodčí soud**, který se skládá z jednoho rozhodce, nebo jakéhokoli lichého počtu rozhodců, jmenovaných podle dohody stran. V případě, že se strany nedohodnou na počtu rozhodců a způsobu jejich jmenování, skládá se Rozhodčí soud ze tří rozhodců, z nichž jeden bude jmenován každou stranou a třetí, který bude předsedou Rozhodčího soudu, bude jmenován po dohodě stran. Jestliže se nepovede ani to, tak je k jmenování chybějících rozhodců oprávněn Předseda Správní rady ICSID, kterým je podle Washingtonské úmluvy Prezident Mezinárodní banky pro obnovu a rozvoj. Takto jmenovaní rozhodci nesmějí být občany smluvního státu, který je stranou ve sporu, ani smluvního státu, jehož investor je stranou ve sporu. Rozhodci mohou být jmenováni i z osob, které nejsou zapsány v seznamu rozhodců, který je veden u ICSID.

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

Oproti běžnému rozhodčímu řízení připouští Washingtonská úmluva **opravné prostředky**, a to výklad, přezkoumání a zrušení rozhodčího nálezu.

Výklad se týká sporu o výklad nebo rozsah rozhodčího nálezu a provádí ho pokud možno Rozhodčí soud, který rozhodčí nález vydal.

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

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

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

Tato žádost musí být uplatněna do 120 dnů ode dne, ke kterému byl vynesena rozhodčí nález kromě případů, kdy je zrušení požadováno z důvodů korupce. V případě korupce musí být žádost uplatněna do 120 dnů od zjištění korupce a v každém případě do tří let ode dne, ke kterému byl rozhodčí nález vydán.

O zrušení rozhodčího nálezu **rozhoduje tříčlenný Výbor ad hoc**, který je vybrán ze seznamu rozhodců Střediska a tento výběr provede Prezident Mezinárodní banky pro obnovu a rozvoj. Členem tohoto výboru nemůže být rozhodce, který vynesl rozhodčí nález, nesmí mít stejnou národnost jako kterýkoliv z rozhodců, kteří vydali napadený rozhodčí nález, a nesmí být občanem státu, který je stranou ve sporu, nebo státu, jehož občan je stranou ve sporu.

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

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

Řešení sporů před ICSID poskytuje na jedné straně určitou jistotu, protože rozhoduje podle procesních pravidel obsažených ve Washingtonské úmluvě a podle navazujících Rozhodčích pravidel. Navíc jednotlivé rozhodčí tribunály na ICSID často odkazují na dřívější nálezy, takže existuje určitá předvídatelnost a kontinuita takové arbitráže.⁴¹

6.5 Přemístění sídla zahraniční právnické osoby na území České republiky

Poslední formou podnikání zahraničních osob na území ČR v **širším smyslu** upravenou obchodním zákoníkem je přemístění sídla zahraniční právnické osoby na naše území.

Ustanovení **§ 26 odst. 1** ObchZ umožňuje přemístění sídla právnické osoby, která byla založena za účelem podnikání oběma směry- z i do tuzemska, jestliže to umožňuje mezinárodní smlouva, která je pro ČR závazná a je vyhlášená ve Sbírce zákonů nebo ve Sbírce

⁴¹ Šturma, P.: K problematice dvoustranných dohod o ochraně investic a řešení sporů z nich, Právník 12/2001, str. 1289

mezinárodních smluv. Zatím však taková mezinárodní smlouva nebyla uzavřena.

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

Náš obchodní zákoník umožňuje přemístění sídla **oběma směry**. Nemůže však ovlivnit, zda právnická osoba bude uznána státem nového sídla. Právě z tohoto důvodu obsahuje formulace vazbu na mezinárodní smlouvu. Pokud se však v zemi nového sídla bude uplatňovat inkorporační princip, tak k uznání této osoby může dojít i bez existence mezinárodní smlouvy. Složitější by to bylo, kdyby se v zemi nového sídla uplatňoval princip sídla, protože tato země osobu neuzná, pokud nesplní podmínky jejího právního řádu. I. Pelikánová poukazuje na to, že tato úprava je zbytečnou komplikací, je omezující a bude ji nutno uvolnit⁴².

Přemístit své sídlo mohou **pouze právnické osoby**, neboť jen ty vůbec sídlo jako takové mají. Útvary, které mají pouze omezenou právní subjektivitu (tzv. jiné než fyzické a nikoli právnické osoby) podle právního řádu, podle něhož jsou založeny, tedy nesplňují požadavek subjektu právnické osoby a nemohou tak ani přemístit své sídlo⁴³. Dále je tato možnost omezena pouze pro osoby, které jsou založeny **za účelem podnikání**⁴⁴. Přemístění sídla je tedy odepřeno podnikatelům podle formy.

V ustanovení **§ 26 odst. 2** ObchZ je zakotveno, že účinnost přemístění sídla do ČR je spojena s okamžikem **zápisu do obchodního rejstříku**. Tato osoba pak bude podléhat českému právnímu řádu, kromě odchylek, které jsou uvedeny v § 26 odst. 3 ObchZ. A tak údaje, které se zapisují do rejstříku u této osoby, budou stejné jako ty, které se vyžadují od našich právnických osob podle § 35 ObchZ.

Přemístěním sídla se sice zahraniční osoba změní na českou, ale nezmění se její osobní statut, protože vnitřní právní poměry této osoby se i nadále řídí právním řádem státu, podle něhož byla založena. V zájmu ochrany třetích osob je v ustanovení **§ 26 odst. 3**

⁴² Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. 1 Díl. 3. aktualizované a doplněné vydání. Praha: Linde Praha, 2003, str. 265

⁴³ Pauknerová, M.: Společnosti v mezinárodním právu soukromém - k novému vývoji v českém právu a v právu Evropských Společenství. Právník 3/2002, str. 325

⁴⁴ Lochmanová, L.: Podnikání zahraničních osob v České republice z pohledu obchodního zákoníku. Právo a podnikání 6/1998, str. 13

ObchZ stanoveno, že ručení společníků se sice řídí právním řádem státu, podle něhož byla založena, ale nesmí být nižší než stanoví české právo pro tutéž nebo obdobnou formu právnické osoby. Takže po přesunu sídla na území ČR se nebude jednat o běžnou českou společnost, ale zachová si některé rysy cizozemce.

Až donedávna obsahoval § 26 ObchZ jenom tři odstavce, ale po vstupu ČR do Evropské unie, zákonodárce doplnil nový odstavec. V **§ 26 odst. 4** ObchZ je zakotveno, že přemístění sídla právnické osoby z i do ČR je přípustné také v případech a za podmínek stanovených právem Evropských společenství či zvláštním zákonem.

V *primárním* právu Evropských společenství má přemístění sídla z jednoho státu EU do jiného povahu „usazení se“ podle čl. 43/2 SES, a představuje tzv. primární svobodu usazování (viz kapitola 5.1).

V *sekundárním* právu Evropských společenství je přemístění sídla poměrně podrobně upraveno v evropských nařízeních, která jsou přímo závazná pro náš právní řád. Konkrétně jde:

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

Tato nařízení umožňují tedy přemístění sídla těchto nadnárodních společností z jednoho členského státu do druhého bez zrušení a znovu založení těchto společností. Nařízení představují v této oblasti velký pokrok.

Jiné společnosti, tedy společnosti založené podle národního práva, však dosud tuto operaci nemohou uskutečňovat. Jejich mobilita je možná jenom cestou usazení se (ve smyslu sekundární svobody usazování se - tedy vytvářením organizačních složek, poboček nebo dceřiných společností) nebo hostování⁴⁵.

7 Podnikání zahraničních osob podle živnostenského zákona

Živnostenský zákon č. 455/1991 Sb. (ŽZ) má v našem právním řádu postavení obecné úpravy podmínek podnikání. Za **živnostenské podnikání** (živnost) se považuje *činnost, která je provozována samostatně, vlastním jménem, na vlastní odpovědnost, za účelem dosažení zisku a za podmínek stanovených ŽZ*. Je to podnikání ve smyslu § 2 odst. 1 ObchZ, ale od této obecné definice se liší právě tím, že podléhá režimu ŽZ, je to tedy činnost užší, a tak nelze mezi živnost a podnikání položit rovnítko.

Živnostenský zákon se vztahuje na veškeré podnikání, pokud není z jeho působnosti vyloučeno a podřízeno zvláštní speciální úpravě. V ustanovení § 3 odst. 1 jsou z působnosti ŽZ vyňaté činnosti, které nejsou nikde upraveny a v § 3 odst. 2 a 3 jsou vyňaty činnosti, které

⁴⁵ Pelikánová, I.: Obchodní právo. I díl, Praha: ASPI, a.s., 2005, str.180, taky i v Pauknerová, M.: Svoboda usazování obchodních společností a mezinárodní právo soukromé ve světle novějších rozhodnutí ESD. Právník, 2004/12, str.1169

jsou upraveny zvláštními předpisy- jako je třeba výkon svobodných povolání a dále podnikání v oblasti peněžního a kapitálového trhu, pojišťovnictví a oborů velkého průmyslu. Z pojmu živnostenského podnikání je vyloučen v § 4 ŽZ i pronájem nemovitostí, bytových a nebytových prostorů, pokud s pronájmem nejsou poskytovány další služby, jiné než základní.

7.1 Podmínky provozování živností zahraniční osobou

Živnost může na našem území provozovat fyzická nebo právnická osoba, která splní podmínky, které jsou stanoveny v ŽZ. V ustanovení § 5 odst. 2 ŽZ je zakotvena **formální recipocita**, podle které mohou zahraniční osoby provozovat živnost za stejných podmínek a ve stejném rozsahu jako české osoby. Kritériem pro určení statutu české zahraniční osoby je sídlo právnické osoby nebo bydliště (myslí se tím trvalý pobyt) fyzické osoby. Toto právo provozovat živnost - tedy podnikat ve vazbě na komunitární terminologii chápe jako právo usazení na našem území za účelem podnikání (v rámci volného pohybu osob) oproti právu hostovat v rámci volného poskytování služeb.

Aby měl cizinec postavení české fyzické osoby, musí mít na našem území povolen **trvalý pobyt** podle cizineckého zákona. Podmínky na získání trvalého pobytu jsou obtížně splnitelné. *Bez čekací lhůty* (tedy bez podmínky přechodného nepřetržitého pobytu) lze získat právo trvalého pobytu jen v taxativně vymezených případech v § 65 odst. 1 cizineckého zákona. Jinak je možné povolení k trvalému pobytu získat *po 8 letech nepřetržitého pobytu* za podmínek stanovených v § 66 cizineckého zákona a *po 10 letech nepřetržitého pobytu* může každý cizinec požádat o povolení k trvalému pobytu na základě povolení k dlouhodobému pobytu na našem území (§ 67 cizineckého zákona). Za osoby, kterým byl udělen trvalý pobyt se považují i osoby, kterým byl udělen **azyl** podle § 76 zákona o azylu - azylanti mají tedy pro účely provozování živnosti postavení české osoby. Za cizince se podle cizineckého zákona považuje i **občan EU**, ale platí pro něj zvláštní ustanovení. Stejný režim jako pro občany EU platí i pro státní příslušníky zemí Evropského hospodářského prostoru a Švýcarské konfederace. Podle cizineckého zákona obdrží občan Evropské unie zvláštní povolení k trvalému pobytu za podmínek taxativně vyjmenovaných v § 87c odst.1, a to zejména tehdy:

- když je občan EU na našem území zaměstnán a pobývá zde nepřetržitě po dobu nejméně tří let,
- dále když na našem území podniká,
- vykonává funkci člena statutárního orgánu právnické osoby (atd.).

Z toho se dá dovodit, že jestliže je občanu EU nebo státnímu příslušníku zemí EHP nebo Švýcarské konfederace udělen trvalý pobyt, když na našem území podniká, tak se na něj bude hledět jako na českou osobu.

Živnostenský zákon v § 5 odst. 5 stanoví, že zahraniční osoba, která hodlá na území ČR provozovat živnost, musí mít tomuto účelu **povolen pobyt** a musí předložit k ohlášení živnosti nebo k žádosti o koncesi doklad, který potvrzuje povolení k pobytu za účelem podnikání. Není tady stanoveno o jaký pobyt jde, a proto lze dovodit, že to nemusí být pobyt

trvalý. A kdyby tyto osoby obdržely trvalý pobyt, tak by se už nepovažovaly za zahraniční osoby, ale za osoby české podle § 5 odst. 2 ŽZ. Tak jediná forma pobytu, která přichází v úvahu, je přechodný pobyt. Cizinecký zákon člení přechodný pobyt na našem území na přechodný pobyt na dlouhodobé vízum (nad 90 dnů) a přechodný pobyt na krátkodobé vízum (do 90 dnů). Další otázka je, jakou formu přechodného pobytu budou živnostenské úřady po zahraničních osobách vyžadovat. K. Růžička uvádí, že za účelem podnikání zahraniční fyzické osoby na našem území se jí uděluje vízum k pobytu nad 90 dnů⁴⁶. Shodně uvádí P. Kroupa, že za účelem podnikání se uděluje pouze dlouhodobé vízum⁴⁷.

Požadavek povoleného pobytu se však **nevztahuje** na příslušníky členských států Evropské unie nebo jiných států tvořící Evropský hospodářský prostor. Dále se nevztahuje na občany států, s nimiž má Česká republika uzavřenu smlouvu, která toto omezení nepřipouští. Takovými smlouvami jsou mezinárodní smlouvy obsahující doložku nejvyšších výhod. Doklad o povolení k pobytu se rovněž nebude vyžadovat od občana České republiky, který nemá na našem území trvalý pobyt.

Toto ustanovení se také nevztahuje na zahraniční fyzickou osobu, která hodlá na území České republiky provozovat živnost prostřednictvím organizační složky svého podniku. Podle § 46 ŽZ však bude muset tato osoba doložit provozování podniku ve státě původu. Tato povinnost však nebude platit pro státního příslušníka členského státu EU.

Živnostenský zákon anebo zvláštní předpisy stanoví pro určité druhy živností **kvalifikační požadavky** (pro výkon řemeslných, vázaných či koncesovaných živností). V rámci harmonizace našeho právního řádu s právem EU byl přijat zákon č. 18/2004 Sb., o uznávání odborné kvalifikace. Tento zákon se vztahuje na vykonávání jak závislé, tak i nezávislé činnosti usazenými osobami, tedy i na podnikání. Předpokladem zahájení činnosti na našem území pro státního příslušníka EU bude uznání jeho odborné kvalifikace a tento zákon stanoví zásadu, že je možno požadovat jen takové podmínky, které vyžadujeme od občanů ČR.

Velmi důležité ustanovení obsahuje § 5 zák. č. 18/2004 Sb. ohledně volného pohybu služeb, který stanoví, že osoba usazená v jiném členském státě EU je oprávněná dočasně poskytovat služby na našem území, aniž požádá o uznání odborné kvalifikace. Takže *pro poskytování služeb v rámci volného pobytu služeb není předepsáno ani uznání odborné kvalifikace*. Uznávací orgán je oprávněn přezkoumat odbornou kvalifikaci takové osoby jenom v případě, že existuje důvodné podezření z ohrožení veřejného zájmu a zájmu ochrany jednotlivých osob nebo že je podezření z neoprávněného podnikání. Zjistí-li tento orgán nedostatky, může výkon této činnosti omezit nebo zakázat.

⁴⁶ Růžička, K. : Velké změny v českém cizineckém právu. Právní praxe v podnikání 3/2000, str. 13

⁴⁷ Kroupa, P. : Dopady novelizace živnostenského zákona na podnikatele - výklad k osobě podnikatele. Poradce 3/1996, str. 102 - 104

Takže pro poskytování služeb na základě volného pohybu podnikatel z členského státu *nebude potřebovat české živnostenské oprávnění*. Totéž předpokládá i ustanovení **§ 69 ŽZ**, které stanoví, že státní příslušníci členského státu EU a právnické osoby se sídlem, ústřední správou nebo hlavním místem své podnikatelské činnosti v EU (i v zemích EHP a Švýcarské konfederace), kteří mají oprávnění provozovat podnikatelskou činnost na území některého z členských států EU, mohou na území České republiky dočasně poskytovat služby v rozsahu svého živnostenského oprávnění v souladu s čl. 49 a násl. článků SES. Jedinou povinností těchto osob je, že v případě kontroly jsou povinny prokázat oprávnění poskytování služeb.

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

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

- dosažení věku 18 let,
- způsobilost k právním úkonům,
- bezúhonnost,
- předložení dokladu o tom, že tato osoba nemá daňové dluhy,
- předložení dokladu o tom, že tato osoba nemá dluhy na pojistném, sociálním zabezpečení a příspěvku na státní politiku nezaměstnanosti.

Za určitých okolností však nemusí být splněny tyto obecné předpoklady bezvýjimečně vždy, jako například v ustanovení **§ 12 ŽZ**, kde je stanoveno, že lze provozovat živnost jménem a na účet osoby, která nemá plnou způsobilost k právním úkonům z důvodu nedostatku věku nebo rozhodnutí soudu. Předpokladem toho je souhlas soudu daný na návrh zákonného zástupce této osoby a zákonný zástupce ustanoví se souhlasem soudu v takovém případě odpovědného zástupce (viz níže)

Zvláštními podmínkami provozování živnosti je podle **§ 7 ŽZ** především odborná kvalifikace (nebo jiná způsobilost), která je vyžadována ŽZ nebo zvláštními předpisy. Pro *řemeslné* živnosti je tato podmínka upravena přímo ŽZ, pro *vázané* a *koncesované* živnosti ji stanoví zvláštní předpisy nebo příloha ŽZ. Pro *volné ohlašovací* živnosti žádné kvalifikační předpoklady stanoveny nejsou. Vládním nařízením č. 201/2001 Sb. je stanoven seznam živností, jejichž provozování musí podnikatel zajistit fyzickými osobami splňujícími určité kvalifikační požadavky.

7.2 Odpovědný zástupce

Předpoklady pro vznik živnostenského oprávnění jsou vždy stanoveny tak, že je mohou splňovat jenom fyzické osoby. Proto živnostenský zákon obsahuje ustanovení **§ 11**, které zakládá **instituci odpovědného zástupce**.

Odpovědný zástupce je *fyzická osoba* ustanovená podnikatelem, která *odpovídá za řádný provoz živnosti a za dodržování živnostenských předpisů a je k podnikateli ve smluvním vztahu*. Tato osoba *musí dále splňovat všeobecné a zvláštní podmínky* provozování živnosti a musí se zúčastňovat provozování živnosti v potřebném rozsahu. Další podmínkou je, že nikdo nesmí vykonávat tuto funkci pro více než dva podnikatele.

Povinnost ustanovit odpovědného zástupce má podle § 11 odst. 4 ŽZ:

- podnikatel, který je **fyzickou osobou a nesplňuje zvláštní podmínky**, pokud se nejedná o ohlašovací činnost provozovanou průmyslovým způsobem,
- podnikatel, který je **právníkou osobou se sídlem v ČR** (do této funkce může být ustanoven člen statutárního orgánu nebo statutární orgán, který splňuje podmínky pro výkon odpovědného zástupce, jestliže je nesplňuje, může být do této funkce ustanovena jiná osoba. Odpovědným zástupcem však nemůže být osoba, která je členem dozorčí rady nebo kontrolního orgánu této právnické osoby, dále fyzická osoba, u níž trvá překážka provozování živnosti podle § 8 ŽZ),
- podnikatel, který je **zahraniční právnickou osobou**, má ustanovit odpovědným zástupcem vedoucího organizační složky podniku, jestliže splňuje stanovené podmínky. Jestliže je nesplňuje, bude odpovědný zástupce ustanoven z jiných osob.

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

Ustanovení § 11 ohledně odpovědného zástupce bylo tedy *výrazně novelizováno*. Předtím musel být odpovědný zástupce v pracovněprávním poměru k podnikateli (teď postačí jakýkoli, i právem výslovně neupravený, smluvní vztah), dále odpadl i požadavek na prokázání znalosti českého jazyka, trvalého pobytu a předložení potvrzení, že zástupce nemá nedoplatky na daních, platbách sociálního zabezpečení a příspěvku na státní politiku nezaměstnanosti.

7.3 Živnostenské oprávnění zahraniční osoby

Základní podmínkou pro živnostenské podnikání nejen české, ale i zahraniční osoby je **vydání průkazu živnostenského oprávnění** příslušným živnostenským úřadem.

Podle způsobu vzniku živnostenského oprávnění rozlišuje ŽZ dva druhy živností, a to živnosti ohlašovací a živnosti koncesované. Průkazem živnostenského oprávnění je **živnostenský list** (v případě živnosti ohlašovacích) a **koncesní listina** (v případě živností koncesovaných).

Živnosti **ohlašovací** smějí být provozovány na základě ohlášení živnostenskému úřadu po splnění stanovených podmínek. Právo podnikat v ohlašovací živnosti tedy vzniká *již okamžikem ohlášení*. Jestliže stanovené podmínky nebudou splněny, oprávnění nevznikne. Živnostenský list je tedy *aktem deklaratorním*, který stvrzuje již existující a již dříve vzniklé oprávnění.

Právo provozovat **koncesovanou živnost** vzniká *právní mocí rozhodnutí o udělení koncese*. Koncese je povolením vydávaným živnostenským úřadem, který má určitý prostor uvážení. Vznik tohoto oprávnění je tedy vázán na *konstitutivní veřejnoprávní akt*.

V ustanovení § 10 odst. 1 ŽZ je stanoveno, že **živnostenské oprávnění vzniká:**

- právnickým osobám již zapsaným do obchodního rejstříku,
- právnickým osobám, které se do rejstříku nezapisují,
- právnickým osobám, které vznikají podle zvláštních předpisů, které se zapisují do obchodního rejstříku až po jejich vzniku,
- fyzickým osobám,

a) dnem ohlášení u ohlašovacích činností (pokud je v ohlášení uveden pozdější den vzniku, tak vzniká tímto dnem),

b) dnem nabytí právní moci rozhodnutí o udělení koncese.

Na druhé straně vzniká živnostenské oprávnění podle § 10 odst. 8 ŽZ:

- zahraničním právnickým osobám,
- zahraničním fyzickým osobám, které nejsou státními příslušníky EU a EHP,
- českým právnickým osobám, které vznikají až zápisem do obchodního rejstříku,

až zápisem do obchodního rejstříku, ačkoli živnostenský list nebo koncesní listina jim je vydána před tímto zápisem. V tomto případě nemůže vzniknout živnostenské oprávnění způsoby uvedenými v § 10 odst. 1 ŽZ, protože v tu dobu ještě právní osoba neexistuje a zahraniční osoba tady nemá právo podnikat podle § 21 ObchZ. Zakladatelé však musejí ohlásit živnost a nebo požádat o udělení koncese ještě před zápisem.

Zahraniční fyzická osoba, která za účelem podnikání tady nezřizuje organizační složku, ohlašuje živnost nebo podává žádost o koncesi živnostenskému úřadu podle *místa povoleného pobytu*, jestliže nelze určit místní příslušnost tímhle způsobem, pak ji určíme podle *jejího místa podnikání* na území ČR.

Zahraniční fyzická osoba, která za účelem podnikání zřizuje na našem území organizační složku, ohlašuje živnost živnostenskému úřadu *podle umístění organizační složky podniku*, to samé platí i o místní příslušnosti zahraniční právní osoby, která má na našem území umístěnou organizační složku.

Zahraniční osoby uvádějí v ohlášení nebo v žádosti o koncesi mnoho údajů, které vyžaduje živnostenský zákon. Tyto údaje se liší od toho, jestli se jedná o zahraniční osobu fyzickou, zahraniční osobu právníkou a dále od toho, zda jsou státními příslušníky nebo právníky osobami se sídlem, ústřední správou nebo hlavním místem podnikání v EU a EHP. Novela ŽZ, která nabyla účinnosti dnem vstupu ČR do EU, zjednodušila získání podnikatelského oprávnění osobám s členských států EU, EHP a Švýcarské konfederace. Tyto osoby nemusejí nadále živnostenskému úřadu předkládat úředně ověřené překlady dokladů potvrzujících zákonem vyžadované skutečnosti (postačí prostý překlad) a ani podpisy a razítka na zmíněných dokladech nemusí být úředně ověřeny. V obou

případech to platí za předpokladu, že nenastanou důvodné pochybnosti o pravosti dokumentů, popřípadě správnosti překladu.

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

Zahraněční fyzická osoba, která je povinna doložit doklad o povolení k pobytu podle § 5 odst. 5 ŽZ a která splnila všechny podmínky s výjimkou podmínky povolení pobytu, obdrží od živnostenského úřadu potvrzení o tom, že splňuje všeobecné a zvláštní podmínky provozování živnosti. Doloží-li tato osoba do 6 měsíců doklad o povolení k pobytu, tak jí živnostenský úřad vydá do 15 dnů živnostenský list. Jestliže ho nedoloží, zahájí se řízení o tom, že ohlášením oprávnění nevzniklo (§ 47 odst. 7 a 8 ŽZ). Podle stejných ustanovení se bude postupovat i v případě žádosti zahraniční fyzické osoby o koncesi.

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

Podle § 57 ŽZ **živnostenské oprávnění zaniká:**

- smrtí fyzické osoby podnikatele, pokud nepokračují v živnosti její dědicové, nebo správce dědictví (za podmínek § 13 ŽZ),
- zánikem právnické osoby, nejde-li o případy podle § 14 ŽZ,
- uplynutím doby, pokud živnostenský list nebo koncesní listiny byly vydány na dobu určitou,
- **výmazem zahraniční osoby, nebo jejího předmětu podnikání z obchodního rejstříku,**
- stanoví-li tak zvláštní předpis,
- rozhodnutím živnostenského úřadu o zrušení živnostenského oprávnění (podle § 58 ŽZ: zejména jestliže podnikatel nesplňuje podmínky bezúhonnosti a ztratí způsobilost k právním úkonům, když nastanou překážky podle § 8 ŽZ, když o to podnikatel požádá, a taky když zahraniční osoba nesplňuje podmínku povolení k pobytu pro vydání živnostenského oprávnění a ostatní případy v § 58 uvedené).

8 Podnikání zahraničních osob podle některých zvláštních právních předpisů

Z působnosti živnostenského zákona byly v § 3 vyloučeny činnosti, které se považují za podnikání, ale buď nejsou nikde upraveny (§ 3 odst. 1 ŽZ), nebo jsou upraveny zvláštními předpisy (§ 3 odst. 2 a 3 ŽZ). Tyto činnosti jsou tedy **neživnostenským podnikáním**. Některé z těchto činností jsou vyhrazeny pouze fyzickým osobám, jiné pouze právnickým osobám a další mohou být vykonávány jak fyzickými tak právnickými osobami. V této kapitole se budu zabývat úpravou podnikání zahraničních osob ve dvou zvláštních zákonech. Jeden upravuje činnost, která patří mezi tzv. svobodné povolání, a to činnost advokátů a druhý upravuje činnost profese, která je podrobena zvláštnímu dozoru a licenčnímu řízení, a to činnost bank.

8.1 Zákon o advokacii

Poskytování právních služeb a výkon advokacie je upraveno v zákoně č. 85/ 1996 Sb., o advokacii, ve znění pozdějších předpisů (dále jen ZoA). Tento zákon se stal první skutečně harmonizující úpravou svobodného povolání. Upravuje vznik oprávnění provozovat advokátní činnost, a to i pro zahraniční osoby.

Zákon o advokacii stanoví v **§ 2 odst. 1**, že právní služby na území České republiky jsou oprávněni poskytovat **advokáti a evropští advokáti**.

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

- a) plná způsobilost k právním úkonům,
- b) ukončené vysokoškolské vzdělání v rámci magisterského studijního programu v oblasti práva v ČR nebo v zahraničí (pokud tak stanoví mezinárodní smlouva anebo je toto vzdělání uznáno podle zvláštních předpisů),
- c) vykonání tříleté právní praxe jako advokátní koncipient,
- d) bezúhonnost,
- e) osobě nebylo uloženo kárné opatření vyškrtnutí ze seznamu advokátů nebo se na ní hledí, jako by mu toto kárné opatření nebylo uloženo,
- f) osoba nebyla vyškrtnuta ze seznamu advokátů podle § 7b odst. 1 písm. e nebo f, nebo uplynula-li od vyškrtnutí doba pěti let,
- g) osoba není v pracovním nebo jiném obdobném poměru, s výjimkou pracovního poměru vysokoškolského učitele, ani nevykonává jinou činnost neslučitelnou s výkonem advokacie,
- h) složení advokátní zkoušky,
- i) složení slibu do rukou předsedy Komory.

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

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

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

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

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

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

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

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

Advokáti mohou vykonávat advokacii samostatně, ve sdružení anebo jako společníci veřejné obchodní společnosti.

8.1.1 Evropští advokáti

Zákon o advokacii umožňuje vykonávat advokátní činnost a poskytovat právní služby i tzv. evropským advokátům. **Evropský advokát** je definován v § 2 odst. 1 písm. b) ZoA jako fyzická osoba, která je státním příslušníkem některého z členských států EU a EHP a která v tomto státě získala oprávnění poskytovat právní služby (v domovském státě) pod

profesním označením svého státu oznámeným ve sdělení Ministerstva spravedlnosti vyhlášeném ve Sbírce zákonů.

Evropský advokát je oprávněn poskytovat **právní služby spočívající v zastupování před soudy** nebo jinými orgány včetně obhajoby v trestním řízení, a to i v těch případech, kdy zvláštní právní předpis stanoví, že účastník řízení musí být zastoupen advokátem nebo že zástupcem účastníka řízení může být jen advokát. V těchto případech je evropský advokát povinen ustanovit advokáta po dohodě s klientem jako svého **konzultanta** v otázkách procesního práva, které budou v řízení řešeny. Konzultantem může být ustaven i zmocněnec pro doručování (viz níže). Evropský advokát je povinen oznámit soudu nebo jinému orgánu adresu sídla konzultanta při prvním úkonu, který vůči němu učiní. Dokud to evropský advokát nesplní, není oprávněn právní služby dále poskytovat. Konzultant je oprávněn být přítomen se souhlasem evropského advokáta při všech úkonech, u kterých je oprávněn být evropský advokát.

Evropský advokát je **kárně odpovědný** podle části druhé hlavy čtvrté zákona o advokacii.

Podle zákona o advokacii, který byl harmonizován s předpisy komunitárního práva, se rozlišují evropští advokáti **usazení a hostující**. ZoA obsahuje část třetí, která upravuje instituci evropského advokáta.

8.1.2 Hostující evropský advokát

Hostující evropský advokát (§ 35f až 35k ZoA) je evropský advokát, který poskytuje právní služby na našem území **dočasně nebo příležitostně**. Při vykonávání této činnosti je povinen používat profesní označení podle § 2 odst. 1b) ZoA s uvedením příslušného orgánu domovského státu. Toto označení musí být vyjádřeno v alespoň jednom z oficiálních jazyků domovského státu.

Hostující advokát **nemůže** být členem sdružení ani společníkem veřejné obchodní společnosti. Dále není oprávněn účastnit se sněmu a nemůže být volen do orgánů Komory.

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

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

Jestliže tento advokát poskytuje právní služby bez podstatnějšího přerušení po dobu jednoho měsíce, je povinen oznámit Komoře **adresu místa** v ČR pro doručování písemnosti Komory. Jestliže tuto adresu neoznámí, má se za to, že písemnost pro něj určena, bude uložena a účinky doručení písemnosti nastávají třetím dnem uložení.

V případě že evropský hostující advokát zastupuje svého klienta před soudem nebo jinými orgány, včetně obhajoby v trestním řízení, je povinen ustanovit advokáta jako svého **zmocněnce pro doručování písemností**. Hostující evropský advokát je povinen oznámit soudu nebo jinému orgánu adresu sídla jeho zmocněnce pro doručování při prvním úkonu, který vůči němu učiní.

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

8.1.3 Usazený evropský advokát

Druhým typem evropského advokáta, který může na území ČR působit, je usazený evropský advokát (§ 35l až 35n). Usazený evropský advokát je oprávněn poskytovat služby na našem území **soustavně** a je zapsán do **seznamu evropských advokátů**, který je veden Komorou. Do tohoto seznamu je usazený evropský advokát zapsán do měsíce od doručení jeho písemné žádosti, ke které musí být přiloženy i doklady:

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

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

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

8.1.4 Oprávnění vykonávat advokacii a zápis do obchodního rejstříku

Zákon o advokacii se vůbec o zápisu do obchodního rejstříku **nezmiňuje**. Oprávnění vykonávat advokacii vzniká usazujícím se evropskému advokátovi zápisem do seznamu advokátů, zatímco hostujícím vzniká toto oprávnění již nabytím oprávnění v domovském státě. S ohledem na § 21 odst. 5 ObchZ není možné požadovat po evropském usazeném advokátovi kromě zápisu do seznamu advokátů i zápis do obchodního rejstříku. Ale mohla by mu vzniknout povinnost zápisu do obchodního rejstříku podle § 34 odst. 2 ObchZ stejně jako kterémukoli českému advokátovi. Stejně nepřichází v úvahu zapsání evropského hostujícího advokáta do obchodního rejstříku. Ale jestliže by se měl na našem území usadit „neevropský advokát“, bylo by zřejmě nezbytné § 21 odst. 4 normálně použít⁴⁸.

8.2 Zákon o bankách

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

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

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

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

⁴⁸ Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. 1 Díl. 3. aktualizované a doplněné vydání. Praha: Linde Praha, 2003, str. 245

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

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

8.2.1 Pobočky zahraničních bank na území České republiky

Bankovní činnosti mohou na našem území vykonávat i pobočky zahraničních bank, které mají k tomu licenci podle § 5 ZB. Tady je třeba připomenout, že banka, která vytváří pobočku, zůstává zahraniční právnickou osobou a pobočka žádnou právní subjektivitu nemá. Na tom nic nemění ani fakt, že se pobočka zahraniční banky zapisuje do obchodního rejstříku (stejně jako banky se sídlem v ČR jsou povinny uložit u ČNB výpis z obchodního rejstříku) a že zákon o bankách označuje její název za obchodní firmu (§ 3 odst. 3 písm. b).

Zahraníční banka, která hodlá zřídit pobočku na území ČR, předloží žádost o licenci ČNB a současně se žádostí i vyjádření orgánu bankovního dohledu ze země sídla zahraniční banky k záměru založit pobočku v ČR a jeho prohlášení, že nad touto pobočkou bude vykonáván bankovní dohled. ČNB si před rozhodnutím o udělení licence vyžádá stanovisko Ministerstva financí. Pro udělení bankovní licence musejí být splněny podmínky podle § 5 odst. 4 ZB:

- dostatečný objem a průhlednost původu finančních zdrojů poskytnutých zahraniční bankou její pobočce s ohledem na rozsah a rizikovitost podnikání pobočky,
- důvěryhodnost zahraniční banky a její dostatečná finanční síla s ohledem na rozsah podnikání pobočky,
- odborná způsobilost, zkušenosti a důvěryhodnost osob navrhovaných do vedení pobočky,
- technické a organizační předpoklady pro výkon navrhovaných činností pobočky, zejména její kontrolní a řídicí systém,
- obchodní plán vycházející s navrhované strategie pobočky s reálnými ekonomickými kalkulacemi,
- je-li zahraniční banka součástí skupiny s úzkým propojením, tak se požaduje transparentnost této skupiny a také to, aby úzké propojení nebránilo výkonu bankovního dohledu,
- zahraniční banka, která hodlá působit na území ČR prostřednictvím své pobočky, musí mít zapsané a skutečné sídlo ve stejném státě.

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

8.2.2 Pobočky zahraničních bank z členských států EU

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

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

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

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

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

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

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

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

- na území kterého členského státu hodlá založit pobočku,
- obchodní plán s výčtem předpokládaných činností,

- organizační strukturu pobočky,
- adresu v hostitelském státě, na které bude možno získat dokumenty,
- jména osob zodpovědných za řízení pobočky.

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

Dohled nad pobočkou banky vykonává orgán dohledu domovského státu. Dohled nad likviditou pobočky banky vykonává **orgán dohledu hostitelského státu** (v našem případě je to ČNB podle § 2 odst. 2 písm. d zákona o ČNB). Tato pobočka podléhá opatřením přijatým hostitelským státem v rámci jeho měnové politiky a v případě států, které přijali euro jako svou měnu, opatřením přijatým Evropskou centrální bankou. Tato opatření však nesmí být diskriminační.

Jestliže ČNB zjistí, že **pobočka banky porušuje právní předpisy** (zjistí nedostatky v činnosti pobočky zahraniční banky), požádá pobočku o ukončení tohoto protiprávního stavu. Nejednají-li pobočka nápravu sama, ČNB informuje orgán dohledu domovského státu, který neprodleně přijme potřebná opatření k zajištění ukončení protiprávního stavu. Jestliže však protiprávní stav nadále trvá, je ČNB oprávněná postupovat podle § 26 ZB a učinit tak opatření k ukončení protiprávního stavu, a je-li to nutné, k ukončení činnosti pobočky na území hostitelského státu.

Nesnese-li věc odkladu, může příslušný orgán hostitelského státu přijmout opatření na ochranu klientů banky. O těchto opatřeních musí být informována Komise ES a orgány dohledu dotčených států. Po konzultaci s orgány dohledu dotčených států může Komise ES přikázat orgánu hostitelského státu zrušit nebo změnit přijatá opatření.

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

Licence zaniká podle § 7a dnem:

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

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

9 Jiné formy podnikání zahraničních osob na území ČR

Zahranční osoby (jak právnické, tak i fyzické) se mohou podílet na činnosti českých osob, aniž by se zakládala nová právnická osoba, nebo cizinec vstupoval do již existující právnické osoby, nebo na našem území zřizoval svoji organizační složku nebo podnik. Tak se zahraniční osoby mohou vyhnout všem administrativním překážkám spojených s vydáváním živnostenských listů, se zápisem do obchodního rejstříku, daňovým důsledkům spojeným s podnikáním v České republice, tj. podnikáním „vlastním jménem“ podle § 2 odst. 1 ObchZ. Jedná se tedy o tzv. nesubjektivní⁴⁹ formy podnikání, které nevykazují znaky podnikání podle § 2 odst. 1 ObchZ.

Existuje několik možných způsobů, které však všechny mají jeden společný jmenovatel. Všechny dále uváděné způsoby, jak se lze v České republice podílet na podnikání, jsou založeny na základě **závazkově právních vztahů mezi zahraniční osobou a českou osobou**. Takový závazkově právní vztah může být založen zejména *smlouvou o sdružení, smlouvou o tichém společenství, smlouvou o obchodním zastoupení*, popřípadě i jiným smluvním typem (například na základě smluv inominátních, mandátních, komisionářských či smluv o zprostředkování⁵⁰). Jelikož tady jde o soukromoprávní vztahy s mezinárodním prvkem, přichází v úvahu i aplikace jiného než českého práva. Podle § 9 odst. 1 ZMPS je možná **volba rozhodného práva** účastníky závazkového vztahu, a tedy si mohou zvolit jakékoli právo.

Jestliže však smlouva o obchodním zastoupení nebo smlouva o zprostředkování **neobsahuje** ustanovení o právním řádu, jímž se vztahy smluvních stran řídí, bude se tato smlouva podle ustanovení § 10 odst. 2 písm. f) ZMPS řídit právním řádem státu, v němž má v době uzavření smlouvy sídlo zastoupený. Ostatní smlouvy se řídí podle právního řádu místa, kde byla smlouva uzavřena (§ 10 odst. 3 ZMPS).

9.1 Smlouva o sdružení

Zahranční osoby mohou společně s českými osobami vytvářet účelová sdružení podle ustanovení § 829 až 841 občanského zákoníku, které se týkají smlouvy o sdružení. Vzhledem k tomu, že se jedná o závazkový vztah, nebude smlouvou o sdružení založen žádný právní subjekt, natož právnická osoba, jak výslovně uvádí i § 829 odst. 2 OZ („sdružení nemá způsobilost k právům a povinnostem“).

Občanský zákoník však ve svém § 830 stanoví povinnost pro všechny účastníky, aby, mimo jiné, vyvíjeli činnost k dosažení účelu, který je ve smlouvě o sdružení sjednán. Pro zahraniční osobu, která se účastní takového sdružení, tedy bude důležité, aby činnost, kterou má

⁴⁹ Klímeš, F. : Zahraničně obchodní činnost. Právní praxe v podnikání 4/1993, str.3

⁵⁰ Růžička, K. : Obchodní zastoupení v mezinárodním obchodním styku. Profit rádce 31/1992, str. 1 an.

vykonávat podle smlouvy o sdružení, buď nebyla vykonávána na území České republiky, nebo aby k takové činnosti náš právní řád nevyžadoval živnostenské oprávnění. Taková činnost směřující ke sjednanému účelu sdružení může spočívat jak ve faktické činnosti (typicky hospodářské), ale i v pouhých právních úkonech. Ty bude zahraniční osoba, coby účastník sdružení, činit vlastním jménem, neboť sdružení nemá právní subjektivitu. Domnívám se, že v momentě, kdy by daná činnost měla podléhat úpravě živnostenského zákona, takové řešení by již pro zahraniční osoby přestalo být zajímavé a bylo by pro podnikání na našem území vhodnější zřídit na našem území podnik nebo organizační složku.

9.2 Smlouva o tichém společenství

Smlouva o tichém společenství je upravena v § 673 až 681 obchodního zákoníku. Touto smlouvou se zavazuje tichý společník poskytnout podnikateli určitý vklad a podílet se jím na jeho podnikání a podnikatel se zavazuje k placení části čistého zisku (§ 673 ObchZ). U tichého společenství tedy nebude vznikat riziko, že by tichý společník – zahraniční osoba potřebovala k součinnosti živnostenský list, protože se od něj jednoduše žádná činnost nevyžaduje. Práva a povinnosti vůči třetím osobám z podnikání vznikají zásadně pouze podnikateli. Oproti předchozí úpravě před přijetím obchodního zákoníku, již nevzniká žádná právní osoba. Tichým společníkem se může stát jak fyzická, tak i právní osoba.⁵¹ Tato smlouva má obligatorně stanovenou písemnou formu.

Smlouva o tichém společenství je podle § 261 odst. 3 písm. d) ObchZ absolutně obchodním závazkovým vztahem, a proto se bude jakákoliv smlouva o tichém společenství řídit obchodním zákoníkem, bez závislosti na právní povaze tichého společníka, tj. zda je či není podnikatelem podle našeho právního řádu.

9.3 Smlouva o obchodním zastoupení

Obdobnou funkci, jako organizační složka zahraničního podniku, může plnit závazkově právní vztah založený smlouvou o obchodním zastoupení⁵² podle §§ 652 až 672a ObchZ. Obsahem takového závazkového vztahu je podle § 652 ObchZ závazek obchodního zástupce – nezávislého podnikatele – dlouhodobě pro zastupovaného vyvíjet činnost směřující k uzavírání určitého druhu smluv nebo takové smlouvy sjednávat a uzavírat jménem zastupovaného a na jeho účet. Typickým příkladem takovéto smlouvy bude smlouva o koupi zboží zahraničního podnikatele, který je v České republice prodává prostřednictvím svého obchodního zástupce. Za takovou činnost pak bude zahraniční osoba, tj. zastoupený, platit obchodnímu zástupci provizi (§ 659 odst. 1 ObchZ), jejíž výše bude stanovena

⁵¹ Růžička, K. : Právní úprava podnikání cizinců v tuzemsku. Právní praxe v podnikání 3/1992, str. 4

⁵² Růžička, K. : Právní úprava podnikání cizinců v tuzemsku. Právní praxe v podnikání 3/1992, str. 5

smlouvou, případně zvyklostmi podle místa činnosti obchodního zástupce a s ohledem na druh zboží.

Obchodní zákoník dělí obchodní zastoupení na výhradní (§§ 665 a 666 ObchZ) a nevýhradní (§ 664 ObchZ), avšak na obecné povaze tohoto závazkového vztahu uvedeného v předchozím odstavci nemá toto rozlišování vliv. V každém případě, bude-li obchodní zástupce činný na území České republiky, bude muset mít k činnosti, kterou vykonává pro zastoupeného, živnostenské oprávnění, pokud se na takovou činnost budou vztahovat předpisy o živnostenském podnikání. Podnikání obchodního zástupce totiž splňuje všechny znaky podnikání, které uvádí obchodní zákoník (§ 2 odst. 1 ObchZ)⁵³.

Obchodním zástupcem pro zastoupeného, který je zahraniční osobou, může být jak fyzická, tak i právnická osoba. Obchodní zákoník rovněž nevylučuje, aby obchodním zástupcem byla zahraniční osoba a zastoupeným osoba česká.

10 Závěr

Česká právní úprava podnikání zahraničních osob (podnikání osob vůbec) je roztříštěná ve více právních předpisech, což může způsobovat určitou nepřehlednost, a to nejen pro laiky. Tady je třeba zdůraznit, že kromě norem národních, upravují podnikání v rámci Evropské unie i normy komunitárního práva, které jsou pro nás plně závazné. V souvislosti s podnikáním, jsou to především normy, které upravují volný pohyb osob (usazování) a volné poskytování služeb (hostování).

Naše předpisy nepoužívají v souvislosti s podnikáním pojem „cizinec“, ale pojem „zahraniční osoba“. Obchodní zákoník i živnostenský zákon vymezují pojem zahraniční osoby stejně a rozumí se jí fyzická osoba s bydlištěm (trvalým pobytem) nebo právnická osoba se sídlem mimo území České republiky. I když je třeba přijmout ještě nezbytná harmonizační opatření, můžeme říct, že náš právní řád již rozlišuje zahraniční osoby na příslušníky členských států EU a na příslušníky třetích států. Postavení zahraničních osob z členských států EU by mělo být stejné s postavením českých osob, což bude vyžadovat ještě další novelizace právních předpisů.

Podle obchodního zákoníku mohou zahraniční osoby podnikat na území ČR za stejných podmínek a ve stejném rozsahu jako české osoby, pokud ze zákona nevyplývá něco jiného. Tyto ustanovení zakotvují princip formální reciprocity a omezení této rovnosti může stanovit jen zákon.

Zahraniční osoby mohou podle obchodního zákona podnikat na našem území formou zřízení podniku nebo jeho organizační složky. Vznik podnikatelského oprávnění této osoby je vázán nejen na zápis do obchodního rejstříku, ale i obdržení dokladu prokazujícího podnikatelský

⁵³ Černošlák, J. : Obchodní zastupitelství zahraničních osob v České republice. Právo a podnikání 3/1993, str. 28

účel (např. živnostenský list). Od zápisu do obchodního rejstříku jsou osvobozeny fyzické osoby z členských států EU a EHP. Tato úprava je však diskriminační, protože vznik podnikatelského oprávnění právnických osob ze sídlem ve státech EU a EHP je spojen až se zápisem do obchodního rejstříku, zatímco u českých právnických osob tato vazba na zápis neexistuje. Proto je nutné tyto rozpory v budoucnu odstranit.

Obchodní zákoník dále nestanoví žádné zvláštní omezení, které by upravovalo obecnou možnost zahraničních osob nabývat obchodní podíly v českých právnických osobách, nebo možnost české právnické osoby zakládat, ať už jako jediný společník, či jeden z vícero společníků.

Ochrana majetkových zájmů zahraničních osob při podnikání je zaručena v jistém rozsahu obchodním zákoníkem, ale i řadou mezinárodních bilaterálních dohod o podpoře a ochraně investic, které jsou součástí našeho právního řádu.

Zahraníční osoby mohou dále podnikat na našem území na základě živnostenského oprávnění, které získají po splnění podmínek živnostenského zákona. ŽZ také zakotvuje princip formální reciprocity ve vztahu k podnikání zahraničních osob a rozlišuje příslušníky z členských států EU a EHP a příslušníky třetích států. ŽZ dále přiznává příslušníkům členských států EU a EHP možnost dočasně poskytovat služby na základě oprávnění svého domovského státu, což je podle mého názoru výhodou.

Zahraníční osoby mohou našem území podnikat i na základě oprávnění podle zvláštních zákonů.

Zákon o advokacii upravuje vznik oprávnění provozovat advokátní činnost, a to i pro zahraniční osoby. Podle tohoto zákona, který byl harmonizován s předpisy komunitárního práva, se rozlišují evropští advokáti usazení a hostující, kteří mohou vykonávat činnost na našem území na základě oprávnění, které získali v domovském státě a za dalších podmínek tímto zákonem stanovených.

Zákon o bankách také umožňuje působení poboček zahraničních bank na našem území. Jestliže se jedná o pobočky bank ze států EU, platí pro ně ustanovení o jednotné evropské licenci, která spočívá v tom, že jestliže banka z členského státu EU získá licenci v domovském státě, bude se moci usadit nebo hostovat v kterémkoli členském státě EU.

11 Přílohy

11.1 Přehled podepsaných dohod, u nichž byl ukončen ratifikační proces

Stav ke dni 30.6.2004⁵⁴

Smluvní partner	Datum podpisu dohody	Datum vstupu v platnost	Publikace ve Sb. a Sb.m.s.
1. Albánská republika	27. 06. 1994	07. 07. 1995	183/1995
2. Argentina	27. 09. 1996	23. 07. 1998	297/1998
3. Austrálie	30. 09. 1993	29. 06. 1994	162/1994
4. Bělorusko	14. 10. 1996	09. 04. 1998	213/1998
5. Bosna a Hercegovina	17. 04. 2002	30. 05. 2004	74/2004
6. Bulharsko	17. 03. 1999	30. 09. 2000	103/2000
7. Čína	04. 12. 1991	01. 12. 1992	95/1993
8. Dánsko	06. 03. 1991	19. 09. 1992	575/1992
9. Egypt	29. 05. 1993	04. 06. 1994	128/1994
10. Estonská republika	24. 10. 1994	18. 07. 1995	203/1995
11. Filipínská republika	05. 04. 1995	04. 04. 1996	141/1996
12. Finsko	06. 11. 1990	23. 10. 1991	478/1991
13. Francie	13. 09. 1990	27. 09. 1991	453/1991
14. Hospodářská unie belgicko-lucemburská	24. 04. 1989	13. 02. 1992	574/1992
15. Chilská republika	24. 04. 1995	05. 10. 1996	41/1997
16. Chorvatská republika	05. 03. 1996	15. 05. 1997	155/1997
17. Indie	11. 10. 1996	06. 02. 1998	43/1998
18. Indonésie	17. 09. 1998	21. 06. 1999	156/1999
19. Irsko	28. 06. 1996	01. 08. 1997	226/1997
20. Itálie	22. 01. 1996	01. 11. 1997	277/1997
21. Izrael	23. 09. 1997	16. 03. 1999	73/1999
22. JAR	14. 12. 1998	17. 09. 1999	294/1999
23. Jordánsko	20. 09. 1997	25. 04. 2001	62/2001
24. Jugoslávie	13. 10. 1997	29. 01. 2001	23/2001
25. Kanada	15. 11. 1990	09. 03. 1992	333/1992
26. Kazachstán	08. 10. 1996	02. 04. 1998	217/1999
27. Korea	27. 04. 1992	16. 03. 1995	125/1995
28. Korejská lidově demokratická republika	27. 02. 1998	10. 10. 1999	250/1999
29. Kostarika	28. 10. 1998	5. 03. 2001	68/2001
30. Kuvajt	08. 01. 1996	21. 01. 1997	42/1997

⁵⁴ Internetová stránka: <http://www.businessinfo.cz>

31. Kypr	15. 06. 2001	25. 09. 2002	115/2002
32. Libanon	19. 09. 1997	24. 01. 2000	106/2001
33. Litevská republika	27. 10. 1994	12. 07. 1995	185/1995
34. Lotyšská republika	25. 10. 1994	01. 08. 1995	204/1995
35. Maďarská republika	14. 01. 1993	25. 05. 1995	200/1995
36. Makedonie	21. 06. 2001	20. 09. 2002	116/2003
37. Malajsie	09. 09. 1996	03. 12. 1998	296/1998
38. Malta	09. 04. 2002	09. 07. 2003	115/2003
39. Maroko	11. 6. 2001	30. 01. 2003	15/2003
40. Mauritius	05. 04. 1999	27. 04. 2000	62/2000
41. Mexiko	04. 04. 2002	13. 03. 2003	45/2004
42. Moldavská republika	12. 05. 1999	21. 06. 2000	128/2000
43. Mongolsko	13. 02. 1998	07. 05. 1999	104/1999
44. Nicaragua	02. 04. 2002	24. 02. 2004	51/2004
45. Nizozemské království	29. 04. 1991	01. 10. 1992	569/1992
46. Norsko	21. 05. 1991	06. 08. 1992	530/1992
47. Paraguay	21. 10. 1998	24. 03. 2000	38/2000
48. Peru	16. 03. 1994	06. 03. 1995	181/1995
49. Polsko	16. 07. 1993	29. 06. 1994	181/1994
50. Portugalsko	12. 11. 1993	03. 08. 1994	96/1995
51. Rakousko	15. 10. 1990	01. 10. 1991	454/1991
52. Rumunsko	08. 11. 1993	28. 07. 1994	198/1994
53. Ruská federace	05. 04. 1994	06. 06. 1996	201/1996
54. Řecká republika	03. 06. 1991	30. 12. 1992	102/1993
55. Salvador	29. 11. 1999	28. 3. 2001	34/2001
56. Singapurská republika	08. 04. 1995	08. 10. 1995	57/1996
57. Slovinsko	04. 05. 1993	21. 05. 1994	159/1994
58. Spojené arabské emiráty	23. 11. 1994	25. 12. 1995	69/1996
59. SRN	02. 10. 1990	02. 08. 1992	573/1992
60. Španělské království	12. 12. 1990	28. 11. 1991	647/1992
61. Švédské království	13. 11. 1990	03. 09. 1991	479/1991
62. Švýcarská konfederace	05. 10. 1990	07. 08. 1991	459/1991
63. Tádžikistán	11. 02. 1994	06. 12. 1995	48/1996
64. Thajské království	12. 02. 1994	04. 05. 1995	180/1995
65. Tuniská republika	06. 01. 1997	08. 07. 1998	203/1998
66. Turecko	30. 04. 1992	01. 08. 1997	187/1997
67. Ukrajina	17. 03. 1994	02. 11. 1995	23/1996
68. Uruguay	26. 09. 1996	29. 12. 2000	10/2001
69. USA	22. 10. 1991	19. 12. 1992	187/1993

70. Uzbekistán	15. 01. 1997	06. 04. 1998	202/1998
71. Velká Británie a Severní Irsko	10. 07. 1990	26. 10. 1992	646/1992
72. Venezuela	27. 04. 1995	23. 07. 1996	99/1998
73. Vietnam	25. 11. 1997	09. 07. 1998	212/1998

11.2 Přehled podepsaných dohod, u nichž nebyl dosud ukončen oběma smluvními stranami ratifikační proces

Smluvní partner	Datum podpisu dohody	Poznámka
1. Alžír	22. 09. 2000	ratifikace v ČR
2. Guatemala	08. 07. 2003	ratifikace v ČR
3. Pákistán	07. 05. 1999	ratifikace v ČR
4. Panama	27. 08. 1999	ratifikace v ČR
5. Zimbabwe	13. 09. 1999	ratifikace v ČR

12 Použitá literatura

- *Balaš, V.* : Rozhodčí doložky v dvoustranných smlouvách na ochranu investic. Právník 8/2004
- *Bartošíková, M.* : K podnikání osob prostřednictvím organizačních složek jejich podniku na území ČR. Obchodní právo 11/1993
- *Bartošíková, M., Češková, M.* : Srovnání současné a budoucí právní úpravy podnikání zahraničních osob na území ČR. Obchodní právo 12/2000
- *Černohlávek, J.* : Obchodní zastupitelství zahraničních osob v České republice. Právo a podnikání 3/1993
- *Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol.* : Kurz obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 3. Vydání. Praha: C.H. Beck, 2002
- *Klimeš, F.* : Zahraničně obchodní činnost. Právní praxe v podnikání 4/1993
- *Kroupa, P.* : Dopady novelizace živnostenského zákona na podnikatele - výklad k osobě podnikatele. Poradce 3/1996,
- *Kučera, Z.* : Mezinárodní právo soukromé. Doplněk Brno 2003
- *Kučera, Z., Pauknerová, M., Růžička, K., Zunt, V.* : Úvod do práva mezinárodního obchodu. 1. Vydání. Dobrá voda: Aleš Čeněk, 2003
- *Lochmanová, L.* : Podnikání zahraničních osob v České republice z pohledu obchodního zákoníku. Právo a podnikání 6/1998
- *Pauknerová, M.* : Společnosti v mezinárodním právu soukromém. Karolinum Praha 1998
- *Pauknerová, M.* : Společnosti v mezinárodním právu soukromém – k novému vývoji v českém právu a právu Evropských společenství. Právník 3/2002
- *Pauknerová, M.* : Svoboda usazování obchodních společností a mezinárodní právo soukromé ve světle novějších rozhodnutí Evropského soudního dvora. Právník 12/2004
- *Pauknerová, M.* : Státní příslušnost právnických osob. Právník 6/1997
- *Pauknerová, M.* : K pojmu uznání zahraničních právnických osob. Právník 10-11/1997
- *Pelikánová, I.* : Komentář k obchodnímu zákoníku. 1. Díl. 3. aktualizované a doplněné vydání. Praha: Linde Praha, 2003
- *Pelikánová, I.* : Obchodní právo. I díl, Praha: ASPI, a.s., 2005
- *Raban, P.* : Obchodní zákoník. 3. Doplněné vydání. Praha: EUROUNION, 2003
- *Růžička, K.* : Obchodní zastoupení v mezinárodním obchodním styku. Profit rádce 31/1992
- *Růžička, K.* : Právní úprava podnikání cizinců v tuzemsku. Právní praxe v podnikání 3/1992
- *Růžička, K.* : Řešení sporů z mezinárodních investic. Právní rádce 12/1999
- *Růžička, K.* : Velké změny v českém cizineckém právu. Právní praxe v podnikání 3/2000
- *Škampová, K.* : Podnikání zahraničních osob v ČR. Právo a podnikání 5/1996

- Štenglová I., Plíva S., Tomsa M. a kol. : Obchodní zákoník. Komentář. 8. Vydání. Praha: C.H. Beck, 2003
- Šturma, P. : K problematice dvoustranných dohod o ochraně investic a řešení sporů z nich. Právník 12/2001

Právní
úprava
podnikání
cizinců na
území ČR