

Univerzita Karlova v Praze

Právnická fakulta



Jan Kocián

Specifika postavení podnikatele v procesu uzavírání obchodních smluv

Diplomová práce

Vedoucí diplomové práce: JUDr. Tomáš Horáček Ph.D.

Katedra: Katedra obchodního práva

Obor: Obchodní právo

Datum vypracování práce: 1. 2. 2017

Prohlášení

Prohlašuji, že jsem předkládanou diplomovou práci vypracoval samostatně, všechny použité prameny a literatura byly řádně citovány a práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

V Praze dne

.....

Jan Kocián

Poděkování

Chtěl bych tímto poděkovat svému vedoucímu diplomové práce JUDr. Tomáši Horáčkovi Ph.D za odborné vedení, za pomoc a rady při zpracování této práce a dále své rodině a všem blízkým, kteří mne podporují ve studijním i osobním životě.

OBSAH

1. Úvod.....	2
2. Obchodní právo a obchodní smlouvy.....	3
2.1. Obchodní právo.....	3
2.2. Obchodní smlouvy.....	5
2.3. Podnikatel.....	6
3. Proces sjednávání obchodních smluv.....	7
3.1. Kontraktace a její základní východiska.....	7
3.2. Předmluvní negociace.....	9
3.2.1. Předmluvní dokumenty.....	10
3.3. Předmluvní odpovědnost.....	13
3.3.1. Skutkové podstaty předmluvní odpovědnosti.....	14
3.3.2. Následky uplatnění předmluvní odpovědnosti.....	18
3.3.3. Možnost vyloučení následků.....	19
3.3.4. Dílčí shrnutí k předmluvní odpovědnosti.....	19
3.4. Podnikatel jako slabší strana a vztah ke kontraktaci.....	20
3.4.1. Adhezní kontraktace.....	22
3.4.2. Doložky v adhezních smlouvách.....	25
3.5. Specifika postavení podnikatele v kontraktaci.....	26
3.5.1. Modifikovaná akceptace.....	26
3.5.2. Obchodní potvrzovací dopis.....	28
3.5.3. Domněnka nabídky a veřejná nabídka.....	30
3.6. Obchodní podmínky.....	32
3.6.1. Včlenění podmínek.....	33
3.6.2. Překvapivá ustanovení obchodních podmínek.....	34
3.6.3. Změna obchodních podmínek.....	36
3.6.4. Kolize obchodních podmínek.....	37
4. Spotřebitelské smlouvy a informační povinnosti.....	38
4.1. Spotřebitel.....	40

4.2. Povinnost jasné a srozumitelné komunikace.....	42
4.3. Předšmluvní informační povinnosti podnikatele.....	43
4.3.1. Povinně sdělované informace.....	43
4.3.2. Nesplnění informační povinnosti.....	45
4.4. Informační povinnost u smluv distančním způsobem a závazky ze smluv uzavíraných mimo obchodní prostory	46
4.4.1. Nesplnění informační povinnosti.....	48
Závěr.....	49
Zdroje	52
Abstrakt	56
Abstract	57

1. Úvod

V předkládané diplomové práci se zabývám specifiky postavení podnikatele při sjednávání obchodních smluv. Se vstupem zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku (dále také jen jako „obč. zák.“) a tím překonané dvojkolejnosti soukromého práva sjednocením úpravy hmotného práva soukromého v rámci jediného kodexu samozřejmě nadále v závazkovém právu existují odlišnosti v závislosti na tom, kdo a za jakých podmínek do smluvního vztahu vstupuje. To přirozeně vyplývá z povahy a vlastností jednotlivých subjektů, především co se týká jejich schopnosti i vůle posoudit všechny možné důsledky vyvstávající z jejich právního jednání. V tomto smyslu je pak specifikum podnikatele během sjednávání smluv zjevné, jsou na něj, jakožto profesionála, kladeny vyšší nároky a naopak mu nepřísluší celá řada ochranných ustanovení.

Pod téma této práce by se bezpochyby dala podřadit i úprava veřejných zakázek, vzhledem k jejich obsáhlosti a svébytnosti se jimi však nebudu zabírat.

Cílem této práce je, a to v mezích českého právního řádu, výklad a analýza specifík v procesu sjednávání obchodních smluv, která se jako zvláštní pravidla uplatní vůči subjektu, který je nadán statusem podnikatele. V rámci této snahy se pak blíže zaměřím na skutečnosti, které se v průběhu vypracování této práce ukáží problematické, sporné, či

jinak nejasné. Při zpracování bude kromě české právní úpravy, odborné literatury a judikatury, přihlédnuto komparativně i k zahraničním zdrojům, zvláště u té úpravy, u které se zákonodárce inspiroval právě v zahraničí.

V první části této práce se zaměřím na základní pojmy, na kterých téma této práce stojí, těmi jsou obchodní právo, obchodní smlouvy a podnikatel. V další části, rozdělené do několika dílčích částí, se nejprve zaměřím na samotný proces sjednávání obchodních smluv, a to jak na samotnou kontraktaci, jejíž počátek je ohraničen podáním návrhu smlouvy jednou ze stran, tak i na, do značné míry neformální, předjednání negociaci. V tomto širokém tématu zvýšenou pozornost věnuji předjednání odpovědnosti a úpravě adhezní kontraktace, jakožto tématům českou právní naukou stále poměrně neprobádané. Další dílčí část bude věnována zvláštním způsobům možnosti uzavření obchodní smlouvy, a to způsoby, kde není zcela absolutně dodržen požadavek plného konsensu smluvních stran nad obsahem smlouvy. Další dílčí část bude také zejména o obsahu smlouvy, resp. o možnostech využití nepřímých smluvních ujednání, a to zejména obchodních podmínek. Ty jsou společně s adhezní kontraktací projevem aktuální tendence standardizace smluvních vztahů, a lze se s nimi setkat dennodenně. V poslední části pak svou pozornost zaměřím na specifika podnikatele při sjednávání spotřebitelských smluv.

Cílem této práce je pak analýza a zhodnocení současné právní úpravy ve shora uvedeném rozsahu, s důrazem na případné potíže, které v praxi při aplikaci a interpretaci mohou nastat, u kterých se pokusím navrhnout jejich řešení. K tomu budu využívat především analýzu současné české právní úpravy, odborné literatury, relevantní judikatury, a bude-li to účelné tak i komparací se zahraniční právní úpravou a soft-law.

2. Obchodní právo a obchodní smlouvy

2.1. Obchodní právo

Na začátku této práce je nezbytné alespoň v krátkosti vymezit pojem obchodní právo. Jak uvádí Černá¹, na obchodní právo lze pohlížet ze dvou základních úhlů, jednak jako

¹ Černá, S., Štenglová I., Pelikánová I., a Dědič J. a kol. *Obchodní právo: podnikatel, podnikání, závazky s účastí podnikatele*. Praha: Wolters Kluwer, 2016. s. 27.

svébytné právní odvětví či subsystém soukromého práva, tedy jako „*soubor speciálních právních pravidel vztahujících se ke zvláštnostem obchodního života a upravujících postavení podnikatelů jako jeho hlavních účastníků*“² a jednak jako na vědeckou a pedagogickou disciplínu. Základní zásady soukromého právu, jsou tedy vlastní i obchodnímu právu. Významné jsou však i veřejnoprávní ingerence, např. úprava hospodářská soutěže.

Existují dva principy k určení, zda konkrétní právní vztah je vztahem soukromoprávním či obchodněprávním, a sice objektivní a subjektivní. Objektivní princip za rozhodující kritérium považuje předmět právního vztahu (vztahy jejichž předmětem je obchod), subjektivní princip pak subjekty právního vztahu (vztahy obchodníků). Právní úprava *de lege lata* v zásadě stojí na subjektivním principu, kdy pro povahu právního vztahu je určující účast podnikatele jako alespoň jedné ze stran právního vztahu³, tento princip je však doplňován i prvky principu objektivního (např. regulace sektorových odvětví). Tento přístup je zjevným posunem proti předchozí právní úpravě, kdy obchodní zákoník poměrně složitě kombinoval oba výše uvedené principy, přičemž stanovil 4 typy obchodů (relativní obchody, typové - nominální obchody (objektivní princip), kombinované obchody a fakultativní obchody). V závislosti na tom, zda byl závazkový vztah podřazen alespoň pod jeden z výše uvedených typů, se jednalo o vztah obchodněprávní, podléhající primárně úpravě obchodního zákoníku, subsidiárně pak občanského zákoníku.

V závazkovém právu se obchodní právo projevuje jako systém speciálních pravidel, odlišných od pravidel obecných, přičemž v souladu s výše uvedeným subjektivním principem je nejvíce těchto speciálních pravidel uplatňováno ve vztazích obchodníka - podnikatele. Tyto speciální pravidla mohou být dvojí povahy, a to jako výjimka z obecného pravidla (zpravidla nižší úroveň ochrany) nebo naopak přímé speciální pravidlo odlišné od obecné úpravy (zpravidla vyšší nároky na podnikatele).

Bejček obchodní závazkové právo definuje jako „*formálně kodifikovaný systém výjimek z obecného závazkového práva občanského*.“⁴

² Černá, S., Štenglová I., Pelikánová I., a Dědič J. a kol., op. cit. s. 27

³ Černá, S., Štenglová I., Pelikánová I., a Dědič J. a kol., op. cit. s. 35

⁴ Bejček, J., Šilhán J., a kol. *Obchodní smlouvy. Závazky v podnikání*. Praha: C.H. Beck, 2015 s. 5

Jak však dodává Černá⁵, pojem obchodního práva je neostrý a není nikde závazně vymezen, jeho hranice jsou tak určovány teorií, praxí, funkcí konkrétního institutu, právní tradicí i intuicí.

2.2. Obchodní smlouvy

Smlouvu lze obecně definovat jako dvoustranné či vícestranné právní jednání stojící na konsenzu smluvních stran, jehož cílem je vznik závazku. Pojem smlouva se někdy zaměňuje s pojmem dohoda, byť dle zvyklostí i odborné literatury⁶ je pojem dohoda vyhrazen pro právní jednání jiná než zakládající závazek, tedy pro ta jednání, která závazek ruší či mění⁷. V praxi se také obchodní smlouvy označují zkráceně (a nepřesně) jako „obchody“⁸. S ohledem na zásadu posouzení právního jednání dle jeho obsahu však zaměňování těchto dvou pojmů v praxi není problémem. Občanský zákoník sám oproti dosavadní právní úpravě obsahuje alespoň částečnou definici smlouvy, a sice „*smlouvou projevují strany vůli zříditi mezi sebou závazek a řídit se obsahem smlouvy.*“ (1724 odst. 1 obč. zák.)

Jak je již řečeno v úvodu, obchodní smlouva je prakticky nejčastějším důvodem vzniku obchodněprávního závazkového vztahu. Za předchozí právní úpravy se jako obchodní smlouvy označovaly ty smlouvy, které podléhaly úpravě obchodního zákoníku,⁹ v současné právní úpravě tento pojem oporu nemá, obchodní smlouva je však nadále široce používaný a obsahově jednoznačným pojmem, jedná se o smlouvy spadající pod režim obchodního práva, jak je naznačeno v předchozí části. Pro účely procesu sjednávání obchodních smluv je důležité odlišovat, zda se jedná o dvoustranné obchody (B2B), kdy obě smluvní strany (nebo všechny strany v případě vícestranných smluv) smlouvu uzavírají jakožto podnikatelé, či zda se jedná o jednostranný obchod (B2C), kdy podnikatelem je pouze jedna ze smluvních stran. V dvoustranných obchodech je patrná nižší ochrana stran, což plyne z jejich statusu podnikatelů, tedy profesionálů, naopak

⁵ Černá, S., Štenglová I., Pelikánová I., a Dědič J. a kol., op. cit. s. 38

⁶ Hulmák M. a kol., *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054)*. Praha: C.H. Beck, 2014, s. 18

⁷ V praxi se tak lze setkat zejména s dohodami o ukončení smlouvy, o prodloužení smlouvy. Dohoda o změně smlouvy se zpravidla nazývá jako dodatek smlouvy.

⁸ Bejček, J., Šilhán J., a kol. op. cit., s. 1. Obecně se obchodem rozumí směnování zboží nebo služeb, a to za peníze nebo jiné zboží a služby.

⁹ Srov. §1 zák. č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník

v jednostranných obchodech je podnikatel zatížen více povinnostmi vůči straně, která podnikatelem není. Nepodnikatel je naopak více chráněn, přičemž zdaleka největší míra ochrany v procesu sjednávání smluv náleží spotřebiteli. To, zda se v konkrétním případě bude jednat o nominátní či inominátní smlouvu není podstatné, některé typy smluv však budou zpravidla uzavírány pouze ve vztazích B2B (např. smlouva o obchodním zastoupení, prodeji obchodního závodu).

2.3. Podnikatel

Z výše uvedených definic obchodních smluv vyplývá, že jejich pojmovým znakem je status podnikatele alespoň jedné ze smluvních stran, je tedy nutné rovněž alespoň stručně vymezit tento pojem. Podnikatel, a to zejména ve vztahu k jeho oboru podnikání je považován za profesionála ve smyslu § 5 obč. zák. Pojem podnikatel je v současnosti vymezen v občanském zákoníku, a to prostřednictvím čtyř kritérií, přičemž *hlavním kritériem* statusu podnikatele, jak vyplývá z důvodové zprávy¹⁰ a systematického řazení občanského zákoníku, se považuje faktický stav, kdy je za podnikatele považován subjekt, který fakticky vykonává činnost podnikání (§ 420, odst. 1 obč. zák.¹¹). Podnikáním, byť je tak přímo neoznačuje, je podle tohoto ustanovení činnost, jejímiž znaky jsou samostatnost, výkon výdělečné činnosti na vlastní účet, na vlastní odpovědnost, za účelem dosažení zisku, soustavně, a to živnostenským nebo jiným obdobným způsobem.

Současně občanský zákoník zachovává formální pojetí podnikatele, stanoví totiž, že „za podnikatele se považuje osoba zapsaná v obchodním rejstříku. Za jakých podmínek se osoby zapisují do obchodního rejstříku, stanoví jiný zákon“¹² (§ 421, odst. 1 obč. zák.). Za podnikatele se tedy bude považovat každá právnická osoba zapsaná v obchodním rejstříku, byť fakticky podnikatelskou činnost nebude vykonávat. Dále zákon stanoví vyvratitelnou právní domněnku podnikatele, kdy *se má za to*,

¹⁰ Jedná se o posun oproti předchozí úpravě v obchodním zákoníku, který jako primární, a původně jako jedinou definici stanovil podnikatele dle formy. Zdroj: Důvodová zpráva k z. č. 89/2012 Sb, občanský zákoník konsolidovaná verze, k §420 až §422, s. 107 - 108 [online] dostupné z <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Duvodova-zprava-NOZ-konsolidovana-verze.pdf> (dále jen „důvodová zpráva“).

¹¹ „Kdo samostatně vykonává na vlastní účet a odpovědnost výdělečnou činnost živnostenským nebo obdobným způsobem se záměrem činit tak soustavně za účelem dosažení zisku, je považován se zřetelem k této činnosti za podnikatele.“

¹² Zák. č. 304/2013 Sb., o veřejných rejstřících právnických a fyzických osob

že podnikatelem je osoba, která má k podnikání živnostenské nebo jiné oprávnění podle jiného zákona¹³(§421 odst. 2, obč. zák).

Koncepce materiální definice podnikatele je logická, status podnikatele jen podle formy by mohl vést k absurdnímu závěru, kdy by osoby podnikající neoprávněně nepodléhaly ustanovením upravujícím postavení podnikatele. Za obchodního zákoníku takováto situace skutečně byla (právní úkony činěné neoprávněnými podnikateli byly soudy zneplatňovány, což znamenalo neodůvodněný zásah do dobré víry protistrany), a to až do jeho novely provedené zákonem č. 370/2000 Sb., která v obchodním zákoníku zakotvila ustanovení §3a.

Pro účely spotřebitelských smluv je důležitá definice podle §420 odst. 2 „*Pro účely ochrany spotřebitele a pro účely §1963 se za podnikatele považuje také každá osoba, která uzavírá smlouvy související s vlastní obchodní, výrobní nebo obdobnou činností či při samostatném výkonu svého povolání, popřípadě osoba, která jedná jménem nebo na účet podnikatele.*“

Postavení podnikatele v závazkových vztazích jsou vlastní vyšší nároky a nižší nebo absentující ochrana, protože je alespoň teoreticky předpokládána jeho profesionalita a materiální převaha vůči nepodnikatelským subjektům.

3. Proces sjednávání obchodních smluv

3.1. Kontraktace a její základní východiska

Za hlavní zásadu soukromého práva je tradičně považována autonomie vůle¹⁴, jejímž projevem ve smluvním právu je smluvní svoboda, která znamená, že „*je ponecháno zásadně na uvážení a rozhodnutí samotných subjektů, zda vůbec a s kým smlouvu uzavřou, jaký bude její obsah, jaká bude její forma a též jaký typ smlouvy pro konkrétní případ občanskoprávního styku zvolí.*“¹⁵ Autonomie vůle a smluvní svoboda však nejsou

¹³ Zejm. z. č. 455/1991 Sb., živnostenský zákon.

¹⁴ K této tradici a základnímu východisku koncepce občanského zákoníku se hlásí i autoři obč. zák. Srov. Důvodová zpráva s. 20

¹⁵ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 29. 4.2009, sp. zn. 33 Odo 1525/2006.

neomezené, jejich omezení vyplývá již ze samotné zásady legální licence¹⁶, jejich omezujícím korektivem je obecně je vlastně právo jako takové. Konkrétní omezení a povinnosti, která jsou relevantní v procesu sjednávání obchodních smluv podnikatelem, jsou podrobněji rozpracována v následujících kapitolách.

Samotnou kontraktací neboli procesem sjednávání a uzavírání smluv, se rozumí „*postup a sled kroků, v jejichž důsledku vzniká smlouva*“¹⁷, v základním modelu probíhá uzavření smlouvy jako podání návrhu smlouvy oferentem oblátovi a jeho akceptace. Základním znakem smlouvy je konsensus vůle smluvních stran, a právě ten nalézají a formují v průběhu kontraktace. Za počátek kontraktace se považuje právě podání návrhu smlouvy (nabídky¹⁸, oferty) jedním z kontrahentů, jejíž náležitosti stanoví ust. §1732 a násl. obč. zák. Z nabídky musí být zřejmý úmysl navrhovatele v případě přijetí (akceptace) nabídky uzavřít smlouvu s určitým obsahem s adresátem nabídky (§ 1731 obč. zák.). Nabídka zároveň musí obsahovat podstatné náležitosti smlouvy a její přijetí musí být možné jednoduchým a nepodmíněným přijetím (§1732 odst. 2 obč. zák.). Adresáty nabídky mohou být osoby určité i neurčité (veřejná nabídka dle §1780 a násl. obč. zák.). Veřejná nabídka vůči neurčitým osobám, které nabídku zpravidla nepodmíněně přijmou je přitom jedním z typických znaků při provozování podnikatelské činnosti zaměřené na koncové zákazníky¹⁹ – spotřebitele.

Konec kontraktace je pak ohraničen uzavřením smlouvy, přičemž smlouva je uzavřena, jakmile si strany ujednaly její obsah (§ 1725 obč. zák.).

Smlouvy, a to především komplikované smlouvy v B2B vztazích, zpravidla nebudou uzavřeny prostou akceptací nabídky, ale až jako výsledek delšího vyjednávání, a to buď prostřednictvím „práce“ s návrhem smlouvy, kdy dochází k řadě nabídek a protinabídek, či prostřednictvím předsmuvních dokumentů, kterým je věnována pozornost v jiné části. Vyjednávání o podmínkách uzavření smlouvy popř. i o jejím obsahu tak ve skutečnosti začíná často dlouho předtím, než strany započnou kontrahovat, tedy než jedna ze stran podá nabídku, a to v rámci vesměs neformální fáze předsmuvní negociace, jejíž

¹⁶ Vyjádřená v čl. 2 odst. 3 z.č. 2/1992 Sb., Listina základních práv a svobod „*každý může činit, co není zákonem zakázáno, a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá*“

¹⁷ Hulmák, M., *Uzavírání smluv v civilním právu*. V Praze: C.H. Beck, 2008. s. 5

¹⁸ legislativní zkratka k pojmu „návrh smlouvy“ zavedená v §1731 obč. zák.

¹⁹ Tuto skutečnost reflektuje i domněnka konkludentní nabídky v §1732 odst. 2 obč. zák.

počátkem je projev vůle označován jako *invitatio ad offerendum*, neboli výzva k podávání návrhů/výzva ke smluvnímu jednání.

3.2. Předmluvní negociace

Pro vztahy mezi podnikateli (B2B) je příznačná delší fáze kontraktace tak i fáze *předkontrakční*, která je nazývána jako „*předmluvní negociace*“²⁰. Zejména v B2B vztazích, jednání stran zpravidla nezačíná prostým předložením nabídky navrhovatelem, ale zpravidla ještě před tím dochází k různým (neformálním) jednáním, obzvláště pak u smluv s vysokou hodnotou a složitostí plnění. Hranice mezi neformálním předmluvním jednáním a kontraktací může být někdy nejasná²¹, strany v praxi často mají za cíl, aby jejich jednání v předmluvní fázi byla nezávazná, současně však již v této fázi jednání může být uzavřena určitá (dílčí) dohoda. Současně, a to vzhledem k výkladovému pravidlu posouzení právního jednání objektivně dle jeho obsahu²² se při nepozornosti či nedbalosti při jednání v této fázi rovněž může stát závazným.

Navíc i skutečně nezávazná předmluvní jednání mohou mít další dopady, z pohledu práva zdaleka nejsou zcela bez relevance, především jsou důkazem skutečné vůle stran. Tak v případě uzavření smlouvy tak mají dopad na její výklad, v případě neuzavření smlouvy pak mohou sloužit jako důkaz pro uplatnění předmluvní odpovědnosti. Zároveň však již v průběhu tohoto předmluvního jednání mohou mezi stranami vzniknout určité závazky.

Předchozí právní úprava tuto předmluvní fázi ponechávala bez právní regulace, zejména nebyl výslovně upraven institut předmluvní odpovědnosti. Tento nedostatek částečně odstranila již judikatura²³, která dovedla jednu ze základních skutkových podstat předmluvní odpovědnosti, a sice ukončení vyjednávání bez spravedlivého důvodu.²⁴ Podrobněji se institutu předmluvní odpovědnosti věnuji v dalších částech této práce.

²⁰ Bejček, J., Šilhán J., a kol. op. cit., s. 27

²¹ Bejček, J., Šilhán J., a kol. op. cit., s. 25

²² §555 odst. 1 obč. zák.

²³ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 11.10.2006, sp. zn. 29 Odo 1166/2004.

²⁴ Srov. Matula, Z., *Culpa in contrahendo*. Praha: Wolters Kluwer ČR, s. 85

3.2.1. Předšmluvní dokumenty

V předšmluvní fázi, úměrně ke složitosti připravované transakce, jsou často stranami využívány různé předšmluvní dokumenty, které byť přes jejich často proklamovanou nezávaznost mohou mít a mají významné právní následky, ať už přímo (mohou být závaznými jako celek nebo jejich části), nebo nepřímo v rovině předšmluvní odpovědnosti. Jedním z nejvíce užívaných dokumentů tohoto typu je tzv. letter of intent. Letter of intent (překládáno zpravidla jako „prohlášení o záměru“) je převážně nezávazný dokument užívaný stranami v předšmluvní fázi kontraktace, jeho skutečný obsah může být rozdíly případ od případu. Letter of intent pochází z angloamerické právní kultury a rovněž je často využíván v mezinárodní obchodní kontraktaci²⁵. Obsah předšmluvních dokumentů, nezávisle na jejich názvu, není jednotný, lišit se může dosti značně a to jak obsahem, svojí formou, může mít podobu jedno i vícestranného úkonu. Níže se proto pokusím nastínit jejich typické znaky a důsledky těchto předšmluvních dokumentů.

Co se týče nezávaznosti předšmluvních dokumentů, pak jsem toho názoru, že na rozdíl od prostředí common law, v rámci kterého zejména práva anglického²⁶ nelze prakticky s ohledem na zásady poctivosti, ochrany dobré víry a zákazu zneužití práva (ust. § 6, §8 obč. zák.) dosáhnout neomezené volnosti ukončení jednání o smlouvě, zejména při předšmluvní odpovědnosti za „jednání na oko“, efektivně však lze vyloučit předšmluvní odpovědnost za ukončení jednání bez spravedlivého důvodu.

Moss²⁷ předšmluvní dokumenty s ohledem na jejich typický obsah rozděluje do následujících základních kategorií:

- **Náhled budoucí smlouvy**

V tomto případě jedná o dokument obsahující zpravidla účel spolupráce stran, a jejich práva a povinnosti v hrubých rysech, jedná se o jakýsi základ vyjednávané smlouvy. Detailnost obsahu však může být velmi různorodá, od skutečně velmi hrubých rysů práv a povinností stran až po úpravu připomínající finální smlouvu.

²⁵ Srov. Čermák K., *Ještě k tzv. prohlášením záměrů (letters of intent)*, Bulletin advokacie 6-7/1999, s. 31

²⁶ „...během jednání je jakákoli strana oprávněna ukončit jednání, a to kdykoli, z jakéhokoli důvodu.“ *WALFORD AND OTHERS V MILES AND ANOTHER HOUSE OF LORDS*, [online] dostupné z <http://www.diprist.unimi.it/fonti/921.pdf>

²⁷ Moss, G. C., *The Function of Letters of Intent and their Recognition in Modern Legal Systems*: in SCHULZE, R. (ed.). *New features in contract law*. München: Sellier. European Law Publishers, 2007

Nedílnou součástí je pak závěrečné ustanovení o nezávaznosti (tzv. *disclaimer*), přičemž se zpravidla jedná o nezávaznost co do uzavření smlouvy i jejího obsahu. Může být praktickým nástrojem při jednáních o smlouvě se složitějším předmětem a způsobem plnění, kdy před dosažením plného konsenzu nad obsahem finální smlouvy, je pro strany schůdnější takováto „smlouva nanečisto“. S tím jde ruku v ruce dopad tohoto dokumentu v rovině předsmluvní odpovědnosti, *letter of intent* je tu, přes jeho nezávaznost, nepochybně velmi jasným důkazem o existenci jednání stran, jejich vůli a o důvodnosti přesvědčení stran o pravděpodobnosti uzavření smlouvy (§1729 odst. 1 obč. zák.).

Faktickým dopadem také může být i přes právní nezávaznost předsmluvního dokumentu jeho závaznost psychologická, morální, protože čím dále strany v jednání dospějí, tím spíše se strany cítí být vnitřně vázány. Tento aspekt může být zjevně zneužit, kdy může jedna ze stran oportunisticky apelovat na právní nezávaznost, či naopak na tuto morální závaznost.

Prakticky však, u valné většiny tuzemských transakcí, užití *letter of intent* čistě v podobě „smlouvy nanečisto“ považují za poměrně nadbytečné; v takových případech je zřejmě dostatečná a pohotovější „práce s návrhem“, kdy jedna ze stran po vzájemném dohodnutí základních rysů připravovaného obchodu s ohledem na to vypracuje návrh smlouvy, případné připomínky pak protistrana zapracuje přímo do návrhu, a tento protinávrh pak zašle k přijetí (či k dalšímu připomínkování) straně první. Je však pravdou, že takováto praxe s sebou nese jiná možná rizika, ať už případné neshody v případě akceptace nabídky s odchylkou podstatně nemění podmínky nabídky, či v rovině ochrany slabší smluvní strany, bude-li se v konkrétním případě jednat o kontraktaci adhezni.

- **Dohoda o základních bodech smlouvy**

V případě, že strany v rámci předsmluvní negociace dosáhnou konsenzu ohledně určité záležitosti může být praktické tuto shodnou vůli upravit závazným dokumentem. V takovém případě pak přichází v úvahy dva modely – uzavírání smlouvy postupně po částech, či právě zakotvení dílčí shody v předsmluvním dokumentu. V případě, kdy se strany budou chtít v předsmluvní negociaci vázat co nejméně, avšak s ohledem na složitost konkrétní věci přece jen budou chtít vzájemně dohodnutý obsah zachytit pro další použití, je ideální právě tento druh

dokumentu. Může být nezávazný ve smyslu povinnosti uzavřít smlouvu, dospěje-li však předsmluvní fáze zdárně a strany se rozhodnou uzavřít smlouvu, pak jsou zavázány použít obsah zachycený v tomto dokumentu.

- **Negociační dohoda**

Jak napovídá její název, je hlavním předmětem tohoto dokumentu regulace a stanovení pravidel jednání stran. V rámci negociační dohody lze jasně specifikovat spravedlivé důvody ukončení, ať už pozitivním či negativním výčtem, či podmínky za kterých bude vyjednávaná smlouva uzavřena. Pokud pak tedy strana ukončí vyjednávání z těchto vyjmenovaných důvodů či pokud se stranám jednajícím v dobré víře nepodaří dospět k uzavření smlouvy za podmínek definovaných v negociační dohodě, pak nebude toto jednání považováno za nepoctivé, a tedy zakládající předsmluvní odpovědnost. Dalším praktickým obsahem negociační dohody zpravidla bývá alokace nákladů, které při jednání o plánované transakci musí být v zájmu obou stran vynaloženy (studie, sjednávání úvěru, jednání třetími stranami...), způsob řešení sporů a určení rozhodného práva.

- **Dohoda o utajení**

Tento dokument je i v českém právním prostředí občas označován anglickým termínem *Non disclosure agreement*, zkráceně „NDA“. Vzhledem k úpravě předsmluvní odpovědnosti, jejíž součástí je i ochrana stranami si navzájem sdělovaných důvěrných informací by se mohlo její uzavírání zdát na první pohled zbytečné, jejím nesporným přínosem je však přesná specifikace informací, které sdělující strana považuje za důvěrné, jejich účel, způsob nakládání s nimi, podmínky, za kterých sdělené informace pozbývají ochrany, a v neposlední řadě renumeraci škody za porušení zákazu prozrazení či zneužití důvěrných informací, zpravidla paušalizovanou jako smluvní pokutu za každé jednotlivé porušení této povinnosti.

Lze uzavřít, že v praxi předsmluvní dokument typu letter of intent, jakkoli nazvaný, bude zpravidla obsahovat určitou kombinaci výše uvedených příkladů, především účel spolupráce stran, práva a povinnosti stran v hrubých rysech, pravidla pro vyjednávání a jeho ukončení, doložku mlčenlivosti a způsob řešení sporů, a doložka o nezávaznosti. Znění této doložky pak u takto kombinovaného dokumentu bude zásadní, neboť

u něj strany zjevně nezamýšlejí nezávaznost jako celku, ale zpravidla pouze těch ustanovení vztahující se k povinnosti uzavření finální smlouvy, případně jejího obsahu.

3.3. Předšmluvní odpovědnost

Jak je řečeno výše, hlavní zásadou závazkového práva je smluvní svoboda, která však není bezbřehá. Významně do ní zasahuje institut předšmluvní odpovědnosti, který lze definovat jako „*odpovědnost za porušení povinností, kterými jsou kontrahenti (případně i další subjekty) při negociaci vázáni*“²⁸. Institut předšmluvní povinnosti stojí na povinnosti jednat poctivě²⁹, je konkretizací tohoto principu poctivosti jednání, o jeho speciální skutkovou podstatu³⁰, s níže popsanými důsledky. Představuje významný soukromoprávní korektiv smluvní volnosti³¹, kterou do jisté míry omezuje právě z důvodu ochrany dobré víry druhé strany. Princip poctivosti a dobré víry a z ní vyvěrající předšmluvní odpovědnosti je v rámci kontinentálního práva obecně přijímaný a užívaný, jeho pojetí se však v jednotlivých právních řádech liší³². Princip poctivosti a dobré víry je v neposlední řadě také jedním z vůdčích principů akademických projektů soft-law.³³ Předšmluvní odpovědnost není sice vyhrazena pouze podnikatelům, ani se neomezuje na sjednávání obchodních smluv, pro její vznik se však v průběhu kontraktace předpokládá bližší vztah stran během kontraktace, zakládající jejich dobrou víru v konečné uzavření smlouvy. Takový vztah zpravidla vznikne během delší delšího procesu sjednávání smlouvy, což v praxi bude převážně vznikat v B2B vztazích, spíše než v B2C.

Úprava předšmluvní odpovědnosti v občanském zákoníku dle důvodové zprávy pak vychází z CEC (Evropský zákoník o smlouvách).

²⁸ Matula, Z., op. cit., s. 85; Pojem „negociace“ jakožto pojem širší pojem nežli „kontraktace“, naznačuje, že zahrnuje i předšmluvní jednání stran.

²⁹ Tato zásada je vyjádřena v §6 obč. zák. V českém právním prostředí se pojmem „poctivost“ rozumí dobrá víra v objektivním smyslu, pojmem „dobrá víra“ se rozumí dobrá víra v subjektivním smyslu. Podrobně např. Melzer F., Tégl P., *Povinnost jednat v právním styku poctivě*, [online] dostupné z <http://www.bulletin-advokacie.cz/povinnost-jednat-v-pravnim-styku-poctive?browser=mobi>

³⁰ Melzer F., Tégl P., op. cit.

³¹ Obecným korektivem je celý právní řád; konkrétními soukromoprávními korektivy jsou zejm. obecná prevenční povinnost (zásada *neminem laedere*), zákaz zneužití práva a dobré mravy

³² Výkladu a komparaci koncepce předšmluvní odpovědnosti v různých právních předpisech, zejm. Rakouska a Německa se podrobně věnuje Matula, Z., op. cit., i Hrádek, J., *Předšmluvní odpovědnost. Culpa in contrahendo* Praha: Auditorium, 2009.s. 28 a násl. K principu dobré víry se srov např. Nový Z., in Radovan, D., Neckář J., a Sehnálek D. (EDS.). *Cofola 2009 the conference proceedings*. Brno: Masarykova univerzita, 2009 s. 1135 - 1168

³³ Srov. např. I. – 1:103, II. – 3:301, III. – 1:103, DCFR; 1:201, 2:301 PECL

3.3.1. Skutkové podstaty předsmluvní odpovědnosti

Předsmluvní odpovědnost má v současnosti upravené tři skutkové podstaty:

1. Zahájení kontraktace nebo pokračování v kontraktaci bez úmyslu smlouvu uzavřít (§ 1728 odst. 1 obč. zák.).
2. Ukončení kontraktace bez spravedlivého důvodu (§ 1729 obč. zák.).
3. Porušení povinnosti neprozrazení či zneužití důvěrných informací získaných v průběhu kontraktace (§ 1728 odst. 2. 1730 obč. zák.).

Ad1

Prostým jazykem a dle mého výstižně lze tuto skutkovou podstatu nazvat „jednáním naoko“. Tato skutková podstata dopadá na nepoctivost jednání v průběhu jednání, přičemž §1728 odst. 1 tuto nepoctivost kvalifikuje jako zahájení nebo pokračování v jednání o smlouvě bez úmyslu smlouvu uzavřít. Obecně platí zásada smluvní volnosti, což zdůrazňuje i první věta rozebíraného ustanovení („*Každý může vést jednání o smlouvě svobodně a neodpovídá za to, že ji neuzavře*“), je však třeba chránit dobrou víru kontrahenta. Deliktem tak není neuzavření smlouvy, protože součástí smluvní volnosti je i právo smlouvu neuzavřít, ale samotné (zaviněné) nepoctivé zahájení jednání o smlouvě nebo pokračování v něm.

Úmysl je subjektivní kategorií, vnitřním stavem vůle, právem předpokládané následky však mohou vyvolat pouze projevy vůle navenek. Pokud tedy kontrahent zahájí nebo bude pokračovat v kontraktaci bez úmyslu ji uzavřít³⁴, ale i přes tento vnitřní stav myslí smlouvu uzavře, pak se v tomto případě předsmluvní odpovědnost neuplatní, nedojde k naplnění deliktu.

V praxi bude vůbec obtížné prokázat skutečnou vůli kontrahenta. Nadto jednání bez úmyslu smlouvu uzavřít podle mého názoru bude často splývat s prostým nenalezením konsensu v rámci kontraktace.

³⁴Kontrahent může zahájit kontraktaci bez úmyslu smlouvu uzavřít, ale v průběhu kontraktace se jeho úmysl změní v úmyslu smlouvu uzavřít. Např. manželé zvažují nákup automobilu, manžel je dopředu rozhodnutý pro značku X, ale na naléhání manželky vydá se i do autosalonu značky Y aby „splnil povinnost“, protože od počátku má v úmyslu vůz značky Y nepořídit. V průběhu kontraktace (prohlídka vozu, předvádění jízdy apod.) však ve světle nově nabytých dojmů tento svůj vnitřní postoj přehodnotí, a rozhodne se koupit smlouvu uzavřít s autosalonem Y, k samotnému uzavření smlouvy pak však nedojde z důvodu nenalezení konsensu např. na ceně.

S ohledem na to soudím, že §1728 odst. 1 obč. zák. je nutno aplikovat společně s §1728 odst. 2 obč. zák.³⁵

Ve vztazích B2B Ondřejová³⁶ uvádí jako možný příklad naplnění této skutkové podstaty prostřednictvím tzv. *mystery shoppingu* prováděného u konkurenta s cílem zjistit konkurentovy smluvní podmínky, přístup k zákazníkovi, jednoduše jeho celkovou úroveň jím poskytovaných služeb a způsob jednání.

Ad2

Tuto skutkovou podstatu subjekt naplní v případě, že ukončí jednání o smlouvě, a to v momentě, kdy se druhé straně uzavření smlouvy důvodně jeví jako vysoce pravděpodobné, aniž by měl pro toto ukončení spravedlivý důvod. Opět se jedná o kvalifikované nepoctivé jednání, kde deliktem je nepoctivé přerušování negociace, nikoli neuzavření smlouvy. Tato skutková podstata předmluvní odpovědnosti byla dovozena judikaturou³⁷ ještě před jejím normativním zakotvením v právní úpravě.

Je nutné odpovědět na otázku co je oním spravedlivým důvodem, v zákoně definován není, a ani judikatura k právní úpravě předchozí ani k současné se jeho definicí zatím nezabývala. Ostatně výslovně definovat spravedlivý důvod s všeobecnou platností pravděpodobně není dost dobře možné, spravedlivost důvodu k ukončení kontraktace bude třeba hodnotit sice objektivně, avšak s přihlédnutím ke konkrétním poměrům mezi stranami³⁸, a k jejich dosavadnímu průběhu jednání a jejich chování v daném čase. Matula³⁹ uvádí následující kritéria pro hodnocení spravedlivosti důvodu ukončení vyjednávání o smlouvě:

„- právní status zúčastněných stran (rozdílně je dle mého soudu nutné hodnotit odstoupení od vyjednávání o smlouvě v případě B2B a B2C vztahů),

³⁵ Opačně [Pelikánová, I. a Pelikán R., § 1728 (Předmluvní odpovědnost). In: Švestka, J., Dvořák J., Fiala J., aj. *Občanský zákoník: Komentář, Svazek V, (§ 1721-2520)* [Systém ASPI]. Wolters Kluwer [cit. 2017-2-1]. ASPI_ID KO89_e2012CZ. Dostupné v Systému ASPI. ISSN: 2336-517X.

³⁶ Ondřejová, D. *Průvodce uzavíráním smluv pro rekonstrukci*, Praha: Wolters Kluwer a.s., 2015, s. 68

³⁷ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 11.10.2006, sp. zn. 29 Odo 1166/2004., Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 2. 9.2008, sp. zn. 25 Cdo 127/2007, Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 22. 2.2011, sp. zn. 25 Cdo 4147/2008., Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 28. 3.2013, sp. zn. 25 Cdo 2863/2012,

³⁸ V B2B stycích s podnikatelem je nutno přihlédnout i obchodním zvyklostem, které mají přednost před dispozitivními ustanoveními zákona, §558 odst. 2 obč. zák.

³⁹ Matula, Z. *Spravedlivý důvod pro ukončení vyjednávání o smlouvě*. Rekonstrukce a praxe 2014 č. 9

- *charakter projednávané smlouvy (uzavření spekulativního obchodu bude zpravidla nejisté až do úplného konce vyjednávání, lze rovněž připustit, že potenciální dárce si může poskytnutí daru obecně „rozmyslet“ i v pozdním stadiu negociace),*

- *charakter dosavadní spolupráce negociátorů („obchodní pouto“ při dlouhodobé spolupráci patrně odůvodňuje vyšší požadavky na odstoupení od vyjednávání, než které by postačily v případě prvního kontaktu stran).“*

Soudím, že za spravedlivý důvod lze považovat vždy důvod takový, který by za spravedlivý považovala *každá rozumná osoba v takovém postavení*⁴⁰, nebo s kterým byla strana jednání dopředu seznámena druhou stranou jednání. Bez ohledu na obecné pravidla je však třeba znovu zdůraznit, že nejpodstatnějším měřítkem spravedlivosti důvodu budou konkrétní okolnosti daného případu (subjekty jednání, hodnota a předmět potenciálního plnění, zda byla náležitě plněna informační povinnosti během jednání a v jak pokročilé fázi se jednání v okamžik ukončení nacházelo).⁴¹

V B2B vztazích bude v praxi nejčastějším důvodem pro ukončení kontraktace zřejmě (výhodnější) konkurenční nabídka. Názory v odborné literatuře se v otázce, zda je konkurenční nabídka spravedlivým důvodem, rozdělují, v každém případě jsou názory spíše opatrné a opět vyzdvihují nutnost zkoumat kontext každého případu zvlášť.⁴² Kloním se k názoru, že obecně výhodnější konkurenční nabídka může být spravedlivým důvodem k ukončení kontraktace, avšak opět s ohledem na konkrétní případ.

Nejistotu ohledně výkladu spravedlivého důvodu mohou kontrahenti odstranit buď jednostranným prohlášením s výhradou práva kontraktaci kdykoli ukončit ať už bezdůvodně nebo s vymezených důvodů, či ještě lépe prostřednictvím negociační dohody, jak již bylo řečeno v části věnované předmluvním dokumentům.

Ad3

Ustanovení §1728 odst. 2 obč. zák. stanoví informační povinnost stran v průběhu jednání o smlouvě vzájemně si sdělit právní a skutkové okolnosti, o nichž ví nebo vědět musí,

⁴⁰ Ondřejová, D. op.cit., s. 69

⁴¹Co se bude objektivně jevit jako spravedlivý důvod na úplném začátku kontraktace nemusí být (a zřejmě nebude) za stejně spravedlivé považováno těsně před uzavřením smlouvy.

⁴²Srov. Bezouška, P., Havel, B., *Občanský zákoník: Srovnávací komentář* [Systém ASPI]. Wolters Kluwer [cit. 2016-11-11]. Dostupné v Systému ASPI.

tak, aby se každá ze stran mohla přesvědčit o možnosti uzavřít platnou smlouvu, a aby byl každé ze stran zřejmý její zájem smlouvu uzavřít, přičemž dle §1730 odst. 1 obč. zák. mají strany jednání právo si o těchto informací vést záznamy.

I tato skutková podstata předsmulvné odpovědnosti je projevem zásady poctivosti, protože z ní přirozeně plyne povinnost strany pravdivě informovat druhou stranu o okolnostech relevantních pro uzavření smlouvy.

Obsah a rozsah těchto informací bude záviset především na okolnostech konkrétního případu, a především ve vztazích B2B se dá předpokládat důvěrná povaha sdělovaných informací, typicky např. při vyjednávání o smlouvách o akvizicích, vývoji atd., z tohoto důvodu jsou v praxi na počátku vyjednávání uzavírané dohody o mlčenlivosti. V předsmulvních dokumentech se také předchází problému určení výše škody při zneužití důvěrných informací, zpravidla se paušalizuje určitou peněžní částkou za každé porušení.

Zákon sdělované informace rozděluje do dvou kategorií:

1. Informace podstatné pro možnost uzavření smlouvy. Tyto mohou být jednak ohledně právní povahy – pochybnosti, anebo ujistění o vlastnickém právu, informace o schválení, anebo neschválení orgánem korporace, či skutkové – např. informace ohledně schválení úvěru k financování sjednávané transakce.
2. Informace, ze kterých je straně zřejmý její zájem smlouvu uzavřít. Zde se bude jednat zejména o podmínky sjednávané smlouvy, zájem strany však uzavřít smlouvu může být zřejmý i nepřímo z jejího chování, otázek adresovaných druhé straně.

Informační povinnost je ostatně stanovena na mnoha dalších místech občanského zákoníku, v nejobecnější rovině např. v ustanovení o omylu, které stanoví neplatnost jednání učiněné na základě mylné informace poskytnuté druhou stranou (§583 obč. zák.), pro podnikatele je obzvlášť široká informační povinnost v rámci sjednávání spotřebitelských smluv, této povinnosti se věnují v dalších kapitolách.

3.3.2. Následky uplatnění předsmuvní odpovědnosti

Před zodpovězením otázky, jaké jsou důsledky předsmuvní odpovědnosti, resp. porušení poctivosti jednání zakládající předsmuvní odpovědnost je nutné určit, zda se jedná o odpovědnost za porušení zákona (subjektivní odpovědnost) či odpovědnost za porušení smluvní povinnosti (objektivní odpovědnost); zákon povahu předsmuvní odpovědnosti výslovně nestanoví. Pojetí předsmuvní odpovědnosti jako odpovědnosti smluvní by předpokládalo existenci závazku mezi stranami ještě před uzavřením smlouvy, takový závazek však zákon nezakládá.⁴³ Tomu, že se jedná o odpovědnost zákonnou, nasvědčuje rovněž samotná povaha předsmuvní odpovědnosti, jako odpovědnosti za zákonnou povinnost poctivosti jednání (§6 obč. zák.). Stejně tak se k tomuto názoru, že předsmuvní odpovědnost je odpovědností zákonnou, nikoli smluvní, přiklání odborná literatura⁴⁴. Jedná se tedy o odpovědnost zákonnou (subjektivní), vyžadující zavinění, přičemž občanský zákoník v §2911 v takovém případě stanoví domněnku zavinění z nedbalosti.

Důsledkem nepoctivého jednání (ve smyslu shora definované první a druhé skutkové podstaty) je povinnost nepoctivě jednající strany nahradit škodu druhé straně, a to v tom rozsahu, který odpovídá ztrátě z neuzavřené smlouvy v obdobných případech (1729 odst. 2 obč. zák.). Způsob určení výše škody je však poměrně nejasný, a nezbyvá než počkat jak se s ním vypořádá judikatura.⁴⁵

V případě porušení povinnosti ochrany důvěrné informace (ve smyslu shora definované třetí skutkové podstaty) je pak nepoctivě jednající strana povinna nahradit škodu druhé straně podle obecných právních předpisů (§2910 obč. zák.) a zároveň je povinna vydat druhé straně to, oč se obohatila (§1730 odst. 2 věta druhá obč. zák.⁴⁶)

Při poskytnutí nesprávných informací přichází v úvahu také následek v podobě neplatnosti právního jednání, a to podle obecných ustanovení obč. zák. o omylu (§583, §584)

⁴³O smluvní odpovědnosti by se v této souvislosti dalo uvažovat, pokud si strany sjednají nějaký druh zavazujícího předsmuvního dokumentu.

⁴⁴Shodně Matula, Z., op. cit., s. 109, i Hulmák, M. a kol. 2014 op. cit. s. 54

⁴⁵Srov. Janoušková, A. *Rozsah a limitace odpovědnosti za ukončení vyjednávání o smlouvě bez spravedlivého důvodu*. Právní rozhledy 2016, 23-24/2016

⁴⁶Jedná se o vydání bezdůvodného obohacení, tuto povinnost lze odvodit i z obecné úpravy bezdůvodného obohacení v ust. §2991 obč. zák.

3.3.3. Možnost vyloučení následků

S ohledem na koncepci předsmuvní odpovědnosti jako zákonné odpovědnosti za poctivost jednání, kterou nelze vyloučit z důvodu rozporu s veřejným pořádkem takového vyloučení jsou ustanovení upravující předsmuvní odpovědnost považována za kogentní, kontrahenti však mohou „vyloučit následek nepoctivého právního jednání, a to povinnost k náhradě škody, event. tuto limitovat v mezích §2898 obč. zák – čímž de facto docílí skutečného dopadu předsmuvní odpovědnosti a tuto vyloučí.“⁴⁷

3.3.4. Dílčí shrnutí k předsmuvní odpovědnosti

Obecně přijímaný názorem je, že institut předsmuvní odpovědnosti by se měl vykládat a užívat spíše restriktivně. Opačný přístup by mohl vést k omezení autonomie vůle jednajících stran, jejich vůle nebýt vázán, která se v rovině smluvního smluvní svobody projevuje jako právo smlouvu neuzavřít. Právě tato svoboda by ve světle hrozící předsmuvní odpovědnosti byla do značné míry omezena obavou z předsmuvní odpovědnosti. To dle mého názoru lze podložit i úpravou kontraktace (§1731 obč. zák.) protože teprve okamžik předložení (závazné) nabídky je považován za počátek kontraktace. Závazná nabídka je tak prvním zcela bezrozporným právním jednáním, kterým kontrahent dává jednoznačně najevo svoji vůli být vázán; stejný důsledek tak nelze spojovat s neformálním jednáním v průběhu předsmuvní negociace.

Výstižné shrnutí uvádí Bejček: „Svoboda vést jednání o smlouvě bez následků, a zejména bez povinnosti ke smlouvě dospět a v případě, že se strany nedohodnou, nenést za to odpovědnostní následky, je klíčovým předpokladem funkčnosti smluvního práva. Zejména v obchodních vztazích by smluvní volnosti měla být co nejširší, neboť jde o vztahy mezi profesionály, kteří by si měli být dobře vědomí možných rizik v rámci negociace, a které nelze v tomto směru stavět na roveň naivním, neinformovaným či asymetricky informovaným, emocím podléhajícím a omezeně racionálním spotřebitelům.“⁴⁸

⁴⁷ Ondřejová, D. op. cit. s. 71

⁴⁸ Bejček, J., Šilhán J., a kol. op. cit., s. 26

3.4. Podnikatel jako slabší strana a vztah ke kontraktaci

Zásada rovnosti stran je zásada vlastní soukromému právu, odlišujícího ho od práva veřejného. Formálně rovné strany jsou však ve skutečnosti fakticky nerovné, a právě ochrana slabší strany sloužící k vyrovnání této nerovnosti. S tímto související povinnosti podnikatele, který je v konkrétním případě stranou se silnějším postavením, jsou jedním z nejdůležitějších specifíků statusu podnikatele, který je považován za profesionála se silnějším hospodářským postavením (§433 odst. 1 obč. zák.) s převahou vůči ostatním subjektům soukromého práva. Na druhou stranu v prostředí volné soutěže není cílem vyrovnávat rozdílnou vyjednávací sílu, vznikající v důsledku „lepší přípravy či strategie, šikovnosti, péle, pozornosti, kterou subjekty věnují dané záležitosti, nemalých nákladů, které vynaložili apod.“⁴⁹ Vodítko ke stanovení hranice, kdy se jedná jen o rozdíly dané z rozdílné „energie“ věnované stranou v průběhu sjednávání smlouvy v konkrétním případě a kdy se již jedná o skutečně materiálně rozdílné postavení, v zákoně chybí. Zřejmě takové měřítko ani do abstraktního pravidla obsáhnout nelze, posouzení „slabosti“ strany bude nutné objektivně posoudit vzhledem k okolnostem a poměrům stran.

Zásada ochrany slabší strany je tak jednou ze základních zásad smluvního práva, která vyvěrá ze zásad autonomie vůle a zásady rovnosti stran. Ochrana slabší strany je jedním z prostředků zajištění (skutečné) smluvní svobody mezi fakticky nerovnými stranami jednání. Podstatou formální rovnosti stran, mezi stranami je „že žádná z nich nemůže v soukromoprávním styku pouze sama, tj. jednostranně mocensky (autoritativně), určovat druhé osobě soukromého práva soukromoprávní postavení, tj. založit její práva a povinnosti.“⁵⁰ Ve skutečnosti jsou však strany materiálně nerovné, se zjevným znevýhodněním slabší strany, kdy strana silnější disponující větší vyjednávací silou, je schopna své pozice zneužít k prosazení své vůle, kterou silou „vnutí“ straně slabší, jejíž autonomie je tím fakticky omezena či úplně vyloučena. Zásada ochrany slabší strany tak sleduje jako svůj cíl zamezení zneužití autonomie vůle silnější strany, a to omezením

⁴⁹ Černá, S., Štenglová I., Pelikánová I., a Dědič J. a kol., op. cit. s. 424

⁵⁰ Dvořák, J., Švestka, J. Zuklínová M., a kolektiv. *Občanské právo hmotné. Svazek 1. Díl první: Obecná část.* Praha: Wolters Kluwer, 2016 s. 9

formální rovnosti v zájmu k vyrovnání materiální nerovnosti s cílem zabezpečení autonomie vůle slabší strany.

Ochrana slabší strany se projevuje i v jiných souvislostech, než jen v kontraktaci,⁵¹ v rámci které je slabší strana chráněna zejména úpravou adhezní kontraktaci. V této souvislosti se hovoří o obecné ochraně slabší strany, a o adhezní kontraktaci jako o ochraně konkrétní.

Slabší strana v obč. zák. ani v jiném právním předpise definována není, pouze je uvedena vyvratitelná domněnka, kdy se má za to, že „*slabší stranou je vždy osoba, která vůči podnikateli v hospodářském styku vystupuje mimo souvislost s vlastním podnikáním*“ (§ 433 odst. 2 obč. zák.). Postavení slabší strany se musí posoudit vždy vzhledem k okolnostem konkrétního případu a vzhledem k faktickému poměru mezi stranami (např. informační asymetrie stran, rozdíl ve finanční síle, postavení na trhu). Ze znění této právní domněnky lze nicméně dovodit, že slabší stranou bude zpravidla spotřebitel a jiný nepodnikatel, slabší stranou však může být i podnikatel (i právnická osoba), v extrémním případě i pokud bude jednat v souvislosti s vlastním podnikáním.⁵²

Ustanovení § 433 odst. 1 obč. zák. podnikateli, který vystupuje vůči dalším osobám v hospodářském styku, zakazuje zneužít svou materiální převahu k vytváření nebo využití závislosti slabší strany nebo k dosažení zřejmé a nedůvodné nerovnováhy ve vzájemných právech a povinnostech.⁵³

Je patrné, že není zakázáno samotné nerovné postavení (takový zákaz by byl zjevně nesmyslný a v demokratické společnosti nedosažitelný).

Možný interpretační problém může být u zákazu „vytváření závislosti“, přičemž se zároveň zakazuje „využití závislosti“, z čehož lze argumentem *a contrario* dovodit,

⁵¹ Projevuje se i v posuzování obsahu právního jednání, např. se nepřihlíží k ujednání kratší či delší promlčecí lhůty, pokud je toto ujednání v neprospěch slabší strany (§ 630 odst. 2 obč. zák.), k ujednání, které předem vylučuje nebo omezuje právo slabší strany na náhradu jakékoli újmy (§2898 obč. zák.)

⁵² Jedním z typických případů jsou tzv. dodavatelské smlouvy, uzavírané mezi velkými obchodními řetězci jako odběrateli a jejich dodavateli, často potravin. Podrobněji např. Tichá, M. *Dodavatelské smlouvy a ochrana před tzv. adhezními smlouvami*, Obchodněprávní revue 3/2015, s. 85

⁵³ Perspektivou obecných zásad soukromého práva se jedná o konkretizaci zásad poctivosti jednání, dobré víry a zákazu zneužití práv.

že jistá hospodářská závislost se presumuje. Lasák⁵⁴ dovozuje, že v tomto případě bude nutné prokázat existenci zlé vůle podnikatele.

Zákaz zneužití postavení silnější strany a ochrana slabší strany, bez ohledu na její status, se pak v procesu sjednávání obchodních smluv přímo projevuje úpravou adhezní kontraktace.

3.4.1. Adhezní kontraktace

Jak je již řečeno v předchozí části, úprava adhezní kontraktace je konkrétním nástrojem ochrany slabší strany. Dlužno dodat, že o z pohledu právní teorie se o adhezní kontraktaci jedná i v případě kontraktace mezi dvěma stranami, jejichž vyjednávací síla je vyrovnaná, avšak úpravě adhezní kontraktace v obč. zák. nepodléhá. V této souvislosti Pelikán v komentáři⁵⁵ soudí, že „*Vhodně pak nebyla zvolena ani terminologie "slabší" a "silnější" strana, jež právě implikuje nerovnováhu, která při uzavírání adhezní smlouvy nemusí být vůbec přítomna: technika adhezních smluv je totiž obvykle dána poměrem významu smlouvy a transakčních nákladů na její individuální projednání: jde o smlouvy, kde jsou náklady na individuální vyjednání smlouvy alespoň pro jednu (nejčastěji pro obě) strany nepřiměřené užítku, který smlouva přinese.*“ Myslím, že tento závěr s ohledem na záměr zákonodárce není správný, úprava v obč. zák. nemá za cíl vyčerpávajícím způsobem vymezit adhezní kontraktaci jako takovou, to je úkolem odborné literatury. Smysl úpravy v obč. zák. je stanovení poskytnutí ochrany adherentovi, a to pouze v případě, že je slabší stranou. V tomto v obč. zák. považuji zakotvení slabší strany jako součást hypotézy úpravy adhezní kontraktace za zcela korektní a odpovídající účelu zákonodárce, jak ostatně dokládá i důvodová zpráva.⁵⁶ Do jisté míry se v podstatě jedná o poskytnutí obdobné ochrany spotřebitelských smluv i subjektům, které v daném případě spotřebiteli nejsou nebo jimi nemohou být vůbec.

Adhezní kontraktace v předešlé právní úpravě upravena nebyla, a nemohla být tedy zdrojem úpravy současné. Důvodová zpráva tak hovoří o inspiraci autorů zahraničními

⁵⁴ In Lavický, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář. I.* Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1652

⁵⁵ Pelikánová, I. a Pelikán R. § 1798 (Pojem adhezní smlouvy). In: Švestka, J., Dvořák J., Fiala J., aj. *Občanský zákoník: Komentář, Svazek V, (§ 1721-2520)* [Systém ASPI]. Wolters Kluwer [cit. 2017-2-1]. ASPI_ID KO89_e2012CZ. Dostupné v Systému ASPI. ISSN: 2336-517X.

⁵⁶ Důvodová zpráva, s. 444

občanskými zákoníky i nadnárodními projekty jako je návrh evropského zákoníku o smlouvách⁵⁷ a návrh obecného referenčního rámce pro evropský občanský zákoník,⁵⁸ úprava obč. zák. je však zjevně převzatá z quebeckého občanského zákoníku,⁵⁹ až na ustanovení obsažené v §1801 obč. zák. , které poměrně krkolomně stanoví relativní dispozitivnost úpravy adhezní kontraktace.

Adhezní smlouvy v současnosti upravují ustanovení §1798 - 1801 obč. zák. Podle ust. §1798 odst. 1 obč. zák. platí, že „*Ustanovení o smlouvách uzavíraných adhezním způsobem platí pro každou smlouvu, jejíž základní podmínky byly určeny jednou ze smluvních stran nebo podle jejich pokynů, aniž slabší strana měla skutečnou příležitost obsah těchto základních podmínek ovlivnit.*“

Z výše uvedeného ustanovení obč. zák. je patrné, že k aplikaci úpravy adhezních smluv je v nutné splnění několika kumulativních podmínek.

- **základní podmínky**

Zákonodárce záměrně použil odlišný pojem, nežli jsou obsahově jasné pojmy základní ustanovení a podstatné náležitosti smlouvy (ustanovení smlouvy, které ji subsumují pod úpravu pojmenovaných smluv). Co je základními podmínkami konkrétní smlouvy je třeba stanovit vždy případ od případu.⁶⁰ Podle Bejčka⁶¹ bude pravděpodobná interpretace „*taková, že jde o jakékoliv významné smluvní podmínky, které v konkrétním kontextu mohou kvůli adhezní kontraktaci vést k vytváření nebo využití závislosti slabší strany a k dosažení zřejmé a bezdůvodné nerovnováhy ve vzájemných právech a povinnostech stran.*“ Vychází tu tedy z definice slabší strany. Analogicky k §1813 pak základními podmínkami nemusí

⁵⁷ Code européen des Contrats. [online] dostupné z <http://www.accademiagiurprivatistieuropei.it/> (dále jen „CEC“)

⁵⁸ Draft Common Frame of Reference [online] dostupné z http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcf_r_outline_edition_en.pdf (dále jen „DCFR“)

⁵⁹ Civil Code of Quebec. [online] dostupné z <http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/showdoc/cs/CCQ-1991>

⁶⁰ Zřejmě se bude jednat o ustanovení smlouvy, odpovědnost za vady a záruka, délka platnosti smlouvy a podmínky jejího ukončení, smluvní pokuty, způsob řešení sporů, volba rozhodného práva.

⁶¹ Bejček, J., Šilhán J., a kol. op. cit., s. 65

být dokonce ani cena a předmět plnění smlouvy, proto skutečnost, že slabší strana neměla možnost o těchto podmínkách vyjednávat automaticky neznamená, že se jedná o adhezní smlouvu a naopak.⁶² Lze tedy uzavřít, s tím že pojem základní podmínky se bude obsahově lišit případ od případu, s jedinou výjimkou, kdy lze mít naplnění této podmínky za jisté, budou ty smlouvy, u kterých veškeré její podmínky určila silnější strana.

- **skutečná příležitost ovlivnit obsah**

O adhezní kontraktaci se nebude jednat, pokud slabší strana měla reálnou příležitost základní podmínky ovlivnit.⁶³ Rozhodující je samotná skutečná příležitost – pokud se slabší strana tuto příležitost rozhodne nevyužít, nejedná se o adhezní smlouvu. Pokud však slabší strana měla příležitost ovlivnit jen ostatní podmínky smlouvy, jedná se o adhezní smlouvu. Sporná tak může být situace, kdy se slabší strana o ovlivnění obsahu vůbec nepokusí.

- **adherent musí být slabší stranou**

Adherentem se rozumí ta smluvní strana bez skutečné příležitosti obsah smlouvy (základní podmínky) ovlivnit. Slabší stranou se rozumí slabší strana ve smyslu §433 odst. 2 obč. zák. (srov. výše)

V praxi adhezní kontraktace děje prostřednictvím tzv. formulářových smluv, kdy navrhovatel předpokládá, že oblát do návrhu smlouvy doplní zpravidla pouze identifikační údaje, tedy bez toho, aby v kontraktaci měl možnost skutečně a plně projevit svoji vůli.⁶⁴ Občanský zákoník s touto skutečností počítá, když v §1798 odst. 2 zavádí vyvratitelnou právní domněnku, že: „*Použije-li se k uzavření smlouvy se slabší stranou smluvní formulář užívaný v obchodním styku nebo jiný podobný prostředek, má se za to, že smlouva byla uzavřena adhezním způsobem.*“ V praxi je používání formulářových smluv, často společně s užitým obchodních podmínek, obvyklé při podnikatelské

⁶² Hulmák, M. a kol. 2014 op. cit. s. 344

⁶³ O takovou (využitou) příležitost se zjevně bude jednat, pokud smlouva, nebo alespoň její základní podmínky, byly vyjednávány individuálně. Neznamená to, že např. u písemných smluv kontrahenti musí psát písemnou ofertu spolu, tu zpravidla zhotoví jen jeden z nich, druhý kontrahent však musí mít skutečnou příležitost obsah základních podmínek upravit dle své vůle.

⁶⁴ Způsob uzavírání adhezních smluv se označuje jako „ber nebo nech být“, z anglického “take it or leave it”.

činnosti, v rámci které podnikatel (navrhovatel) uzavírá velké množství víceméně generických smluv⁶⁵.

Podnikatelé tuto praxi v zásadě nepoužívají cíleně k omezení slabší strany, ale ze zcela legitimního, pragmatického důvodu zefektivnění kontraktace s velkým množstvím stran, zejména za účelem snížení transakčních nákladů. Je to projevem tzv. standardizace uzavírání smluv. Ostatně většina spotřebitelských smluv definici adhezních smluv naplňuje, přičemž spotřebitel – adherent zpravidla ani nemá ambice o skutečnou, individuální kontraktaci. Znevýhodnění protistrany je tak dle mého názoru často jen jakýmsi „vedlejším produktem“, kdy slabší strana ztrácí příležitost ovlivnit *základní podmínky* obsahu smlouvy, což však nikterak nesnižuje nutnost slabší stranu chránit. Spotřebitel je samozřejmě dále ještě více chráněn v režimu spotřebitelského práva, a to prostředky soukromého i veřejného práva.

Úprava adhezní kontraktace je zjevně relativně kogentní, kdy ve vztazích B2B strany - podnikatelé mohou, v souladu s ust. §1801 věta druhá, vyloučit úpravu adhezní kontraktace, ledaže strana prokáže, že doložka uvedená mimo vlastní text smlouvy a navržená druhou smluvní stranou hrubě odporuje obchodním zvyklostem a zásadě poctivého obchodního styku.

3.4.2 Doložky v adhezních smlouvách

Jak je uvedeno výše, adhezní kontraktace není apriorně zakázána, slabší straně však při adhezní kontraktaci náleží ochrana vůči následujícím smluvním doložkám (§ 1799 – 1800):

1. Doložka odkazující na podmínky uvedené mimo vlastní text smlouvy (§1799 obč. zák.). Taková doložka je platná pouze za předpokladu, že slabší strana byla s touto doložkou a jejím významem prokazatelně seznámena či pokud jí prokazatelně její význam byl znám. Tento požadavek je poplatný pouze k doložce samotné, nikoli k odkazovaným podmínkám mimo vlastní text smlouvy. Ochrana proti jejich obsahu je pak upravena v rámci úpravy obchodních podmínek.

⁶⁵ Často ve vztazích B2C - smlouvy o pojištění, úvěru, poskytování telefonických služeb, bankovní služby, dodávky energií.

2. Doložka čitelná se zvláštními obtížemi nebo doložka pro osobu průměrného rozumu nesrozumitelná (§ 1800 odst. 1 obč. zák.). Taková doložka je platná, pouze pokud nepůsobí slabší straně újmu, nebo pokud byl slabší straně prokazatelně význam nesrozumitelné doložky dostatečně vysvětlen.
3. Doložka pro slabší stranu zvláště nevýhodná, aniž je pro to rozumný důvod (§ 1800 odst. 2 obč. zák.). Zákon tak označuje zejména podmínky, které se závažně a bez zvláštního důvodu odchyľují od obvyklých podmínek ujednávaných v obdobných případech. Soud je nadto v těchto případech oprávněn užit moderační právo, zjevně v případech, kdy je v zájmu slabší strany upravit, spíše než jej zcela zneplatnit

3.5. Specifika postavení podnikatele v kontraktaci

V této části se zaměřuji na samotný kontraktační proces, respektive na specifika postavení podnikatele v něm a na typické instituty užívané při uzavírání obchodních smluv.

3.5.1. Modifikovaná akceptace

Zákonodárce v ust. §1740 odst. 3 obč. zák. zavedl možnost obsahově modifikované akceptace nabídky. Inspiračním zdrojem byl dle důvodové zprávy CEC, obsahově shodné ustanovení ohledně formálně modifikovaného přijetí nabídky v ust. §1740 odst. 2 obč. zák. však bylo i v ust. §44 odst. 2. Modifikovanou akceptaci pak lze nalézt i v čl. 19

Vídeňské úmluvy o mezinárodní koupi zboží⁶⁶, čl. 2. 1. 11 UNIDROIT Principů 2010⁶⁷, čl. II.-4:208 DCFR.

Materiálně modifikované přijetí nabídky je v zásadě výjimkou z obecné zásady absolutní obsahové totožnosti oferty a její akceptace (§1725 obč. zák.)⁶⁸. Odpověď příjemce nabídky, která obsahuje dodatek nebo odchylku, která podstatně nemění podmínky nabídky, a kterou navrhovatel bez zbytečného odkladu neodmítne, je přijetím nabídky. Je-li odchylka podstatná, pak se takové právní jednání považuje za odmítnutí nabídky a nabídku novou.

V zákoně není uvedené žádné hledisko k určení podstatnosti či nepodstatnosti odchylky. Vodítkem k výkladu tohoto pojmu tak může být, jak uvádí komentářová literatura⁶⁹ zjevná inspirace článkem č. 19 odst. 3 Vídeňské úmluvy, který za podstatné odchylky považuje takové, které se týkají „*zejména kupní ceny, placení, jakosti a množství zboží, místa a doby dodání, rozsahu odpovědnosti jedné strany vůči druhé straně nebo řešení sporů.*“ Zda se bude jednat o modifikaci podstatnou či nepodstatnou bude zjevně třeba posoudit vždy objektivně vzhledem k druhu uzavírané smlouvy, poměrům mezi stranami a jejich postavení. Nepodstatnými změnami obsahu smlouvy zřejmě nebudou změny podstatných náležitostí typových smluv. Judikatura se se touto definicí dosud nezabývala.

Ustanovení §1740 odst. 3 věta druhá obč. zák. přitom stanoví, že oferent může sám svým jednostranným projevem vůle možnost modifikované akceptace vyloučit, ať už přímo v nabídce či jiným způsobem, který nevzbuzuje pochybnost. Jsem toho názoru, že v zájmu právní jistoty oferenta, zejména s ohledem na dosud chybějící vodítka k určení, zda se jedná o odchylku podstatnou či nikoli, je doporučeníhodné tuto možnost využít.

⁶⁶ Vídeňská úmluva o mezinárodní koupi zboží [online] dostupné na <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/czechtext.html> (dále jen „Vídeňská úmluva“)

⁶⁷ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts [online], dostupné na <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf> (dále jen „UNIDROIT“)

⁶⁸ V této souvislosti se hovoří o tzv. mirror-image-rule, oferta a akceptace se mají, co do obsahu, shodovat jako odraz v zrcadle, srov. Hulmák M., 2008, op. cit. s. 116. Přijetí nabídky jinými slovy, jak stanoví § 1740 odst. 2 věta druhá, pak tuto zásadu dodržuje, neboť obsah je skutečně stejný, jen jinak formulovaný.

⁶⁹ Hulmák, M. a kol. 2014 op. cit. s. 118

3.5.2. Obchodní potvrzovací dopis

Potvrzovací dopis je kvalifikovanou formou písemného potvrzení smlouvy⁷⁰, které je adresovaným právním jednáním s deklaratorním účinkem, jehož účel je dodatečně písemné potvrzení obsahu smlouvy uzavřené v jiné než písemné formě (§1757 odst. 1 obč. zák.). Písemné potvrzení smlouvy nenastupuje na místo původní, neformálně uzavřené smlouvy, je toliko důkazem o jejím obsahu. Účel tohoto ustanovení je zjevný, a sice doplnit neformálně uzavřenou smlouvu písemným důkazem k zvýšení právní jistoty a zamezení sporných výkladů obsahu závazkového vztahu.

Oproti tomu potvrzení smluvní strany v obchodním potvrzovacím⁷¹ dopise může mít i konstitutivní účinky, a to když „*Učiní-li tak při podnikání stran jedna z nich vůči druhé v přesvědčení, že její potvrzení zachycuje obsah smlouvy věrně, platí smlouva za uzavřenou s obsahem uvedeným v potvrzení, i když vykazuje odchylky od skutečně ujednaného obsahu smlouvy. To platí jen v případě, že odchylky uvedené v potvrzení mění skutečně ujednaný obsah smlouvy nepodstatným způsobem a jsou takového rázu, že by je rozumný podnikatel ještě schválil, a za podmínky, že druhá strana tyto odchylky neodmítne.*“ (§1757 odst. 2 obč. zák.)

Z formulace ustanovení §1757 odst. 2 je zřejmé, že ke konstitutivnímu účinku změny obsahu již uzavřené smlouvy prostřednictvím nevyvratitelné právní domněnky („platí smlouva za uzavřenou s obsahem“), musí být kumulativně splněno několik podmínek:

a) Smlouva uzavřená neformálně:

Použití (obchodního) potvrzovacího dopis přichází v úvahu jen při uzavření smlouvy v jiné, než písemné formě (§1757 odst. 1 obč. zák.)

b) Vůči podnikateli:

⁷⁰ Jak vyplývá ze systematiky ust. §1757 obč. zák. i důvodové zprávy. Tento institut před jeho zakotvením v obč. zák. v českém právním prostředí upraven nebyl.

⁷¹ Ust. §1757 odst. 2 obč. zák. sice použití obchodního potvrzovacího dopisu podmiňuje „při podnikání stran“, tedy v B2B vztazích, ale v §1757 odst. 3 obč. zák. stanoví, že odst. 2 se použije i „v případě, že smlouva byla uzavřena při podnikání jedné ze stran a její obsah potvrdí druhá strana.“

Obchodně potvrzovací dopis lze použít při vztazích B2B i B2C, vždy však pouze ve vztahu vůči podnikateli. Tato podmínka zjevně nebude naplněna, bude-li se jednat o podnikatele dle §420 odst. 2 obč. zák.⁷²

c) Přesvědčení o věrném zachycení obsahu:

Projev povinnosti poctivosti jednání (§6 obč. zák.) potvrzující strana musí jednat poctivě. Tuto podmínku zjevně nesplní, pokud v konkrétním případě strana věděla či musela vědět, že obsah obchodního potvrzovacího dopisu neodpovídá uzavřené smlouvě, tedy nebyla-li v dobré víře.

d) Odchylka mění obsah smlouvy jen nepodstatně:

Jedná se o stejnou podmínku jako v případě modifikované akceptace nabídky (§1740 odst. 3 obč. zák.) Ani na tomto místě není stanoveno měřítko k určení podstatnosti či nepodstatnosti odchylky, uplatní se tedy stejná pravidla jako u modifikované akceptace.

Potvrzovací dopisy s konstitutivním účinkem jsou typické pro Německo, kde se za podstatnou odchylku považují např. *„omezení odpovědnosti za prodlení a doplnění, že stanovená doba plnění je pouze přibližná, nebo odpovědnosti za vady přes předchozí ujištění, že předmět má určité vlastnosti.“*⁷³

e) Odchylka, kterou by rozumný podnikatel ještě schválil:

Doplnění předchozí podmínky o objektivní kategorii rozumného podnikatele, přičemž se evidentně jedná o podmínku restriktivnější, než je ta předchozí. Těžko si totiž lze představit podstatnou odchylku od obsahu sjednané smlouvy, kterou by rozumný podnikatel přijal, naopak lze jistě uvažovat v tom směru, nepodstatná odchylka může být takového charakteru, že by ji rozumný podnikatel nepřijal.

f) Neodmítnutí odchylek druhou stranou:

Podmínka neodmítnutí, „souhlas nekonáním“ smluvní strany se vztahuje k předchozím dvěma podmínkám, obsahem smlouvy se tak při neodmítnutí obchodního potvrzovacího dopisu stanou pouze ty odchylky, které jsou nepodstatné a které by rozumný podnikatel ještě schválil. Odchylky podstatné lze namítat kdykoli; vhodné je však odmítnutí v obou případech

⁷² Hulmák, M. a kol. 2014 op. cit. s. 182

⁷³ Hulmák M., 2008, op. cit. s. 122

(vůči odchylkám podstatným i nepodstatným), z důvodu průkaznosti písemně.⁷⁴ Zákon nestanoví formu ani lhůtu k odmítnutí. Jak je již naznačeno výše, obsahem a účelem nejbližší ustanovení je obchodnímu potvrzovacímu dopisu úprava akceptace nabídky s odchylkou či výhradou (§1740 odst. 3 obč. zák.), proto lze analogicky dle §10 odst. 1 obč. zák. dovodit, že i v tomto případě by smluvní strana měla odchylky odmítnout bez zbytečného odkladu.⁷⁵

Úprava obchodního potvrzovacího dopisu je dispozitivní, smluvní strany ji její aplikaci mohou vyloučit či pozměnit, zejm. by v tom případě bylo vhodné stanovit lhůtu si a formu pro odmítnutí. Je patrná přísnost úpravy, zejména s ohledem na možné konstitutivní účinky obchodního potvrzujícího dopisu. V nám blízkých právních řádech je patrná opatrnost ve vztahu ke konstitutivního účinku potvrzujících dopisů, s výjimkou Německa. V českém právním prostředí se jedná o novum.⁷⁶

3.5.3. Domněnka nabídky a veřejná nabídka

Veřejnou nabídku upravuje občanský zákoník v ustanovení §1780 a následující. Veřejná nabídka není vyhrazena osobám se statusem podnikatele, při uplatnění domněnky nabídky, která se uplatní ve vztahu k podnikateli, se však zpravidla bude jednat o veřejnou nabídku. Podle většiny autorů se jedná o zákonnou výjimku adresnosti nabídky,⁷⁷ podle jiných je veřejná nabídka adresována, avšak předem neurčitěmu okruhu osob.⁷⁸ Vzhledem k ust. §1733 věta druhá obč. zák., který projevy vůle učiněné vůči neurčitěmu okruhu osob označuje za toliko veřejný příslib, či za výzvu k podání nabídky, a nepřímo tak adresnost označuje za pojmový znak nabídky, se přikláním spíše k názoru, že se jedná právě o výjimku z požadavku adresnosti.

⁷⁴ Hulmák, M. a kol. 2014, op. cit. s. 184

⁷⁵ K lhůtě bez zbytečného odkladu: „Ústavní soud (srov. náleze ze dne 15. srpna 2005, sp. zn. IV. ÚS 314/05, publikovaný ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu č. 38, ročník 2005, pod číslem 159) vysvětlil, že „vágní“ pojem „bez zbytečného odkladu“ je třeba vykládat vždy s ohledem na okolnosti konkrétního případu“. Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 10. 12. 2013, sp. zn. 32 Cdo 2484/2012.

⁷⁶ Hulmák M., 2008, op. cit. s. 123 – 124. Např. v Rakousku až do roku 1974 judikatura připouštěla konstitutivní účinky potvrzujících dopisů, v tomto roce však došlo k obratu a nadále jim je přiznáván pouze deklaratorní účinek.

⁷⁷ Černá, S., Štenglová I., Pelikánová I., a Dědič J. a kol., op. cit. s. 434

⁷⁸ Bejček, J., Šilhán J., a kol. op. cit., s.51

Zákon pak pro určité projevy vůle podnikatele zavádí domněnku nabídky, označovanou také jako „*konkludentní oferta*“⁷⁹. Podle ust. §1732 obč. zák. totiž pokud podnikatel při své podnikatelské činnosti použije reklamu, katalog či vystaví zboží, pak se má za to, že je toto nabídkou s výhradou vyčerpání zásob nebo ztráty schopnosti podnikatele plnit.

Tato (vyvratitelná) právní domněnka nabídky je dalším se znaků vyšších nároků kladených na podnikatele, který je při naplnění zákonné hypotézy povinen plnit subjektům jednajícím v dobré víře v takové právní jednání podnikatele. Oproti obecné úpravě veřejné nabídky je rozsah zahrnutých právních jednání v tomto případě širší, rovněž se neuplatní některá pravidla uvedená u obecné úpravy veřejné nabídky, např. podnikatel bude povinen strpět uzavření smlouvy se všemi akceptanty nabídky, nikoli pouze s tím prvním, jako je tomu u obecné veřejné nabídky (ust. §1782 odst. 2 obč. zák.), a to s výhradou vyčerpání zásob nebo ztráty schopnosti podnikatele. Důkazní břemeno této k prokázání této výhrady je přitom zjevně na straně podnikatele – povinného, přičemž se jedná o negativní skutečnost, což podle klasické negativní důkazní teorie není možné, v současnosti je však již překonána a prokázání negativních skutečností se připouští, např. dle rozsudku Nejvyššího soudu 22 Cdo 4707/2010 „*Nelze důvodně argumentovat skutečností, že žalobci jsou v takovém případě povinni prokazovat tzv. negativní skutečnost. Takový argument je v zásadě poukazem na tzv. negativní teorii důkazního břemene, která vychází z předpokladu, že dokazování neexistujících skutečností je vyloučeno povahou věci, neboť dokázat lze jen to, co existuje, nikoliv to, co neexistuje (např. Bekch, H.: Die Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, 1899 nebo Fitting, H.: Die Grundlagen der Beweislast, Zeitschrift für Zivilprozess 13, ročník 1889, str. 1 a násl.). Tato teorie je však současnou civilistickou doktrínou - s podrobnou argumentací - považována za překonanou se zdůrazněním, že negativní skutečnosti lze v řízení dokazovat a v soudní praxi k tomu také často dochází, a s tím, že jako určité specifikum se v takových případech uplatňuje "snad jen častější použití nepřímých důkazů."* (Macur, J.: Dělení důkazního břemena v civilním soudním sporu, Brno, Masarykova univerzita, 1996, str. 34).“⁸⁰ Výhradu vyčerpání zásob lze například

⁷⁹ Ondřejová, D. op. cit. s.32

⁸⁰Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 14. 2.2013, sp. zn. 22 Cdo 4707/2010. Tuto argumentaci pak Nejvyšší soud opakovaně použil např. v usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 21. 1.2014, sp. zn. 22 Cdo 1007/2013., v rozsudku Nejvyššího soudu ČR ze dne 26. 2.2013, sp. zn. 22 Cdo 3108/2010.

dokazovat výpisy z evidence skladových zásob a účetními výpisy, nemožnost plnění pak ztrátou koncese k provozované živnosti či v obou případech zásahem *vis maior*.

V neposlední řadě může podnikatel posouzení jeho projevu vůle jako konkludentní nabídky zabránit výhradou, že se o nabídku nejedná, případně formulací svých marketingových materiálů takovým způsobem, že nenaplní požadavek na dostatečnou určitou nabídky, kterou je pro uzavření platné smlouvy možné bez dalšího pouze přijmout.

3.6. Obchodní podmínky

Obchodní podmínky jsou spolu s formulářovými smlouvami prostředkem tzv. standardizace smluv. Jsou tzv. nepřímým smluvním ujednáním, a součástí smlouvy se stanou v okamžiku, kdy s tím obě strany projeví souhlas, tedy okamžikem uzavření smlouvy. *Racio* jejich používání spočívá především ve zjednodušení kontraktace a snížení transakčních nákladů podnikatele při uzavírání velkého množství smluv se stejným nebo obdobným plněním (např. koupě, resp. prodej spotřebního zboží, bankovní a pojišťovací služby, dodávky energií), při které zpravidla ani jedna ze stran nemá zájem smluvní podmínky individuálně sjednávat; jejich účelnost je tedy obdobná jako v případě adhezních - formulářových smluv, a právě především při adhezní kontraktaci je jejich použití obvyklé. Užití obchodních podmínek však adhezi neimplikuje *per se*, obchodní podmínky vůbec nemusí obsahovat základní podmínky smlouvy, v konkrétním případě může být v obchodních podmínkách upraveny pouze vedlejší podmínky, jako např. podmínky dopravy zboží, kontakty na jednotlivá pracovní oddělení smluvní strany apod. Dalším důvodem pro jejich užití může být důvěra navrhovatele či obou stran v jejich formální správnost, ať už použijí obchodní podmínky připravené pro konkrétní subjekt právníkem či použijí-li se obchodní podmínky kvalifikované. Důvodem však může být také snaha prosadit své podmínky formou nátlaku na druhou (slabší) stranu; v takovém případě pak přichází na řadu ochranná ustanovení, a to před neočekávanými ustanoveními obchodních podmínek (ochrana před obsahem) nebo skrze ochranná ustanovení adhezní kontraktace (ochrana před formou jejich včlenění do smlouvy).

V každém případě platí zásada přednosti smluvních ujednání před obsahem obchodních podmínek (ust. §1751 odst. 1 věta druhá obč. zák.)⁸¹, a to ze zjevného důvodu, že individuálně sjednaná (tedy přímá) smluvní ujednání spíše odpovídají vůli smluvních stran.

Užití obchodních podmínek není vyhrazeno podnikatelům či pouze na obchodní smlouvy, ve skutečnosti si však obchodní podmínky nepodnikatele lze jen stěží představit. Ostatně to napovídá i jejich přívlastek „obchodní“.

Obchodní podmínky lze rozdělit následovně:

Kvalifikované obchodní podmínky – vypracované odbornými nebo zájmovými organizacemi (§ 1751 odst. 3 obč. zák.).

Obecné obchodní podmínky – ostatní. Dají se dále členit z různých hledisek, např. na obchodní podmínky mezi podnikateli (B2B) a obchodní podmínky spotřebitelské (B2C).

3.6.1. Včlenění podmínek

Pro včlenění obchodních podmínek do smluvního vztahu musí být splněno několik podmínek. Předně na ně musí být v nabídce odkázáno; tato podmínka musí být dodržena v každém případě, samotná existence jakýchkoli obchodních podmínek k tomu, aby se staly součástí smluvního vztahu, nepostačuje.⁸² Samotný odkaz je pak dostatečný, pokud jsou oběma stranám obchodní podmínky objektivně známy, v opačném případě je musí navrhovatel připojit k nabídce.

Nad požadavkem připojení obchodních podmínek je třeba se pozastavit. Bezsporné bude jejich fyzické připojení k nabídce v listinné podobě, zvláště pokud odkaz ve smlouvě výslovně uvede jejich umístění (typicky rub formulářové smlouvy). V současné době se pak lze setkat s odkazem na obchodní podmínky prostřednictvím hypertextového odkazu na internetové stránky navrhovatele. V tom případě se obchodní podmínky skutečně

⁸¹ Tato zásada byla rovněž judikována Nejvyšším soudem, Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 31. 5. 2012, sp. zn. 29 Cdo 589/2010.

⁸² Je však třeba mít na paměti, že zákon na odkaz nestanoví formální požadavek, podle okolností tak může být i konkludentní, srov. Hulmák, M. a kol. 2014 op. cit. s. 154

mohou stát součástí smlouvy, ale jen v určitých případech. Hypertextový odkaz tak bude platný zejm. při elektronické kontraktaci, přičemž obchodní podmínky musí být skutečně poskytnuty, nepostačí samotný odkaz,⁸³ tak aby bylo možné se s nimi skutečně seznámit.⁸⁴ Ideální je, a často tomu tak při elektronické kontraktaci skutečně je, neumožnit straně další postup bez toho, aby potvrdila seznámení, porozumění a souhlas s obchodními podmínkami.⁸⁵

Při užití obchodních podmínek při adhezní kontraktaci je odkaz (doložka) na obchodní podmínky platná pouze za předpokladu, že slabší strana byla s doložkou a jejím významem seznámena, nebo prokáže-li se, že význam doložky musela znát (§ 1799 obč. zák.).

Pouze pro B2B vztahy pak zákon (ust. §1751 odst. 3) dovoluje určení části obsahu smlouvy pouhým odkazem na obchodní podmínky vypracované odbornými nebo zájmovými organizacemi, tedy bez jejich přiložení či prokazování jejich znalosti druhou stranou. Podobně lze ve vztazích mezi podnikateli použít doložky upravené v užívaných vykládacích pravidlech, v takovém případě se má za to, že takovou doložkou zamýšlely vyvolat právní účinky stanovené vykládacími pravidly, na něž se ve smlouvě odkázaly. Bez takového odkazu se, pak se použijí výkladová pravidla, která se s přihlédnutím k povaze smlouvy obvykle používají. Takovými doložkami budou typicky dodací doložky INCOTERMS⁸⁶

3.6.2. Překvapivá ustanovení obchodních podmínek

Občanský zákoník kogentním ust. §1753 obč. zák. stíhá neúčinností taková ustanovení obchodních podmínek, která druhá strana nemohla rozumně očekávat, kromě případu, kdy je tato strana přijala výslovně. Tato ochrana před obsahem obchodních smluv tedy svědčí všem subjektům bez ohledu na jejich status, či postavení z materiálního hlediska, jako je tomu např. u slabší strany v adhezní kontraktaci. Pro posouzení této překvapivosti ustanovení pak ust. § 1753 obč. zák. věta druhá stanovuje dvě kritéria, a sice jeho obsah (materiální hledisko) a způsob vyjádření (formální hledisko). Toto ustanovení odráží

⁸³ CSACH, K. *Štandardné zmluvy*. [1. vyd.]. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009. Autorské publikácie s. 82 - 83

⁸⁴ Usnesení Ústavního soudu ze dne 18.11.2008, sp. zn. I. ÚS 2619/08.

⁸⁵ Bejček, J., Šilhán J., a kol. op. cit., s. 55

⁸⁶ Černá, S., Štenglová I., Pelikánová I., a Dědič J. a kol., op. cit. s. 439

realitu uzavírání smluv, často spojenou s „racionální rezignací“ a tzv. paušálním souhlasem s obsahem obchodních podmínek.⁸⁷ Ochrana před překvapivými ustanoveními je tak v souladu s presumovanou poctivostí a dobrou vírou stran, a s cílem zamezit zneužití obchodních podmínek, které navrhovatel použije s vědomím toho, že je většina účastníků právního vztahu nebude číst. Je však určitým popřením zásad *pacta sunt servanda*, či *vigilantibus profit iura* a rovněž s některými judikatorními závěry.⁸⁸

Je zjevné, že „rozumné očekávání“, tedy jaká ujednání možné v konkrétním případě považovat spotřebitele bude jiné nežli u banky. Překvapivost obsahu obchodních podmínek je v každém případě třeba s ohledem na §4 obč. zák. posuzovat objektivně, a to prismatem průměrně zkušené smluvní strany za daných okolností.⁸⁹ Náповědu pro to, jaké ustanovení bude objektivně posuzováno jako překvapivé, lze nalézt analogickou aplikací ust. §1800 odst. 2 obč. zák, podle kterého je neplatná doložka, která se závažně a bez zvláštního důvodu odchyluje od podmínek ujednávaných v obdobných případech; taková doložka, resp. obsah obchodních podmínek, bude zjevně rovněž překvapivá ve smyslu §1753 obč. zák.

Podle Ondřejové⁹⁰ budou obsahově překvapivá např. ustanovení o smluvní pokutě v nepřiměřené výši, vzdání se práv nabyvatele z vad zboží, vzdání se či limitace práva na náhradu škody, vyloučení či omezení odstoupení od smlouvy, extrémně dlouhé výpovědní doby. Za překvapivá ustanovení obchodních podmínek dle jejich formy pak budou špatně čitelná ustanovení, ať už z důvodu velikosti písma, neobvyklého fontu, nekонтрастních barev, nepřehledných tabulek a kombinovaných vnitřních odkazů, řazení určitého obsahu pod zavádějící nadpisy či skrytě v rámci obsahově odlišného textu, ale i zjevně nepřiměřená délka obchodních podmínek.

Jak již bylo řečeno, překvapivá ustanovení obchodních podmínek jsou neúčinná, ledaže je druhá strana výslovně přijme. Výslovné přijetí zákon nekvalifikuje, za korektní naplnění tohoto zákonného požadavku bude zřejmě považováno např. podepsání přijímajícího subjektu přímo u potenciálně překvapivého ustanovení, či výčet těchto

⁸⁷ Bejček, J., Šilhán J., a kol. op. cit., s. 61

⁸⁸ Srov. Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 26. 2.2009, sp. zn. 33 Odo 1560/2006.

⁸⁹ Hulmák, M. a kol. 2014 op. cit. s. 170

⁹⁰ Ondřejová D., op. cit. s. 56 - 57

sporných ustanovení ve přímo ve smlouvě. Zcela bezrozporné bude jejich zakotvení přímo v individuálně sjednané smlouvě, fakticky tím však ztratí povahu obchodních podmínek.

Inspiračním zdrojem je článek 2.1.20 UNIDROIT, v komentované verzi z roku 2010 pak nabízí příklady k překvapivosti ustanovení z různých hledisek.⁹¹

Nabízí se otázka, zdali úprava překvapivých ustanovení obchodních podmínek není ve vztahu k podnikatelům příliš benevolentní, zejména co se týká materiálního hlediska překvapivosti. Podnikatel by k uzavírání smluv měl přistupovat s náležitou péčí a se smluvním obsahem se náležitě seznámit. Jiná ochranná ustanovení ochranu zpravidla přiznávají na základě slabšího postavení, ať už formálního či materiálního. Domnívám se, že judikatura především v B2B vztazích tento institut bude vykládat spíše restriktivně, a to s přihlédnutím k obecným korektivům poctivosti v právním styku, rozporu s dobrými mravy a veřejným pořádkem, profesionality podnikatele a výše uvedeným zásadám soukromého práva.

3.6.3. Změna obchodních podmínek

Zákon v jistých případech umožňuje jednostrannou změnu obchodních podmínek, a to při kumulativním splnění podmínek v § 1752 odst. 1 obč. zák. V praxi se bude jednat zejména o masově uzavírané smlouvy ve vztazích B2C, jako jsou smlouvy o dodávkách energií, o bankovních službách, o pojištění. Jednostranně tak může obchodní podmínky změnit podnikatel, **ujednájí-li smluvní strany tuto možnost změny ve smlouvě**, a to pouze u smluv uzavíraných během běžného obchodního styku, s větším počtem osob, se závazkem k dlouhodobému, opětovnému plnění stejného druhu, s určením části obsahu odkazem na obchodní podmínky. Případná jednostranná změna musí být zároveň patrná z povahy závazku již při uzavírání smlouvy, musí být přiměřená a rozumná, a musí být předem sjednán způsob oznámení změn dotčené straně. Té musí svědčit předem sjednané právo jednostrannou změnu obchodních podmínek odmítnout, a závazek ze smlouvy z tohoto důvodu vypovědět, a to v takové výpovědní době, která je dostatečná

⁹¹ UNIDROIT op. cit. s. 68 -70.

pro sjednání obdobného plnění s jiným subjektem. Zákon výslovně zapovídá ujednání zatěžující dotčenou, tedy vypovídající stranu zvláštními povinnostmi.

3.6.4. Kolize obchodních podmínek

V praxi může dojít k rozporu mezi obchodními podmínkami⁹², zpravidla tak, že akceptant ke své akceptaci nabídky, ke které byly připojeny obchodní podmínky, rovněž připojí své obchodní podmínky. I to je nejspíše důsledkem standardizace uzavírání smluv, kdy smluvní strany ke svému právnímu jednání z jisté setrvačnosti či zvyku bez domyšlených následků připojí své obchodní podmínky. Rozporem je myšlena zejména obsahově odlišná úprava určité otázky, o rozpor se zjevně nebude jednat, pokud obsahově stejnou otázku budou upravovat jen odlišným způsobem. K rozporu nemusí vůbec dojít, teoreticky si lze představit, že obchodní podmínky budou obsahově shodné, či rozpory budou tak nepodstatné, že smlouva bude uzavřena na základě modifikované akceptace.

Pokud však k rozporu dojde, platí, že smlouva je uzavřena s obsahem určeným v tom rozsahu, v jakém obchodní podmínky nejsou v rozporu, obsahem smlouvy se stane jejich průnik (§ 1751 odst. 2 obč. zák.). Otázky neupravené smluvně se pak budou podpůrně řídit obecnými právními předpisy. Tento přístup se nazývá jako *knock-out-rule*, je jím v zásadě zajištěn obsahový konsensus smluvních stran, je rovněž v souladu s výkladovým pravidlem, dle kterého se na právní jednání hledí spíše jako na platné než neplatné (§574 obč. zák.).

Pravidlo uzavření smlouvy s bezrozporným obsahem obchodních podmínek se uplatní, i pokud to obchodní podmínky vylučují. Vyloučit ho však lze, pokud tak učiní libovolná ze stran bez zbytečného odkladu po výměně projevů vůle; takový projev vůle pak bude mít povahu splnění rozvazující podmínky, smlouva v tom případě zanikne od počátku. Stejně tak však bude vyloučeno, pokud si navrhovatel podmíní přijetí jeho nabídky bez možnosti modifikovaného přijetí, ať už přímo v nabídce, či jiným, pochyby nevzbuzujícím způsobem (§ 1740 odst. 3 obč. zák.).

Otázkou je určení společného obsahu (či naopak rozporu?) u odlišně kvantifikovaných smluvních ujednání, jako je určení různých lhůt, smluvní pokuty. V takovém případě je

⁹² Nazývané rovněž jako „bitva forem“, z anglického „battle of forms“

dle mého nejspravedlivější posoudit jejich společný obsah v té výši, ve které se vzájemně překrývají, tedy v té menší hodnotě.

V praxi si lze představit mnohé obtíže spojených s tímto pravidlem, zejména u značně obsáhlých a složitě strukturovaných obchodních podmínek smluvních stran, v takovém případě může být nalezení společného obsahu velmi nesnadné. Stranám tak hrozí právní nejistota jak ve smyslu obsahu uzavřené smlouvy, tak toho, zda smlouva skutečně vznikla, neboť druhá strana svým projevem vůle může dodatečně způsobit její zánik.

4. Spotřebitelské smlouvy a informační povinnosti

Zásada ochrany slabší strany je ještě více akcentována při uzavírání smluv mezi podnikatelem a spotřebitelem (B2C), tedy smluv označovaných jako spotřebitelské smlouvy⁹³. Ochrana spotřebitele je natolik důležitou, že může být legitimním důvodem pro omezení některé ze svobod volného pohybu na vnitřním trhu,⁹⁴ a významně omezuje smluvní volnost kontrahentů.⁹⁵ Podnikateli tedy ze spotřebitelské smlouvy a to i před jejím uzavřením v procesu jejího sjednávání plynou zvýšené povinnosti, kterým odpovídají ochranná práva spotřebitele. To přirozeně vyplývá z faktické nerovnosti ve vztahu mezi těmito dvěma subjekty práva, ve kterém má podnikatel zpravidla ekonomickou a informační převahu. Tato snaha „vyrovnání zbraní“ je dále podpořena i povahou příslušných ustanovení občanského zákoníku, která jsou relativně kogentní, smluvní strany se od nich mohou odchýlit pouze ve prospěch spotřebitele.⁹⁶

Obecný princip ochrany slabší strany a princip ochrany spotřebitele se do jisté míry překrývají a vzájemně se nevylučují. Ustanovení občanského zákoníku představují soukromoprávní ochranu spotřebitele, který je dále chráněn i předpisy práva veřejného.

⁹³Důvodová zpráva k obč. zák. uvádí, že pojem „spotřebitelské smlouva“ je nepřesný, což podkládá argumentem, v české terminologii je termín „smlouva“ s jakýmkoli přívlastkem vyhrazen jen smluvním typům („kupní smlouva“, „pracovní smlouva“, „příkazní smlouva“) za správný považuje pojem „smlouva uzavírané se spotřebitelem“, a pojem spotřebitelské smlouvy „nemíjí vymítit“ a pracuje s ním jako s legislativní zkratkou a to z důvodu vžití tohoto pojmu. Většina autorů však tento pojem považuje za nezávadný. Obdobnou výhradu má důvodová zpráva i k pojmu „adhezní smlouvy“

⁹⁴Černá S., Plíva S. a kol. *Podnikatel a jeho právní vztahy*. Praha: Právnická fakulta, UK, 2013s. 66

⁹⁵srov. Gerloch, A. *Ke střetu principu autonomie vůle (smluvní svobody) a pravidel ochrany spotřebitele*, Časopis Soudce 06/2013

⁹⁶§1812 odst. 2 obč. zák.

Spotřebitelské právo je do značné míry harmonizováno prostřednictvím předpisů EU. Předmětem kritiky je forma odkazů na transponované EU předpisy, resp. jejich absence, kdy je jen obecně v §3015 vyčten souhrn směrnic, což stěžuje výklad s ohledem na zásadu přednosti úpravy EU před národní zákonnou úpravou a zásadu výkladu komformního s předpisy EU.

Důvody ochrany spotřebitele výstižně popsal Ústavní soud v právní větě nálezu ÚS 342/09 „*Východiskem spotřebitelské ochrany je postulát, podle něhož se spotřebitel ocitá ve fakticky nerovném postavení s profesionálním dodavatelem, a to s ohledem na okolnosti, za nichž dochází ke kontraktaci, s ohledem na větší profesionální zkušenost prodávajícího, lepší znalost práva a snazší dostupnost právních služeb a konečně se zřetelem na možnost stanovovat smluvní podmínky jednostranně cestou formulářových smluv. Pro takové vztahy je charakteristické, že podnět ke smluvnímu jednání pochází zpravidla od dodavatele, přičemž spotřebitel není na smluvní ujednání připraven, při kontraktaci je využíván moment překvapení a nezkušenosti spotřebitele, v případě prodeje na obchodních prezentacích je u něj navíc vyvolán pocit vděčnosti za poskytnuté doprovodné služby spojené s prezentací, které se spotřebitel může snažit kompenzovat snahou vyhovět nabídce dodavatele, spotřebitel často nemá na místě samém možnost porovnat jakost a cenu nabídky s jinými nabídkami atd. Společným znakem této nové kogentní právní úpravy je tedy snaha cestou práva vyrovnat tuto faktickou nerovnost, a to formou omezení autonomie vůle.*“⁹⁷

Pojmovými znaky spotřebitelských smluv jsou jejich subjekty, tedy podnikatel a spotřebitel (§ 1810 obč. zák.). Definice spotřebitele v obč. zák. odpovídá úpravě EU,⁹⁸ oproti tomu příslušné předpisy EU nepoužívají termín *podnikatel*, ale *profesionál*.⁹⁹ Pracovní verze novely obč. zák. připravená pracovní skupinou ministerstva spravedlnosti

⁹⁷ Nález Ústavního soudu ze dne 15. 6.2009, sp. zn. I. ÚS 342/09 - 1.

⁹⁸ srov. důvodovou zprávu: směrnice 93/13/EHS o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách, 85/577/EHS o ochraně spotřebitele v případě smluv uzavřených mimo obchodní prostory, 97/7/ES o ochraně spotřebitele v případě smluv uzavíraných na dálku atd. 97/7/ES, 85/577/EHS zrušený směrnicí 2011/83/EU

⁹⁹Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/83/EU

navrhovala zavést pojem profesionála „jako ustálený termín evropských směrnic,“¹⁰⁰ pro praxi však tuto pojmovou nedůslednost nepovažují za nejpálčivější problém.

4.1. Spotřebitel

Definice spotřebitele dle §419 obč. zák. zní: „*Spotřebitelem je každý člověk, který mimo rámec své podnikatelské činnosti nebo mimo rámec samostatného výkonu svého povolání uzavírá smlouvu s podnikatelem nebo s ním jinak jedná.*“

Je v podstatě protikladem podnikatele, důvodová zpráva o spotřebiteli hovoří jako o *párovém pojmu k pojmu podnikatele*. Z uvedené definice vyplývá, že spotřebitelem je pouze člověk, tedy fyzická osoba; spotřebitelem v žádném případě nemůže být právnická osoba (je lhostejno zda se nejedná o podnikatele dle formy nebo podnikatele faktického), právnickým osobám v žádném případě nepřísluší ochrana spotřebitele.

Občanský zákoník, jak je již řečeno v části této práce věnované pojmu podnikatele, stanoví fikci, že každá osoba zapsaná v obchodním rejstříku se považuje za podnikatele; fyzická osoba zapsaná jako podnikatel by tedy při striktním výkladu zcela ztratila status spotřebitele, což by bylo zjevně nesprávné, za spravedlivé řešení považují to, že se tato fikce použije, pouze pokud osoba zapsaná v obchodním rejstříku tak v konkrétním případě jedná jako osoba zapsaná, tedy ve vztahu ke svému podnikání,¹⁰¹ a to i s ohledem na definici spotřebitele, kdy se status spotřebitele posuje nejen k osobě samotné, ale právě i k činnosti, kterou právě vykonává.¹⁰²

Obdobná situace je u podnikatele na základě domněnky podnikatelského oprávnění. Při striktním výkladu by to znamenalo, že fyzická osoba – podnikatel (s živnostenským nebo jiným oprávněním) by za účelem dosažení statusu spotřebitele musela pokaždé prokázat, že skutečně jedná jako spotřebitel, mimo rámec své podnikatelské činnosti¹⁰³ Podle Lasáka¹⁰⁴ se uvedená vyvratitelná domněnka (formulace *má se za to*) vyvrácena, pokud tato osoba v konkrétním případě nebude jako

¹⁰⁰Pracovní verze návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník Část 1., dostupné na http://www.pravniprostor.cz/obrazky/pdf/Navrh_zmen_NOZ.pdf

¹⁰¹Hulmák, M. a kol. 2014 op. cit. s. s. 401

¹⁰² Pelikánová, I., a Pelikán R., § 421 (Podnikatel podle formy). In: Švestka J., Dvořák J., Fiala J. aj. *Občanský zákoník: Komentář, Svazek I, (§ 1-654)* [Systém ASPI]. Wolters Kluwer [cit. 2017-2-1]. ASPI_ID KO89_a2012CZ. Dostupné v Systému ASPI. ISSN: 2336-517X.

¹⁰³ Hulmák, M. a kol. 2014 op. cit. s. s. 401

¹⁰⁴ Lasák in. Lavický, P. a kol. op.cit. s. 1612

podnikatel vystupovat situaci, ostatně „není důvod chránit dobrou víru takového prodávajícího ani postihovat jednání kupujícího, který žádným způsobem nezavdal pochybnost o tom, jakým způsobem jednal“¹⁰⁵ Pokud tedy fyzická osoba – podnikatel dle §421 odst. 2 bude například kupovat spotřební zboží pro svoji osobní potřebu, pak bude zjevně spravedlivé ji považovat za spotřebitele. Opačně tomu bude, pokud bude zjevně k okolnostem vystupovat jako podnikatel (např. uvedením svého IČO v objednávce), „v těchto případech je nutné chránit dobrou víru druhé smluvní strany, a pokud z okolností prodeje nevyplývá jinak, předpokládat, že jde o smlouvu uzavíranou podnikatelem (v souvislosti s jeho činností), a nikoliv spotřebitelem.“¹⁰⁶ Tento výklad je v souladu s §5 odst. 1 obč. zák.¹⁰⁷

Závazky ze spotřebních smluv i zvláštní pravidla při jejich uzavírání jsou obecně upraveny v obč. zák. §1810 až §1867. Další dílčí úprava pravidel ve vztahu ke spotřebiteli je na dalších místech v obč. zák., pro účely tématu této práce je nejpodstatnějším úprava kontraktace distančních smluv, prodeje mimo obchodní prostory a komunikace podnikatele se spotřebitelem.

Problematiku uzavírání smluv se spotřebiteli upravuje také veřejnoprávní zákon č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, který mimo jiné stanoví další povinnosti a náležitosti při prodeji výrobků a poskytování služeb, definuje a požaduje po podnikateli poctivost prodeje výrobků a poskytování služeb, stanoví co je nekalá a agresivní obchodní praktika, klamavá konání a opomenutí, podnikateli v postavení prodávajícího¹⁰⁸ ukládá informační povinnosti ohledně značení, stanoví povinnost tvrzení prodávajícího a zakazuje prodávajícímu diskriminovat spotřebitele.

Statusová ochrana spotřebitele pak samozřejmě není výlučná, spotřebiteli svědčí i ostatní způsoby ochrany před zneužitím práva.

Nutno dodat, že ochrana spotřebitele velmi komplexní a obsáhlé téma, které zdaleka přesahuje ambice a rozsah této práce. Proto jsou na následujících řádcích rozvedeny

¹⁰⁵ Hulmák, M. a kol. 2014 op. cit. s. s. 401

¹⁰⁶ Hulmák, M. a kol. 2014 op. cit. s. s. 401

¹⁰⁷ Kdo se veřejně nebo ve styku s jinou osobou přihlásí k odbornému výkonu jako příslušník určitého povolání nebo stavu, dává tím najevo, že je schopen jednat se znalostí a pečlivostí, která je s jeho povoláním nebo stavem spojena. Jedná-li bez této odborné péče, jde to k jeho tíži.

¹⁰⁸ §2 odst. 1 písm. b), z.č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele

pouze ty aspekty ochrany spotřebitele, které nejvýrazněji podnikatele zasahují v procesu sjednávání smluv.

4.2. Povinnost jasně a srozumitelné komunikace

První odstavec §1811 obč. zák. stanoví, že „*veškerá sdělení vůči spotřebiteli musí podnikatel učinit jasně a srozumitelně v jazyce, ve kterém se uzavírá smlouva*“. Uvedené pravidlo je transponováno ze směrnic 93/13/EHS a 2011/83/EU.¹⁰⁹ Jedná se o *lex specialis* k obecnému pravidlu srozumitelnosti právního jednání upravené v §553 odst. 1 obč. zák.¹¹⁰ Je patrné, že obecná úprava se vztahuje k *právnímu jednání*, kdežto ust. §1811 odst. 1 obč. zák. zakládá povinnost jasnosti a srozumitelnosti *sdělení*, které je obecnějším pojmem, nemusí se jednat o právní jednání.¹¹¹ Povinnost jasnosti srozumitelnosti sdělení vůči spotřebiteli není vázána na určitý okamžik, jasná a srozumitelná tak musí být veškerá sdělení podnikatele vůči spotřebiteli, před i po uzavření smlouvy.¹¹²

Podnikatel tato jasná a srozumitelná sdělení musí činit v jazyce, ve kterém poté bude uzavřena smlouva. Sdělení musí být *jasné*, aby jeho obsah byl pro spotřebitele zjistitelný, ústní sdělení musí tedy být jasně slyšitelná a zřetelná, písemná pak čitelná (přiměřená velikost textu, grafická ucelenost a stylistika textu), a musí být spotřebiteli natolik *srozumitelná*, aby průměrný spotřebitel (§ 4 odst. 1, § 1800 odst. 1 obč. zák.) jejich obsah skutečně i pochopil.¹¹³

Důsledkem porušení povinnosti sdělení činit jasně a srozumitelně je jejich výklad k tíži podnikatele. U spotřebitelských smluv totiž platí speciální úprava výkladu právních jednání, kdy se podle § 1812 odst. 1 obč. zák. se obsah smlouvy, který lze vyložit různým způsobem, vyloží způsobem pro spotřebitele nejpříznivější.

¹⁰⁹ Důvodová zpráva, s. 447

¹¹⁰ O právní jednání nejde, nelze-li pro neurčitost nebo nesrozumitelnost zjistit jeho obsah ani výkladem.

¹¹¹ Hulmák, M. a kol. 2014 op. cit. s. 409

¹¹² Černá, S., Štenglová I., Pelikánová I., a Dědič J. a kol., op. cit. s. 410

¹¹³ srov. Rozsudek ESD Árpád Kásler a Hajnalka Káslerné Rábai proti OTP Jelzálogbank Zrt, dostupné z <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5c796b530574f46c392b69351df8ad741.e34KaxiLc3eOe40LaxqMbN4Pah0Re0?text=&docid=151524&pageIndex=0&doclang=cs&m ode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=271286>

Nejasná a nesrozumitelná sdělení pak mohou mít za i následek nesplnění povinnosti sdělit předsmulvné informace podle zvláštních ustanovení. Této povinnosti se věnuji v další části.

4.3. Předsmulvné informační povinnosti podnikatele

Ustanovení §1811 odst. 2 obč. zák. ukládá povinnost spotřebiteli poskytnout vyjmenované informace. Povinnost podnikatele sdělit spotřebiteli tyto dosti vyčerpávajícím způsobem určené předsmulvné informace je prostředkem vyrovnání materiální nerovnosti mezi podnikatelem a spotřebitelem, stojící na „*ideji tzv. informovaného spotřebitele*“¹¹⁴ a tuto povinnost „*lze považovat za zvláštní úpravu ve vztahu k obecné úpravě předsmulvné odpovědnosti*“¹¹⁵. Spotřebitel při kontraktaci zpravidla trpí informační deficitem,¹¹⁶ přičemž podnikatel je povinen tento deficit vyrovnat. K tomu slouží níže popsané, taxativně vyjmenované informace, které je podnikatel povinen před uzavřením smlouvy spotřebiteli sdělit.

4.3.1. Povinně sdělované informace

Předsmulvné informace, které je podnikatel na základě §1811 odst. 2 povinen spotřebiteli sdělit v dostatečném předstihu před uzavřením smlouvy, nebo před tím, než spotřebitel učiní závaznou nabídku, nejsou-li zřejmé ze souvislostí, jsou určeny následujícím taxativním výčtem:

- a) svoji totožnost, popřípadě telefonní číslo nebo adresu pro doručování elektronické pošty nebo jiný kontaktní údaj,
- b) označení zboží nebo služby a popis jejich hlavních vlastností,
- c) cenu zboží nebo služby, případně způsob jejího výpočtu včetně všech daní a poplatků,
- d) způsob platby a způsob dodání nebo plnění,

¹¹⁴Večerková, E., Selucká M., Dudová J., a Urbanová M., *Společensko-právní aspekty ochrany spotřebitele a jeho zdraví*. Brno: Masarykova univerzita, 2015., s. 70

¹¹⁵ Ondřejová, D. op. cit. s. 49

¹¹⁶ Černá, S., Štenglová I., Pelikánová I., a Dědič J. a kol., op. cit. s. 411

- e) náklady na dodání, a pokud tyto náklady nelze stanovit předem, údaj, že mohou být dodatečně účtovány,
- f) údaje o právech vznikajících z vadného plnění, jakož i o právech ze záruky a další podmínky pro uplatňování těchto práv,
- g) údaj o době trvání závazku a podmínky ukončení závazku, má-li být smlouva uzavřena na dobu neurčitou,
- h) údaje o funkčnosti digitálního obsahu, včetně technických ochranných opatření, a
- i) údaje o součinnosti digitálního obsahu s hardwarem a softwarem, které jsou podnikateli známy nebo u nichž lze rozumně očekávat, že by mu mohly být známy.

Ustanovení § 1811 odst. 3 obč. zák. pak obsahuje výjimky, kdy se ustanovení tyto informace spotřebiteli nemusí sdělovat, a to u smlouvy uzavírané při vyřizování každodenních záležitostí, pokud má dojít k vzájemnému plnění bezprostředně po jejím uzavření a u smluv o dodání digitálního obsahu, pokud byl dodán na *hmotném nosiči*. Právě tato druhá výjimka je příkladem nesprávné transpozice, která je v přímém rozporu s transponovanou úpravou.¹¹⁷ V případě uzavření takové smlouvy by podnikatel tedy neměl být povinen spotřebiteli sdělit předšmluvní informace, pro což není žádný legitimní důvod. Čl. 5 odst. 2 směrnice 2011/83/EU stanoví, že „*odstavec 1 se uplatní také na smlouvy týkající se dodávek ... digitálního obsahu, který není poskytnut na hmotném nosiči.*“, čímž chtěl zdůraznit, že předšmluvní informační povinnost se vztahuje rovněž na dodávky digitálního obsahu bez hmotného nosiče, a tedy nikoli vyloučit, že se předšmluvní povinnost nevztahuje na dodávky digitálního obsahu na hmotném nosiči (CD, DVD, flash disky apod.). S ohledem na čl. 4 směrnice 2011/83/EU je nutno §1811 odst. 2 použít i na smlouvy o dodání digitálního obsahu na hmotném nosiči.

¹¹⁷ Pelikánová, I. a Pelikán R.. § 1811 (Předšmluvní informace). In: Švestka, J., Dvořák J., Fiala J., aj. Občanský zákoník: Komentář, Svazek V, (§ 1721-2520) [Systém ASPI]. Wolters Kluwer [cit. 2017-2-1]. ASPI_ID KO89_e2012CZ. Dostupné v Systému ASPI. ISSN: 2336-517X., shodně s Hulmák, M. a kol. 2014 op. cit. s. 413

Za povšimnutí stojí, že pro smlouvy, které nejsou smlouvy distančními ani smlouvami uzavíranými mimo obvyklé obchodní prostory není stanovena forma tohoto sdělení, ani v občanském zákoníku ani ve směrnici 2011/83/EU. Je tedy patrně předpokládáno, že tyto smlouvy budou zpravidla v režimu smluv, kdy podnikatel není povinen informace spotřebiteli sdělovat z důvodu jejich zřejmosti ze souvislosti, nebo z důvodu, že se bude jednat o smlouvu uzavíranou k vyřizování záležitostí každodenního života (§1811 odst. 2, odst. 3 obč. zák.). V každém případě pokud dojde v takové situaci ke sporu mezi podnikatelem a spotřebitelem, kdy obsah smlouvy bude odlišný od obsahu informací předsmulvních, se spotřebitel ocitá v důkazní nouzi. Nadto spotřebiteli v tomto případě nesvědčí ochrana jako v případě distančních smluv a smluv uzavíraných mimo obvyklé obchodní prostory (§1822 obč. zák.), musel by tak postupovat podle obecných ustanovení k náhradě škody, či se domáhat neplatnosti smlouvy z důvodu jednání v omylu (§583 obč. zák.). Spatřuji zde jisté nedostatky, kdy sice jistě není v zájmu podnikatele při uzavírání každé smlouvy alibisticky sdělovat informace písemně (např. vždy spotřebiteli dát informační leták), na druhou stranu i kritérium *každodennosti* je poněkud vágní, jeho hranice mohou být značně subjektivní.¹¹⁸

4.3.2. Nesplnění informační povinnosti

Porušení této obecné předsmulvné informační povinnosti navíc nemá právní následek předpokládaný v těchto zvláštních ustanoveních, jako je tomu dále u informací povinně sdělovaných u smluv uzavíraných distančně či mimo obvyklé obchodní prostory. Ty jsou na rozdíl od obecných závazné, a stávají se obsahem smlouvy (§ 1820 obč. zák.). Možné jsou však následky podle obecných ustanovení o omylu či škodě, a nejasné a nesrozumitelná sdělení mohou představovat nepřiměřená ujednání ve smyslu § 1813 obč. zák.

¹¹⁸Zá každodenní lze považovat jistě nákup potravin nebo hygienických potřeb, nákup drahé drobné elektroniky však již může být sporný.

4.4. Informační povinnost u smluv distančním způsobem a závazky ze smluv uzavíraných mimo obchodní prostory

Ještě širší je informační povinnost podnikatele před uzavřením smlouvy v případě uzavírání spotřebitelských smluv prostřednictvím *prostředku komunikace na dálku*¹¹⁹ anebo při uzavírání smluv mimo obvyklé obchodní prostory. V takovém případě je povinen kromě informací uvedených v §1811 odst. 1 obč. zák. spotřebiteli sdělit informace vyjmenované v §1820 odst. 1 obč. zák., a jsou následující:

- a) náklady na prostředky komunikace na dálku, pokud se liší od základní sazby,
- b) údaj o případné povinnosti zaplatit zálohu nebo obdobnou platbu, je-li vyžadována,
- c) v případě, že se jedná o smlouvu, jejímž předmětem je opakované plnění, nejkratší dobu, po kterou bude smlouva strany zavazovat,
- d) v případě smlouvy uzavírané na dobu neurčitou nebo jejímž předmětem je opakované plnění, údaj o ceně nebo způsobu jejího určení za jedno zúčtovací období, kterým je vždy jeden měsíc, pokud je tato cena neměnná,
- e) v případě smluv uzavíraných na dobu neurčitou nebo jejímž předmětem je opakované plnění, údaje o veškerých daních, poplatcích a nákladech na dodání zboží nebo služby určených způsobem podle písmena b),
- f) pokud lze využít práva na odstoupení od smlouvy, podmínky, lhůtu a postupy pro uplatnění tohoto práva, jakož i formulář pro odstoupení od smlouvy, jehož náležitosti stanoví prováděcí právní předpis,
- g) údaj, že v případě odstoupení od smlouvy ponese spotřebitel náklady spojené s navrácením zboží a jde-li o smlouvu uzavřenou prostřednictvím prostředku komunikace na dálku náklady za navrácení zboží, jestliže toto zboží nemůže být vráceno pro svou povahu obvyklou poštovní cestou,
- h) údaj o povinnosti uhradit poměrnou část ceny v případě odstoupení od smlouvy, jejímž předmětem je poskytování služeb a jejichž plnění již začalo,

¹¹⁹ Legislativní zkratka pro „komunikační prostředek, který umožňuje uzavřít smlouvu bez současné fyzické přítomnosti stran.“ Takovými prostředky jsou zejména internet, telefon, pošta či fax. (§1820 odst. 1 obč. zák.)

- i) jde-li o smlouvu podle § 1837 písm. l), údaj, že spotřebitel nemůže odstoupit od smlouvy, popřípadě za jakých podmínek mu právo na odstoupení od smlouvy zanikne, a
- j) údaj o existenci, způsobu a podmínkách mimosoudního vyřizování stížností spotřebitelů včetně údaje, zda se lze obrátit se stížností na orgán dohledu nebo státního dozoru.

Podle §1820 odst. 2 může podnikatel informace uvedené v odst. 1 písm. f), g), h) sdělit spotřebiteli prostřednictvím vzorového poučení o možnosti odstoupení, jehož náležitosti stanoví prováděcí právní předpis.¹²⁰ V případě, že podnikatel spotřebiteli poskytl vyplněné vzorové poučení, *se má za to*, že podnikatel spotřebiteli údaje pod písmeny f), g), h) skutečně sdělil.

Podnikatel je rovněž povinen spotřebitele informovat, pokud spotřebitel není oprávněn od smlouvy odstoupit (§1837 obč. zák.)

¹²⁰ Tím je nařízení vlády č. 363/2013 Sb., o vzorovém poučení o právu na odstoupení od smluv uzavřených distančním způsobem nebo mimo obchodní prostory a vzorovém formuláři pro odstoupení od těchto smluv

4.4.1. Nesplnění informační povinnosti

Nesplnění předšmluvních informační povinnosti podnikatele může vyvolat jednak obecné právní následky, jednak zvláštní právní následky předpokládané úpravou spotřebitelských smluv uzavíraných distančním způsobem nebo mimo obchodní prostory. Předšmluvní informace sdělované u distančních smluv a smluv uzavíraných mimo obvyklé obchodní prostory jsou totiž závazné v tom smyslu, že musí být obsaženy v později uzavřené smlouvě, ledaže si strany takovou případnou odchylku výslovně ujednají. Pokud taková odchylka sjednána není, pak platí, že obsahem smlouvy je z těchto údajů pro spotřebitele příznivější (§ 1822 odst. 2 obč. zák.).

Další následky se liší v závislosti na tom, kterou z uvedených informací podnikatel spotřebiteli nesdělil. Kupříkladu spotřebitel není povinen hradit platby, na které ho podnikatel předem neupozornil. U distančních smluv, od kterých je spotřebitel oprávněn odstoupit, pak při nesdělení informace ohledně tohoto práva podle § 1820 odst. 1 písm. f) obč. zák. pak dochází k prodloužení lhůty k odstoupení od smlouvy, omezení povinnosti spotřebitele nést náklady další náklady spojené s odstoupením od smlouvy a za snížení hodnoty zboží.

Jak je uvedeno již v předešlé části, ustanovení občanského zákoníku, které upravují informační povinnost podnikatele před uzavřením smlouvy s podnikatelem, jsou transpozicí směrnic, ale tato transpozice vykazuje určité nedostatky. Občanský zákoník transponoval čl. 5 směrnice 2011/83/EU prostřednictvím §1811 obč. zák., a systematicky jej zařadil do obecných ustanovení (Oddíl 1) jako ustanovení „obecné informační povinnosti“ a další informační povinnosti podnikatele při uzavírání smluv distančních a smluv uzavíraných mimo obvyklé obchodní prostory zařadil pod samostatnou zvláštní část (Oddíl 2 - § 1820 obč. zák. a násled., §1843 - Finanční služby, §1854 - Dočasné užívání ubytovacího zařízení a jiné rekreační služby). Čl. 5 směrnice 2011/83/EU však záměrně upravuje informace pro spotřebitele v případě smluv jiných než smluv distančních a smluv uzavřených mimo obchodní prostory; tyto upravuje v samostatném čl. 6. Na první pohled je patrný rozdílný výčet informací pro spotřebitele, a výjimka z povinnosti poskytnout tyto povinnosti, „*pokud již tyto informace nejsou patrné ze*

je stanovena pouze pro smlouvy *neuzavírané* distančně nebo mimo prostory. Občanský zákoník tuto výjimku uvádí v §1811 odst. 2 tedy obecně pro všechny spotřebitelské smlouvy.

Pelikán, Pelikánová¹²² k tomu uvádějí, že: „*Autoři se zjevně domnívali, že čl. 6 jen zbytečně opakuje, co již uvádí čl. 5*“ K zodpovězení tohoto problému nezbývá než počkat na judikaturu, která v této otázce zatím mlčí. Již v této práci zmiňovaná pracovní verze návrhu novely obč. zák. připravená pracovní skupinou ministerstva spravedlnosti dokonce přišla s velmi radikálním (a nutno dodat kriticky přijímaným) řešením, kdy celou obecnou úpravu spotřebitelských smluv (§1810 - §1867 obč. zák.) navrhovala „*zrušit a kompletně nahradit novou právní úpravou neboť stávající úprava vykazuje mnoho nedostatků a není zajištěna plná transpozice příslušných evropských směrnic.*“¹²³

Závěr

Specifika postavení podnikatele v procesu sjednávání obchodních smluv vycházejí z pojetí podnikatele - profesionála, u kterého se předpokládá materiální převaha vůči nepodnikatelům, která spočívá v jeho vyšších znalostech, zkušenostech a pečlivosti. Tomu také odpovídá liberálnější úprava sjednávání obchodních smluv, která ve vztazích mezi podnikateli má především dispozitivní povahu. Tento přístup je veden snahou tento proces zjednodušit, zrychlit a zkrátka přizpůsobit požadavkům tržního hospodářství. Takový přístup je však možný jen k části subjektů práva a ještě zpravidla jen pro kontraktaci mezi sebou. Plně liberální přístup by byl spravedlivý jen v utopickém světě, kde jsou si všichni formálně i materiálně rovni. Takový skutečný svět práva není, jedním z cílů práva je i socio-ekonomická regulace společenských poměrů a ochrana slabších subjektů, a proto v procesu sjednávání smluv je zjevná snaha o „vyrovnání zbraní“ a to prostřednictvím zvyšování faktické rovnosti, na úkor rovnosti formální. Právo se tak snaží odstranit nepříznivé následky spojené se skutečnou nemožností plně využít všech právních prostředků, i jistou laxnost jedné ze smluvních stran. Konkrétním příkladem je

¹²¹čl. 5 směrnice 2011/83/EU

¹²² In. § 1811 (Předsmluvní informace). In: Švestka J., Dvořák J., Fiala J. aj. Občanský zákoník: Komentář, Svazek V, (§ 1721-2520)

¹²³Pracovní verze návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 89/2012 Sb.;

pak i hypertrofie informačních povinností podnikatele vůči spotřebiteli, zpracované v poslední části této práce.

Co se týče základních definic, pak se v současnosti za podnikatele primárně považuje ten, kdo fakticky kdo fakticky podniká. Podpůrné jsou pak definice podnikatele podle formy, na základě domněnky podnikatelského oprávnění a definice podnikatele pro účely ochrany spotřebitele. I tato definice je myslím dobrým příkladem ústupu od formalismu práva k materiálnímu hodnocení, na základě skutečných poměrů subjektů práva. To je patrné i na základě toho, že právo reflektuje i faktickou nerovnost mezi podnikateli, a při naplnění předpokladů poskytuje ochranu i podnikateli. Konkrétními nástroji této ochrany je např. úprava adhezní kontraktace a ochrana před překvapivými podmínkami obchodních podmínek.

Samotný proces sjednávání smluv lze rozdělit na dvě fáze, a to fázi předsmulvních negociací a fázi samotné kontraktace. Předsmulvních negociací byla až do rekonfigurace soukromého práva ponechána bez větší pozornosti zákonodárce, nyní je však regulována prostřednictvím předsmulvních odpovědností. Zde v souladu se současným vývojem kontinentálního práva převážil zájem na poctivosti obchodní kontraktace před její liberalizací. Soudní praxe zatím neměla dostatek času předsmulvních odpovědností vyjasnit, zejména bude zajímavé sledovat, jak bude posuzovat vůbec začátek předsmulvních negociací, v jaké výši bude poškozeným stranám přiznávat náhradu škody a které důvody budou považovány za dostatečně spravedlivé k ukončení jednání o smlouvě. V předsmulvních fázi lze také předpokládat důkazní nouzi strany dovolující se práva, velkou roli budou hrát předsmulvních dokumenty dokládající skutečnou vůli jednajících stran a vlastně vůbec existenci předsmulvních jednání. Podnikatelé však na druhou stranu mohou jejich prostřednictvím následky předsmulvních odpovědností vyloučit.

Počátek kontraktace je oproti tomu jasně ohraničen podáním návrhu smlouvy jednou ze stran. Možnost akceptace návrhu smlouvy s obsahovou modifikací, která se tak stane obsahem smlouvy, osobně považuji spíše za problematickou nežli přínosnou. Rozumnému podnikateli bude pravděpodobně bližší stav, kdy uzavřená smlouva bude plně respektovat výslovně dohodnutý obsah dle pravidla *mirror-image-rule*, a vyloučení možnosti akceptace s modifikací se tak pravděpodobně stane standardní položkou „závěrečných ujednání“ v návrhu smlouvy. V souladu s touto úvahou nevidím pozitivní

ani u obchodních potvrzovacích dopisů, které mohou konstitutivně změnit již uzavřenou neformální smlouvu. Odklon od tradičního pravidla absolutního konsensu kontrahentů nad obsahem smlouvy je zde o křiklavější, zákon dovozuje souhlas s obsahovou změnou smlouvy, navíc se zpětným účinkem, nekonáním. Strany této neformální smlouvy jeho užití apriorně sotva vyloučí. Tento institut, jehož cílem bylo zjevně dodání jistoty do obtížně prokazatelných neformálních smluv, ve skutečnosti jejich užívání ještě spíše omezí, neboť jen u formálně uzavíraných, tedy smluv písemných, bude návrhovatel stále skutečným „pánem návrhu“. Podobné myšlenky mne napadají rovněž u úpravy obchodních podmínek. Ochrana před neočekávatelnými podmínkami je, co se týče požadavků na postavení stran, nebo spíše jejich absence, poněkud nezvyklá. V praxi se teprve ukáže, kterým směrem se aplikační praxe posune, mám ale za to, že by bylo spravedlivé tuto ochranu přisuzovat podobně jako u adhezní kontraktace pouze slabší straně. Zajímavý bude také vývoj úpravy kolize obchodních podmínek, u které si kladu otázku, jak se „papírově“ férové řešení knock-out-rule osvědčí v praxi, zejména pokud by došlo k bitvě formulářů mezi takovými hráči, jako jsou notoricky známé, zdánlivě nekonečné, obchodní podmínky bank a pojišťoven.

Zdroje

Právní předpisy

Česká republika

- Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník
- Zákon č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání
- Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník
- Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník
- Zákon č. 90/2012., o obchodních korporacích

Předpisy EU

- Směrnice 93/13/EHS o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách
- Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/83/EU o právech spotřebitelů
- Směrnice Evropského parlamentu a Rady 97/7/ES o ochraně spotřebitele v případě smluv uzavřených na dálku
- Směrnice Rady 85/577/EHS o ochraně spotřebitele v případě smluv uzavřených mimo obchodní prostory

Ostatní

- Vídeňská úmluva o mezinárodní koupi zboží [online] dostupné na <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/czechtext.html>
-

Literatura

- Bejček, J., Šilhán J a kol. *Obchodní smlouvy. Závazky v podnikání. 1. vydání.* Praha : C. H. Beck, 2015, 539 s., ISBN 978-80-7400-574-9
- Bejček. J., Hajn, P., Pokorná, j: a kol. *Obchodní právo. Obecná část. Soutěžní právo.* Praha: C.H. Beck, 2014. Academia iuris (C.H. Beck). ISBN 9788074005473.
- Bejček, J., Eliáš, K., Raban, P. a kol. *Kurs obchodního práva - Obchodní závazky.* 5. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2010. Beckovy právnické učebnice. ISBN 9788074003370.

- Černá S., Plíva S. a kol. *Podnikatel a jeho právní vztahy*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2013. Scripta iuridica. ISBN 9788087146767.
- Černá, S., Štenglová I., Pelikánová I., a Dědič J., *Obchodní právo: podnikatel, podnikání, závazky s účastí podnikatele*. Praha: Wolters Kluwer, 2016. ISBN 9788075523334
- Cartwright J., Hesselink M., (ed.). *Precontractual liability in European private law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. Common core of European private law. ISBN 9780521516013.
- Dvořák, J., Švestka, J. Zuklínová M., a kolektiv. *Občanské právo hmotné. Svazek I. Díl první: Obecná část*. Praha: Wolters Kluwer, 2016 ISBN 9788074783258
- Hulmák, M. a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část. §1721 - 2054*. Praha: C. H. Beck, 2014. Velké komentáře, 1334 s. ISBN 978-80-7400-535-0
- Hulmák, M. *Uzavírání smluv v civilním právu*. Praha: C.H. Beck, 2008. Beckova edice právní instituty. ISBN 978-80-7400-062-1.
- Lavický, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář. 1.* Praha: C. H. Beck, 2014, 2400 s. ISBN 978-80-7400-529-9.
- Ondřejová, D. *Průvodce uzavíráním smluv pro rekonstrukci*, Praha: Wolters Kluwer a.s., 2015, s 456 ISBN 978-80-7478-962-5
- O'Sullivan J., Hilliard J., *The law of contract*. 6th edition. Oxford [u.a.]: Oxford Univ. Press, 2014. ISBN 9780199686933
- Radovan, D., Neckář J., a Sehnálek D. (EDS.). *Cofola 2009 the conference proceedings*. Brno: Masarykova univerzita, 2009. s. 1239 ISBN 9788021048218.
- Schulze R., (ed.). *New features in contract law*. München: Sellier. European Law Publishers, 2007. ISBN 978-3-86653-036-2.
- Švestka J., Dvořák J., Fiala J., aj. *Občanský zákoník: Komentář, Svazek I, (§ 1-654)* Wolters Kluwer. ASPI_ID KO89_e2012CZ. Dostupné v Systému ASPI. ISSN: 2336-517X.

- Švestka J., Dvořák J., Fiala J., aj. *Občanský zákoník: Komentář, Svazek V, (§ 1721-2520)* [Systém ASPI]. Wolters Kluwer. ASPI_ID KO89_e2012CZ. Dostupné v Systému ASPI. ISSN: 2336-517X.
- Večerková, E., Markéta Selucká M., Dudová J., a Urbanová M., *Společensko-právní aspekty ochrany spotřebitele a jeho zdraví*. Brno: Masarykova univerzita, 2015. ISBN 9788021080508.

Odborné články

- Bejček, J., *Soukromoprávní a veřejnoprávní korekce subjektivní a objektivní vyjednávací síly ve smluvních obchodních vztazích (základní struktura problému)*. Obchodněprávní revue, 2014, č. 7
- Bejček, J., *Obchodní a hospodářské právo v době postkodexové*. Obchodněprávní revue, 2014, 7 - 8
- Eliáš, K. *Občanský zákoník na počátku druhého roku účinnosti*. Rekodifikace a praxe, 20. 2. 2015
- Pelikánová, I. *Koncepce obchodního práva v nové soukromoprávní kodifikaci*. Časopis pro právní vědu a praxi, 1. 3. 2015
- Gerloch, A. *Ke střetu principu autonomie vůle (smluvní svobody) a pravidel ochrany spotřebitele*, Časopis Soudce 06/2013

Internetové zdroje

- Hout, M., *Překvapivé klauzule v obchodních podmínkách aneb Kam kráčíš, ochrana spotřebitele?* [online], dostupné z <https://www.epravo.cz/top/clanky/prekvapive-klauzule-v-obchodnich-podminkach-aneb-kam-kracis-ochrano-spotrebitel-93410.html>
- Melzer F., Tégl P., *Povinnost jednat v právním styku poctivě*, [online] dostupné z <http://www.bulletin-advokacie.cz/povinnost-jednat-v-pravnim-styku-poctive?browser=mobi>
- Menšíková P., Rychtaříková J., *Typologie vztahů dle nového občanského zákoníku a jejich specifika* [online], dostupné na <http://www.prf.cuni.cz/mensikova-rychtarikova-1404045931.html>

Soudní rozhodnutí

- Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 29. 4. 2009, sp. zn. 33 Odo 1525/2006
- Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 11. 10. 2006, sp. zn. 29 Odo 1166/2004

- Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 11. 10. 2006, sp. zn. 29 Odo 1166/2004
- Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 2. 9. 2008, sp. zn. 25 Cdo 127/2007
- Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 22. 2.2011, sp. zn. 25 Cdo 4147/2008
- Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 28. 3.2013, sp. zn. 25 Cdo 2863/2012
- Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 10. 12. 2013, sp. zn. 32 Cdo 2484/2012
- Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 31. 5. 2012, sp. zn. 29 Cdo 589/2010
- Usnesení Ústavního soudu ze dne 18. 11. 2008, sp. zn. I. ÚS 2619/08
- Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 26. 2.2009, sp. zn. 33 Odo 1560/2006
- Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 14. 2.2013, sp. zn. 22 Cdo 4707/2010
- Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 21. 1.2014, sp. zn. 22 Cdo 1007/2013
- Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 26. 2.2013, sp. zn. 22 Cdo 3108/2010
- Nález Ústavního soudu ze dne 15. 6.2009, sp. zn. I. ÚS 342/09 – 1
- Rozsudek ESD Árpád Kásler a Hajnalka Káslerné Rábai proti OTP Jelzálogbank Zrt, dostupné z http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5c796b530574f46c392b69351df8ad741_e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pah0Re0?text=&docid=151524&pageIndex=0&doclang=cs&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=271286
- *WALFORD AND OTHERS V MILES AND ANOTHER HOUSE OF LORDS*, [online] dostupné z <http://www.diprist.unimi.it/fonti/921.pdf>

Další zdroje

- Výkladové stanovisko č. 22 Expertní skupiny Komise pro aplikaci nové civilní legislativy při Ministerstvu spravedlnosti ze dne 9. 4. 2014
- Pracovní verze návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník Část 1., dostupné na http://www.pravniprostor.cz/obrazky/pdf/Navrh_zmen_NOZ.pdf
- Code europeen des Contrats. [online] dostupné z <http://www.accademiagiurprivatistieuropei.it>
- Draft Common Frame of Reference [online] dostupné z http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf

Abstrakt

Tato diplomová práce se zabývá postavením podnikatele při sjednávání obchodních smluv. Podnikatel je především profesionálem s presumovanou materiální převahou vůči nepodnikatelským subjektům, a to zejména spotřebitelům, čemuž odpovídá i nižší míra jeho ochrany a vyšší míra povinností a omezení vůči nepodnikatelům, a to i v kontraktaci. Pozornost je však věnována i ochranným pravidlům, která jsou ve prospěch podnikatele. Ta jsou zjevným odrazem reality uzavírání smluv, kdy i podnikatel v konkrétním případě může být ve skutečnosti slabší stranou. Po nezbytném vymezení základních pojmů obchodního práva, obchodních smluv a podnikatele je tak další pozornost věnována konkrétním právním institutům, z nichž některé jsou v českém právním prostředí novinkou. Je to úprava předsmluvní negociace, předsmluvní odpovědnosti a v této souvislosti v B2B vztazích užívaných dokumentů. Poté je pozornost věnována adhezni kontraktaci a postavení podnikatele jako slabší strany právního vztahu. V další části jsou pak rozebrány odchylky od obecné úpravy kontraktace, kterými jsou možnost modifikovaného přijetí návrhu smlouvy, obchodní potvrzovací dopis a domněnka nabídky reklamou. Kontraktaci podnikatele je vlastní uzavírání smluv s pomocí nepřímých smluvních ujednání, z nichž nejdůležitější jsou obchodní podmínky, a tak předposlední téma této práce je věnováno právě jim. Posledním tématem, kterému se práce věnuje, jsou specifické informační povinnosti podnikatele při uzavírání spotřebitelských smluv. Diplomová práce se zaměřuje nejen na hlavní znaky a rozbor specifik postavení podnikatele během kontraktace, ale snaží se i o označení nejasných a problematických ustanovení a způsobu jejich možného řešení či předcházení. Za tím účelem je využita zejména česká právní úprava a odborná literatura, ale i právní úprava a literatura zahraniční, jakož i velké akademické projekty soft-law, a to zejména tam, kde se český zákonodárce v těchto úpravách sám inspiroval.

Abstract

This diploma thesis deals with specificity of the position of an entrepreneur in concluding business contracts. Entrepreneur is mainly viewed as a professional with presumed substantial advantage over non-business parties, especially over consumers. This fact corresponds to his lower level of legal protection, whilst he is obliged to obey higher level of duties and to withstand more limitation in his relationship towards non-business parties, including when he is contracting with them. However, there are some protecting rules in favour of the entrepreneur; these are considered in this work as well. Such rules reflect plain reality, in which the entrepreneur might be in fact the weaker party. Right after definition of fundamental terms, as business law, business contract and entrepreneur are, is further attention aimed to specific legal instruments, some of which are novelty to the Czech legal system. These are pre-contractual negotiation, pre-contractual liability and legal documents used in context with them, esp. in the B2B relationship. Next topic is concluding contracts of adhesion, and position of the entrepreneur as the weaker party. Following chapter is dedicated to deviations from general rules of contracting, namely to modified acceptance of an offer, business confirmation letter and legal assumption of binding effect of advertising. Using indirect contract provisions, as general terms and conditions are, is very common in concluding of business contracts. For this reason the penultimate chapter is dedicated to this matter. The last topic covered in this thesis is special duty of the entrepreneur to duly inform consumers in the course of concluding consumer contracts. This thesis is focused not only on main characteristics and analysis of entrepreneur's specific positions during contracting, but is also trying to point out unclear and problematic provisions and to provide their possible solution and/or prevention. Therefore mainly, but not only Czech legislation and professional literature is used, foreign analogues of those are taken into regard as well, including academic soft-law projects, especially when Czech legislator was inspired by them.

Název práce v českém jazyce

Specifika postavení podnikatele v procesu uzavírání obchodních smluv.

Název práce v anglickém jazyce

Specificity of the position of an entrepreneur in concluding business contracts.

Klíčová slova v českém jazyce

Podnikatel, obchodní smlouvy, kontraktace

Klíčová slova v anglickém jazyce

Entrepreneur, business contracts, contracting