

UNIVERZITA KARLOVA V PRAZE
PRÁVNICKÁ FAKULTA



Karolína Brosková (diplomantka)

**SMLUVNÍ VZTAHY MEZI PORADENSKOU
SPOLEČNOSTÍ A KLIENTEM**

Diplomová práce

Vedoucí diplomové práce: Doc. JUDr. Stanislav Plíva, CSc.

Katedra: Obchodního práva

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): 21. ledna 2011

1 PROHLÁŠENÍ

„Prohlašuji, že jsem předkládanou diplomovou práci vypracovala samostatně za použití zdrojů a literatury v ní uvedených.“

V Praze, dne

Karolína Brosková

2 PODĚKOVÁNÍ

Doc. JUDr. Stanislavovi Plívovi, CSc., vedoucímu práce, za odborné a vždy věcné vedení při zpracovávání tohoto širokého tématu.

Univ.-Prof. Dr. Johannes Reich-Rohrwigovi a Mag. Paulu Rizzimu z advokátní kanceláře CMS Reich-Rohrwig Hainz ve Vídni za pomoc při práci s rakouskou odbornou literaturou a judikaturou.

Centru pro mezinárodní mobilitu a spolupráci Rakouské výměnné služby (Zentrum für Internationale Kooperation & Mobilität des Österreichischen Austauschdienst-GmbH) a Domu zahraničních služeb České republiky za financování studijního pobytu ve Vídni.

Tomášovi Víškovi a Martinovi Ondášovi, konzultantům McKinsey & Company, za odborné konzultace v oblasti teorie management consultingu.

Mgr. Lucii Vostatkové ze skupiny ČSOB za příjemné posezení u šálku kávy a zasvěcení do smluvních vztahů mezi bankou a poradenskou společností v praxi.

Mgr. Antonínovi Drábkovi a Ing. Richardovi Ratajovi z Ministerstva financí České republiky za rychlé vyřízení mé žádosti o poskytnutí informací.

Evě a Alžbětě Lozovským za doručení studijní literatury ze Spojených států.

A v neposlední řadě Radimu Gelnerovi, spolužákovi a mému dobrému příteli, za gramatickou a stylistickou úpravu.

3 OBSAH

<u>1</u>	<u>PROHLÁŠENÍ</u>	<u>- 1 -</u>
<u>2</u>	<u>PODĚKOVÁNÍ</u>	<u>- 2 -</u>
<u>3</u>	<u>OBSAH</u>	<u>- 3 -</u>
<u>4</u>	<u>ÚVOD</u>	<u>- 4 -</u>
<u>5</u>	<u>TEORETICKÁ VÝCHODISKA PORADENSKÉ ČINNOSTI</u>	<u>- 9 -</u>
5.1	PORADENSTVÍ	- 9 -
5.1.1	POJEM A HISTORIE	- 9 -
5.1.2	DĚLENÍ PORADENSKÉ ČINNOSTI	- 12 -
5.1.3	PRODUKT PORADENSTVÍ A ČINNOST KONZULTANTA	- 14 -
5.1.4	ZNAKY PORADENSKÉ ČINNOSTI	- 18 -
5.2	SUBJEKTY SMLUVNÍHO VZTAHU	- 21 -
5.2.1	KONZULTANT	- 21 -
5.2.2	KLIENT	- 25 -
5.3	REŽIM SMLUVNÍHO VZTAHU	- 26 -
5.3.1	SMLUVNÍ VZTAHY S CIZÍM PRVKEM	- 26 -
5.3.2	ÚPRAVA OBČANSKÉHO NEBO OBCHODNÍHO ZÁKONÍKU	- 27 -
<u>6</u>	<u>POZNATKY A PROBLÉMY PŘI VÝKONU PORADENSKÉ ČINNOSTI- 30 -</u>	
6.1	PRAXE PORADENSKÝCH SPOLEČNOSTÍ A TYPY SMLUV JIMI UZAVÍRANÉ	- 30 -
6.1.1	SUBSUMCE SMLOUVY O POSKYTOVÁNÍ PORADENSKÉ ČINNOSTI POD ZÁKONNÝ SMLUVNÍ TYP	- 31 -
6.2	SMLOUVA O POSKYTOVÁNÍ PORADENSKÝCH SLUŽEB	- 47 -
6.2.1	VYMEZENÍ	- 47 -
6.2.2	SMLUVNÍ STRANY	- 48 -
6.2.3	PŘEDMĚT SMLOUVY - PRÁVA A POVINNOSTI SMLUVNÍCH STRAN	- 49 -
6.2.4	ÚPLATA (CENA) ZA POSKYTOVANÉ SLUŽBY	- 53 -
6.2.5	DALŠÍ (ČASTO) SJEDNANÉ PODMÍNKY	- 56 -
6.2.6	UKONČENÍ SMLUVNÍHO VZTAHU	- 60 -
6.2.7	ODPOVĚDNOSTNÍ VZTAHY	- 61 -
<u>7</u>	<u>ZÁVĚR</u>	<u>- 64 -</u>
<u>8</u>	<u>SEZNAM POUŽITÉ LITERATURY</u>	<u>- 66 -</u>
<u>9</u>	<u>RESUMÉ</u>	<u>- 69 -</u>

4 ÚVOD

Ruku v ruce s geometricky rostoucím počtem poznatků ve všech oblastech lidské činnosti jde potřeba nejenom se v poznacích orientovat, ale především je nějakým způsobem ovládat. Ovšem ne ve smyslu všechny vědět, ale umět je rychle vyhledat, zpracovat a využít ve svůj prospěch. Za tímto účelem společnost produkuje a neustále vyvíjí technické pomůcky, různé strategie a analytická řešení. A právě systematizace, nalézání logických a efektivních řešení či strategií v čemkoliv je hlavní náplní tzv. poradenství. Skutečnost, že je tak poradce postaven na pomyslný vrchol pyramidy informací a poznatků, (protože, aby mohl někomu radit co a jak dělat, musí to také sám ovládat) klade na jeho osobní a profesní kvality vysoké nároky. Neklademe si však za cíl hodnotit výsledky práce poradců a spokojenost jejich klientů, nýbrž poukázat na faktické právní aspekty těchto vztahů. Práce je proto určena zejména samotným poradenským společnostem a jejich klientům. Domníváme se ovšem, že toto téma by mohlo zajímat i širší veřejnost.

O faktu, že téma smluvních vztahů poradenských společností a jejich klientů je nanejvýš aktuální, svědčí nejenom rostoucí počet podnikatelů rozvíjejících své aktivity v oblasti poradenství, ale i neustálé rozšiřování různých forem a typů poradenství a objem finančních prostředků, které se v této oblasti kumulují. Počínaje individuálními konzultacemi poskytovanými finančními poradci v oblasti správy a investování osobních financí, kde se hodinová sazba poradce může pohybovat v rozmezí dvě stě až pět tisíc korun českých, až po nadlimitní zakázky v oblasti management consultingu, ve kterých se čtyřletý kontrakt může vyšplhat až na více než padesát milionů eur.¹ Rostoucí objem zisků poradenských společností předpovídali již v roce 2002 i Biswas a Twitchell, kteří odhadovali, že v roce 2005 bude souhrnný zisk všech consultingových společností něco kolem dvě stě pět bilionů amerických dolarů.²

¹ Jako příklad lze uvést veřejnou zakázku společnosti ČEZ, a.s. z června 2009, která poptávala poskytování poradenských služeb zejména v oblasti: management consulting, poskytování benchmarků, případně studií a příkladů nejlepších praxí, analytickou podporu při řešení specifických úloh, podporu při vytváření komunikační strategie, podporu managementu při vytváření strategické agendy, podporu při řízení vybraných týmů a projektů, podporu při implementaci strategické agendy, poradenství při integraci do Sk.ČEZ, atd. Doba poskytování poradenství byla stanovena na 48 měsíců v celkové hodnotě 51 milionů eur. *Informační systém o veřejných zakázkách (IS VZ)* [databáze online]. Praha: Česká pošta, s.p., 2009 [citováno 2010-02-04]. Dostupné z URL <<http://www.isvzus.cz/>>.

² Srov. BISWAS, S. – TWITCHELL, D. *Management Consulting: A Complete Guide to the Industry*. 2. vyd. New York: John Wiley & Sons, Inc., 2002. 336 s. ISBN 978-0-471-44401-5, s. 8.

Jako další důvod zpracování tohoto tématu uvádíme absenci české odborné literatury kontrastující s početností a různorodostí zahraniční literatury, která o poradenství pojednává již od poloviny sedmdesátých let minulého století.³

O oblastech, ve kterých se poradenství rozvíjí, pojednává stručně kapitola 5.1. Je zřejmé, že členění poradenských služeb není téma právní, nýbrž spíše otázkou ekonomie a systematiky. Z dostupné a prostudované literatury (i když připouštíme existenci další literatury věnující se této oblasti) je patrné, že rozčlenit poradenskou činnost je úkol nanejvýš náročný. Je možné zvolit různá kritéria, ze kterých jsme si vybrali jedno na základě konzultace s odborníky a pracovníky z dané oblasti. Toto členění pak také nabízíme v této práci. Kapitola se také věnuje obecné charakteristice poradenské činnosti, která je vesměs stejná pro všechny oblasti poradenství. Zde je nutné uvést, že převážná část této kapitoly byla zpracována dle knihy *Management consulting: Úplný průvodce odvětvím* od autorů Biswase a Twitchella.

Pokud jsou v práci používány citace, příklady a vzory řešení ze zahraničí, zejména z oblasti právní kultury common law (ať již ve Velké Británii nebo ve Spojených státech amerických), jsme si samozřejmě vědomi specifík, kterými se tento právní systém vyznačuje a do značné míry vymezuje vůči kontinentální právní kultuře⁴. Protože ale práce pojednává o institutu soukromého práva – smluvním vztahu mezi specifickými subjekty – a „podobně jak v kontinentálním právu tak i v anglo-americkém právu se považují za soukromoprávní ty vztahy mezi jednotlivci, které jsou v zásadě charakterizovány principem rovného postavení stran“⁵ a smluvní autonomií vůle, nevidíme na použití těchto příkladů nic nepřirozeného. Naopak, domníváme se, že právě použití širokého spektra příkladů z nejrůznějších zdrojů – tuzemských i zahraničních – nám umožnilo obsáhnout dané téma komplexně.

³ Srov. seznam literatury VON STAUDINGERS, J. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schulverhältnisse*. 13.vyd. Berlin: Dr. Arthur L. Sellier & Co. – Walter de Gruyter & Co., 1995. Kapitola 7., s. 598-599.

⁴ Velice stručně o této problematice pojednává: BOGUSZAK, J. – ČAPEK, J. – GERLOCH, A. *Teorie práva*. 1. vyd. Praha: EUROLEX BOHEMIA s.r.o., 2001. 323 s. ISBN 80-86432-13-0, s. 53 a násl.

⁵ „Podobne ako v kontinentálnom práve sa aj v anglickom práve považujú za súkromnoprávne tie vzťahy medzi jednotlivcami, ktoré sú v zásade charakteristické princípom rovného postavenia strán...“ HRUŠKOVIČ, I. – KÁLESNÁ, K. – ŠTEFANOVIČ, M. *Svetové právne systémy*. 3. vyd. Bratislava: Univerzita Komenského, 2002. 144 s. ISBN 80-223-1769-1, s. 64.

Vymezení obsahu práce

Výše uvedená komplexnost, zejména pak komplexnost pojmu „poradenství“, z důvodů stanoveného rozsahu práce naráží na určité hranice a je proto zřejmé, že nejprve musí být provedeno patřičné vymezení předmětu práce,

Z hlediska **typu poskytovaného poradenství**, jako ekonomické činnosti (blíže viz níže) se práce zaměřuje na ty poradenské společnosti, které nabízejí své služby zejména v oblasti:

- a) strategie společnosti,
- b) strategie produktu,
- c) operativního managementu, případně personálního řízení,

(pro tyto výše uvedené oblasti bude dále používáno společného jmenovatele management consulting)

d) strategie informačních technologií a systémové implementace (dále jen IT consulting).⁶

Je zřejmé, že v těchto oblastech můžou poskytovat své služby společnosti různé velikosti – počínaje malými živnostníky, přes střední a velké podnikatele až po nadnárodní společnosti (např. Accenture, PriceWaterhouseCoopers (PwC), Deloitte, Ernst & Young, KPMG, dále Computer Sciences Corporation (CSC), Cap Gemini, McKisney & Company, Mercer a Boston Consulting Group (BCG)⁷). Protože se snažíme o co nejkompaktnější a nejobecnější pojetí problematiky smluvních vztahů poradenských společností a jejich klientů, neomezili jsme se jen na zkoumání smluv a smluvních vztahů nadnárodních poradenských společností a jejich klientů (ačkoliv z ekonomického hlediska budou právě tyto společnosti zřejmě tvořit těžiště objemu uzavíraných smluv), ale i na vztahy jejich „menších kolegů“, kteří představují častokrát jen segment zkoumané problematiky.

Proto bude-li v práci používáno pojmu poradenská společnost, má se na mysli jak nadnárodní tak místní společnost poskytující své služby v oblasti management nebo IT consultingu. Management consultant (dále také jen konzultant nebo poradce) je pak zaměstnanec této společnosti.

⁶ Srov. též BISWAS, S. – TWITCHELL, D. Management Consulting: A Complete Guide to the Industry. 2. vyd. New York: John Wiley & Sons, Inc., 2002. 336 s. ISBN 978-0-471-44401-5, s. 13-14.

⁷ Srov. tamtéž, s. 11.

Práce zejména definuje obecné problémy smluvního vztahu mezi poradenskou společností a klientem, tzn. jaké jsou základní náležitosti smlouvy, práva a povinnosti smluvních stran, atd.

Jelikož byl autorce udělen grant ke zpracování části diplomové práce v Rakousku, obsahuje práce více příkladů a srovnání ve vztahu k rakouské právní úpravě.

Z pohledu negativního vymezení se práce nezabývá smluvními vztazhy mezi poradenskou společností a:

a) Jejimi zaměstnanci. V kapitole 6.1.1 se sice částečně pojednává o pracovně-právním poměru, je to ovšem způsobeno specifickým charakterem tzv. on-site konzultantů (viz dále).

b) Jejimi subdodavateli.

c) Dodavateli služeb, které poradenská společnost potřebuje k zabezpečení běžného chodu své činnosti (nájem prostor, dodávka kancelářských potřeb, telefonních a internetových služeb, právních, účetních a bankových služeb, atd.).

d) Pojišťovnami v otázkách pojištění rizika z výkonu činnosti.

Práce je členěna na teoretickou a praktickou část, přičemž teoretická část pojednává o ekonomické definici a rozboru poradenství – jeho předmětu, historii, typologii, atd. Praktická část se pak zaměřuje na získané poznatky o uzavíraných smlouvách mezi poradenskými společnostmi a jejich klienty v praxi. Zde se práce mj. snaží podat ucelenou analýzu smluvních aspektů, jednotlivých smluvních ujednání a důsledků jejich výkladu v praxi.

Cíl práce

Práce si klade za cíl zejména podrobit smluvní vztah poradenské společnosti a klienta právnímu rozboru. Hledáme odpověď na otázku, v čem spočívá ekonomická kauza tohoto vztahu a jaký má vliv na jeho právní charakter. Zda-li jde o vztah, který vykazuje spíš znaky smlouvy o dílo nebo smlouvy mandátní a jaké důsledky to pro smluvní strany přináší.

Vedlejším cílem práce je přinést do české ekonomicko-právní teorie odborné pojednání o problematice úpravy těchto vztahů a jejich praktických důsledků, a přispět tak k diskusi o právních aspektech rozšiřující se ekonomické činnosti management konzultantů.

Metody

Ke zkoumání smluvních vztahů mezi poradenskou společností a klientem, tedy ke zkoumání závazkových právních vztahů mezi specifickými subjekty v systému českého právního řádu, jsme zvolili jak **normativní** tak **deskriptivní přístup**. Nosnou částí je popis existujících smluvních vztahů a příkladů uzavřených smluv, které byly podrobeny důkladnému rozboru. Následně analyzujeme, zda faktický stav a hospodářská kauza předmětných vztahů odpovídá právnímu vyjádření ve smlouvě. V této rovině tedy zatím nejde o komparaci stavu de lege lata a de lege ferenda, nýbrž o posouzení kvality právního zpracování rozebíraných smluv. Ke skutečnému normativnímu přístupu pak dochází v závěru práce, která se zabývá úvahou, zda je potřebné, aby existovala smlouva o poskytování poradenských služeb jako samostatný smluvní typ.

Se zvolenými přístupy souvisí také **metody výzkumu**. U rozboru smluv bylo použito empirického výzkumu, na který navazovala analýza smluvně sjednaných podmínek a právních formulací. Syntézou kauzisticky získaných informací a teoretických poznatků závazkového práva byly následně učiněny normativní závěry o vhodnosti konkrétních smluvních ujednání.

Ke **sběru potřebných dat** jsme využili ustanovení zákona o svobodném přístupu k informacím a požádali jsme Ministerstvo financí České republiky o několik smluv, které uzavřela Česká republika s poradenskými společnostmi o dodávce poradenských služeb. Bylo tak možné analyzovat v praxi uzavírané smlouvy a z nich vzniklé smluvní závazkové vztahy. Dále jsme absolvovali několik osobních setkání s představiteli jak poradenských společností, tak jejich klientů, abychom získali doplňující informace.

5 TEORETICKÁ VÝCHODISKA PORADENSKÉ ČINNOSTI

5.1 Poradenství

5.1.1 Pojem a historie

Jako poradenství nebo poradenská činnost se do českého jazyka překládá „slovo francouzského původu *consulter* (uvažovat, rozvážit, zvažovat), které má své kořeny v latinském *consultare* (com – spolu, společně; sulere – neznámého původu)⁸. Činitelem poradenské činnosti je poradce neboli konzultant, což je „univerzální pojem pro *jakéhokoliv odborníka, který většinou za odměnu poskytuje radu (podporu) jiným.*“⁹ Profesi poradce – konzultanta – můžeme proto najít téměř v každé oblasti lidské činnosti. Příkladem můžeme uvést daňové poradce, finanční, marketingové, módní, bezpečnostní či interiérové poradce. I když samotný název nenapovídá nic o poradenské náplni práce, podobnou funkci mají i dietologové – radí svým klientům, jak se zdravě stravovat; fitness trenéři – radí, jak správně cvičit – nebo advokáti poskytující právní rady. V podstatě až do momentu uzavření mandátní smlouvy, je vztah mezi nimi a jejich klienty čistě poradenský. Alespoň náznak poradenství bychom našli určitě v každé profesi, protože podstatou poradenství je poskytování rady od někoho, kdo v dané oblasti má více znalostí případně zkušeností.

„Z této definice vyplývá, že poradci nejspíš nabízeli své služby již od počátku lidské společnosti. Na kohokoliv, kdo použil své znalosti a zručnosti, aby pomohl jiným vyřešit jejich problémy, může být nahlíženo jako na první poradce.“¹⁰ V novověké společnosti, kde objem poznatků stále roste, se již nespokojíme s kategoriemi poradců jako jsou advokáti, či poradci hlav států, protože pokrok vědy, techniky, ale i lidstva samotného si vyžádal vznik různých oborů. Ruku v ruce s tím dochází i k dělení profese poradců.

⁸ *Consult* – Wiktionary [online]. c2010, poslední revize 14.7.2010 [cit. 2010-07.17]. Dostupné z: <<http://en.wiktionary.org/wiki/consult>>.

⁹ „...a universal term for any professional who provides assistance to others, usually for a fee.“ BISWAS, S. – TWITCHELL, D. *Management Consulting: A Complete Guide to the Industry*. 2. vyd. New York: John Wiley & Sons, Inc., 2002. 336 s. ISBN 978-0-471-44401-5, s. 6.

¹⁰ „By this definition, consultants probably have been offering their services since dawn of human civilization. Any person who used his or her competency or expertise to help someone else solve a problem could be thought of as an early consultant.“ Tamtéž, s. 18.

Ovšem pojem konzultant neboli poradce¹¹ není obecně spojován s každou profesí, která v sobě obsahuje prvky poradenské činnosti. Právě naopak, tento pojem je převážně spojován s novodobou profesí, která své kořeny datuje do poloviny devatenáctého století. Jde o obchodní poradenství neboli management consulting. Konzultantem je tak v pravém slova smyslu člověk, kterého jediným a hlavním úkolem je analyzovat problémy a poskytovat jejich řešení v oblasti podnikání, obchodu. *Consulting lze také definovat jako „poradenský servis dodávaný organizacím speciálně školenými a kvalifikovanými osobami, které klientské organizaci asistují objektivním a nezávislým způsobem při identifikování problémů řízení, v analýze takových problémů, doporučují řešení těchto problémů a na žádost pomáhají v implementaci těchto řešení.“*¹² Rakouská autorka Schramböck nabízí podobnou definici: *Management consulting je „profesionální poskytování služeb externími, nezávislými osobami s obecnými i speciálními znalostmi, kterých hlavním povoláním je poskytovat tyto služby na vlastní odpovědnost a za úplatu v rámci časově omezených projektů při řízení organizace (klienta). Je to interaktivní, komunikativní, intelektuálně kreativní proces mezi konzultantem a klientem, který pomáhá za současného respektování důležitých úkolů i celkového pohledu managementu při identifikaci a řešení obchodních i podnikových problémů, jako i doprovází implementaci navržených opatření.“*¹³ V této práci se kloníme spíše k první definici, i když obě definice jsou vesměs stejné.

Vznik poradenského průmyslu (poradenské činnosti) je datován k „hospodářské revoluci, kdy konzultanti svými obchodními a výrobními radami pomohli navrhnout a optimalizovat výrobní linky, postavit silniční a přepravní sítě, standardizovat velikost a

¹¹ Ekonomická čeština ovšem slovo poradce moc nepoužívá. Také v obchodních styčích je více zažitý pojem konzultant. Budeme proto dále používat jen tento pojem.

¹² „...an advisory service contracted for and provided to organizations by specially trained and qualified persons who assist, in an objective and independent manner, the client organization to identify management problems, analyze such problems, recommend solutions to these problems, and help, when requested, in the implementation of solutions.“ GREINER & METZGER (1983) in NIPPA, M. - SCHNEIDERBAUER, D. *Erfolgsmechanismen der Top-Management-Beratung: Einblicke und kritische Reflexionen von Branchenkenner*. 1. vyd. Heidelberg: Physica-Verlag, 2007. 247 s. ISBN 3-7908-1556-X. s. 5

¹³ „Eine professionelle Dienstleistung, die von organisationsexternen, unabhängigen, mit Global- wie auch Spezialwissen ausgestatteten Personen als deren Hauptberuf eigenverantwortlich und entgeltlich innerhalb eines zeitlich begrenzten Projektes für das Management von Organisationen erbracht wird; sie bildet einen interaktiven, kommunikativen, geistigschöpferischen Prozess zwischen Berater- und Klientensystem, durch welchen unter Wahrung einer individuellen Vorgangs- und ganzheitlichen Sichtweise dem Management Hilfe bei der Identifizierung und Lösung von Aufgaben betriebswirtschaftlicher und gesamtgesellschaftlicher Natur geleistet sowie eine Implementierung der vorgeschlagenen Maßnahmen begleitet wird.“ SCHRAMBÖCK, M. *Strukturanalyse der Unternehmensberatung in Österreich*, RWZ Zeitschrift für Recht und Rechnungswesen, 1997, č. 7. s. 215

tvář často používaných produktů, aby se dosáhlo obecné kompatibility, atd.“¹⁴ První moderní poradenské společnosti ovšem začaly vznikat až kolem roku 1850. Ty dnes dobře známé pak začátkem dvacátého století. Byly zakládány bývalými zaměstnanci účetních nebo inženýrských společností. Mezi nejstarší patří Arthur Andersen (1913), Booz•Allen & Hamilton (1914), A.T. Kearney (1916) či McKinsey & Company (1926). K rozmachu oboru došlo záhy. „V roce 2000 měla McKinsey & Company čtyři tisíce konzultantů, desetkrát více než v roce 1975“¹⁵. Postupem času se z původně čistě amerických konzultingových společností staly nadnárodní, celosvětově rozšířené obchodní společnosti. Jako příklad můžeme uvést Boston Consulting Group (založena v Bostonu), která v roce 1966 založila svou první zahraniční pobočku v Tokyu a následně v Londýně a Paříži. Také Computer Sciences Corporation (založena ve Virginii, USA) expandovala v sedmdesátých letech do Austrálie a Jižní Afriky. V roce 1971 založila své pobočky ve Francii, Itálii, Velké Británii a západním Německu. Jako důsledek větší poptávky po poradenských službách se rozšířila i společnost McKinsey & Company (založena v Delaware, USA) do Holandska, Německa, Francie, Švýcarska, ale i do Kanady a Austrálie.

Ve střední a východní Evropě se nadnárodní konzultingové společnosti usídlily zejména koncem dvacátého století. Třeba Computer Sciences Corporation svou pobočku v Rakousku založila v průběhu osmdesátých let, v Praze pak v roce 1995. McKinsey & Company obsadila Vídeň v roce 1989 a Prahu v roce 1994, přičemž této pobočce předcházeli první klienti na území Slovenska již od roku 1991. Boston Consulting Group pak do této oblasti vstoupila v roce 1997 (Vídeň) a 2001 (Praha).

Z uvedených dat je patrné, že působení nadnárodních konzultingových společností na našem území je dlouhé přibližně patnáct let. O prvních národních konzultingových společnostech tyto informace nenáme zejména z důvodu, že k provozování poradenské činnosti zákon nevyžaduje speciální kvalifikaci (nestanoví ani podmínku vázané živnosti ani koncesí). Podle předmětu podnikání proto nelze jednoduše zjistit, kolik českých obchodních společností se zabývá poradenskou činností. Dobu patnácti let lze

¹⁴ „...industrial revolution, consultants with business and production acumen helped design and optimize assembly lines, build highway and transportation networks, standardize the size and shape of frequently used products to ensure universal compatibility, and so forth.“ BISWAS, S. – TWITCHELL, D. *Management Consulting: A Complete Guide to the Industry*. 2. vyd. New York: John Wiley & Sons, Inc., 2002. 336 s. ISBN 978-0-471-44401-5, s. 18.

¹⁵ Na webových stránkách McKinsey & Company nalezneme trochu jiný údaj. V roce 1999 pracovalo pro McKinsey více než 5000 konzultantů. *McKinsey & Company - A History of McKinsey - 1990s: Expanding Our Reach* [online]. c1996-2010 [cit. 2010-07-25]. Dostupné z: <<http://www.mckinsey.com/aboutus/wherewestarted/1990s.asp>>.

považovat za dostatečně dlouhou na to, aby došlo k vzájemné interakci specifík českého právního systému a obchodních vztahů mezi konzultingovými společnostmi a jejich klienty. Je to však zároveň doba příliš krátká na to, aby byly tyto interakce vyřešeny. Cílem této práce není primárně řešení zmíněných střetů, nýbrž jejich důkladné popsání a rozbor.

5.1.2 Dělení poradenské činnosti

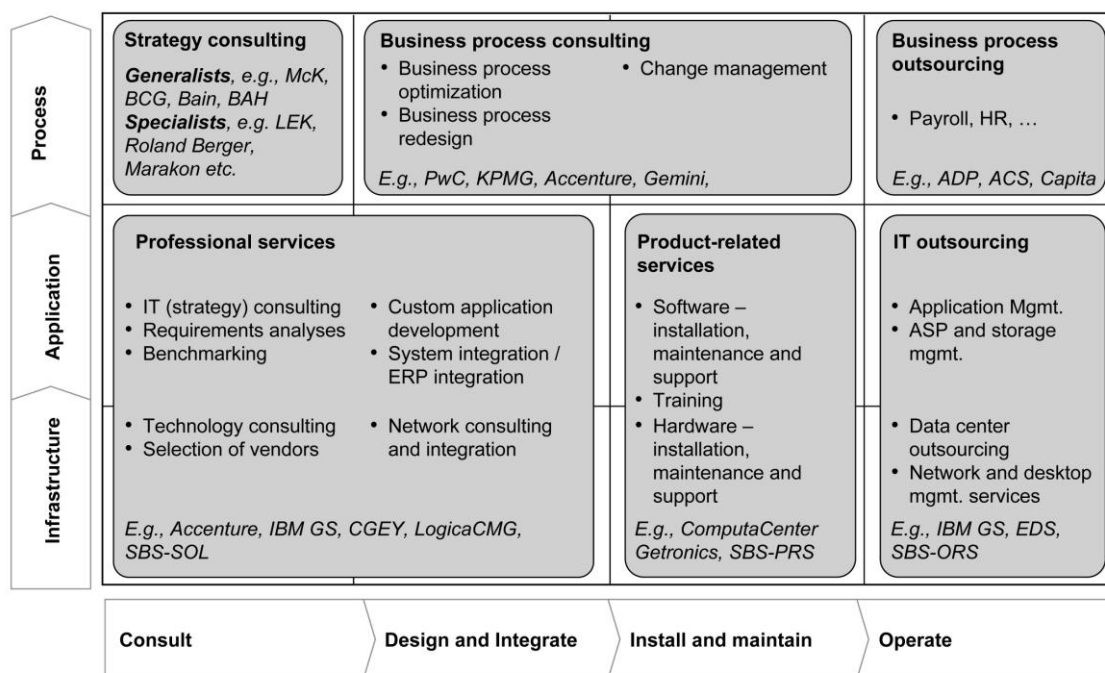
Jak již bylo v úvodu nastíněno, hledisek, dle kterých lze členit poradenskou činnost se nabízí hned několik:

- „a) dle oblasti, ve kterých je poradenská činnost poskytována (energetika, doprava, bankovníctví, atd.),
- b) dle typu poskytovaného poradenství (produktové poradenství, lidské zdroje, atd.),
- c) dle sektoru, ve kterém klienti působí (soukromý, veřejný, neziskový),
- d) dle vazby poradenské společnosti na klienta (externí společnosti nebo interní oddělení strategického plánování)¹⁶

Jako směrodatné hledisko jsme v této práci zvolili možnost b) *typ poskytovaného poradenství*. Domníváme se totiž, že toto hledisko pokrývá poradenskou činnost v celé její šíři.

¹⁶ „(1) the industries consulted, (2) the functional types of consulting performed, (3) the sectors from which clients are drawn (private, public, nonprofit), and (4) the firm’s affiliation with its clients (external firms or internal corporate strategic planning units).” BISWAS, S. – TWITCHELL, D. *Management Consulting: A Complete Guide to the Industry*. 2. vyd. New York: John Wiley & Sons, Inc., 2002. 336 s. ISBN 978-0-471-44401-5, s. 11.

Obrázek č.1: Členění poradenského průmyslu dle typu poskytovaného poradenství



Zdroj: Přednáškové materiály Management Consulting – Industry Background, INSEAD Singapore, 2006¹⁷

Z obrázku č. 1 je zřejmé, že poradenskou činnost (upozorňujeme, že zde již hovoříme pouze o poradenské činnosti v oblasti management consultingu) lze z pohledu aktivit a činností klienta poskytovat na třech úrovních (vertikální osa):

- na úrovni infrastruktury klienta,
- na úrovni vnitřní činnosti (chodu) klienta,
- na úrovni strategie a obchodních procesů klienta.

Z pohledu komplexnosti poskytovaných služeb poradenskou společností pak rozlišujeme, zda poradenská společnost provádí (horizontální osa):

- pouze analýzu problému a návrh řešení,
- návrh řešení a asistenci při jeho implementaci,
- implementaci řešení a dohled nad jeho prováděním,
- celý dílčí okruh aktivit klienta; tzv. outsourcing.

Tato práce se zaměřuje zejména na levou horní část obrázku (tj. *strategy consulting, business process consulting, částečně professional services*), tzn. na poradenství v oblasti procesů a strategie. Částečně se také dotýká poradenských společností, které

¹⁷ Obrázek jsme záměrně nepřekládali. Většina ekonomických pojmů totiž nemá přesný český ekvivalent, a tak se i v českých odborných kruzích používají původní anglické pojmy.

poskytují IT consulting v prvním i druhém kroku (v návrhu řešení a asistenci při jeho implementaci). Činnosti, které spočívají v implementaci navrhovaných řešení a vykonávání určitých ucelených aktivit namísto klienta, tj. právě dva sloupce tabulky, nejsou předmětem této práce.

Poradenské společnosti lze členit na tzv. generalisty a specialisty. To samé lze říci o konzultantech. „Generalisté připravují a koordinují obecné úkoly vyžadující kombinaci zásahu generalistů i specialistů. Obvykle zajišťují předběžné posouzení, vyjednávání s klientem, plánování a koordinaci úloh, utváření závěrů ze specifických pozorování prováděných specialisty, prezentaci závěrečných řešení klientovi atd. Kontrolní a manažerské pozice v consultingu jsou často v rukách generalistů.“¹⁸ Naproti tomu specialisté jsou odborníci v určité oblasti, segmentu ekonomiky, trhu, či obchodního procesu. Je zřejmé, že s rostoucím množstvím poznatků, nemůže být konzultant současně generalista i specialista, ale zároveň jeden bez druhého nemůže existovat. Organizační struktury konzultingových společností proto často kopírují tento trend a nalezneme v nich jak generalisty tak specialisty.

Konzultanti, kteří jsou vysíláni svou domovskou společností, aby pracovali na místě a v kancelářích klienta jsou tzv. on-site konzultanti (konzultanti na místě). Opakem jsou konzultanti, kteří na projektu klienta pracují v kancelářích své konzultingové společnosti, a klienta navštěvují jen občasně (za účelem schůzky, případně průzkumu atd). Jde o off-site konzultanty (konzultanty mimo místo)¹⁹.

5.1.3 Produkt poradenství a činnost konzultanta

Abychom mohli definovat produkt, tedy výsledek poradenské činnosti, musíme se nejdříve zabývat tím, co je cílem práce konzultanta – proč si podniky najímají tento servis – a také, jak konzultant tohoto cíle dosahuje. Jinak řečeno, musíme se ptát, co je hospodářskou kauzou (ekonomickým důvodem) vzniku smluvního vztahu mezi poradenskou společností a klientem.

¹⁸ „The so-called generalists prepare and coordinate global assignments requiring combined specialist and generalist interventions. They normally take care of preliminary organizational diagnoses, negotiations with clients, assignment planning and coordination, drawing of conclusions from specific observations made by specialists. Presentation of final proposals to clients, and so on. Supervisory and managerial functions in consulting are often in the hands of the generalists.“ KUBR, M. (ed.) *Management consulting: A guide to the profession*. 4. vyd. Ženeva: Mezinárodní úřad práce, 2002. 1000 s. ISBN 92-2-109519-3. s. 44.

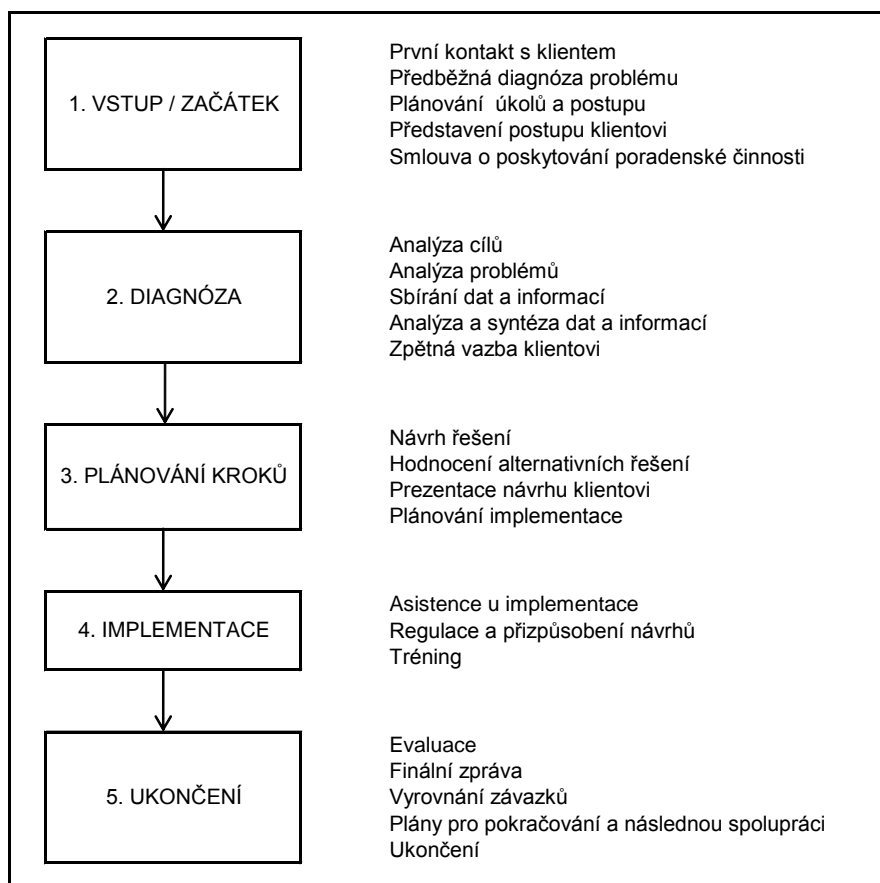
¹⁹ Srov. BISWAS, S. – TWITCHELL, D. *Management Consulting: A Complete Guide to the Industry*. 2. vyd. New York: John Wiley & Sons, Inc., 2002. 336 s. ISBN 978-0-471-44401-5, s. 34-36.

Nejobecnějším důvodem, proč se obchodní společnosti obracejí na poradenské společnosti je, nespokojenost se stavem, ve kterém se jejich podnik právě nachází. Zde se nabízejí dvě možnosti. Buď se společnost potýká s nějakými problémy, které způsobují pokles příjmů nebo zhoršení postavení na trhu a menší konkurenceschopnost. Jde o porovnání současného stavu se stavem předchozím. V tom případě společnosti poptávají služby vedoucí ke zjištění příčiny tohoto selhání a jeho řešení. Druhá možnost je, že společnost sice neustále profituje, ale není spokojena se svým postavením na trhu a chce ho ještě více posílit. Jde o porovnání se svými konkurenty neboli s tzv. standardem, v ekonomii také známé jako benchmark. Účelem je, aby společnost „dosáhla (popřípadě překročila) standard svých konkurentů, např. v kvalitě produktu, ve škále nabízených produktů nebo v poprodejních službách.“²⁰

Pokud je jasný prvotný záměr společnosti – ten si musí definovat ona sama – je následně potřeba analyzovat a definovat, proč společnost upadá nebo proč není schopna konkurovat ostatním soutěžitelům. I když může být společnost schopna sama identifikovat tyto příčiny (špatné rozvržení práce mezi zaměstnanci, jejich nedostatečná motivace, neschopnost managementu vyhledávat nové obchodní příležitosti či přizpůsobovat obchodní taktiku rychle měnícímu se trhu), mnohem častěji je právě toto první fází poradenské činnosti. K tomu je potřeba, aby konzultanti měli dostatek informací. Ty mohou mít povahu interních – vnitropodnikových – nebo externích, makro i mikroekonomických informací. Z provedené analýzy může vyplynout, že příčina neúspěchu společnosti je zakotvena jinde, než se původně myslelo, a celý proces sbírání dat a jejich analýzy počíná běžet znovu. Proces, ve kterém konzultanti hledají řešení klientova problému, proto obsahuje různé podprocesy a cykly, které nejsou zachyceny na obrázku č. 2. Ten je jenom obecnou strukturou jednotlivých fází poradenské činnosti. Po stanovení problémů a jejich příčin je nutné tyto závěry klientovi předestřít. Poté může poradenská společnost přistoupit k návrhu řešení a po odsouhlasení řešení klientem k jeho implementaci nebo spíše asistenci při implementaci. Po skončení implementace řešení v zásadě končí úloha konzultanta a tím i smluvní vztah mezi poradenskou společností a klientem.

²⁰ „...to meet the standard, e.g. competitor's product quality, range of models offered or aftersales service.“ KUBR, M. (ed.) *Management consulting: A guide to the profession*. 4. vyd. Ženeva: Mezinárodní úřad práce, 2002. 1000 s. ISBN 92-2-109519-3. s. 13.

Obrázek č.2: Fáze poradenské činnosti



Zdroj: KUBR, M. (ed.) *Management consulting: A guide to the profession*. 4. vyd. Ženeva: Mezinárodní úřad práce, 2002. 1000 s. ISBN 92-2-109519-3. s. 21.

Je zřejmé, že ne vždy musí být uskutečněny všechny kroky, které schéma na obrázku č. 2 nabízí. Záleží na tom, co klient poptává. Některý poradenský cyklus může například končit ve fázi analýzy problému nebo návrhu řešení. K implementaci si pak klient může najmout jinou společnost nebo návrh řešení implementovat vlastními silami. Tento model ovšem není příliš obvyklý, neboť i při samotné implementaci se mohou objevit potíže, které vyžadují odborný a nestranný přístup konzultanta. Ať už práce konzultanta končí v jakékoliv fázi poradenského cyklu, důležitým prvkem je nesporně styk s klientem. Poradenské „společnosti vědí, že efektivní poradenská činnost není ta, u které se po mnoha měsících zákulisní práce objeví dlouhá zpráva, ale ta, u které konzultanti a klient úzce spolupracují na průběžném nabývání znalostí.“²¹ Styk

²¹ „Companies recognize that an effective consulting engagement is not one in which a large report is delivered after a number of months of behind-the-scenes work. Rather, it is one in which consultants and the client work closely together in a continuous learning arrangement.“ BISWAS, S. – TWITCHELL, D. *Management Consulting: A Complete Guide to the Industry*. 2. vyd. New York: John Wiley & Sons, Inc., 2002. 336 s. ISBN 978-0-471-44401-5, s. 34.

s klientem může probíhat různým způsobem, již jsme nastínili on- a off-site konzultanty. Bližší pak bude o této problematice pojednáno níže.

Na začátku této kapitoly jsme ztotožňovali produkt poradenské činnosti s jejím výsledkem. Nyní je ovšem zřejmé, že mezi těmito pojmy jsou zásadní rozdíly, které je také nutné rozlišovat ve smluvním vztahu poradenské společnosti a klienta. **Výsledkem** práce konzultantů by totiž měla být²² faktická změna stavu společnosti klienta, jeho postavení na trhu (zvýšení obrátu, zefektivnění práce zaměstnanců, snížení nákladů, posílení konkurenceschopnosti). Zatímco **produktem** jsou jednotlivé návrhy řešení, jak této změny dosáhnout. Samotné návrhy jsou pak prezentovány klientovi nejčastěji v nějaké grafické nebo textové podobě a v odborných kruzích jsou známy jako tzv. deck (volně přeložitelné jako balíček).²³

I když se tedy může zdát, že bude rozdíl mezi produktem poradenské společnosti, která svůj vztah s klientem ukončila před fází implementace řešení a produktem poradenské společnosti, která také asistuje při jeho implementaci, není tomu tak. I v průběhu asistence při implementaci spočívá práce konzultantů pouze v poskytnutí odborné rady, návrhu, jak řešení provést. Samotné rozhodnutí, zda klient provede ten či onen krok zůstává na něm. „Od konzultanta by se nemělo očekávat, že přebere klientovy problémy na svá bedra. Přítomnost konzultanta a jeho intervence může poskytnout klientovi značnou úlevu, ale neosvobodí klienta od základní manažerské odpovědnosti za rozhodnutí a jejich důsledky. A pokud (někdy se to stává) konzultant souhlasí s tím, že bude vést podnik klienta a dělat za něho rozhodnutí, přestává být po tu dobu a v rámci těchto aktivit konzultantem.“²⁴

Taktéž ve smyslu výše nastíněného rozdílu mezi výsledkem a produktem poradenské činnosti, nemůžeme z konzultantů dělat vševědy a všelékaře na problémy obchodních společností. Závazkem poradenské společnosti vůči klientovi proto nemůže být

²² Podmiňovací způsob je zde naprosto zásadní. Zda-li skutečně výsledek práce konzultanta bude změna stavu společnosti závisí nejenom od toho, jestli jeho řešení je správné, ale také a zejména od toho, jestli se ho klient rozhodne implementovat. Mezi prací konzultanta a změnou stavu podniku klienta tak není přímá příčinná souvislost, nýbrž je zde mezičlánek v podobě rozhodnutí klienta toto řešení implementovat.

²³ Srov. tamtéž, s. 39.

²⁴ „...the consultant should never be expected to take a problem away from the client, on to his or her own shoulders. A consultant's presence and intervention may provide considerable relief to a troubled client, but they will not liberate the client from inherent managerial responsibility for decisions and their consequences. If – as sometimes occurs – a consultant agrees to run a client's business and make decisions on his or her behalf, he or she stops being a consultant for that activity and period of time.“ KUBR, M. (ed.) *Management consulting: A guide to the profession*. 4. vyd. Ženeva: Mezinárodní úřad práce, 2002. 1000 s. ISBN 92-2-109519-3. s. 9-10.

například slib, že klient dosáhne určitého podílu na trhu nebo že se jeho zisky zdvojnásobí. To by ostatně bylo také v rozporu s požadavkem, že plnění ze smlouvy musí být možné. Závazkem poradenské společnosti proto může být jen a pouze „snaha“ o dosažení stanoveného cíle, tj. změny stavu společnosti.

5.1.4 Znaký poradenské činnosti

Z definice poradenství uvedené výše v kapitole 5.1.1 jako „profesionálního poskytování služeb externími, nezávislými osobami s obecnými i speciálními znalostmi, kterých hlavním povoláním je poskytovat tyto služby na vlastní odpovědnost a za úplaty v rámci časově omezených projektů pro management organizace (klienta), a při kterém jde o interaktivní, komunikativní, intelektuálně kreativní proces mezi poradcem a klientem, který pomáhá za současného respektování dílčích úkolů i celkového pohledu managementu při identifikaci a řešení obchodních i podnikových problémů, jako i doprovází implementaci navržených opatření“, můžeme vyvodit několik obecných znaků management consultingu. Mezi ně patří:

a) Odbornost – zpočátku byli konzultanty osoby s dlouholetou praxí ve svém oboru. Dnes jsou (možná trochu paradoxně) konzultanty i čerství absolventi škol zejména s ekonomickým nebo technickým zaměřením. Vyznačují se znalostmi různých manažerských a obchodních technik a metod, přičemž mnohé z nich vytvořili samotné poradenské společnosti v průběhu své existence. Kariéra konzultanta je spojena s neustálým vzděláváním se, ať už v rámci podnikových vzdělávacích aktivit, nebo vlastní ambicí absolvovat další stupně studia v zájmu obstát ve veliké konkurenci svých kolegů. S vývojem consultingu jako určité profese je také spojena profesní etika a vznik profesních komor nebo sdružení.²⁵

b) Nezávislost – od konzultanta se kromě odbornosti očekává také jeho nadhled a nezainteresovanost. Nezávislost v tomto kontextu je proto nutné chápat jako schopnost nahlížet na problém klienta komplexně – v globálních souvislostech a také bez vlivu vnitřních procesů (to ovšem neznamená, že při navrhování řešení nemá konzultant brát v potaz také specifika interního prostředí klienta). Většinou je proto konzultant pracovník externí poradenské společnosti, i když se ve velikých obchodních společnostech objevují i specializovaná oddělení konzultantů jako interních

²⁵ Srov. VON STAUDINGERS, J. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schulverhältnisse*. 13.vyd. Berlin: Dr. Arthur L. Sellier & Co. – Walter de Gruyter & Co., 1995. Kapitola 7., s. 600.

zaměstnanců. Také se vyskytuje praxe poradenských společností, kdy je konzultant přidělen určitému klientovi, aby vykonával svoji práci přímo v podniku klienta, viz popis on-site konzultantů výše.

Nezávislost lze chápat i jako pravidlo konfliktu zájmů, tedy zásadu, že jedna poradenská společnost by neměla radit vzájemným konkurentům. V praxi se toto pravidlo striktně dodržuje také z důvodu výše zmíněné profesní etiky, ovšem v trochu jiné podobě. Neposkytovat poradenské služby konkurenci klienta se nezavazuje poradenská společnost jako celek (připravila by se tak v zásadě o mnoho zakázek), nýbrž zavazuje jednotlivé konzultanty této společnosti. Ti konzultanti jedné poradenské společnosti, kteří dodávali poradenský servis klientovi A, nesmějí po určitou dobu (většinou několik let) poskytovat poradenský servis klientovi B, který podniká ve stejné oblasti jako klient A. Tento servis ovšem mohou dodávat jiní konzultanti (zaměstnanci) té samé poradenské společnosti. Navzájem je zavazuje vnitřní striktní pravidlo mlčenlivosti. Důležitou roli hraje také oblast poradenského servisu. Je zřejmé, že poskytování poradenství v implementaci interního IT řešení a v prodejní technice určitého produktu si vzájemně nijak nekonkurují. To samé již ale pravděpodobně nelze říci o informacích, které se v rámci poradenské činnosti konzultanti o klientovi dozvěděli. Proto i při na první pohled zřejmé „nekonkurenci“ poskytovaných poradenských služeb bude potřeba vždy individuálně zvážit každý případ.

V praxi se dokonce objevuje opačný trend. Poradenské společnosti mívají interní pravidlo, že neuzavřou smlouvu, ve které by klient požadoval exkluzivitu celé společnosti, tzn. že poradenská společnost se zavazuje neposkytovat stejné služby konkurentům klienta.

S charakterem nezávislosti poradenské činnosti souvisí také již zmiňovaný závazek poradenské společnosti nepoužít informace získané u jednoho klienta (z jakékoliv oblasti jeho činnosti) ve prospěch jiného klienta. Z podobných důvodů byl v roce 2000 ve Spojených státech amerických přijat zákon, kterým byly donuceny původně čistě účetní a auditorské společnosti jako Accenture (předtím Andersen Accounting), PwC, Ernst & Young nebo Deloitte a KPMG oddělit své služby v oblasti účetnictví od nově prováděné poradenské činnosti, aby tak nemohly zneužívat účetních informací získaných u jedné společnosti k poradenským účelům u jiných společností.²⁶

²⁶ Srov. BISWAS, S. – TWITCHELL, D. *Management Consulting: A Complete Guide to the Industry*. 2. vyd. New York: John Wiley & Sons, Inc., 2002. 336 s. ISBN 978-0-471-44401-5, s. 20 a násl.

c) **Individualita** – znak individuality poradenské činnosti je spíše akademický než praktický. Úkolem poradenské společnosti není řešit obecné otázky ekonomiky nebo hospodářství nějakého státu, či odvětví průmyslu (pokud samozřejmě jejím klientem není stát a nepoptává právě tento druh poradenství). Právě naopak, poradenská společnost by tyto obecné poznatky měla využít k řešení problému určité individualizované společnosti.

Důležitým faktorem, který ovlivňuje charakter poradenské činnosti je její projektová báze. Každý nový klient pro poradenskou společnost představuje jeden projekt, přičemž projekt je obecně vymezen cílem, kterého chce klient na konci poskytování poradenského servisu dosáhnout (již zmiňovaný výsledek poradenské činnosti). Pro poradenskou společnost to tedy znamená, že její role u klienta se skončí v momentu dosažení předem stanoveného cíle. S tím souvisí následující znaky:

a) **Časová omezenost** – projekt je ve své celistvosti představován cílem a dílčími etapami, které k tomuto cíli vedou. Tyto etapy by zjednodušeně řečeno mohly být ztotožněny s fázemi poradenské činnosti, jak byly nastíněny na obrázku č. 2 (sběr dat, analýza, syntéza, návrh řešení, implementace, atd.). Charakter časové omezenosti poradenské činnosti spočívá v tom, že poradenská společnost by měla být schopna po ukončení každé dílčí etapy projektu odevzdat produkt své práce jiné poradenské společnosti k pokračování. I když je činnost každé poradenské společnosti jedinečná (zejména tím, jak přistupuje k řešení problému) a tudíž se zdá nezastupitelná, skládá se z projektových etap, které jsou vlastní poradenské činnosti jako takové a tudíž neodvislé od konkrétní poradenské společnosti.

b) **Průběžnost** – průběžnost poradenské činnosti naproti tomu znamená, že poradenská společnost se po dobu trvání projektu stává v podstatě neoddělitelnou součástí klienta. Poradenský servis není poskytován nárazově – na konci jednotlivých etap, ale na kontinuální bázi. Konzultant je neustále v kontaktu s klientem, aby co nejlépe pronikl do „světa“ klienta a mohl tak odhalit skutečný problém. Konzultant po celou dobu projektu s klientem komunikuje, spolupracuje, nabízí své teoreticko-analytické dovednosti v průběhu analýzy, syntézy, návrhu řešení i implementace. Úkolem konzultanta není převzít od klienta potřebné materiály a pak několik měsíců bez účasti klienta data analyzovat, nýbrž za klientovy aktivní účasti napomáhat při řešení problémů jeho podniku.

Zdá se tak, jako by výše zmíněná časová omezenost jednotlivých etap byla nadbytečná. Její cíle jsou ovšem v zásadě dva: 1) poskytnout klientovi zprávu o tom, co bylo naplánováno, provedeno a co se doporučuje provést v budoucnu. Častokrát je tato zpráva na konci etap podkladem pro zaplacení odměny konzultantovi. 2) odevzdání dílčích výsledků (spíše možno říct produktů) v jakési materializované, souhrnné podobě má umožnit v případě nespokojenosti klienta předat dokončení projektu jiné poradenské společnosti.

5.2 Subjekty smluvního vztahu

Subjekty smluvního vztahu mohou být jak fyzické tak i právnické osoby, včetně státu, obcí a krajů. Také zahraniční právnické a fyzické osoby mohou být subjektem smluvního vztahu.

Pro subjekty smluvního vztahu mezi poradenskou společností a klientem je v praxi obvyklé označení konzultant, také poradce (bez ohledu na to, zda-li poradenské služby poskytuje fyzická osoba nebo obchodní společnost) a klient.

5.2.1 Konzultant

Konzultantem neboli poradcem může být nesporně fyzická i právnická osoba. Pokud tyto osoby vykonávají poradenskou činnost soustavně, samostatně, vlastním jménem, na vlastní odpovědnost a za úplatu, tedy za účelem dosažení zisku, půjde ve smyslu § 2 odst. 1) ObchZ nesporně o podnikání, i kdyby k takové činnosti neměli příslušné oprávnění, případně by nebyly zapsané v obchodním rejstříku [srov. § 2 odst. 2) a § 3a odst. 1) ObchZ]. Jelikož jsme ale úvodem vymezili, že se budeme zabývat smluvním vztahem poradenských společností a jejich klientů, je dále pojednáváno jen o konzultantech v právní formě obchodních společností.

„Obchodní společnosti vymezuje české právo jako právnické osoby založené za účelem podnikání, nestanoví-li právo Evropských společenství či zákon jinak.“²⁷ Obchodní zákoník pak obecně ve svém § 56 odst. 1) vyjmenovává právní formy obchodních společností – veřejná obchodní společnost, komanditní společnost, společnost s ručením omezeným, akciová společnost a jako důsledek implementace práva ES byla do tohoto ustanovení včleněna také evropská společnost a evropské hospodářské zájmové sdružení jako evropské nadnárodní společnosti. V tomto taxativním výčtu nenalezneme

²⁷ KUČERA, Z. – PAUKNEROVÁ, M. – RŮŽIČKA, K. a kol. *Právo mezinárodního obchodu*. 1. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008. 407 s. ISBN 978-80-7380-108-3. s. 54.

mnohonárodní nebo nadnárodní sdružení osob. Pro toto sdružení se používají také pojmy jako **nadnárodní obchodní společnost**, v angličtině pak transnational corporations nebo multinational resp. global enterprises. I když se v poslední době pojem nadnárodní obchodní společnost zaměňuje s pojmem evropská nadnárodní společnost, nejde o to samé.²⁸ Pojem nadnárodní obchodní společnosti není pojmem právním, spíše ekonomickým. Co si pod tímto pojmem lze představit je poměrně náročné definovat. „Tyto zvláštní útvary bývají např. vymežovány jako spojení podniků mající jednotné vedení a sestávající z relativně samostatných podnikových částí, které jsou usazeny ve více než jednom státu, přičemž vedení vyvíjí podstatný vliv na jejich činnost (...). Jsou to sdružení nejrůznějšího charakteru, ve formě mezinárodních koncernů, konsorcií a jiné, které zároveň působí ve více zemích (...). K jejich vytvoření může dojít buď přímo mezinárodní smlouvou, nebo podle vnitrostátního práva státu, kde mají sídlo jednotlivé entity.“²⁹

Zjednodušeně možno říci, že jde o mateřskou obchodní společnost nebo také centrálu (z angličtiny známé headquarters) a síť jejích poboček (filiálek) nebo dceřiných společností, prostřednictvím kterých podniká v různých státech světa. Nejspíš půjde v souladu s § 21 odst. 2) ObchZ o zahraniční osobu. Ta je definována jako právnická osoba se sídlem mimo území České republiky. Právní způsobilost této osobě český právní řád přiznává ve stejné míře, v jaký ji to přiznává právní řád, dle kterého byla založena. Ustanovení § 22 ObchZ tedy jako určující právní řád nejenom pro právní způsobilost osoby, ale také pro řízení vnitřních poměrů této společnosti a ručení jejích členů (společníků) – pro osobní statut – nevolí právní řád skutečného sídla ani právní řád státu, ze kterého pochází majoritní část vlastníků, nýbrž právní řád státu, podle kterého byla společnost založena.

Za možné subjekty, které ve smluvním vztahu budou představovat poradce můžeme označit:

a) *Samu zahraniční právnickou osobu.*³⁰ Kdo je oprávněný jménem společnosti učinit daný právní úkon (podepsat smlouvu), je na základě výše uvedeného potřeba zkoumat v právním řádu, podle kterého byla tato společnost založena.

²⁸ Srov. tamtéž, s. 65-68.

²⁹ Tamtéž, s. 68.

³⁰ Máme zde na mysli případ, kdy zahraniční osoba nemá na území České republiky umístěn ani podnik ani jeho organizační složku, tudíž se nejedná o podnikání této osoby pro účely obchodního zákoníku, ale i přesto uzavře s jiným subjektem českého práva smlouvu.

b) *Zahraniční právnickou osobu* podnikající na území České republiky prostřednictvím své *organizační složky* [srov. § 21 odst. 3) ObchZ]. Jde o organizační složku, které zákon přiznává obdobné postavení jako odštěpnému závodu [§ 7 odst. 2) ObchZ], a která se povinně zapisuje do obchodního rejstříku, přičemž tento zápis je konstitutivní povahy. „Zápis organizační složky nemá konstitutivní význam jen v tom smyslu, že až zápisem do obchodního rejstříku vzniká organizační složka jako taková (...), ale i z toho hlediska, že zápisem se konkrétní osoba, jako vedoucí takové organizační složky označená, stává zákonným zástupcem podnikatele, oprávněným jednat jeho jménem ve všech věcech, které se organizační složky týkají.“³¹ Zda je zahraniční právnická osoba podnikatelem, řeší ustanovení § 23 ObchZ, které přiznává status podnikatele podle obchodního zákoníku takovým zahraničním osobám, které mají právo podnikat v zahraničí. Z uvedeného vyplývá, že organizační složka nemá právní subjektivitu a tudíž ani nemůže být subjektem smluvního vztahu.³² Tím může být jen a pouze sám podnikatel (zahraniční právnická osoba), který při uzavírání smlouvy týkající se organizační složky bude zastoupen vedoucím této organizační složky. Subjekt je tedy totožný se subjektem sub a).³³

c) *Českou právnickou osobu* (obchodní společnost) jako *dceřinou společnost zahraniční mateřské společnosti*. Dceřinou společnost obchodní zákoník definuje ve svém § 66a odst. 2) jako společnost ovládanou, tj. osobu, na jejíž řízení nebo provozování jejího podniku fakticky nebo právně vykonává přímo nebo nepřímo rozhodující vliv ovládající osoba (mateřská společnost). Způsob, jakým tento vliv může vykonávat je například prostřednictvím jiné osoby, také tím, že je většinovým společníkem dceřiné společnosti, nebo disponuje většinou hlasovacích práv na základě dohody s jiným společníkem dceřiné společnosti, nebo může prosadit jmenování nebo volbu nebo odvolání většiny osob, které jsou statutárním orgánem nebo jeho členem, anebo většiny osob, které jsou členy dozorčího orgánu právnické osoby, jejímž je společníkem. Majetkovou účast zahraničních osob (jak fyzických tak právnických) v českých právnických osobách předpokládá ustanovení § 24 ObchZ, přičemž stanoví, že takovou právnickou osobu lze

³¹ ELIÁŠ, K a kol.: *Kurs obchodního práva. Obecná část, Soutěžní část*. 4. vyd. Praha: C. H. BECK, 2004. 609 s. ISBN 80-7179-854-1. s. 136.

³² Srov. též. SUM, T.: *Právní povaha organizační složky podniku zahraniční osoby*. [online]. Praha: epravo.cz, a.s., c1999-2010 [cit. 2010-08-06]. Dostupné z: <<http://www.epravo.cz/top/clanky/pravni-povaha-organizacni-slozky-podniku-zahranicni-osoby-51777.html>>.

³³ Jistou paralelu lze hledat v konstrukci zákonného zmocnění v případě toho, kdo byl při provozování podniku pověřen určitou činností dle § 15 ObchZ.

založit jen podle českého práva. Subjektem smluvního vztahu v tomto případě tedy bude vždy česká právnická osoba zpravidla jako dceřiná společnost zahraniční mateřské společnosti, pokud tato bude nad ní vykonávat vliv. Subjektem v tomto případě může být také česká právnická osoba, která není ovládána (tudíž nemá status dceřiné společnosti), ale je součástí nadnárodního sdružení osob.

d) *Českou právnickou osobu* (obchodní společnost), která není součástí žádného celku. Kdo je v případě sub c) a d) oprávněn jednat jménem společnosti, tedy podepisovat smlouvy, řeší ustanovení obchodního zákoníku u jednotlivých forem obchodních společností.

K vykonávání poradenské činnosti jako podnikání potřebuje poradenská společnost oprávnění. Obecně stanoví § 21 odst. 4) ObchZ, že oprávnění zahraniční osoby podnikat na území České republiky vzniká ke dni zápisu této osoby případně organizační složky jejího podniku, v rozsahu předmětu podnikání zapsaném do obchodního rejstříku. Tento zápis nemá ovšem konstitutivní charakter, proto podnikání zahraniční osoby na území České republiky před zápisem nebude považováno za neoprávněné podnikání. Ve výše uvedeném případě sub a) nebudeme muset oprávnění zahraniční právnické osoby podnikat na území České republiky vůbec zkoumat, protože o podnikání nepůjde, jelikož nemá podnik a ani jeho organizační složku umístěnou na území České republiky [§ 21 odst. 3) ObchZ] a nejde o činnost soustavnou. To samozřejmě nevylučuje povinnost této osoby mít podnikatelské oprávnění dle práva, podle kterého byla založena.

V případě sub b) je situace již poněkud jiná. Poradenská společnost jako zahraniční právnická osoba vstupuje na území České republiky do smluvních vztahů jako podnikatel prostřednictvím své organizační složky. Tudíž podniká dle českého práva. To samé platí v případě sub c) a d), kdy vstupuje do smluvních vztahů česká (dceřiná) společnost (zahraniční právnické osoby). V obou případech je tedy potřebné, aby tyto subjekty měly podnikatelské oprávnění dle českého práva a toto bylo zapsané v obchodním rejstříku. Obchodní zákoník rozeznává živnostenské oprávnění, jiné oprávnění podnikat dle zvláštních předpisů a provozování zemědělské výroby jako podnikatelské činnosti [srov. ust. § 2 odst. 2) ObchZ]. Poradenská činnost v rozsahu, ve kterém ji zkoumáme (management consulting) není předmětem úpravy žádného zvláštního zákona. Podnikatelské oprávnění těchto společností se tedy opírá o úpravu živnostenského zákona, který rozeznává živnosti ohlašovací a koncesované. Mezi

živnostmi ohlašovacími dále rozlišuje živnosti řemeslné, vázané a volné. Poskytování poradenských služeb v oblasti managementu, strategie společnosti a produktu zákon neváže na žádnou odbornou způsobilost³⁴, podobně zákon neklade zvláštní požadavky na osoby poskytující poradenství v oblasti informačních technologií, zpracování dat, či konzultační činnost a zpracování odborných studií a posudků. Většina poradenských společností má proto v obchodním rejstříku jako předmět podnikání zapsanou výrobu, obchod a služby neuvedené v přílohách 1 až 3 živnostenského zákona, tudíž činnosti v rozsahu živnosti volné, uvedené v příloze 4 živnostenského zákona. Pokud ale jde o poradenské společnosti původně výhradně zaměřené na vedení účetnictví, daňové poradenství a audit (jako např. PwC, Deloitte, Ernst & Young, atd), tyto disponují také oprávněním vykonávat činnost účetních poradců, vedení účetnictví, vedení daňové evidence, daňové poradenství, které spadají pod živnosti vázané uvedené v příloze 2 živnostenského zákona.

5.2.2 Klient

Klientem, podobně jako konzultantem, může být jak fyzická (nepodnikatel i podnikatel) tak právnická osoba (včetně státu), případně zájmové sdružení právnických osob. V případě obchodního consultingu se však fyzická osoba-nepodnikatel jeví jako dost nepravděpodobný subjekt smluvního vztahu. To samé lze říci o fyzické osobě-podnikateli, jelikož jde o poradenství, které je zaměřené na veliké ekonomické subjekty, často ve značné míře ovlivňující makroekonomické ukazatele – zejména banky, finanční a úvěrové instituce, velké energetické společnosti atd. Subjektem, který bude představovat stranu klienta ve smluvním vztahu s poradenskou společností, tak budou nejspíš právnické osoby – obchodní společnosti, případně stát, který dle § 21 ObčZ vystupuje v občanskoprávních vztazích³⁵ jako právnická osoba. Nelze vyloučit ani samosprávné územní jednotky, či státní organizace. Kdo je oprávněn jednat jménem podnikatele, upravují ustanovení obchodního zákoníku, v případě státu nalezneme tuto úpravu vesměs v zákoně č. 219/2000 Sb. o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích.

³⁴ Na rozdíl od činnosti účetních a daňových poradců, psychologického poradenství a poradenské činnosti v ochraně rostlin.

³⁵ Občanskoprávní vztahy jsou definovány jako právní vztahy, jejichž obsah tvoří subjektivní práva a právní povinnosti upravené občanským právem. In KNAPPOVÁ, M. a kol.: *Občanské právo hmotné. Svazek I.* 4. vyd. Praha: ASPI, a.s., 2005. 524 s. ISBN: 80-7357-127-7. s. 178.

5.3 Režim smluvního vztahu

Vzhledem k možné rozmanitosti subjektů (tuzemská i zahraniční osoba jako podnikatel, stát atd.) smluvního vztahu mezi poradenskou společností a klientem je nutné se zamyslet nad právním řádem, kterým se tento vztah bude řídit za předpokladu, že smluvní strany nevyužily autonomie smluvní vůle a nezvolily si rozhodné právo samy.

5.3.1 Smluvní vztahy s cizím prvkem

Vztah, kdy jeho oba subjekty jsou subjekty českého práva (jejich státní příslušnost je česká), se bude na principu osobní působnosti právních norem automaticky řídit právem České republiky. Může se ovšem stát, že jeden nebo dokonce oba ze subjektů nebudou osobami českého práva. Pak vzniká otázka, jakým právem se bude jejich smluvní vztah řídit.

Nabízí se několik možných situací:

- a) subjekty vztahu jsou česká právnická osoba a zahraniční právnická osoba, která nepodniká na území České republiky,
- b) subjekty vztahu jsou česká právnická osoba a zahraniční právnická osoba, která na území České republiky podniká prostřednictvím organizační složky podniku,
- c) subjekty vztahu jsou česká právnická osoba a česká právnická osoba, (která může být dceřinou společností zahraniční právnické osoby, ale také nemusí),
- d) oba subjekty vztahu jsou zahraniční osoby.

Ad sub a) je nesporné, že v tomto případě bude tato zahraniční právnická osoba ve vzniklém smluvním vztahu představovat mezinárodní prvek. Z toho plyne povinnost určit rozhodné právo, kterým se smluvní vztah řídí. „V případě, že jedna ze smluvních stran (klient) je český stát, má se podle některých názorů použít práva tohoto státu, pokud účastníci nezvolili rozhodné právo. Podle jiných se doporučuje použití zvláštního právního režimu s určitým uplatněním pravidel mezinárodního práva, popř. obecných zásad právní úpravy mezinárodních hospodářských vztahů. Domníváme se, že pokud by z případné mezinárodní smlouvy nevyplývalo něco jiného, není důvodu postupovat při určení rozhodného práva jinak, než ve vztahu bez přítomnosti státu.“³⁶

Jelikož v případě sub b) vystupuje jako subjekt smluvního vztahu zahraniční osoba prostřednictvím organizační složky podniku, a tato není samostatným subjektem

³⁶ KUČERA, Z. *Mezinárodní právo soukromé*. 7. vyd. Brno – Plzeň: Nakladatelství Doplněk a Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2009. 462 s. ISBN 978-80-7239-231-5. s. 265.

s vlastní právní subjektivitou, nýbrž prostřednictvím svého vedoucího představuje jen zákonného zástupce podnikatele³⁷, pak i zde bude přítomen mezinárodní prvek v podobě zahraniční právnické osoby a rozhodné právo bude potřebné zkoumat podobně jak v předešlé situaci.

Řešení situace popsané v případě sub c) je nasnadě. Oba subjekty jsou subjekty práva České republiky, tudíž se jejich vztah, za předpokladu, že si nesmluvily něco jiného, bude řídit českými právními předpisy. Fakt, že jeden subjekt je dceřinou společností zahraniční právnické osoby, na tomto řešení nic nemění. Dceřiná společnost má vlastní právní subjektivitu, vstupuje tak do smluvních vztahů svým jménem. I v případě, že oba subjekty nejsou subjekty práva České republiky [ad sub d)], může se za určitých okolností jejich vztah řídit naším právním řádem. Zejména, když se na použití norem českého práva smluvně dohodnou.

Jelikož ale tato práce pojednává o vztahu poradenské společnosti a klienta dle českých právních předpisů, nebudeme se otázkami rozhodného práva blíže zabývat.

5.3.2 Úprava občanského nebo obchodního zákoníku

Pokud jsme s jistotou uzavřeli, že se smluvní vztah dvou subjektů řídí českým právem, pak je nutné vyřešit, zda-li jde o občanskoprávní nebo obchodněprávní režim. Česká právní úprava závazkových vztahů je charakteristická dualistickou úpravou. Obecnou úpravu závazkových vztahů lze nalézt v občanském zákoníku (část osmá), specifickou úpravu pak představují ustanovení části třetí obchodního zákoníku, nazvané jako obchodní závazkové vztahy. „Obecně lze obchodní závazkové vztahy charakterizovat jako ty závazkové vztahy, o nichž je stanoveno, že se řídí obchodním zákoníkem.“³⁸ Které závazkové vztahy se řídí obchodním zákoníkem stanoví ust. § 261 odst 1) a 2) ObchZ (jde o tzv. relativní obchodní závazkové vztahy), § 261 odst. 3) a 4) ObchZ (tzv. absolutní obchodní závazkové vztahy) a § 262 odst. 1) ObchZ (tzv. fakultativní obchodní závazkové vztahy).

K určení, zda je smluvní vztah mezi poradenskou společností a klientem obchodním závazkovým vztahem, je nutné zkoumat povahu subjektů tohoto vztahu, povahu jejich činnosti, případně je nutné zjistit, zda-li neurčuje obchodní povahu tohoto vztahu sám zákon nebo dohoda účastníků.

³⁷ Srov. též rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 32 Odo 945/2002 ze dne 29. července 2003.

³⁸ PLÍVA, S.: *Obchodní závazkové vztahy*. 1. vyd. Praha: ASPI, a.s., 2006. 336 s. ISBN 80-7357-202-8. s. 17.

Taxativní výčet závazkových vztahů, které se řídí obchodním zákoníkem bez ohledu na povahu účastníků uvedený v ustanovení § 261 odst. 3) ObchZ neobsahuje vztah mezi poradenskou společností a klientem. S jistotou tedy nepůjde o absolutní obchodní závazkový vztah. Aby mohlo jít o relativní závazkový vztah ve smyslu § 261 odst. 1) ObchZ, musí být kumulativně splněny následující podmínky. Musí jít o vztah mezi podnikateli (příčemž povaha účastníků je rozhodující při vzniku závazkového vztahu) a při jeho vzniku musí být s přihlédnutím ke všem okolnostem zřejmé, že se týká jejich podnikatelské činnosti. Naproti tomu ust. § 261 odst. 2) ObchZ ke vzniku obchodního závazkového vztahu vyžaduje, aby šlo o vztah mezi státem nebo samosprávnou územní jednotkou a podnikatelem při jeho podnikatelské činnosti, jestliže se týká zabezpečování veřejných potřeb. „Zákon blíže veřejné potřeby nevymezuje. Obecně lze za veřejné potřeby považovat potřeby celostátní nebo potřeby určitého územního celku, popřípadě potřeby určitého věcného celku. Musí jít o potřeby zajišťované státem (státními nepodnikatelskými organizacemi) nebo samosprávnými územními celky.“³⁹

Vzhledem k výše uvedenému vymezení, že konzultant bude vždy podnikatelem a klient v zásadě také, a že poradenská společnost má za úkol hledat řešení obchodních problémů klienta, tedy jeho podnikatelské činnosti, lze předpokládat, že smluvní vztah poradenské společnosti a klienta bude na základě ust. § 261 odst. 1) ObchZ obchodním závazkovým vztahem právě proto, že byly splněny obě podmínky – i povaha subjektů i povaha jejich činnosti. V případě, že klientem bude stát, případně samosprávná územní jednotka, povaha závazkového vztahu bude odvislá od toho, zda se tento vztah týká zabezpečování veřejných potřeb. „Spolehlivým indikátorem může být financování předmětu plnění z veřejných prostředků. Typickým příkladem jsou závazky uzavírané v procesu zadávání veřejných zakázek financovaných z veřejných prostředků.“⁴⁰ Podobné bylo zmíněno již v úvodu této práce, že k uzavírání smluv mezi poradenskou společností a státem (a jinými veřejnými subjekty) jako klientem dochází na základě zadávacích řízení veřejných zakázek. Nejen tedy z tohoto pohledu lze uzavřít, že závazkový vztah mezi poradenskou společností a klientem, kterým je stát, případně samosprávná územní jednotka, bude vztahem obchodněprávním podle ust. § 261 odst.

³⁹ Tamtéž, s. 22.

⁴⁰ BEJČEK, J. a kol. *Kurs obchodního práva. Obchodní závazky*. 4. vyd. Praha: C. H. BECK, 2007. 535 s. ISBN 978-80-7179-781-4. s. 27

2) ObchZ, navíc však služby, které poradenská společnost v tomto případě státu poskytuje „slouží širšímu, než individuálně či úzce skupinovému zájmu.“⁴¹

V případě pochybností účastníků smluvního vztahu poradenské společnosti a klienta, zda se jejich vztah bude řídit občanským nebo obchodním zákoníkem, nabízí jim ust. § 262 odst. 1) ObchZ možnost zvolit si režim obchodního zákoníku vzájemnou dohodou. Toto ustanovení je limitováno povahou účastníku dle § 262 odst. 4) téhož zákona, které chrání smluvní stranu, která není podnikatelem, před „tvrdostí“ ustanovení obchodního zákoníku. Jde zejména o situace, když ustanovení občanského zákoníku nebo zvláštních právních předpisů o spotřebitelských smlouvách, adhezních smlouvách, zneužívajících klauzulích a jiná ustanovení směřující k ochraně spotřebitele jsou ve prospěch smluvní strany, která není podnikatelem.⁴² V těchto případech je nutné použít tato ustanovení před ustanoveními obchodního zákoníku.

⁴¹ Tamtéž. s. 27.

⁴² V případě, že klientem je stát, tedy „nepodnikatel“, se ust. § 262 odst. 4) ObchZ nepoužije vzhledem k tomu, že v § 261 odst. 2) ObchZ zákon státu přiznává postavení podnikatele. K tomu srov. tamtéž, s. 27.

6 POZNATKY A PROBLÉMY PŘI VÝKONU PORADENSKÉ ČINNOSTI

6.1 Praxe poradenských společností a typy smluv jimi uzavírané

Obchodní praxe poradenských společností a jejich klientů vytvořila v českém právním prostředí poměrně bohatou škálu smluv, které jsou uzavírány na takřka denní bázi. Tyto se liší nejenom formou (ústní, písemná nebo konkludentní), typem (smlouva o dílo, mandátní smlouva, smíšená nebo dokonce inominátní), ale také rozsahem (některé jsou koncipovány jako rámcové se řadou dílčích smluv, jiné si vystačí se základními ujednáními).

Jako „podklad“ závazkového vztahu mezi poradenskou společností a klientem v České republice převažuje písemná smlouva na téže listině. Nelze ovšem předčasně generalizovat. Jestli je podkladem vzniku závazkového vztahu mezi poradenskou společností a klientem skutečně písemná smlouva, závisí zejména od firemní kultury, obchodní politiky a strategie obou smluvních stran. V krajinách common law je ve skutečnosti poradenská činnost dennodenně prováděna na základě dohody „podáním rukou“.⁴³ Mnohé nadnárodní poradenské společnosti si tak do českého podnikatelského prostředí přinesly obchodní kulturu, která je založena na tzv. džentlmenských dohodách a k písemnému potvrzení dohody se uchylují nanejvýš v podobě tzv. letter of proposal (návrh spolupráce), který lze charakterizovat jako návrh na uzavření smlouvy dle § 43a ObčZ. Přijetím tohoto návrhu ze strany klienta (ať písemným, ústním nebo konkludentním dle § 43c ObčZ) dochází k uzavření smlouvy a tudíž ke vzniku závazkového vztahu. Častěji ovšem klienti trvají na sepsání smlouvy, ve které bude přesně vymezen nejen předmět smlouvy, ale také rozpočet, platební podmínky, délka spolupráce atd. Většina dotázaných společností uvádí, že na písemné smlouvě trvají z účetních a daňově procesních důvodů. Zdá se tedy, že na formě uzavíraných smluv se podílí nejenom firemní kultura, vzájemná důvěra smluvních partnerů, ale také legislativa, která v mnoha případech (např. daňové či soudní řízení) považuje smlouvu uzavřenou ústně za hůře prokazatelnou.

⁴³ „In reality, however, consulting work is performed on handshake every day.“ BIECH, E. – SWINDLING, L. *The Consultant's Legal Guide: A Business of Consulting*. 1. vyd. San Francisco: Jossey-Bass/Pfeiffer, 2000. 290 s. ISBN 0-7879-4763-6. s. 128

Z hlediska obchodního zákoníku ovšem není pro smlouvu mezi poradenskou společností a klientem stanovena obligatorní písemná forma, ledaže v souladu s ust. § 272 odst. 1) ObchZ jedna ze smluvních stran při jednání o uzavření smlouvy projeví vůli, aby smlouva byla uzavřena písemně.

6.1.1 Subsumce smlouvy o poskytování poradenské činnosti pod zákonný smluvní typ

Pokud se smluvní strany shodly na sepsání písemné smlouvy o poskytování poradenských služeb, „otázka jejího typologického zařazení do systému zákonných smluvních typů se pro uživatele práva jeví zřídka kdy jako naléhavá, protože se strany ve své smlouvě snaží – dle vzoru anglo-americké smluvní praxe – o obsáhlou úpravu všech myslitelných detailů až k různým typům vad plnění (porušení smlouvy), takže pro zákonnou úpravu sotva zůstává prostor. Kromě toho mezinárodní smlouvy o poskytování poradenských služeb jsou často podřízeny právu „hostitelské země“ případně anglickému nebo francouzskému právu.“⁴⁴ I v České republice je praxe podobná a také velice bohatá. Jsou společnosti, které uzavírají jenom ústní dohody, jiné sepisují obsáhlé smlouvy, ve kterých si často pro případ řešení sporů stanoví rozhodčí doložku. Proto také nenalezneme v rozhodovací praxi českých soudů (častokrát ani zahraničních) mnoho judikátů týkajících se výkladu smlouvy o poskytování poradenské činnosti. Přesněji řečeno, nenašli jsme žádný.

Otázka subsumce smlouvy o poskytování poradenské činnosti pod některý ze zákonných smluvních typů se proto dle výše uvedeného jeví spíše jako akademická⁴⁵ a naším cílem rozhodně není jednoznačně říci, jestli je smlouva o poskytování poradenské činnosti smlouvou mandátní, smlouvou o dílo nebo jiným zákonným smluvním typem. Naším cílem v této části je prozkoumat, kterou ze zákonných úprav smluvních typů je možné použít subsidiárně v případě, že si smluvní strany ve smlouvě nevymezily všechny myslitelné detaily.

⁴⁴ Die Frage der typologischen Einordnung des Consultingvertrags in das System der gesetzlichen Schuldvertragstypen stellt sich nur selten für den Rechtsanwender mit Dringlichkeit, denn die Parteien bemühen sich in ihrem Vertrag – in Anlehnung an die anglo-amerikanische Vertragspraxis – um eine umfangliche Regelung aller denkbaren Einzelheiten bis hin zu verschiedenen Leistungsstörungen, so daß für gesetzliche Regelung kaum ein Anwendungsbereich verbleibt. Internationales Consultingverträge werden zudem häufig dem Recht des „Gastlandes“ bzw. englischem oder französischem Recht unterstellt. VON STAUDINGERS, J. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schulverhältnisse*. 13.vyd. Berlin: Dr. Arthur L. Sellier & Co. – Walter de Gruyter & Co., 1995. Kapitola 7., s. 602.

⁴⁵ Srov. tamtéž, s. 603.

„Obecně lze říci jen tolik: Při dlouhodobých smlouvách o poskytování poradenských služeb se často nabízí právní úprava služební smlouvy⁴⁶, u projektové poradenské činnosti spíše úprava smlouvy o dílo.“⁴⁷ Úvaha, jestli lze podobné smluvní typy použít i v českém právním prostředí, je nastíněna níže.

Jestli se poradenská činnost obecně přibližuje svým charakterem smlouvě o dílo, mandátní smlouvě nebo dokonce pracovní smlouvě, je náročné uzavřít vzhledem k různorodosti poskytovaných poradenských služeb. Každou smlouvu bude proto potřeba poměřovat s ohledem na konkrétní subjekty a konkrétní předmět smlouvy. Níže jsme se zaměřili na rozbor poradenské činnosti v oboru management consultingu z pohledu určitých vlastností této činnosti, které mohou být při určování smluvního typu rozhodující.

Management consulting, jak byl definován v kapitole 5.1.1, je interaktivní, intelektuálně kreativní proces mezi poradcem a klientem, který pomáhá managementu klienta při identifikaci a řešení obchodních i podnikových problémů, jako i doprovází implementaci navržených opatření.

Je předmětem zkoumaných vztahů činnost nebo výsledek?

Předmětem smlouvy, obsahem závazku, je tedy dle výše uvedené definice činnost, která vede k výsledku v podobě návrhu řešení a toto řešení by mělo po jeho úspěšné implementaci vést k dosažení cíle, kvůli kterému se klient obrátil na služby konzultanta. Tento cíl si klienti definují různě. Jako příklad můžeme uvést: posílení postavení společnosti klienta na trhu s elektronickými platebními instrumenty; porovnání kvality a cenové hladiny služeb klienta oproti jeho konkurentům (benchmarking) a navržení postupu, jak dosáhnout lepší nebo alespoň stejné úrovně; snížení počtu zaměstnanců klienta zefektivněním vnitřních procesů (personální audit a s tím související návrhy na zlepšení); strategie a možnosti expanze společnosti klienta na energetický trh na zemí bývalé Jugoslávie apod.

⁴⁶ Dienstvertrag je obecně smlouva o určité činnosti, práci, u nás nahrazena pracovními smlouvami dle pracovního zákoníku. K tomu srov. též. BEJČEK, J. a kol.: *Kurs obchodního práva. Obchodní závazky*. 4. vyd. Praha: C. H. BECK, 2007. 535 s. ISBN 978-80-7179-781-4. s. 320 - 325.

⁴⁷ Nur soviel läßt sich verallgemeinernd sagen: Bei Dauerberatungsverträgen wird zu allermeist das Dienstvertragsrecht, bei Projektberatungsverträgen vielfach das Werkvertragsrecht naheliegen. MARTINEK, M. Consultingverträge. In VON STAUDINGERS, J. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schulverhältnisse*. 13.vyd. Berlin: Dr. Arthur L. Sellier & Co. – Walter de Gruyter & Co., 1995. Kapitola 7., s. 604.

„Smlouvou o dílo se zhotovitel zavazuje objednateli k vyrobení určitých výsledků. Výsledkem může být cokoliv, může jít o věci movité a nemovité nebo hmotné a nehmotné.“⁴⁸ Slovy českého zákonodárce se dílem rozumí (...) hmotně zachycený výsledek jiné činnosti [§ 536 odst. 2) věta první ObchZ]. „Podstatou závazku ze smlouvy o dílo je konání, činnost. Její vymezení v obchodním zákoníku toto pojetí potvrzuje. Jakákoli práce totiž vede konec konců k nějakému výsledku, a je tedy v širším smyslu prováděním nějakého díla.“⁴⁹ Podobně uvádí Štenglová, že „dílem je vždy určitá činnost. Od „díla“ je nutno odlišit „předmět díla“, kterým je výsledek činnosti, která je dílem.“⁵⁰ Obecně ovšem se smlouva o dílo řadí mezi „smlouvy o výsledku“. Zmíněná činnost totiž není určující, nýbrž až samotné dílo, tedy výsledek této činnosti.

Naproti tomu podstatou smlouvy mandátní je závazek jedné strany zařídit pro druhou stranu určité obchodní záležitosti. I zde je patrný jak obsah činnosti (zařízení), která směřuje k nějakému výsledku, tak tento samotný výsledek (obchodní záležitost). Potud se zdá, že smlouva o dílo a mandátní smlouva jsou v podstatě totožné. Zákonodárce ovšem mandátní smlouvu koncipoval především jako smlouvu o činnosti, o čemž svědčí také ustanovení § 571 odst. 2) ObchZ, který stanoví, že mandatáři vzniká nárok na odměnu bez ohledu na to, zda-li tato činnost přinesla očekávaný výsledek, či nikoli. Tedy bez ohledu na to, zda skutečně došlo k zařízení oné záležitosti. „Z tohoto pohledu lze podstatu smlouvy mandátní charakterizovat jako smlouvu o „vynaložení úsilí“.“⁵¹ Výsledek zde, naproti smlouvě o dílo, není to podstatné, nýbrž činnost, která k němu může a nemusí dospět.

Jak tedy určíme, jestli se smlouva mezi poradenskou společností a klientem blíží spíš smlouvě o dílo nebo smlouvě mandátní, když jejími znaky jsou jak činnost (intelektuálně kreativní), tak dosažení nějakého výsledku (navržení řešení nebo přímo jejich implementace)? Pomoci nám může judikát Nejvyššího soudu Rakouska, který

⁴⁸ „Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Werkunternehmer gegenüber dem Werkbesteller zur Herstellung eines bestimmten Erfolges. Der Erfolg kann sehr verschieden sein, er kann sich auf bewegliche und unbewegliche Sachen beziehen und körperlicher oder körperlicher Art sein.“ WELSER, R. *Bürgerliches Recht II*. 13. vyd. Vídeň: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2007. 627 s. ISBN 978-3-214-14709-9. s. 254.

⁴⁹ BEJČEK, J. a kol.: *Kurs obchodního práva. Obchodní závazky*. 4. vyd. Praha: C. H. BECK, 2007. 535 s. ISBN 978-80-7179-781-4. s. 324.

⁵⁰ ŠTENGLOVÁ, I. Díl devátý: Smlouva o dílo. In ŠTENGLOVÁ, I. – PLÍVA, S. – TOMSA, M. a kol. *Obchodní zákoník. Komentář*. 11. vyd. Praha: C. H. BECK, 2006. 1508 s. ISBN 80-7179-487-2. s. 1246.

⁵¹ MAREK, K., *Smlouva mandátní a smlouva komisionářská*. Právní Fórum, 2006, roč. 3, č. 8. s. 283.

hledal argumenty pro podřazení smlouvy o poskytování poradenských služeb pod smluvní typy smlouvy o dílo nebo smlouvy služební⁵². Soud zde uzavírá, že „smlouva o poskytování poradenských služeb nemůže být díky svým rozmanitým formám subsumována pod jednotný zákonný smluvní typ. Naopak v konkrétním případě může jen určení právní povahy vést ke kvalifikaci, že jde o smlouvu o dílo nebo o smlouvu služební, nebo také k posouzení smlouvy jako kombinované dle prvků jednotlivých smluv. Jen ve výjimečných případech činnosti konzultanta jako agenta se samostatnými oprávněními rozhodovat a povinností hájit zájmy vyplývající z příkazů klienta, tedy jako správce cizího majetku, vstupují do smluvního vztahu také prvky příkazní smlouvy (prvky jednatelství). Smlouva o poskytování poradenských služeb se pak blíží právní povaze služební smlouvy, když je činností zameřená na výkon poradenství, působení a výkon práce konzultanta. Konzultant je zavázán k teoreticko-analytické a prakticko-kreativní intelektuální činnosti a svému klientovi musí objasnit a zprostředkovat nalezené řešení problému; nese podnikatelské riziko (riziko nedosažení úspěchu). Naproti tomu se smlouva o poskytování poradenských služeb blíží čistě právní povaze smlouvy o dílo, když směřuje k uskutečnění výsledků práce konzultanta, ty mohou být také nehmotné (např. tvorba počítačových programů – software). Zde poradce jako dodavatel plní až dosažením výsledku a nese podnikatelské riziko.“⁵³

Zřejmě podobně, jak uvádí soud, ani ve skutečnosti nebude toto rozlišení jednoznačné. Pokud bude poradenská společnost asistovat při implementaci software, bude předmětem jejího vztahu s klientem úspěšná instalace tohoto software a případné zaškolení personálu, jak ho používat. Toto ovšem není klasický příklad činnosti management konzultanta. Management konzultanti jsou čímsi jako „obchodními guru“,

⁵² Der Werk- oder Dienstvertrag.

⁵³ „Der Consultingvertrag kann seiner vielfältigen Erscheinungsformen wegen nicht einheitlich einem gesetzlichen Schuldvertragstyp zugeordnet werden. Vielmehr kann nur eine Rechtsnaturbestimmung im konkreten Einzelfall zu einer dienstvertraglichen oder werkvertraglichen Qualifizierung oder aber auch zu einer Einordnung als Typenkombinationsvertrag aus dienst- und werkvertraglichen Elementen führen. Nur in den Ausnahmefällen einer Tätigkeit als Consulting Agent mit selbständigen vermögensbezogenen Entscheidungsbefugnissen und mit weisungsgebundener Interessenwahrungspflicht, also als Verwalter und Betreuer fremden Vermögens, fließt auch eine geschäftsbesorgungsvertragliche Komponente in das Vertragsverhältnis ein. Einem Consultingvertrag kommt dann allein dienstvertragliche Rechtsnatur zu, wenn er tätigkeitsbezogen auf die Beratungsleistung als solche, auf das Wirken und die Arbeitsleistung des Consultant, ausgerichtet ist. Dieser schuldet theoretisch-analytische und praktisch-kreative Geistestätigkeit und muß die gefundenen Problemlösungen seinem Auftraggeber darlegen und vermitteln; ein Erfolgsrisiko trifft ihn nicht. Demgegenüber kommt einem Consultingvertrag rein werkvertragliche Rechtsnatur zu, wenn er erfolgsbezogen auf die Herbeiführung eines wertschöpfenden Arbeitsergebnisses des Consultant abzielt, das auch unkörperlich sein kann (zB Herstellung von Computersoftware). Hier erfüllt der Consultant als Werkunternehmer erst durch den Erfolgseintritt und trägt ein Unternehmerrisiko.“ Rozhodnutí Nejvyššího soudu Rakouska sp. zn. TE OGH 1999/10/19 4 Ob 265/99w ze dne 19. října 1999.

kteří zejména klientovi poskytují své znalosti, zkušenosti a schopnosti analyzovat pravděpodobný vývoj trhu, a tak poskytovat klientovi cennou pomocnou ruku při rozvoji jeho podnikání. Vezměme si výše nastíněný modelový příklad s elektronickými platebními instrumenty. Od prvního kontaktu s klientem a vymezení jeho problému, začíná na projektu (řešení problému) pracovat tým konzultantů. Nejprve sesbírají data „zvenčí“ [jaké elektronické platební prostředky jsou dnes dostupné na bankovním (finančním) trhu v České republice; jaký je poměr využití každého z nich; jaké jsou jejich plusy a minusy, výnosy a náklady na provoz a údržbu; jaké jsou příklady ze zahraniční „dobré praxe“; na jakých technologických řešeních se právě pracuje, ale dosud nebyly uvolněny na trh; atd.], „data zevnitř“ (jaké platební elektronické instrumenty má klient ve své nabídce; jaký podíl na celkovém trhu, na tom kterém instrumentu má klient; co musí zákazník klienta v současnosti udělat, aby disponoval některým z elektronických platebních instrumentů; jaká je obchodní strategie klienta v kontaktu se zákazníkem; jak rychle a do jaké míry chce klient posílit svou pozici na trhu s těmito instrumenty atd.) a poté je analyzují a navrhnou nejlepší řešení. Všechny tyto procesy probíhají více méně soustavně a průběžně. Důležité je, že za aktivní účasti klienta. Zjistit, co skutečně klient chce a co potřebuje, je pro konzultanta to nejzásadnější. Nepřijde na to ovšem tím, že bude ve své domovské kanceláři analyzovat tabulky a grafy vývoje trhu, ale pouze prováděním těchto činností při neustálé komunikaci s klientem s cílem odhalovat další nuance jeho skutkového stavu a přání. U některých projektů je toto sejetí s klientem užší (např. ve zmíněném projektu personálního auditu) v jiném volnější.

Jak již bylo výše nastíněno, konzultanta nelze činit vševědoucím a jeho kreativně intelektuální činnost sice směřuje ke kýženému cíli, výsledku (v tomto případě posílení postavení klienta na trhu s elektronickými platebními instrumenty), ale nemusí k němu dospět. Konzultant nemůže vědět, jestli třeba za týden nebude prolomena šifra, která brání prozrazení dat přenášených při platbě prostřednictvím elektronických platebních prostředků a jejich používání tak rapidně poklesne (alespoň na nějakou dobu). Konzultant nemůže vědět, jestli navrhované technologické novinky neobsahují nějaké skryté chyby atd.

Jestli se smlouva o poskytování poradenské činnosti blíží svou povahou smlouvě mandátní nebo smlouvě o dílo z hlediska předmětu této činnosti – tedy jestli je předmětem činnosti nebo výsledkem – bude pravděpodobně záležet i na tom, co můžeme

rozumět pod pojmem „obchodní záležitosti“, se kterým pracuje ust. § 566 odst. 1) ObchZ o mandátní smlouvě. „Obchodní záležitost může mít z právního hlediska dvojí povahu: a) uskutečňování právních úkonů jménem mandanta; b) faktická činnost, k níž zmocnění není třeba, např. vyhledávání smluvních partnerů, obstarání určitých informací, zjišťování určitých podmínek pro určitou činnost v budoucnu. (...) Faktická činnost musí být však kvalifikovatelná jako obchodní záležitost; v současnosti jsme však svědky dalšího již však nežádoucího posunu pojetí mandátní smlouvy v důsledku absence úpravy služební smlouvy. Současná praxe využívá houfně mandátní smlouvu jako smlouvu o úplatném provádění služeb náhražkou za chybějící obecnou úpravu smlouvy o provedení (závislé) práce.“⁵⁴ Domníváme se, že činnost management konzultanta je spíše faktickou činností, činností směřující k zařízení nějaké obchodní záležitosti (k uzavření více obchodů na trhu s elektronickými platebními prostředky), než k hmotně zachycenému výsledku, a blíží se tak spíš mandátní smlouvě než smlouvě o dílo. K tomuto závěru se přikláníme i přes to, že souhlasíme s názorem, že posun pojetí mandátní smlouvy k „smlouvě o provedení (závislé) práce“ je nežádoucí. Ostatně podobně uvádí i Martinek: „Pokud klientem očekávaný obchodní výsledek činnosti konzultanta nelze bez dalšího podrobit měření a důkazu objektivními metodami nebo se jeví závislý od nedozírných nevypočitatelných faktorů, musí se kvalifikace smlouvy o poskytování poradenských služeb přiklonit k služební smlouvě.“⁵⁵

Lze zprávu o činnosti konzultanta považovat za hmotně zachycený výsledek?

Výše jsme uvedli, že činnost konzultanta lze obecně rozdělit do několik etap (kontakt s klientem, analýza problému, sběr dat, návrh řešení, pomoc při implementaci řešení, atd.), a že po každé této etapě konzultanti většinou odevzdávají klientovi zprávu, tzv. deck. V našem modelovém případě by například klient dostal zprávu analyzující v současnosti dostupné elektronické platební instrumenty na bankovním (finančním) trhu v České republice; dále zprávu, která hodnotí klady a zápory, výnosy a náklady stávajících klientových elektronických platebních instrumentů atd. Na základě těchto informací pak konzultant, po poradě s klientem, zpracuje další zprávu, která bude

⁵⁴ BEJČEK, J. a kol.: *Kurs obchodního práva. Obchodní závazky*. 4. vyd. Praha: C. H. BECK, 2007. 535 s. ISBN 978-80-7179-781-4. s. 376.

⁵⁵ Soweit der vom Auftraggeber erwartete wirtschaftliche Erfolg der Beratungsleistungen sich eiener Messung und Prüfung mit objektiven Methoden ohnehin entzieht oder von unübersehbaren Imponderabilien abhängig erscheint, wird man zur Qualifikation des Consultingvertrags als Dienstvertrag neigen müssen. VON STAUDINGERS, J. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schulverhältnisse*. 13.vyd. Berlin: Dr. Arthur L. Sellier & Co. – Walter de Gruyter & Co., 1995. Kapitola 7., s. 604.

navrhovat dílčí kroky, které povedou ke zlepšení postavení klienta na trhu s elektronickými platebními instrumenty.

Nejvyšší soud ČR činí rozdíl mezi „jinou činností“ (jež se neváže k určité věci) jako dílem podle ustanovení § 536 odst. 1) ObchZ a mezi „jinou činností“ (jež nemá povahu právních úkonů), jejímž uskutečněním má být zařízena určitá obchodní záležitost pro mandanta podle ustanovení § 566 odst. 1) ObchZ v tom, že „jiná činnost jako dílo podle obchodního zákoníku se vždy váže k hmotně zachycenému výsledku, zatímco jiná činnost jako plnění z mandátní smlouvy je pouhou (samotnou) činností, nevázanou na určitý výsledek uložený na materiálním nosiči. Hmotné zachycení může být provedeno jakýmkoliv způsobem, tedy též např. výkresem, náčrtem, písemnou zprávou.“⁵⁶

„Předmětem plnění podle smlouvy o dílo je výsledek jiné činnosti, který je hmotně zachycen – např. projekt pro výstavbu „šitý na míru“ (nikoliv např. typové projektové podklady – výkresová dokumentace), individuálně zhotovené programové vybavení informačního systému na příslušném nosiči apod.“⁵⁷ Raban k tomu uvádí, že „činnost může být i „nehmotné povahy“ – např. vyřešení technického problému. Vztah: hmotnost – nehmotnost je v dané souvislosti relativní, nerozhoduje charakter aktivit (práce fyzická nebo duševní), ani zda výsledek činnosti je (může být) chráněn právy duševního vlastnictví. Relevanci má, zda je zachycen na hmotném médiu (jako jsou magnetický záznam, projekty, písemná zpráva apod.). To je určující znak smlouvy o dílo. Determinaci díla je tedy třeba provést vymezením vlastností hmotně zachyceného výsledku činnosti, který je předmětem díla.“⁵⁸

Na první pohled se zdá, že zprávy, které konzultant v průběhu své činnosti klientovi předává, splňují všechny znaky hmotně zachyceného výsledku. Výsledkem činnosti sbírání dat je zpráva o těchto datech. Výsledkem činnosti analýzy těchto dat je zpráva obsahující tuto analýzu. Mohlo by se tedy zdát, že činnost konzultanta je vlastně soubor několika smluv o dílo. Tento pohled ovšem není správný. Pokud by klient chtěl získat průzkum trhu, nepoptával by konzultingové služby, ale nechal by si zpracovat průzkum veřejného mínění, nebo trhu (a zde by již šlo čistě o smlouvu o dílo). Pokud by chtěl získat analýzu budoucího vývoje určitého segmentu trhu, nepoptával by konzultingové

⁵⁶ Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 23 Cdo 3049/2009 ze dne 31. srpna 2009.

⁵⁷ MAREK, K., *Ke smlouvě o dílo*. Právní Fórum, 2006, roč. 3, č. 12. s. 422.

⁵⁸ BEJČEK, J. a kol.: *Kurs obchodního práva. Obchodní závazky*. 4. vyd. Praha: C. H. BECK, 2007. 535 s. ISBN 978-80-7179-781-4. s. 320 - 327.

služby, ale nechal by si zpracovat u jakékoliv analytické společnosti potřebnou studii, atd. Těžiště práce konzultanta spočívá ve zpracovávání údajů, které tyto zprávy obsahují. Přidaná hodnota konzultanta je v jeho *analytických schopnostech* vidět v daných informacích, číslech a datech slabiny a silné stránky jak klienta tak trhu a na základě toho navrhopvat takové kroky, které umožní rozvoj klienta. Toto je předmětem vztahu mezi konzultantem a klientem, nikoliv produkování zpráv.

Jiná situace nastává v případě finální zprávy, která obsahuje navrhované řešení. Tuto zprávu již lze slovy zákona považovat za hmotné zachycení jiné (rozuměj poradenské) činnosti. V této zprávě konzultant popisuje detaily své analýzy a kroky navrhovaného řešení. Zhmotňuje tedy výsledek své práce. „Vyhotovení písemných posudků, zpráv, doporučení, návrhů zlepšení atd. je sotva pouhou vedlejší povinností, ale rovněž určujícím prvkem plnění, protože až takovéto ztělesnění uplatněných odborných znalostí a písemné vyhotovení myšlenkových výsledků konzultanta umožňují klientovi vykonanou duševní práci použít jako podklad pro rozhodnutí. Zhotovení posudků, zpráv o šetření nebo katalogů návrhů není jen pouhou „zprávou o vykonané duševní činnosti“, ale zhmotněný výsledek práce, který v jeho „ztělesnění“ musí být bezchybný.“⁵⁹ Martinek proto uzavírá, že v komplexnosti je nutno na smlouvu o poskytování poradenských služeb nahlížet jako na smlouvu smíšenou (s prvky smlouvy služební i smlouvy o dílo), případně inominátní.

Také v rozhodnutí 23 Cdo 3049/2009 posoudil Nejvyšší soud ČR smlouvu, ve které se jedna strana zavázala k inženýrské činnosti obsahující soubor pracovních úkonů (operací nutných pro zpracování výkresové dokumentace v rozsahu územního rozhodnutí), které měly směřovat k určitému hmotně zachycenému výsledku (k písemnému předprojektovému zpracování trasy zamýšlené liniové stavby a k technické zprávě, jako podkladům pro zpracování projektové dokumentace) jako smlouvu o dílo.⁶⁰ Podobně zhodnotil Nejvyšší soud smlouvu, ve které byl zhotovitel povinen

⁵⁹ „...ist die Erstellung von schriftlichen Gutachten, Berichten, Empfehlungen, Verbesserungsvorschlägen usw kaum bloße Nebenpflicht, sondern gleichfalls prägendes Leistungselement, denn erst eine solche Verkörperung der angewandten Fachkenntnisse und schriftliche Fixierung der Denkergebnisse des Consultant ermöglichen dem Klienten, die geleistete Geistesarbeit als Erscheidungsgrundlage zu nutzne. Die Erstellung des Gutachtens, des Untersuchungsberichts oder des Vorschlagkatalogs ist nicht nur schlichter „Tätigkeitsbericht“ über die geleistete Geistesarbeit, sondern ein körperliches Arbeitsergebnis, das in seiner Körperlichkeit fehlerfrei sein muß.“ VON STAUDINGERS, J. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schulverhältnisse*. 13.vyd. Berlin: Dr. Arthur L. Sellier & Co. – Walter de Gruyter & Co., 1995. Kapitola 7., s. 605.

⁶⁰ Srov. Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 23 Cdo 3049/2009 ze dne 31. srpna 2009.

vytvořit návrh pěstebně technických opatření pro zmírnění (případně eliminaci) škod způsobených větrem.⁶¹

Vrátíme-li se zpět ke větě Rabana, že „determinaci díla je tedy třeba provést vymezením vlastností hmotně zachyceného výsledku činnosti, který je předmětem díla“, musíme od začátku přesně vymežit, co bude obsahem této „závěrečné zprávy“.⁶² Pokud by klient věděl, jaké řešení a kroky potřebuje učinit, nepoptával by poradenský servis. Zřejmě proto nebude schopen vymežit obsah zprávy detailně, ale jen rámcově. Otázka tedy zní, zda je dostatečně určité vymezení díla jako zprávy obsahující postup a řešení, jak posílit postavení společnosti klienta na trhu s elektronickými platebními instrumenty.

Ve světle výše nastíněných judikátů se zdá, že ano. V jiných případech se soud vyjádřil, že § 536 odst. 1) ObchZ vyžaduje, aby se zhotovitel zavázal k provedení určitého díla. „Za označení určitého díla není možno považovat určení díla tak, že je vymezeno jen obecně. Pro určité označení díla nestačí, jestliže má zhotovitel provést jen obecně určené topenářské a vodoinstalatérské práce.“⁶³ V jiném rozhodnutí soud uzavírá, že „v písemném vyhotovení smlouvy o dílo stačí obecné vymezení díla jako provedení truhlářských prací, pokud jejich rozsah bude upřesněn dodatečně ústně nebo písemně.“⁶⁴ Je nutné podotknout, že soudních rozhodnutí o určitosti díla, které nespočívá ve stavebních nebo jiných manuálních pracích, je dosud málo. Je tak možné, že vzhledem k časté nemožnosti předem určit vlastnosti zhmotněného výsledku tvůrčí intelektuální činnosti, bude na určitosti díla v těchto případech soud méně apelovat a tudíž bude postačující i vymezení obecné.

Z dosavadního vývoje soudní i obchodní praxe lze uzavřít, že zpráva konzultanta je považována za dílo dle § 536 odst. 2) ObchZ. Z tohoto pohledu je proto nutné na vztah konzultanta a klienta pohlížet jako na vztah objednatele a zhotovitele dle ustanovení o smlouvě o dílo. Lze ovšem vyjádřit pochybnosti, zda je tato nastolená koncepce správná. Jedním z účelů smlouvy o dílo jako smlouvy upravující činnost směřující k výsledku v porovnání např. s pracovní smlouvou je, že objednatel má právo uplatnit vůči zhotoviteli odpovědnost za vady díla. Dle ust. § 560 odst. 1) ObchZ má dílo vady,

⁶¹ Srov. Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 32 Odo 1403/2005 ze dne 28. března 2007.

⁶² Je zřejmé, že zde nelze hovořit o vlastnostech zprávy. To totiž evokuje technické požadavky na její zpracování (elektronická, papírová, velikost písma, grafické zpracování, atd.), nikoliv požadavky na její obsah.

⁶³ Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 23 Cdo 2006/2009 ze dne 9. července 2009.

⁶⁴ Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 29 Odo 14/2001 ze dne 28. srpna 2001.

jestliže provedení díla neodpovídá výsledku určenému ve smlouvě. Aby mohlo dojít k uplatnění vad z díla, klade toto ustanovení obrovský důraz na přesnou specifikaci vlastností díla ve smlouvě. Výše jsme uvedli, že Nejvyšší soud ČR v případě děl spočívajících v jiném výsledku činnosti než zhotovení věci, montáži, údržbě, opravě nebo úpravě věci, zejména v činnostech spočívajících ve vyhotovení nějakých studií a zpráv, je dost benevolentní k určitosti vymezení vlastností (obsahu) těchto děl. U zpráv konzultanta je tato specifikace navíc často a priori vyloučena. Je proto na místě se ptát, jaké vady by mohl objednatel uplatňovat, kdyby obdržel několikastránkovou zprávu obsahující postup a řešení, jak posílit postavení společnosti klienta na trhu s elektronickými platebními instrumenty? Tak zřejmě by byla vadná, kdyby nebyla dodána vůbec nebo kdyby neobsahovala postup nebo řešení. Ovšem další vady při tak obecném vymezení díla budeme hledat stěží. Proto je také na místě se ptát, jestli vzhledem k tomu, že podstata poradenské činnosti není v podání zprávy, nýbrž v aktivní spolupráci klienta a konzultanta, je vhodné upravovat tuto činnost čistě v rámci smlouvy o dílo. Domníváme se, že mnohem vhodnější je použít ustanovení o smlouvě o dílo jen subsidiárně, a to u těch produktů konzultanta (odevzdávaných zpráv), u kterých je možné od počátku přesně stanovit jejich obsah. Na ostatní otázky závazkového vztahu mezi poradenskou společností a klientem se nám jako vhodnější jeví použít ustanovení o mandátní smlouvě.

Jedná konzultant jménem klienta?

V případě daňových a účetních poradců je to zřejmé – jsou zmocněni k tomu, aby za klienta jednali s úřady a podávali daňové přiznání. V případě management konzultantů si lze (zřejmě až v průběhu implementace řešení) představit, že budou třeba jednat se zákazníky nebo obchodními partnery klienta a vyjednávat v jeho prospěch lepší smluvní podmínky.

„Při mandátní smlouvě jde o jednání za jiného na smluvním základě. Takové jednání lze realizovat i na základě jiných smluv podle občanského nebo obchodního zákoníku, příp. zvláštních předpisů.“⁶⁵ Mezi tyto jiné smlouvy ovšem nepatří smlouva o dílo. Tento pro mandátní smlouvu typický prvek však není a neměl by být prvkem smluvního vztahu poradenské společnosti a klienta. Podobně by klient neměl po konzultantovi žádat, aby on rozhodoval o tom, které řešení se bude implementovat. Není ani typické, aby konzultant rozdával příkazy zaměstnancům klienta.

⁶⁵ MAREK, K., *Smlouva mandátní a smlouva komisionářská*. Právní Fórum, 2006, roč. 3, č. 8. s. 283.

„Těžiště smlouvy o poskytování poradenských služeb spočívá v úplatném poskytování obchodního a podnikohospodářského („Management Consulting“) nebo inženýrskotechnického („Consulting Engineering“) poradenství konzultanta pro klienta. Poradenství je vykonáváno inter partes s cílem poskytnout klientovi odborné znalosti konzultanta pro návrh a zpracování řešení problémů. Již z povahy činnosti je to „vnitřní vztah“. Proto konzultant typicky nežádá a ani neobdrží od klienta oprávnění rozhodovat, která z jím navržených variant řešení bude finální, ani se nenechává zmocnit k tomu, aby přijaté řešení pro klienta (směrem ven ke třetím stranám) provedl a realizoval. (...) Neomezí-li se ale poradce jen na to, aby objasnil stav věci a vysvětlil ho klientovi, nýbrž se pokouší jménem klienta vůči třetím osobám o realizaci jeho zájmů na odstranění údajných chyb, opouští tak oblast své činnosti danou mu právními předpisy.“⁶⁶

Problematika jednání jménem klienta úzce souvisí s tzv. fenoménem „půjčování zaměstanců“ a také se dotýká práce již zmíněných on-site konzultantů, kteří jsou v průběhu celého projektu přítomni na pracovišti klienta a zde vykonávají poradenskou činnost.

Půjčování zaměstnanců, jak je známé v poradenské hantýrce, je nanejvýš nestandardní postup, ke kterému se uchylují jak klient tak konzultant pouze v extrémních případech. Například, když náhle zemře výkonný nebo ekonomický ředitel klienta a nelze rychle najít kvalitní náhradu, bývají často právě konzultanti (kteří jsou díky svému úzkému sepejetí s podnikem klienta velice dobře informováni o všech jeho aktivitách a problémech a také díky svým odborným kvalitám) požádáni, aby na nezbytnou dobu převzali jejich role. Zde ovšem konzultant již nejedná v mezích vztahu poradenská

⁶⁶ „Das Schwergewicht des Consultingvertrages oder Unternehmensberatungsvertrages liegt in der entgeltlichen Erbringung von kaufmännisch-betriebswirtschaftlichen ("Management Consulting") oder ingenieurwissenschaftlich-technischen ("Consulting Engineering") Beratungsleistungen des Consultant für den Klienten. Die Beratungsleistungen finden inter partes mit dem Ziel statt, für den Klienten, dem der Consultant sein Expertenwissen zur Verfügung stellt, Problemlösungen zu erarbeiten und vorzuschlagen. Beratung besteht schon ihrem Wesen nach in einem Tätigwerden im Innenverhältnis. Der Consultant begehrt und erhält deshalb vom Klienten typischerweise weder Entscheidungsbefugnisse, um sich für eine der von ihm erarbeiteten und vorgeschlagenen Problemlösungsvarianten endgültig zu entscheiden, noch lässt er sich dazu ermächtigen, die beschlossene Problemlösung (etwa als dessen bevollmächtigter Vertreter) nach außen durchzusetzen und für den Auftraggeber zu realisieren. (...) Beschränkt sich jedoch - wie hier - der Unternehmensberater nicht allein darauf, den Sachverhalt aufzuklären und ihn seinem Klienten (samt Lösungsvorschlag) aufzuzeigen, sondern versucht er gegenüber Dritten namens seines Klienten dessen Interessen zur Beseitigung eines angeblichen Fehlers durchzusetzen, verlässt er den ihm von der Rechtsordnung eingeräumten Tätigkeitsbereich.“ Rozhodnutí Nejvyššího soudu Rakouska sp. zn. TE OGH 2001/07/10 4 Ob 145/01d ze dne 10.7.2001.

společnost a klient a tudíž nejde ani o výkon povinností vyplývajících ze smlouvy o poradenské činnosti (nebo alespoň by nemělo). Konzultant by zde měl být uvolněn z pracovního poměru dosavadního zaměstnavatele (poradenské společnosti) a přijat do pracovního poměru s novým zaměstnavatelem (bývalým klientem), případně by s ním měla být jako s fyzickou osobou uzavřena smlouva o výkonu funkce dle § 66 odst. 2) ObchZ.

Naproti tomu práce on-site konzultantů je zcela běžná v rámci smluvního vztahu poradenských společností a jejich klientů. Účelem neustálé přítomnosti konzultanta v místě klienta je zřejmý – co nejlépe pochopit skutečný problém klienta a být mu v jakékoliv situaci nablízku. Zda-li jde v tomto případě o závislou činnost, tedy pracovní vztah budou rozhodovat další skutečnosti. O rozdílech mezi prací zaměstnance klienta a nezávislého konzultanta pojednává Fishman, který mezi hlavní otázky rozdílnosti řadí podobně jako náš zákoník práce místo výkonu práce, způsob výpočtu odměny a toho, kdo ji vyplácí, výkon práce dle pokynů zaměstnavatele a na jeho odpovědnost, čas výkonu práce. Dále uvádí, že rozdíly lze spatřovat i v tom, že zaměstnancům jsou poskytovány veškeré materiály a nářadí potřebné k práci z prostředků a zásob zaměstnavatele, naproti tomu konzultant je povinen si je zabezpečit ze zdrojů své domovské společnosti (svého zaměstnavatele).⁶⁷ I když konzultant pracuje na pracovišti klienta a dostává od klienta určité pokyny, nelze je ztotožňovat s pokyny zaměstnavatele. Také nevykonává práci na účet (odpovědnost) klienta, nýbrž své poradenské společnosti. Ona jako právnická osoba odpovídá za výsledky práce svých konzultantů. Konzultant není placen přímo klientem, neřídí se jeho pracovní dobou a v zásadě ani nevyužívá jeho prostředků.

Lze proto uzavřít, že z hlediska jednání konzultanta vůči třetí osobám zde nejsou přítomny prvky zastoupení (mandátu) a v jednání vůči klientovi se tento vztah nepodobá vztahu pracovněprávnímu. Spíš zde lze hledat paralelu se smlouvou o dílo, konkrétně s ustanovením § 537 odst. 3) ObchZ, který zavazuje zhotovitele při provádění díla postupovat samostatně a není pokyny objednatele vázán, pokud se k jejich plnění výslovně nezavázal.

⁶⁷ Srov. FISHMAN, S. *Consultant & Independent Contractor Agreements*. 5. vyd. Barkeley: Nolo, 2005. 321 s. ISBN 1-4133-0373-0. s. 2/1 – 2/15.

Povinnost konzultanta postupovat de lege artis

Nejvyšší soud Rakouska již v roce 1999 řešil otázku jak ručení konzultanta za způsobenou škodu, tak vymezení specifického charakteru smlouvy o poskytování poradenských služeb.

Skutkovým stavem byl spor žalobkyně paní Margarety K., spolčnice v komanditní společnosti, proti panu Mag. Guenterovi A., poradci, o zaplacení 5 mil. šilinků jako náhrady škody za opominutí povinnosti vyplývající z povahy poradenské činnosti. Pan A. vykonával v průběhu roku 1993 pro společnost paní K., zabývající se provozováním papírnictví, poradenství převážně v oblasti účetnictví (plánování rozpočtu) a ekonomické analýzy budoucího vývoje jejího obratu. Žaloba spočívala na tvrzení paní K., že její společnost utrpěla ztrátu, když místo toho, aby ukončila provoz stávající prodejny z důvodu dlouhodobého nepříznivého vývoje, otevřela v nedalekém městě další prodejnu, což mělo pro celou společnost likvidační důsledky. Žalobkyně tvrdí, že žalovaný byl povinen jí doporučit novou prodejnu neotevírat a provoz stávající ukončit. Žalovaný se bránil tím, že příkaz žalobkyně nespočíval v ekonomické analýze vhodnosti kroku, který se rozhodla učinit, nýbrž v návržení rozpočtu a odhadu předpokládaného vývoje obratu této nové prodejny. Soud proto řešil otázku, za jakých podmínek nese konzultant podnikatelské riziko svého klienta.

Nejprve se soud zabýval otázkou, které ustanovení o povinnosti náhradě škody se v tomto případě použije. Uzavřel, že ustanovení § 1299⁶⁸ rakouského občanského zákoníku (dále také jen „ABGB“) stanoví povinnou péči (die Sorgfaltspflicht) osob, které jsou oprávněny veřejně vykonávat určité povolání. K nim patří všechna povolání, ke kterým je potřeba určité odbornosti a které jsou vykonávány samostatně, zejména lékaři, notáři, advokáti, architekti, atd. Toto ustanovení je speciální k § 1297 ABGB a stanovuje zvýšenou míru péče (odbornou péči), určenou podle objektivních schopností ostatních členů příslušné profese. Jelikož konzultanti jsou odborníci na poradenství v oblasti podnikání a jejich práce vyžaduje určitou odbornost i nezávislost, přisoudil Nejvyšší soud Rakouska povinnost odborné péče také konzultantům.

⁶⁸ Wer sich zu einem Amte, zu einer Kunst, zu einem Gewerbe oder Handwerke öffentlich bekennet; oder wer ohne Noth freywillig ein Geschäft übernimmt, dessen Ausführung eigene Kunstkenntnisse, oder einen nicht gewöhnlichen Fleiß erfordert, gibt dadurch zu erkennen, daß er sich den nothwendigen Fleiß und die erforderlichen, nicht gewöhnlichen Kenntnisse zutraue; er muß daher den Mangel derselben vertreten. Hat aber derjenige, welcher ihm das Geschäft überließ, die Unerfahrenheit desselben gewußt; oder, bey gewöhnlicher Aufmerksamkeit wissen können; so fällt zugleich dem Letzteren ein Versehen zur Last.

Druhá otázka, kterou se soud zabýval, se týkala rozsahu povinností a pravomocí konzultanta. Soud dospěl k závěru, že pro úspěšné určení povinností konzultanta je naprosto zásadní přesnost příkazů klienta. K tomu dodává, že „konzultant by se měl zásadně omezit na posouzení jemu předložených konkrétních problémů, pokud zjevné znaky nenasvědčují, že klient (třeba na základě nedostatku odborných znalostí) vymezil rozsah působnosti poradce k řešenému problému příliš úzce. Jedině v tomhle případě se má konzultant sám od sebe obrátit na klienta a navrhnout rozšíření působnosti.“⁶⁹

S uvedeným nelze než souhlasit. Odborná péče je profesionální péče, postup de lege artis. Povinnost provádět činnost s odbornou péčí stanoví obchodní zákoník jak pro zhotovitele díla v ustanovení § 556 ObchZ, ve kterém přikazuje zhotoviteli při provádění činnosti postupovat v rámci stanoveném smlouvou s odbornou péčí tak, aby se dosáhlo hmotně zachyceného výsledku činnosti určeného ve smlouvě, tak pro mandátáře v ustanovení § 567 odst. 1) Obchz, ve kterém přikazuje mandatáři postupovat při zářizování záležitosti s odbornou péčí. Ať už se tedy vztah konzultanta a klienta řídí ustanoveními smlouvy o dílo nebo mandátní smlouvy, v obou případech je konzultant povinen vykonávat poradenskou činnost s odbornou péčí. Implikace, proč by měl konzultant postupovat s odbornou péčí, by ovšem neměla být definována tak, že v případě, kdy se vztah řídí ustanoveními o smlouvě mandátní nebo o smlouvě o dílo, pak bude konzultant postupovat s odbornou péčí; ale spíše tak, že pokud je konzultant nezávislým odborníkem, pak by měl postupovat s odbornou péčí bez ohledu na to, jakým smluvním typem se jeho vztah s klientem řídí. O to víc, že často nebude smlouvu o poskytování poradenské činnosti možno podřadit pod jeden konkrétní smluvní typ.

Otázkou zůstává, zda lze tuto implikaci dovodit i v českém právním řádu. Rakouský soud tak učinil na základě ustanovení § 1299 ABGB o náhradě škody způsobené zvláštním subjektem (příslušníkem svobodného povolání), v českých právních předpisech upravujících náhradu škody (§ 415 a násl. ObčZ nebo § 373 a násl. ObchZ) takové zvláštní ustanovení chybí.

Obecně dle uvedených ustanovení odpovídá za škodu ten, kdo poruší svou právní povinnost plynoucí jak ze zákona tak ze závazkového vztahu. Jestli tedy má nějaký

⁶⁹ „Ein Unternehmensberater darf sich grundsätzlich auf die Beurteilung des an ihn herangetragenen konkreten Problems beschränken, solange nicht deutliche Anzeichen dafür sprechen, dass der Auftraggeber (etwa auf Grund fehlender Fachkenntnisse) den Auftragsumfang für das zu lösende Problem zu eng gefaßt hat. Nur im letzteren Fall hat demnach der Berater von sich aus an seinen Klienten heranzutreten und ihm eine Erweiterung des Auftrags vorzuschlagen.“ Rozhodnutí Nejvyššího soudu Rakouska sp. zn. TE OGH 1999/10/19 4 Ob 265/99w ze dne 19. října 1999.

subjekt „větší“ povinnosti než ostatní s ním ve srovnatelném postavení, stanoví buď zákon nebo smlouva. Například v případě advokátů zákon nehovoří o péči řádného hospodáře ani odborné péči, pouze stanoví, že advokát je povinen chránit a prosazovat práva a oprávněné zájmy klienta a řídit se jeho pokyny a při výkonu advokacie je advokát povinen jednat čestně a svědomitě. Ovšem jejich povinnost postupovat při prosazování zájmů klienta s péčí profesionála lze pravděpodobně dovodit z ustanovení o příkazní smlouvě, kterými se vztah mezi advokátem a klientem většinou řídí⁷⁰ a které stanoví, že příkazník (advokát) je povinen jednat při plnění příkazu podle svých schopností a znalostí. Že znalosti v oblasti práva jsou větší u advokáta než u klienta, snad netřeba zdůrazňovat, proto je také advokát povinen je používat.

Také v případě členů představenstva učinil Nejvyšší soud ČR rozdíl mezi těmi členy, kteří mají odborné znalosti a kteří nikoliv. Z ustanovení § 194 odst. 5) ObchZ a tam uvedené péče řádného hospodáře dovodil, že „pokud má člen představenstva určité odborné znalosti, schopnosti či dovednosti, je povinen je při výkonu funkce – v rámci svých možností – využívat.“⁷¹ Nejvyšší soud tak obecnou péči řádného hospodáře „povýšil“ na péči *de lege artis* v případě, kdy někdo má odborné znalosti.

Podobně uvádí Munková v komentáři k § 567 odst. 1) ObchZ, že „i kdyby zákon mandatáři výslovně neuložil povinnost postupovat s odbornou péčí, podávala by se tato jeho povinnost již z jeho profesní odpovědnosti.“⁷²

Lze tedy uzavřít, že v českém právním prostředí se obecně přijímá názor, že kdokoliv, kdo disponuje určitými odbornými znalostmi, je povinen je používat a při jejich aplikaci postupovat s odbornou péčí. Přikláníme se tedy k názoru, že konzultant jako nezávislý odborník je povinen při provádění poradenské činnosti postupovat s odbornou péčí bez ohledu na to, zda si ji ve smlouvě smluvní strany sjednaly, nebo zda se jejich smluvní vztah subsidiárně řídí ustanoveními o smlouvě o dílo nebo smlouvě mandátní. Naopak, tuto povinnost konzultant mít nebude jenom tehdy, pokud si ve smlouvě výslovně sjednají, že „stačí“, když bude konzultant postupovat s péčí řádného hospodáře.

⁷⁰ Srov. ŠTENGLOVÁ, I. – PLÍVA, S. – TOMSA, M. a kol. *Obchodní zákoník. Komentář*. 11. vyd. Praha: C. H. BECK, 2006. 1508 s. ISBN 80-7179-487-2. s. 1276.

⁷¹ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 29 Odo 1262/2006 ze dne 30. července 2008.

⁷² ŠTENGLOVÁ, I. – PLÍVA, S. – TOMSA, M. a kol. *Obchodní zákoník. Komentář*. 11. vyd. Praha: C. H. BECK, 2006. 1508 s. ISBN 80-7179-487-2. s. 1278.

Z výše uvedeného rozboru a z tabulky č. 1 vyplývá, že smluvní vztah poradenské společnosti a klienta obecně vykazuje spíše znaky smlouvy o dílo než smlouvy mandátní. Podobně ale jako uzavřel Nejvyšší soud Rakouska, že vzhledem k rozmanitosti poradenské činnosti a specifikům každého smluvního vztahu nelze tento vztah jednoznačně subsumovat pod určitý smluvní typ⁷³, tak my také upozorňujeme, že tyto váhy se kloní na stranu smlouvy o dílo jen obecně. V konkrétních případech bude nutno zkoumat cíl a účel, který smluvní strany ve své spolupráci sledují a také zda si dohodly podstatné části stanovené v základním ustanovení té které smlouvy [§ 269 odst. 1) ObchZ] a až dle toho určit, jestli je smlouva, kterou uzavřely, smlouvou o dílo nebo mandátní, nebo dle ust. § 275 ObchZ více smluv v jedné. V případě inominátních kontraktů, které nevykazují žádné znaky typizovaných smluv, klade zákon v ustanovení § 269 odst. 2) ObchZ nároky na určitost předmětu závazků smluvních stran.

Tabulka č.1: Porovnání prvků smlouvy o dílo a mandátní smlouvy ve smlouvě o poskytování poradenských služeb

	Smlouva o dílo	Mandátní smlouva	Smlouva o poskytování poradenské činnosti
Charakter činnosti	zaměřená na výsledek; § 536 odst. 2) ObchZ	zaměřená na činnost; § 566 odst. 1) ObchZ	obecně zaměřená na činnost, v dílčích částech na výsledek
Závislost zavázaného (zhotovitele/mandanta/konzultanta) od pokynů oprávněného (objednatel/mandatáře/klienta)	obecně nezávislý, jen když se výslovně zaváže; § 537 odst. 3) ObchZ	závislý; § 567 odst. 2) ObchZ	obecně nezávislý při provádění činnosti, ale závislý při jejím vymezení (má následně vliv na konzultantovu odpovědnost za porušení povinnosti)
Povinnost zavázaného postupovat s odbornou péčí	ano; § 556 a § 561 ObchZ	ano; § 567 odst. 1) ObchZ	ano
Jednání jménem oprávněného (objednatel/mandanta/klienta)	ne	ano; § 566 odst. 1) ObchZ	ne

⁷³ Srov. také v německém závazkovém právu VON STAUDINGERS, J. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schulverhältnisse*. 13.vyd. Berlin: Dr. Arthur L. Sellier & Co. – Walter de Gruyter & Co., 1995. Kapitola 7., s. 603.

6.2 Smlouva o poskytování poradenských služeb

V kontrastu k obsáhlým smlouvám se současná praxe určitých poradenských společností, které pracují na základě ústních dohod a dobrých vztahů, zdá surrealistická. Lze ovšem souhlasit s Biechovou, že „řešením, jak se vyhnout právním problémům není ani tak uzavření smlouvy dle práva, jako jistota, že všechny strany chápou uzavřenou dohodu.“⁷⁴ Když mají obě strany jasno v tom, k čemu se zavázaly⁷⁵, lze předpokládat, že nedojde ke sporu a tudíž, že forma smlouvy není to podstatné. Proto je zřejmě možné, aby v poradenských obchodních vztazích existovaly takové extrémní vedle sebe – džentlmenské dohody i mnohastránkové rámcové smlouvy.

At' už si smluvní strany zvolí jakoukoliv formu smlouvy, je nutné, aby se shodly na určitých podstatných náležitostech. V této části práce bude proto nastíněno, které to jsou. Formou poznámek pak budou komentovány a rozebrány dvě smlouvy, které uzavřela Česká republika s poradenskými společnostmi a které byly autorce poskytnuty na základě zákona o svobodném přístupu k informacím.

6.2.1 Vymezení

„Smlouvy o poskytování poradenských služeb se uzavírají mezi příkazcem jako „klientem“ a poradcem nebo „konzultantem“ a jejich předmětem je úplatné poskytování obchodně-podnikatelských nebo inženýrsko-technických poradenských služeb konzultanta pro klienty.“⁷⁶ Zobecněním Martinkovy definice bychom mohli říci, že smlouva o poskytování poradenských služeb je *smlouva, kterou se jedna strana zavazuje poskytovat poradenské služby* (blíže specifikované v předmětu smlouvy) *a druhá strana se zavazuje zaplatit za to odměnu.*

Poznámka:

Obě smlouvy, které byly podrobeny analýze byly označeny jako smlouvy mandátní, přičemž:

⁷⁴ „The solution to avoiding legal problems is not legalizing an agreement as much as making sure all parties understand the agreement.“ BIECH, E. – SWINDLING, L. *The Consultant's Legal Guide: A Business of Consulting*. 1. vyd. San Francisco: Jossey-Bass/Pfeiffer, 2000. 290 s. ISBN 0-7879-4763-6. s. 128.

⁷⁵ Srov. též MAREK, K. – ŽVÁČKOVÁ, L. *Obchodní podmínky, obchodní zvyklosti a vykládací pravidla*. 1. vyd. Praha: ASPI, a.s., 2008. 282 s. ISBN 978-80-7357-333-1. s. 71.

⁷⁶ Consultingverträge werden zwischen einem Auftraggeber als dem „Klienten“ und einem Berater oder „Consultant“ geschlossen und haben die entgeltliche Erbringung von kaufmännisch-betriebswirtschaftlichen oder ingenieurwissenschaftlich-technischen Beratungsleistungen des Consultant für den Klienten zum Gegenstand. VON STAUDINGERS, J. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schulverhältnisse*. 13.vyd. Berlin: Dr. Arthur L. Sellier & Co. – Walter de Gruyter & Co., 1995. Kapitola 7., s. 599.

smlouva A uzavřená mezi Fondem národního majetku České republiky jako klientem a Goldman Sachs International jako poradcem o poskytování poradenských služeb a úkonů s tím souvisejících ve věci privatizace Komerční banky, a.s., ze dne 12. března 1998 byla uzavřena ve smyslu ust. § 566 a násl. ObchZ (dále také jen smlouva o privatizaci KB);

a

smlouva B uzavřená mezi Českou republikou – Ministerstvem financí jako klientem a sdružením právnických osob (Deloitte Advisory s.r.o. a CMS Cameron McKenna v.o.s) jako poradcem o poskytování poradenských služeb a úkonů s tím souvisejících při privatizaci majetkové účasti státu ve společnosti České aerolinie a.s., ze dne 14. listopadu 2008 byla uzavřena ve smyslu ust. § 566 a násl. a § 269 odst. 2) ObchZ (dále také jen smlouva o privatizaci ČSA).

6.2.2 Smluvní strany

Subjekty této smlouvy mohou být:

- a) podnikatel – podnikatel;
- b) podnikatel – fyzická osoba (spotřebitel), tuto variantu jsme ovšem v této práci vyloučili, jelikož management consulting obvykle nepoptávají fyzické osoby;
- c) podnikatel – stát (případně jiná veřejnoprávní korporace).

O smlouvě mezi dvěma nepodnikateli patrně nelze uvažovat, nakořik již z pojmu poskytování služeb vyplývá obchodní (podnikatelský) charakter této činnosti.

Při označení smluvních stran ve smlouvě je potřeba dbát na to, zda jde o osobu českého nebo zahraničního práva a dle toho dbát konkrétních zákonných požadavků. Na základě ustanovení § 13a odst. 1) ObchZ je podnikatel povinen na smlouvách uvádět údaj o své firmě, jménu nebo názvu (pokud jde o podnikatele – fyzickou osobu), sídle nebo místu podnikání a identifikačním čísle. Pokud je zapsán do obchodního rejstříku, tak také údaj o tomto zápisu, včetně spisové značky, případně údaj o zápisu do jiné evidence. V případě podniku zahraniční osoby nebo jeho organizační složky stanoví § 13a odst. 2) ObchZ také povinnost uvádět údaj o zápisu podniku nebo jeho organizační složky do obchodního rejstříku. Dle § 21 ObčZ je stát právnickou osobou, pokud je účastníkem občanskoprávních vztahů. Při jeho identifikaci jako smluvní strany je proto nutné uvést název (organizační složky státu) a adresu sídla. Podobné platí u ostatních veřejnoprávních korporací.

Uzavřít smlouvu jménem jak podnikatele – právnické osoby (učinit právní úkon), tak státu je pak dle § 20 ObčZ oprávněn ten, kdo je k tomu oprávněn smlouvou o zřízení právnické osoby, zakládací listinou nebo zákonem (statutární orgán).

Poznámka:

U smlouvy o privatizaci KB nebylo shledáno pochybení při označení smluvních stran, také bylo vzhledem k tomu, že poradcem byla zahraniční právnická osoba, určeno rozhodné právo, a to právo České republiky.

Podobně u smlouvy o privatizaci ČSA nebylo shledáno pochybení při označení smluvních stran. Za poradce (sdružení právnických osob) jednal zmocněnec na základě udělené plné moci. Určovat rozhodné právo nebylo potřeba, jelikož všechny zúčastněné strany byly osobami českého práva, i přesto tak předmětná smlouva učinila.

6.2.3 Předmět smlouvy - práva a povinnosti smluvních stran

Pojem předmět smlouvy teorie nezná. Zákon používá pojmy jako předmět koupě, předmět nájmu, předmět díla, ale samotný pojem předmět smlouvy nezná. Jde v souladu s díkí § 269 odst. 2) ObchZ o předmět vzájemných práv a závazků smluvních stran (předmět plnění), proto můžeme říci, že při vymezení předmětu smlouvy se také vymezují práva a povinnosti stran.

Jak již bylo výše řečeno, podstatou smluvního závazku je úplatné poskytování poradenských služeb. Aby bylo jasné, k čemu přesně je poradce zavázán a klient věděl, za co poskytuje úplatu, je potřebné, aby poskytované poradenské služby byly blíže specifikovány. Jde nejenom o naplnění zákonného požadavku určitosti právního úkonu dle § 37 odst. 1) ObčZ, ale také předpokladu pro vznik smlouvy o poskytování poradenských služeb jako smlouvy inominátní dle ust. § 269 odst. 2) ObchZ. „Toto určení musí zahrnovat jak kvalitativní vlastnosti plnění, tak i vlastnosti množstevní.“⁷⁷ Přesné vymezení smluvních práv a povinností je alfou a omegou každého závazkového vztahu. Kučera s ohledem na smluvní vztahy s cizím prvkem k tomu dodává, že „je žádoucí, aby strany co nejpodrobněji upravily ve smlouvě svá práva a povinnosti, zejména v nepojmenovaných kontraktech, zvláště uzavírají-li se smlouvy odpovídající novým formám hospodářských styků, pro které není v platných právních řádech k použití úprava určitého smluvního typu. Podrobnou smluvní úpravou se zužuje prostor pro uplatnění norem rozhodného práva a snižuje se praktický význam jeho určení.“⁷⁸

„Z logiky věci vyplývá, že většina smluvních stran vstupuje do závazkového vztahu s protichůdnými zájmy. To samé lze říci o zájmech klienta a konzultanta, přičemž

⁷⁷ HAJN, P. – BEJČEK, J. *Jak uzavírat obchodní smlouvy*. 2. vyd. Praha: Linde Praha, a.s., 2003. 284 s. ISBN 80-7201-415-3. s. 166.

⁷⁸ KUČERA, Z. *Mezinárodní právo soukromé*. 7. vyd. Brno – Plzeň: Nakladatelství Doplněk a Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2009. 462 s. ISBN 978-80-7239-231-5. s. 220

konzultant se zpravidla snaží stanovit obsah smlouvy jen na plnění poradenských povinností, aby vyloučil každé ručení za výsledky, které jsou očekávány od jeho práce; naproti tomu je často snahou klienta dosáhnout od konzultanta určitý druh garance úspěchu, přinejmenším ručení za bezvadnost pracovních výsledků.⁷⁹ Konsenzus je základem smlouvy a k jeho dosažení může v předmětných vztazích pomoci ekonomická teorie. Pokud je klient seznámen s teorií management consultingu a tudíž je mu známo, co management konzultant přesně dělá, pak po něm určitě nebude požadovat, aby za klienta jednal, případně se na něho nebude snažit jiným způsobem přenést riziko z učiněných rozhodnutí. To ovšem není vyloučeno, pokud s tím konzultant souhlasí.

Vzhledem k již poměrně propracované teorii (management) konzultingu, bohaté mezinárodní obchodní praxi a také činnosti profesních organizací, lze v této oblasti usuzovat na existenci určitých obchodních zvyklostí, které budou užitečné zejména tehdy, pokud nebude možné vzniklý závazkový vztah posoudit dle zákonných ustanovení a bude tedy nutné v souladu s ust. § 264 odst. 1) ObchZ a § 1 odst. 2) ObchZ⁸⁰ hledat jiné pravidla pro posouzení práv a povinností smluvních stran.

Obecně lze doporučit, aby se smluvní strany při vymezování předmětu svých závazků držely ekonomické teorie (management) konzultingu, aby v případě, že nevymezí své závazky úplně přesně, bylo možné použít poznatků této teorie a určit obsah jejich závazků pomocí obchodních zvyklostí. V souladu s teorií consultingu by strany měly určit:

- o jaký typ consultingu jde [management nebo engineering (inženýrský) consulting]; v našem případě jde o management consulting, proto je dále nutné, aby strany určily druh management consultingu:
 - consulting strategie podniku,
 - consulting strategie produktu,
 - consulting operativního managementu,
 - consulting personálního řízení,

⁷⁹ Angesichts der Interessenlage der Parteien ist leicht verständlich, daß der Consultant im Regenfalle bestrebt ist, lediglich die Erbringung einer Beratungsdienstleistung zum Vertragsinhalt zu erheben, um jede Haftung für einen aus seiner Arbeit erwarteten Erfolg auszuschließen; umgekehrt ist dem Klienten meist daran gelegen, eine Art Erfolgsgarantie vom Consultant zu erreichen, zumindest eine Haftung für die Mangelfreiheit des Arbeitsergebnisses zu erzielen. VON STAUDINGERS, J. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schulverhältnisse*. 13. vyd. Berlin: Dr. Arthur L. Sellier & Co. – Walter de Gruyter & Co., 1995. Kapitola 7., s. 603.

⁸⁰ MAREK, K. – ŽVÁČKOVÁ, L. *Obchodní podmínky, obchodní zvyklosti a vykládací pravidla*. 1. vyd. Praha: ASPI, a.s., 2008. 282 s. ISBN 978-80-7357-333-1. s. 67.

- consulting strategie informačních technologií (to již zasahuje do inženýrský consultingu), atd.
- dále, na jaké úrovni bude vybraný druh management consultingu prováděn:
 - úroveň infrastruktury (vnitřních procesů) klienta,
 - úroveň činnosti klienta („směrem ven“),
- a v neposledním řadě je důležitá otázka, do jaké fáze bude consulting prováděn:
 - do fáze prvotní analýzy,
 - do fáze návrhu řešení,
 - do fáze asistence u implementace řešení,
 - do fáze evaluace úspěšnosti implementace řešení.

Až pak je, dle našeho názoru, vhodné přistoupit k detailnímu popisu konzultantových povinností.

Pokud je ovšem klient v zásadě laik a není schopen přesně vymežit, co po konzultantovi požaduje, doporučuje se, aby stanovil alespoň účel poskytovaných poradenských služeb, neboli také cíl. „Pak je na dodavatelově (poradcově) odborné úvaze, aby zvolil odpovídající kvalitu plnění, která by účelu uvedenému ve smlouvě odpovídala.“⁸¹ Z definice cíle, který chce klient za pomoci konzultantových odborných znalostí dosáhnout, pak často vyplývá určení typu a druhu consultingu. Pokud je cílem návrh a implementace podnikového informačního systému, pak je zřejmé, že půjde o inženýrský consulting⁸². Například však, pokud bude cílem již zmiňované posílení postavení klienta na trhu s elektronickými platebními instrumenty, pak je zřejmé, že jde o management consulting v oblasti strategie produktu na úrovni činnosti klienta (kvalitativní určení) a pak je již jenom nutné stanovit, do jaké fáze bude konzultant vyžadován (množstevní určení) při dosahování stanoveného cíle.

Domníváme se, že další smluvní ujednání o tom, že konzultant je povinen odevzdat na konci etapy analýzy zprávu o výsledcích analýzy atp., jsou nadbytečná a postačí odkázat na obchodní zvyklosti dané hospodářsko-ekonomické oblasti. To zejména proto, že poradenské společnosti na základě zvyklostí obecně dodržují standardizované postupy (naznačené na obrázku č. 2), a kromě toho, že jsou s klientem v každodenním kontaktu, tak mu také (i bez explicitního vyjádření této povinnosti) předají výsledek své práce

⁸¹ HAJN, P. – BEJČEK, J. *Jak uzavírat obchodní smlouvy*. 2. vyd. Praha: Linde Praha, a.s., 2003. 284 s. ISBN 80-7201-415-3. s. 166.

⁸² Zde bude zejména vhodné, aby byly ve smlouvě vymezeny vlastnosti a komponenty tohoto systému. Ten pak bude považován za dílo ve smyslu ust. § 536 odst. 2) ObchZ.

v nějaké materializované podobě. To ovšem neznamená, že takovéto podrobnější vymezení konzultantových povinností nemá smysl. Na základě ustanovení smlouvy může být na výsledek práce konzultanta nahlíženo jako na dílo a tudíž při výkladu smlouvy (alespoň této její části) použita zákonná ustanovení o smlouvě o dílo. Na odevzdání zpráv může být také dále vázáno vyplacení odměny, atp. Specifičtější vymezení práv a povinností smluvních stran se také doporučuje v případě, když smluvní strany spolupracují poprvé a nelze tedy při výkladu jimi uzavřené smlouvy použít jejich dosavadní zavedené praxe nebo když jejich závazek vybočuje z obecné teorie consultingu, tedy když není dobře možné pro výklad použít obchodních zvyklostí.

Z hlediska určitosti předmětu závazků smluvních stran tedy považujeme za dostatečné například nasledovné znění:

Konzultant se zavazuje klientovi poskytovat poradenské služby v oblasti management consultingu, jejichž cílem je dosažení zlepšení postavení klienta na trhu s elektronickými platebními instrumenty.

Konzultant se zavazuje k provedení analýzy trhu s elektronickými platebními instrumenty a konkurenceschopnosti klienta na něm; k návrhu řešení, jak dosáhnout zlepšení klientova postavení na tomto trhu; asistenci při jeho implementaci a návrhu dalšího postupu pro udržení pozice klienta na trhu. Klient se zavazuje konzultantovi zaplatit za to odměnu.

Další, detailnější vymezení vzájemných závazků je možné a v praxi dost často prováděné formou příloh ke smlouvě. Zejména lze doporučit v případě, že klient má určité nároky na obsah, formu a charakter materializovaného výsledku činnosti konzultanta (poskytované zprávy), aby je blíže specifikoval.

Poznámka:

Ve smlouvě o privatizaci KB byl předmět závazku definován obecným ustanovením „Předmětem této smlouvy mezi poradcem a klientem je poskytování finančních poradenských služeb ze strany poradce klientovi v souvislosti s možným prodejem akcií Komerční banky a.s. ve prospěch jednoho nebo nízkého počtu strategických kupujících za úplatu v hotovosti ve smyslu usnesení vlády ČR. Klient pověřuje poradce jako svého výhradního finančního poradce v souvislosti s transakcí.

Plnění předmětu smlouvy bude probíhat ve dvou základních etapách, tj. v etapě přípravní a etapě realizační...“ ,na které navazovala příloha s detailním popisem realizačních kroků a požadovaných výstupů z každého kroku (etapy).

Dle teorie consultingu bychom takovéto vymezení zařadili do management consultingu - strategie podniku - úroveň infrastruktury, přičemž první etapa odpovídala prvotní analýze a návrhu řešení (slovy smlouvy: předběžné posouzení silných a slabých stránek banky, identifikace potenciálních kupujících, projednání alternativních privatizačních modelů, určení struktury transakce, strukturalizace marketingových materiálů, atd.) a druhá etapa odpovídala asistenci při implementaci - v této konkrétní smlouvě šlo spíše o samotnou implementaci, než jenom asistenci (slovy smlouvy: distribuce marketingových materiálů, přijetí a zhodnocení nabídek, jednání s upřednostněnými kupujícími, atd.). I když byla smlouva nadepsána jako smlouva mandátní, lze z obsahu smlouvy vyvodit, že v první etapě vykazují znaky smlouvy o dílo (v podobě požadovaných výstupních dokumentů z analýz)

spolu s inominátním kontraktem, zatímco v druhé etapě jde čistě o smlouvu mandátní (zařízení průběhu transakce – prodeje akcií banky).

Ve smlouvě o privatizaci ČSA byl předmět závazku definován obecným ustanovením „Poradce se zavazuje, že na základě této smlouvy bude ve prospěch ČR, zastupované MFČR a na jeho účet poskytovat jakékoliv služby a činnosti, včetně veškerých jejich materializovaných výsledků a výstupů, jež jsou poskytovány, vyvíjeny anebo dodávány poradcem na odpovědnost a účet poradce, zahrnující kompletní administraci výběrového řízení na jednorázový prodej akcií v rámci transakce.

Služby na základě této smlouvy budou poradcem poskytovány ve prospěch ČR, resp. MFČR ve dvou fázích, a to (i) ve fázi přípravné a (ii) fázi realizační.“

*V této o deset let mladší smlouvě již lze spatřovat vliv teorie consultingu, kdy je předmět závazku definován obecně jako služby poradce spolu se všemi materializovanými výstupy, které poradce **standardně** poskytuje. A zároveň v tom, že smlouva již nebyla nadepsána pouze jako smlouva mandátní dle § 566 ObchZ, ale také jako smlouva inominátní dle § 269 odst. 2) ObchZ. Také je cítit větší vliv právní kultury common law, kdy smlouva obsahuje 22 stran vlastního textu a dalších 10 stran příloh a svým obsahem pokrývá veškeré myslitelné aspekty vztahu mezi poradcem a klientem.*

Otázka je, jestli ona přílišná obecnost „jakékoliv služby“ nebrání dostatečnému vymezení závazku poradce. Nehledě na to, že poradcův závazek byl blíže specifikován v přílohách ke smlouvě, domníváme se, že ano. A to z důvodu, že z obsahu smlouvy je zřejmý cíl – výsledek, který chce klient za pomoci poradce dosáhnout – privatizaci majetkové účasti státu ve společnosti České aerolinie a.s. odprodáním akcií ČR nejvhodnějšímu investorovi. Z profese konzultanta jako odborníka pak plyne, že je to právě on, kdo musí vědět, jaké konkrétní služby a činnosti si dosažení tohoto cíle vyžaduje.

Rozdělení etap bylo podobné jako u smlouvy o privatizaci KB, přičemž charakter mandátní smlouvy je zde více patrný již i v první etapě, jelikož ze smlouvy vyplývá, že klient pověřil poradce k samostatnému učinění veškerých kroků, které jsou nezbytné anebo vhodné a účelné k naplnění účelu smlouvy. Zde je také nutné podotknout, že předmětný poradce (sdružení právnických osob, konkrétně Delloite Advisory s.r.o. a CMS Cameron Mckenna v.o.s.) není osobou podnikající čistě v management consultingu, nýbrž také daňovém, účetním a právním poradenství, proto se také charakter smlouvy více kloní k mandátní smlouvě, a dochází k zmocnění poradce jednat jménem klienta, což, jak jsme uvedli výše, není v management consultingu v čisté podobě velice časté.

6.2.4 Úplata (cena) za poskytované služby

Jelikož je smlouva o poskytování poradenských služeb smlouvou úplatnou, bude její nedílnou součástí stanovení ceny za poskytnuté služby. Pokud by se smlouva řídila ustanoveními o smlouvě o dílo, bylo by nutné v souladu s ust. § 536 odst. 3) ObchZ, aby byla dohodnuta cena nebo alespoň stanoven způsob jejího určení, ledaže by z jednání o uzavření smlouvy vyplývala vůle uzavřít smlouvu i bez tohoto určení. Pokud by se smlouva řídila ustanoveními o smlouvě mandátní, bylo by nutné v souladu s ust. § 571 odst. 1) ObchZ, aby smlouva stanovila výši úplaty mandátáře (poradce), jinak by byl mandant (klient) povinen zaplatit úplatu, která je obvyklá v době uzavření smlouvy za činnost obdobnou. Smlouvu o poskytování poradenských služeb ale nelze častokrát jednoduše podřadit pod konkrétní smluvní typ, a tak se i v případě závazku klienta vůči poradci (zaplacení ceny za poskytované služby) uplatní ustanovení § 269

odst. 2) ObchZ a § 37 odst. 1) ObčZ o určitosti závazku. Ovšem i bez určení konkrétní ceny bude mít zřejmě poradce nárok na cenu obvyklou, což vyplývá již z povahy vztahu jako synalagmatického.

Přesto je ale často praxí cena stanovena a to různými způsoby.

Metoda fixní ceny (Fixed-term Fixed-price / Lump-sum)

Stanovení ceny fixní částkou je jednou z nejjednoduchších možností. Poradce se zaváže provést určité činnosti a dostane bez ohledu na jejich náročnost, délku, počet osob, kteří na nich pracují atd., předem pevně stanovenou odměnu. I tato metoda má několik variant, například zvedající se fixní cena dle předem stanovených náhodných událostí (např. inflace).⁸³ Nevýhodné pro poradce se toto stanovení ceny stává, když špatně odhadne náklady spojené s prováděnou činností a v závěru není schopen dostat svému závazku bez toho, aby vzniklou ztrátu kryl ze svých zdrojů. Naopak, pokud se mu podaří činnost provést levněji, než předpokládal, je jeho zisk větší.

Úhrada hotových výdajů (Cost-reimbursable method)

Další možností, jak stanovit odměnu za poskytované služby, je úhrada hotových výdajů. Obchodní zákoník používá pojmy úhrada nutných a užitečných nákladů (např. § 588 ObchZ) a úhrada účelně vynaložených nákladů (např. § 572 ObchZ), jde v zásadě ale o to samé. Jsou to náklady, které poradci vznikly bezprostředně při provádění poradenské činnosti pro klienta – jde jak o náklady věcné (přeprava, tisk, telefony atd.), tak o náklady osobní (odměna za lidskou práci). „Základním předpokladem pro takovéto ujednání je, že klient platí veškeré náklady, jinak konzultant přestane vykonávat smlouvenou činnost. V těchto případech konzultant jedná jako agent (příkazník, mandatář) klienta, zatímco v případě ujednání fixní ceny jedná jako „principal“ (partner). Ujednání o úhradě hotových nákladů je používáno, když nelze přesně odhadnout náklady consultingu a když účetní systém poradce umožňuje klientovi monitorovat náklady poradce. Úspěch těchto ujednání se odvíjí od definice nákladů. Na počátku se musí konzultant i klient shodnout na tom, co je přípustné jako náklad.“⁸⁴

⁸³ Blíže srov. SHENSON, H. *The Contract and Fee-Setting Guide for Consultants and Professionals*. 1. vyd. New York: Wiley & Sons, Inc.; New York: University Associates Inc., 1990. 263 s. ISBN 0-471-51538-8. s. 19.

⁸⁴ „The underlying assumption for all these contracts is that the clients pay all costs or the consultant ceases performance. In this kind of contract consultants act as agents of the client, whereas they act as principals in a fixed-price contract. (...) Cost reimbursement contracts are used when the consultation cannot accurately estimate costs and when the consultant's cost accounting system enables clients to

V praxi se objevují i kombinace dvou výše uvedených možností. Nejčastěji je fixní cena stanovena jako odměna za lidskou práci a k tomu přistupuje ujednání o úhradě účelně vynaložených nákladů.

Metoda jednotkové ceny (Unit price method⁸⁵)

Nejčastěji se tento způsob stanovení ceny vyskytuje v podobě ceny za „človekoden“, tj. cena práce jednoho člověka za jeden den vykonávání smluvené činnosti. V takto stanovené odměně jsou většinou zahrnuty již i náklady, které v souvislosti s vykonávanou poradenskou činností konzultantovi vznikly. Oblíbenost tohoto modelu pramení z častého požadavku klientů vědět, kdo přesně bude na projektu klienta pracovat (jaké bude složení týmu konzultantů). Také pro konzultanty je tento model příznivý, neboť po nich není od začátku požadováno exaktní stanovení objemu práce, který si klientův projekt bude vyžadovat. Nevýhoda, kterou nese klient v podobě neurčitosti konečných nákladů, je často kompenzována stanovením tzv. stropu. Takové ujednání může znít například následovně: „Pokud není písemně klientem odsouhlaseno něco jiného, maximální výše klientových závazků za poskytované služby v době účinnosti této smlouvy nesmí přesáhnoutKč.“⁸⁶

Kromě výše uvedených způsobů určení odměny za poskytnuté poradenské služby v praxi určitých poradenských společností zdomácnělo sjednání bonusu. Toto ujednání spočívá v dodatečné odměně vyjádřené procentuální hodnotou z již poskytnuté odměny jako bonusu za spokojenost klienta se službami poradce. Jako protihodnotu nabízí tyto společnosti naopak možnost odečíst určité procento ze smluvené odměny, pokud klient nebyl se servisem spokojen. K této redukci odměny je klient dokonce častokrát oprávněn bez udání důvodu.

Spolu s určením odměny bývá často smluven také způsob platby. Odměna může být vyplacena jednorázově, ve splátkách, na začátku nebo na konci poskytování poradenských služeb. V případě povinnosti poradce odevzdat materializované výsledky své práce bývá výplata odměny často spojená s včasným a řádným odevzdáním

monitor the consultant's costs. (...) The success of these contracts depends on the definition of costs. At the outset, both consultant and client must agree on allowable costs." Tamtéž, s. 21.

⁸⁵ KUČERA, Z. – PAUKNEROVÁ, M. – RŮŽIČKA, K. a kol. *Právo mezinárodního obchodu*. 1. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008. 407 s. ISBN 978-80-7380-108-3. s. 292.

⁸⁶ „Unless otherwise agreed upon in writing by Client, Client's maximum liability for all services performed during the term of this Agreement shall not exceed \$_____". FISHMAN, S. *Consultant & Independent Contractor Agreements*. 5. vyd. Berkeley: Nolo, 2005. 321 s. ISBN 1-4133-0373-0. s. 5/5.

smluvených dokumentů, materiálů atd. U déletrvajících závazkových vztahů se doporučuje odměnu rozdělit do několik splátek (zejména proto, že poradenský servis může být drahý a při nárazovém hrazení dost náročný na likvidní prostředky klienta) a také stanovit přesná data jejich splatnosti. Přesné podmínky způsobu hrazení odměny se také doporučuje vymezit mezi smluvními stranami, které dosud nebyly v žádném vzájemném závazkovém vztahu. U ostatních je možné se při případném sporu odkázat na jejich dosavadní vzájemnou obchodní praxi.

Poznámka:

V případě obou smluv bylo stanovení odměny specifické vzhledem k charakteru činnosti, ke které se poradce zavázal. Obě smlouvy vymezily v první etapě povinnost konzultanta odevzdat materializovaný výsledek své práce, za který stanovily fixní odměnu. Tato odměna byla splatná

a) ve smlouvě o privatizaci KB po převzetí a schválení výstupních dokumentů klientem, přičemž toto schválení nemělo být klientem neodůvodněně odmítnuto; způsob platby byl stanoven v hotovosti a odměna takto stanovená obsahovala i nutně a účelně vynaložené náklady;

b) ve smlouvě o privatizaci ČSA za předpokladu řádného zpracování a včasného předání veškerých písemných zpráv specifikovaných v příloze ve lhůtě do třiceti pracovních dnů ode dne doručení příslušné faktury MFČR; odměna takto stanovená obsahovala i nutně a účelně vynaložené náklady.

Druhá etapa byla úspěšně ukončena zaplacením kupní ceny akcií investorem. Odměna poradce za práci vykonanou v druhé etapě byla shodně v obou smlouvách stanovena procentuálně z této kupní ceny (1,0% v případě smlouvy o privatizaci KB, 1,975% v případě smlouvy o privatizaci ČSA). Celková odměna poradce za poskytnuté poradenské služby (souhrně za etapu I. i etapu II.) pak byla stanovena rozdílem odměny za etapu II. a odměny za etapu I. (celková odměna = odměna etapu II. – odměna etapu I.).

6.2.5 Další (často) sjednané podmínky

Řádné označení smluvních stran, dostatečně určité vymezení jejich závazků a případně přesné stanovení ceny a způsobu její úhrady by měla obsahovat každá smlouva o poskytování poradenských služeb. Jelikož ale jde vesměs o kontrakt inominátní, na jehož formování má v praxi veliký vliv právní kultura common law, objevují se jako další smluvní ujednání ustanovení o tom, že klient neposkytuje poradci žádné materiály, prostor ani jiné pomůcky potřebné k výkonu poradenských služeb; klient nebude jménem poradce odvádět daně ani dávky na sociální a zdravotní pojištění; klient neposkytuje poradci ani jeho zaměstnancům žádné zaměstnanecké výhody.⁸⁷ Těchto ujednání je využíváno zejména tehdy, když poradcem je fyzická osoba - podnikatel a smluvní strany mají zájem na tom, aby jejich vztah nebyl státními orgány posuzován

⁸⁷ Srov. Tamtéž, s. 5/8 – 5/10.

jako vztah zaměstnanecký. Dále je časté stanovení povinnosti mlčenlivosti, vymezení zákazu střetu zájmu apod.

Ochrana důvěrných skutečností (confidentiality clause)

Účel tohoto ujednání je zřejmý. Při spolupráci poradce a klienta dochází k víceméně jednostrannému toku častokrát citlivých informací, které mohou být i předmětem obchodního tajemství klienta a který má proto zájem na tom, aby zůstaly tyto informace důvěrné a aby veškeré dokumenty je obsahující byly po skončení smluvního vztahu poradcem zničeny nebo vráceny klientovi. Bývají stanoveny výjimky, že si poradce může ponechat kopie se souhlasem klienta nebo ze zákonem stanovených důvodů. „Jedním ze způsobů jak smluvně zavázat někoho k mlčenlivosti je prostřednictvím smlouvy o mlčenlivosti. Ve smlouvě o mlčenlivosti smluvní strany souhlasí, že informace jsou tak důležité a hodnotné, že budou udržovány v přísné tajnosti.“⁸⁸ V případě obsáhlých rámcových smluv může ujednání o povinnosti mlčenlivosti být vtěleno do samostatné smlouvy, častěji ale bývá pouhým ustanovením přímo ve smlouvě o poskytování poradenských služeb.

Poznámka:

Obě zkoumané smlouvy obsahovaly ujednání o povinnosti mlčenlivosti poradce o veškerých údajích, informacích a skutečnostech, které mu byly poskytnuty za účelem plnění smlouvy. Ve smlouvě o privatizaci KB byla tato povinnost stanovena na časově neomezenou dobu, naopak ve smlouvě o privatizaci ČSA jen na dobu v průběhu účinnosti smlouvy a dobu dvanácti měsíců po jejím zániku. Zároveň byly v obou smlouvách stanoveny výjimky, kdy mohl poradce získané informace sdělovat svým přidruženým osobám nebo třetím stranám po předchozím souhlasu klienta.

Střet zájmů

Tímto ujednáním se poradce zavazuje, že nebude po určitou dobu poskytovat poradenské služby osobám, které mohou mít stejný zájem jako klient a také závazek, kterého účelem je, aby se poradce nedostal do vztahu s třetí osobou, jehož povinnosti k ní budou v rozporu s povinnostmi ke klientovi. Jde v zásadě také o ochranu důvěrných informací a obchodního tajemství klienta, které by mohl konzultant použít při provádění poradenské činnosti u konkurence klienta. V současnosti jde ale již o pravidlo profesní etiky konzultantů. Výše jsme nastínili, že praxe poradenských společností nabízí

⁸⁸ „One way to contractually bind a person to secrecy is through the use of a nondisclosure agreement. In a nondisclosure agreement, you and the other person agree that the information is important and valuable, that it will be maintained in strict confidence (...).” BIECH, E. – SWINDLING, L. *The Consultant's Legal Guide: A Business of Consulting*. 1. vyd. San Francisco: Jossey-Bass/Pfeiffer, 2000. 290 s. ISBN 0-7879-4763-6. s. 182.

system, jak zabezpečit, aby informace o jednom klientovi nebyly zneužity při poskytování poradenských služeb jinému klientovi. Toto je zabezpečováno zejména povinnostmi mlčenlivosti zaměstnanců poradenské společnosti.

Poznámka:

Smlouva o privatizaci KB obsahovala pouze ujednání, které zavazovalo poradce zamezit vzniku jakékoliv situace, jež by zapříčinila střet zájmů s jeho povinnostmi vyplývajícími ze smlouvy.

Naproti tomu smlouva o privatizaci ČSA obsahovala obsáhlé ustanovení o střetu zájmů a také o povinnosti poradce neposkytovat jakékoliv služby třetím osobám, jejichž zájmy by mohly být v rozporu se zájmy klienta. Tato povinnost nebyla stanovena pouze na členy týmu poradce, ale na něho jako právnickou osobu. Zároveň byla tato povinnost omezena na dobu následujících (i) šesti měsíců od realizace transakce, nebo (ii) dvanácti měsíců od zániku smlouvy z jiného důvodu podle toho, která z těchto skutečností nastane dříve.

Zajímavostí ustanovení o střetu zájmu je, že smlouva zde již odkazuje na mezinárodně uznávanou praxi. Konkrétně: „Poradce se zavazuje, že v souladu s mezinárodně uznávanou praxí vynaloží po celou dobu trvání této smlouvy veškeré úsilí a přijme veškerá potřebná opatření k zamezení jakéhokoli skutečného střetu zájmu (...) a zavazuje se v souladu se svou obvyklou praxí, nicméně alespoň v mezinárodně uznávaném rozsahu, že bude vyvíjet veškeré nutné úsilí a přijímat veškerá potřebná opatření, která lze požadovat, k eliminaci jakéhokoli i potenciálního střetu zájmů, který hrozí vzniknout.“

Lze uzavřít, že na znění dnešních smluv o poskytování poradenských služeb má již značný vliv činnost profesních komor a samotných poradenských společností, které vytvářejí mezinárodně uznávanou praxi. Při výkladu jednotlivých smluv je proto nutné brát v potaz také význam jednotlivých ustanovení, který jim přiznává mezinárodní obchodní praxe v daném odvětví a to i bez toho, aby na ně bylo ve smlouvě odkazováno [§ 264 odst. 1) ObchZ].

Škoda způsobená třetí straně (indemnity clause)

Toto ujednání je v případě, že poradce nejedná jménem klienta, v podstatě obsolentní. Jeho podstatou totiž je, že poradce neodpovídá za jakoukoliv škodu, která vznikne třetí straně implementací poradcovy návrhu řešení. Pokud tedy klient realizuje návrh řešení doporučený poradcem a způsobí tím škodu třetí straně, je logické, že konzultant nemůže být přímo odpovědný za tuto škodu, když se klient rozhodl svobodně a vážně sám, na svou odpovědnost. Naopak v případě, že poradce jedná jménem klienta, jeví se toto ustanovení jako neplatné s ohledem na ust. § 386 odst. 1) ObchZ, protože ho lze vykládat jako vzdání se klientova nároku na náhradu škody.

Jiným ustanovením, které se ve smlouvách o poskytování poradenských služeb někdy objevuje, je ujednání o náhradě škody klientem, která vznikne poradci v souvislosti s vykonáváním poradenské činnosti pro klienta (bez ohledu na to, zda-li jednal konzultant jménem klienta či nikoliv). Nejde zde ovšem o škodu v podobě ušlého zisku například z důvodu, že se poradce zavázal jakoby konkurenční doložkou neposkytovat

své služby konkurentům klienta⁸⁹. Toto ujednání je většinou směřováno na náhradu nákladů právního zastoupení nebo právních služeb v případě, že poradce byl žalován v souvislosti s výkonem poradenských služeb pro klienta.

Poznámka:

V novější smlouvě o privatizaci ČSA nebylo žádné ustanovení podobného charakteru. Starší smlouva o privatizaci KB obsahovala druhou variantu, že klient je povinen odškodnit poradce za jakoukoliv škodu vzniklou poradci anebo za náklady vynaložené poradcem v souvislosti s právním zastoupením v jakékoliv žalobě, sporu nebo šetření zahájeném jakoukoli osobou v souvislosti se službami poskytovanými poradcem na základě této smlouvy.

O platnosti a smyslu takovýchto ujednání lze pochybovat (srov. níže o odpovědnosti poradce).

Užití výsledků práce konzultanta

Pokud bude na materializovaný výsledek práce konzultanta nahlíženo jako na dílo dle ust. § 536 odst. 2) ObchZ, pak v souladu s ustanovením § 61 odst. 1) a 2) zákona č. 121/2000 Sb., autorského zákona ve znění pozdějších předpisů poskytl konzultant k tomuto dílu klientovi licenci k účelu vyplývajícímu ze smlouvy, není-li sjednáno jinak. K užití díla nad rámec takového účelu je klient oprávněn pouze na základě licenční smlouvy, nevyplývá-li z tohoto zákona jinak a není-li sjednáno jinak, konzultant může toto dílo užít a poskytnout licenci jinému, není-li to v rozporu s oprávněnými zájmy klienta.

V otázkách účelu užití výsledků práce konzultanta vyplývajícího ze smlouvy může být výklad poněkud sporný. I když i zde již existuje nějaká ustálená praxe (např. že zprávy poskytnuté klientovi slouží čistě jeho potřebám), smluvní strany si pro jistotu sjednávají podmínky užití těchto výstupů explicitně. Zejména bývá zájmem poradenských společností, aby se jejich výstupy neobjevily na veřejnosti, aby je klienti používali jen pro své vnitřní potřeby a neposkytovali je dál svým obchodním partnerům. Podobné lze říci o zájmech klienta, který zejména požaduje, aby materializované výsledky práce konzultanta jím nebyly poskytovány nikomu jinému, než klientovi, což ostatně souvisí i s povinností mlčenlivosti poradce.

Poznámka:

Smlouva o privatizaci KB blíže nespecifikovala, do jaké míry a jakým způsobem může klient s poskytnutými výsledky práce poradce nakládat.

⁸⁹ Naproti ustanovení zákoníku práce o konkurenční doložce, které stanoví pro zaměstnavatele povinnost poskytnout zaměstnanci přiměřené peněžité vyrovnání jako protihodnotu za zaměstnancův závazek nekonkurence, je toto peněžité vyrovnání v případě povinnosti poradce zahrnuto již v jeho odměně za poskytnuté služby.

Smlouva o privatizaci ČSA byla důslednější a stanovila, že „Informace, rady, doporučení a jakékoli jiné poradenské výstupy získané klientem od poradce při poskytování služeb na základě této smlouvy a v souvislosti s tím jsou určeny pro využití klienta a v jeho prospěch, přičemž budou poskytnuty zejména ostatním ministerstvům ČR v souvislosti s mezirezortními připomínkovými řízeními (...).“

Méně významné smluvní ujednání, které se objevují ve smlouvách o poradenských službách, je přesné stanovení členů poradenského týmu a v případě nutnosti nahradit některého člena závazek, že tento bude nahrazen osobou se stejnými odbornými znalostmi a zkušenostmi. Dále sjednání smluvní pokuty, určení rozhodného práva, stanovení exkluzivity, „salvátorská“ klauzule a také rozhodčí doložka.

6.2.6 Ukončení smluvního vztahu

Zákon rozlišuje několik variant zániku závazkového vztahu (splněním, odstoupením od smlouvy, vzájemnou dohodou, výpovědí). Pokud lze na smlouvu o poskytování poradenských služeb použít ustanovení o mandátní smlouvě, případně smlouvě o dílo, bude se také její zánik subsidiárně řídit těmito ustanoveními. Podstatnější pro smluvní strany je určit způsoby zániku závazku, pokud uzavřely smlouvu inominátní.

Splnění závazku

V případě zániku závazku jeho splněním, je u smluv o poskytování poradenských služeb, při kterých poradce nejedná jménem klienta a klient sám nese odpovědnost za rozhodnutí, zda provede návrh řešení, či nikoli, nutné zdůraznit, že splněním smlouvy je okamžik odevzdání návrhu řešení, ne jeho samotná implementace a už vůbec ne úspěšné ukončení. Pro jistotu smluvních stran a odstranění možných nedorozumění se doporučuje, aby si smluvní strany předem určily, kdy dojde k zániku závazku jeho splněním.

Odstoupení

Odstoupení od smlouvy zákon umožňuje v případech, které stanoví smlouva nebo zákon (§ 344 ObchZ). Ust. § 351 ObchZ pak s odstoupením spojuje účinky zániku závazku ex tunc. V praxi si proto smluvní strany často sjednávají důvody, kdy je možné od smlouvy odstoupit a nezřídkakdy se odchýlí od dispozitivního ustanovení § 351 ObchZ a smluví si účinky odstoupení ex nunc.

Výpověď

Obecná úprava výpovědi obsažená v ustanovení § 582 ObčZ se týká smluv uzavřených na dobu neurčitou, jejichž předmětem je závazek k nepřetržité nebo opakované činnosti, nebo závazek zdržet se určité činnosti anebo strpět určitou činnost. Pokud není v těchto smlouvách stanoven způsob jejich výpovědi, lze tyto smlouvy vypovědět ve lhůtě tří měsíců ke konci kalendářního čtvrtletí. U ostatních inominátních smluv (na dobu určitou, zavazujících k určitému jednorázovému plnění, atd.) není ze zákona výpověď možná. Proto pokud chtějí smluvní strany smlouvy o poskytování poradenských služeb mít možnost ukončit závazky z ní plynoucí výpovědí, je nutné, aby si podmínky výpovědě stanovily smluvně.

Poznámka:

Smlouva o privatizaci KB neurčila a) kdy přesně dojde k zániku závazku jeho splněním; b) ani nestanovila možnost výpovědě. Naopak upravila ukončení smluvního vztahu „dojde-li k podstatnému porušení této smlouvy ze strany poradce, klient na to poradce písemně upozorní a nebude-li toto porušení neprodleně napraveno nebo není-li napravení možné, je klient oprávněn okamžitě ukončit smluvní vztah zasláním písemného oznámení poradci (...).“ Smlouva blíže nespecifikuje, co rozumí pod pojmem podstatného porušení smlouvy. Výkladem tohoto ujednání lze dospět k závěru, že jde o stanovení možnosti odstoupení od smlouvy, přičemž smlouva nevyloučila účinky odstoupení ex tunc.

Ve smlouvě o privatizaci ČSA nalezneme opět detailnější úpravu. Zánik závazku jeho splněním stanovila smlouva kumulativním splněním třech podmínek (i) když dojde k převodu vlastnického práva k akciím z ČR na investora; (ii) a k úplnému zaplacení kupní ceny za převod akcií, a to na určený účet MFČR; (iii) a k úplnému vypořádání veškerých závazků vzniklých v souvislosti s úhradou kupní ceny za převod akcií. Smlouva dále stanovila možnost zániku závazků vzájemnou písemnou dohodou a odstoupením z v ní blíže specifikovaných důvodů, přičemž pro oba případy stanovila způsob vyrovnání dosavadních vzájemných závazků, čímž vyloučila účinky odstoupení ex tunc. Zároveň explicitně vyjádřila nemožnost ukončit závazkový vztah výpovědí.

6.2.7 Odpovědnostní vztahy

Předsmluvní odpovědnost

„Teoreticky se předsmluvní povinnosti zakládají podle některých názorů na principech ochrany dobré víry, podle jiných na ekonomické nevyhnutnosti zabezpečit funkční úpravu právních úkonů, která by zakazovala bezohledné chování při přípravě obchodů. Převzetí kontaktních údajů slouží obchodnímu zájmu budoucího smluvního partnera, ten proto musí také chránit právní zájmy toho druhého.“⁹⁰ Již i v našem právním

⁹⁰ „Dogmatisch können vorvertragliche Pflichten zum einen mit dem Vertrauensschutzgedanken, zum anderen ökonomisch mit der Notwendigkeit begründet werden, eine funktionstüchtige Rechtsgeschäftsordnung zu errichten, die rücksichtsloses Verhalten bei Geschäftsanbahnung verbietet. Die Kontaktaufnahme dient dem wirtschaftlichen Interesse des künftigen Vertragspartners, er hat daher auch die Rechtsgüter seiner Partners zu schützen.“ GRUBER, M. – GRAF, G. *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*. 8. vyd. Vídeň: LexisNexis Verlag ARD Orac GmbH & Co KG, 2009. 93 s. ISBN 978-3-7007-4395-8, s. 19.

prostředí se otázka předsmulvné odpovědnosti vyskytuje, i když spíše jen na akademické úrovni. Explicitní zákonnou podporu nikde nenalezneme. Obecné soudy se přiklánějí k názoru, že předsmulvné odpovědnost spadá pod § 415 ObčZ o obecné povinnosti neškodit a předcházení škodám. Podobně bude zřejmě možné použít ust. § 271 ObchZ o výměně důvěrných informací při jednání o uzavření smlouvy. Lze tedy konstatovat, že jak klient, tak poradce mohou být vedeni k odpovědnosti, pokud nějakým způsobem zneužijí informací získaných při jednání o uzavření smlouvy, nebo třeba ji v závěru bez udání důvodu neuzavřou.

Odpovědnost za delikty ex contractu

Podobně, jak bylo uvedeno výše, pokud lze na smlouvu o poskytování poradenských služeb použít ustanovení o smlouvě o dílo, přichází v úvahu, že klient bude uplatňovat u poradce vady díla, případně (i když těžko představitelnou) odpovědnost za škodu způsobenou vadami díla. V případě uplatnění ustanovení o mandátní smlouvě přichází v úvahu odpovědnost za škodu způsobenou porušením povinností vyplývajících ze smlouvy, přičemž konzultantova odpovědnost a možnost jeho liberace je limitována jeho povinností postupovat při zařizování záležitostí klienta s odbornou péčí.

Sporná může být situace, kdy jde o smlouvu inominátní a kdy konzultant nejedná jménem klienta. Lze v tomto případě považovat konzultanta odpovědného za škodu, která byla klientovi způsobena implementací poradcová návrhu řešení? Domníváme se, že ano, za předpokladu splnění obecných podmínek vzniku povinnosti náhrady škody, a to: a) vzniku škody, b) porušení právní povinnosti, c) existencí příčinné souvislosti mezi vznikem škody a porušením povinnosti. Zejména problematické se zřejmě jeví prokázání porušení právní povinnosti vzhledem k tomu, že konzultant obecně není vševědoucí a nelze ho činit odpovědným za rozhodnutí klienta, zda navrhované řešení provede, či nikoli. Jak bylo ale výše uvedeno, konzultant by měl při poskytování poradenských služeb postupovat s odbornou péčí. Pokud tedy bude klient schopen prokázat, že řešení navrhované konzultantem obsahuje takové vady (například vychází z analýzy, která obsahuje neaktuální data, atp.), které by při vynaložení odborné péče nebyly vznikly, a tyto vady zapříčinily škodu na majetku klienta, lze, dle našeho názoru, vést poradce k odpovědnosti. Nároku na náhradu škody z toho plynoucí se klient nemůže předem vzdát smluvním ujednáním, že poradce nenese žádnou odpovědnost za škody způsobené klientovi nebo třetím stranám implementací navrhovaného řešení.

Na to samé usuzujeme v případě škod způsobených třetími stranami implementací řešení. Za stejných podmínek je možné, aby klient požadoval regresní náhradu škody po konzultantovi, kterou byl klient povinen uhradit třetí straně, protože implementoval řešení, které mělo vady způsobené neodborným postupem konzultanta.

Poznámka:

I smlouva o privatizaci ČSA byla opatrná při stanovení odpovědnosti poradce, když stanovila, že „poradce je povinen při poskytování služeb na základě této smlouvy postupovat s odbornou péčí.“

I když se tedy domníváme, jak jsme výše nastínili, že povinnost konzultanta postupovat s odbornou péčí lze dovést na základě analogie iuris i bez explicitního vyjádření této povinnosti ve smlouvě, je vhodné doporučit stanovit tuto povinnost výslovně.

7 ZÁVĚR

Posouzení právního charakteru smluvního vztahu mezi poradenskou společností a klientem je závislé na dobrém porozumění, co je úkolem konzultanta, v čem spočívá jeho práce a tudíž, co je předmětem závazkového vztahu. Práce proto kladla značný důraz na vysvětlení ekonomické teorie management consultingu.

Z hlediska práva je přesné vymezení předmětu plnění naprosto zásadní prvek pro určení práv a povinností smluvních stran a také pro případnou subsumci daného vztahu pod některý ze zákonem vymezených smluvních typů. Toto podřazení nabývá na významu zejména tehdy, pokud si smluvní strany ve smlouvě nevymezily a nestanovily veškeré možné a myslitelné aspekty smluvního vztahu. Pak se subsidiárně použijí zákonná ustanovení toho smluvního typu, kterému se charakter smluveného závazku blíží nejvíce.

Z výkladu vyplynulo, že nejčastěji se smluvní vztah poradenské společnosti a klienta blíží buď smlouvě o dílo nebo smlouvě mandátní (v rakouské úpravě smlouvě služební). Často půjde i o smíšenou smlouvu obsahující jak prvky smlouvy o dílo, tak prvky smlouvy mandátní. Pro správné určení subsidiární úpravy bude zřejmě nutné zjistit, zda je obsahem závazku vytvoření nějakého díla anebo zařízení určité obchodní záležitosti, přičemž v druhém případě půjde zejména o faktickou činnost místo provádění právních úkonů. Z důvodu značné rozmanitosti obchodní praxe a charakteru poradenské činnosti nelze jednoznačně říci, že ve smluvních vztazích poradenských společností a jejich klientů převažují prvky smlouvy o dílo nebo prvky smlouvy mandátní. Toto určení bude vždy nutné zkoumat v závislosti na konkrétním případě.

Z hlediska úpravy *de lege ferenda* nepovažujeme za nutné vytvořit samostatný smluvní typ o poskytování poradenské činnosti. Nicméně z hlediska teoreticky úzce vymezené definice obchodních záležitostí jako vykonávání právních úkonů, či jako faktické činnosti v ustanovení o smlouvě mandátní, která se již dnes v praxi hodně rozměňuje (směrem k obecné smlouvě o vykonávání práce). A na druhé straně úzké definice díla (...) jako hmotně zachyceného výsledku jiné činnosti, lze doporučit, aby budoucí úprava nového občanského zákoníku vytvořila zákonnou úpravu právě těchto „hraničních“ případů. Případů, kdy je obtížné určit, zda předmětem plnění je určitý hmotný výsledek nebo pouhá činnost. Tuto snahu lze spatřovat v ust. § 2485 a násl.

návrhu nového občanského zákoníku,⁹¹ které upravuje dílo s nehmotným výsledkem. Zda-li je nastolená tendence správná a nebyla by lepší obecná úprava „služební smlouvy“, si netroufáme říct.

⁹¹ *Návrh občanského zákoníku* [online]. Praha: Ministerstvo spravedlnosti ČR, 2011 [citováno 2011-01-4]. Dostupné z: <<http://obcanskyzakonik.justice.cz/cz/navrh-zakona.html>>.

8 SEZNAM POUŽITÉ LITERATURY

Biografie

- BEJČEK, J. a kol. *Kurs obchodního práva. Obchodní závazky*. 4. vyd. Praha: C. H. BECK, 2007. 535 s. ISBN 978-80-7179-781-4.
- BIECH, E. – SWINDLING, L. *The Consultant's Legal Guide: A Business of Consulting*. 1. vyd. San Francisco: Jossey-Bass/Pfeiffer, 2000. 290 s. ISBN 0-7879-4763-6.
- BISWAS, S. – TWITCHELL, D. *Management Consulting: A Complete Guide to the Industry*. 2. vyd. New York: John Wiley & Sons, Inc., 2002. 336 s. ISBN 978-0-471-44401-5.
- BOGUSZAK, J. – ČAPEK, J. – GERLOCH, A. *Teorie práva*. 1. vyd. Praha: EUROLEX BOHEMIA s.r.o., 2001. 323 s. ISBN 80-86432-13-0
- ELIÁŠ, K a kol. *Kurs obchodního práva. Obecná část, Soutěžní část*. 4. vyd. Praha: C. H. BECK, 2004. 609 s. ISBN 80-7179-854-1.
- FISHMAN, S. *Consultant & Independent Contractor Agreements*. 5. vyd. Barkeley: Nolo, 2005. 321 s. ISBN 1-4133-0373-0.
- GRUBER, M. – GRAF, G. *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*. 8. vyd. Vídeň: LexisNexis Verlag ARD Orac GmbH & Co KG, 2009. 93 s. ISBN 978-3-7007-4395-8.
- HAJN, P. – BEJČEK, J. *Jak uzavírat obchodní smlouvy*. 2. vyd. Praha: Linde Praha, a.s., 2003. 284 s. ISBN 80-7201-415-3.
- HRUŠKOVÍČ, I. – KÁLESNÁ, K. – ŠTEFANOVIČ, M. *Svetové právne systémy*. 3. vyd. Bratislava: Univerzita Komenského, 2002. 144 s. ISBN 80-223-1769-1.
- KNAPPOVÁ, M. a kol. *Občanské právo hmotné. Svazek I*. 4. vyd. Praha: ASPI, a.s., 2005. 524 s. ISBN: 80-7357-127-7.
- KUBR, M. (ed.) *Management consulting: A guide to the profession*. 4. vyd. Ženeva: Mezinárodní úřad práce, 2002. 1000 s. ISBN 92-2-109519-3.
- KUČERA, Z. *Mezinárodní právo soukromé*. 7. vyd. Brno – Plzeň: Doplněk a Aleš Čeněk, 2009. 462 s. ISBN 978-80-7239-231-5.
- KUČERA, Z. – PAUKNEROVÁ, M. – RŮŽIČKA, K. a kol. *Právo mezinárodního obchodu*. 1. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008. 407 s. ISBN 978-80-7380-108-3.
- MAREK, K. – ŽVÁČKOVÁ, L. *Obchodní podmínky, obchodní zvyklosti a vykládací pravidla*. 1. vyd. Praha: ASPI, a.s., 2008. 282 s. ISBN 978-80-7357-333-1.
- NIPPA, M. - SCHNEIDERBAUER, D. *Erfolgsmechanismen der Top-Management-Beratung: Einblicke und kritische Reflexionen von Branchenkennern*. 1. vyd. Heidelberg: Physica-Verlag, 2007. 247 s. ISBN 3-7908-1556-X.
- PLÍVA, S.: *Obchodní závazkové vztahy*. 1. vyd. Praha: ASPI, a.s., 2006. 336 s. ISBN 80-7357-202-8.

SHENSON, H. *The Contract and Fee-Setting Guide for Consultants and Professionals*. 1. vyd. New York: Wiley & Sons, Inc.; New York: University Associates Inc., 1990. 263 s. ISBN 0-471-51538-8.

ŠTENGLOVÁ, I. – PLÍVA, S. – TOMSA, M. a kol. *Obchodní zákoník. Komentář*. 11. vyd. Praha: C. H. BECK, 2006. 1508 s. ISBN 80-7179-487-2.

VON STAUDINGERS, J. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schulverhältnisse*. 13.vyd. Berlin: Dr. Arthur L. Sellier & Co. – Walter de Gruyter & Co., 1995. 937 s. ISBN 3-8059-0835-0.

WELSER, R. *Bürgerliches Recht II*. 13. vyd. Vídeň: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2007. 627 s. ISBN 978-3-214-14709-9.

Periodiká

MAREK, K., *Smlouva mandátní a smlouva komisionářská*. Právní Fórum, 2006, roč. 3, č. 8.

MAREK, K., *Ke smlouvě o dílo*. Právní Fórum, 2006, roč. 3, č. 12.

SCHRAMBÖCK, M. *Strukturanalyse der Unternehmensberatung in Österreich*, RWZ Zeitschrift für Recht und Rechnungswesen, 1997, č. 7.

Internetové zdroje

Informační systém o veřejných zakázkách (IS VZ) [databáze online]. Praha: Česká pošta, s.p., 2009 [citováno 2010-02-04]. Dostupné z: <<http://www.isvzus.cz/>>.

Consult – Wiktionary [online]. c2010, poslední revize 14.7.2010 [cit. 2010-07-17]. Dostupné z: <<http://en.wiktionary.org/wiki/consult>>.

McKinsey & Company - A History of McKinsey - 1990s: Expanding Our Reach [online]. c1996-2010 [cit. 2010-07-25]. Dostupné z: <<http://www.mckinsey.com/aboutus/wherewestarted/1990s.asp>>.

SUM, T.: *Právní povaha organizační složky podniku zahraniční osoby*. [online]. Praha: epravo.cz, a.s., c1999-2010 [cit. 2010-08-06]. Dostupné z: <<http://www.epravo.cz/top/clanky/pravni-povaha-organizacni-slozky-podniku-zahranicni-osoby-51777.html>>.

Návrh občanského zákoníku [online]. Praha: Ministerstvo spravedlnosti ČR, 2011 [citováno 2011-01-4]. Dostupné z: <<http://obcanskyzakonik.justice.cz/cz/navrh-zakona.html>>.

Soudní rozhodnutí

Rozhodnutí Nejvyššího soudu Rakouska sp. zn. TE OGH 1999/10/19 4 Ob 265/99w ze dne 19. října 1999. Dostupné z: <<http://www.ris.bka.gv.at>>

Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 29 Odo 14/2001 ze dne 28. srpna 2001. Dostupné z: <<http://www.nsoud.cz/>>

Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 32 Odo 945/2002 ze dne 29. července 2003. Dostupné z: <<http://www.nsoud.cz/>>

Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 32 Odo 1403/2005 ze dne 28. března 2007.
Dostupné z: <<http://www.nsoud.cz/>>

Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 29 Odo 1262/2006 ze dne 30. července 2008.
Dostupné z: <<http://www.nsoud.cz/>>

Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 23 Cdo 2006/2009 ze dne 9. července 2009.
Dostupné z: <<http://www.nsoud.cz/>>

Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 23 Cdo 3049/2009 ze dne 31. srpna 2009.
Dostupné z: <<http://www.nsoud.cz/>>

9 RESUMÉ

Název diplomové práce v českém jazyce:	Smluvní vztahy poradenské společnosti a klienta
Název diplomové práce v anglickém jazyce:	Contractual relations of consulting firm and client

The purpose of my thesis is to analyse the contractual relations between consulting firm and its client. The reason for my research is an increasing amount of consulting firms arising in Czech business environment as well as non-existence of precise and explicit regulation of these relations in Czech legal system.

The thesis is composed of two main chapters, each of them dealing with different aspects of management consulting. Chapter One is subdivided into three parts. Part One is introductory and defines basic terminology of management consulting, its history and typology. Part Two deals with subjects of contractual relations between consulting firm and client. Finally part Three explains when these relations will be regulated by Czech commercial contract law.

Chapter Two examines relevant Czech legislation in combination with practical examples from valid agreements. The chapter consists of two parts. Part One focuses on particularities of Czech contract law. Part Two investigates what should be included in consulting agreement.

Conclusions are drawn partially in Chapter Two, part One and partially in the epilogue. The main aim of the thesis is to find out what is the economic cause of these relations, and what influence it has on its legal status. Whether it has more features of work contract or subcontractor agreements.

Secondary goal is to bring to the Czech economic and legal theory a professional discourse on this issue. Finally, this thesis should spark a further discussion on legal aspects of the expanding management consultanting.

Klíčová slova:	poradenská společnost, konzultant, smlouva o poskytování poradenských služeb
Keywords:	consulting firm, consultant, consulting agreement