

Univerzita Karlova v Praze

Právnická fakulta

Jan Kočer

**KONSENSUS A OBCHODNÍ PODMÍNKY:
TEORETICKÁ A KOMPARATIVNÍ ANALÝZA**

Diplomová práce

Vedoucí diplomové práce: JUDr. Petr Čech, LL.M., Ph.D.

Katedra: Obchodního práva

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): 25. srpna 2015

Čestné 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 25. srpna 2015

Jan Kočer

v. r.

Poděkování

Rád bych tímto poděkoval své rodině za nekonečnou podporu po celou dobu mého studia. Dále bych rád poděkoval JUDr. Petru Čechovi, LL.M., Ph.D. za odborné vedení, užitečné rady a podněty při sepisu mé diplomové práce. V neposlední řadě děkuji Kláře Přenosilové za společné diskuse, trpělivost a pochopení.

Obsah

Úvod	1
Kapitola 1 – Úvodní kapitola	4
1.1. Cíl a metodologie práce	4
1.1.1. Cíl a teze práce	4
1.1.2. Metodologie	5
1.2. Ekonomická teorie smlouvy	7
Kapitola 2 – Kontraktační proces	11
2.1. Obecně o kontraktačním procesu	11
2.1.1. Paradigma kontraktačního procesu	11
2.1.2. Kontext českého práva	12
2.2. Obchodní podmínky	15
2.2.1. Obchodní zákoník 1991: všeobecné a jiné obchodní podmínky	16
2.2.2. Občanský zákoník: obchodní podmínky	18
2.2.3. Obsah obchodních podmínek	18
2.3. Kontraktační proces a obchodní podmínky – the battle of the forms	21
Kapitola 3 – Vznik smlouvy	24
3.1. Obecně	24
3.2. Úplný konsensus	26
3.2.1. Obecné poznámky	26
3.2.2. Česká úprava v občanském zákoníku 1964	28
3.3. Neúplný konsensus	31
3.3.1. Obecné poznámky	31
3.3.2. Úprava v nadnárodních dokumentech (CISG a DCFR)	33
3.3.3. Americká úprava v UCC	36
3.3.4. Česká úprava v občanském zákoníku	40
Kapitola 4 – Obsah smlouvy	48
4.1. Doktríny last shot a first shot	48
4.1.1. Obecné poznámky	48
4.1.2. Pravidlo úplného konsensu a doktrína last shot	49
4.1.3. Pravidlo neúplného konsensu a doktrína last shot	50
4.2. Doktrína knock-out	51
4.2.1. Obecné poznámky	51

4.2.2. Úprava v nadnárodních dokumentech (DCFR a UNIDROIT) a v UCC 2003	57
4.2.3. Česká úprava v občanském zákoníku	59
4.3. Doktrína best shot – alternativní řešení	64
4.3.1. Doktrína best shot – obecné poznámky	64
4.3.2. Doktrína best shot – otázka stimulace.....	66
Závěr.....	68
Seznam použitých zdrojů	70
A. Monografie, komentáře a učebnice.....	70
B. Statě a časopisecké články	73
C. Seznam judikatury	74
Česká republika.....	74
Spojené státy americké	75
D. Seznam internetových zdrojů	75
E. Další zdroje	76
Resumé: Konsensus a obchodní podmínky: teoretická a komparativní analýza	77
Abstract: Consensus and commercial terms: theoretical and comparative analysis	78
Klíčová slova.....	80
Key words	80

Úvod

Není neobvyklá situace, kdy dva podnikatelé při sjednávání koupě zboží odkážou na různé (např. každý své vlastní) obchodní podmínky. Proto také není neobvyklé, že se právníci začnou ptát, jak pro takovou situaci vytvořit spravedlivé právní prostředí, jak z takové situace uniknout nebo jak takovou situaci vyřešit, nastane-li. Odpovědi a návodů si právní praxe i právní nauka vytvořila celou řadu. Týká-li se otázka vzniku smlouvy, vychází ze zásady úplného konsensu, anebo zásady neúplného konsensu. Týká-li se otázka obsahu vzniklé smlouvy, vychází z doktríny *last shot*, *first shot*, *knock out*, anebo *best shot*.

Tématem této práce je analýza představené situace, jež byla právní naukou označena přizviskem kolize (souboj) obchodních podmínek (*the battle of the forms*). Důvodem, který mě vedl k jejímu sepsání, bylo na jedné straně rozporovat přesvědčení o dogmatické charakteristice některých principů kontraktačního procesu (zejména zásady úplného konsensu), na druhé straně je práce reakcí na novou českou zákonnou úpravu uzavírání smluv, jež doposud nebyla českou právní naukou dostatečně analyzována¹, což s ohledem na významný odklon od úpravy soukromého práva platného před 1. 1. 2014 je dluhem vůči českému právnímu světu. Tento dluh se v této práci pokouším alespoň zčásti splatit. Práce vychází z modelového případu popsaného úvodem. S tím je spojena řada vnitřních omezení. V práci se zaměřuji na vztahy mezi podnikateli při uzavírání kupní smlouvy a při užití aparátu klasického modelu uzavírání smluv (tj. formálního pojetí rozlišujícího ofertu a akceptaci).

Cíl předkládané práce je dvojitý. V teoretické rovině, jež stojí v pozadí celé práce, je verifikováno, že bez ohledu na volbu základního východiska při odpovědi na otázku vzniku smlouvy (tj. zásady úplného anebo neúplného konsensu) je právní praxe i právní nauka v hledání řešení vedena zájmem na vzniku smlouvy všude tam, kde je její existence ekonomicky efektivní. Byť řečené nevyjadřuje výslovně, je vedena implicitním zájmem na kooperaci smluvních stran a efektivnosti jejich transakcí. Druhým cílem je analyzovat, jak si na otázky týkající se vzniku a obsahu smlouvy odpovídají (resp. mohou odpovědět) právníci v české právní krajině. Diskontinuitní právní úprava neumožňuje hledat odpovědi (pouze) v recentní právní historii. Obracím se tak k legislativním řešením a teoretickým pramenům zahraniční provenience - v oblasti mezinárodního práva k Úmluvě OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží²; v oblasti práva Spojených států amerických k modelovému

¹ Výjimkou jsou především texty M. Hulmáka, které budou zmíněny dále v textu.

² V rámci českého právního prostředí publikována ve Sbírce zákonů jako Sdělení federálního Ministerstva zahraničních věcí pod č. 160/1991 Sb., dále citováno jako „**CISG**“ či „**Vídeňská úmluva**“.

zákoníku Uniform Commercial Code³ ve znění z roku 1966⁴ a z roku 2003⁵; v oblasti nadnárodních kodifikačních dokumentů smluvního práva k Návrhu společného referenčního rámce (DCFR)⁶, Principům mezinárodních obchodních smluv UNIDROIT⁷ a Principům evropského smluvního práva (PECL)⁸.

Z řečeného vyplývá i metodologický postup, který volím. Na pozadí teoretické reflexe, jejímž hlavním hybatelem je ekonomická analýza smlouvy, analyzuji v komparativním světle jednotlivé legislativní texty, když ve středu mé pozornosti stojí česká soukromoprávní úprava. Postupuji tedy od analýzy sociální reality k její reflexi v normativních textech. Analýza těchto normativních textů ve vzájemné propojenosti následně umožňuje přijmout závěry pro českou úpravu.

Práce je rozdělena do čtyř kapitol. V první kapitole shrnuji cíle této práce a uvádím metodologický aparát, který je podrobně promítnut v ekonomickou analýzu smlouvy. V druhé kapitole se věnuji obecným otázkám kontraktačního procesu, tj. jeho pojetí klasickému a modernímu a významu konsensu u obou z nich, když obé reflektuji při analýze českého práva. Obecně vymezuji pojem obchodních podmínek, jejich charakter a specifika kontraktace s nimi. Ve třetí kapitole hledám odpovědi na otázky týkající se vzniku smlouvy, resp. šíře obsahové shody, která musí mezi stranami existovat, aby smlouva vznikla. Kapitola je rozdělena mezi analýzu úplného a neúplného konsensu, když oba teoretické koncepty ilustrují příslušné legislativní úpravy. Čtvrtá kapitola navazuje na otázku vzniku smlouvy, neboť se táže po jejím obsahu, resp. po obsahu závazku vzniklého na jejím základě. Jsou v ní prezentovány právní praxí zavedené doktríny (*last shot*, *first shot* a *knock out*), analyzovány

³ Dále citováno jako „UCC“ či „Uniform Commercial Code“.

⁴ Dále citováno jako „UCC 1966“ či „Uniform Commercial Code 1966“. In Uniform Commercial Code. 1987 Edition Official Text and Comments. Philadelphia: American Law Institute, 1987.

⁵ Dále citováno jako „UCC 2003“ či „Uniform Commercial Code 2003“. In Uniform Commercial Code. 2007 Edition Official Text and Comments. Philadelphia: American Law Institute, 2007.

⁶ Draft Common Frame of Reference (DCFR). [online] [cit. 10.8.2015]. Dostupné z

<http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf>

(dále citováno jako „Návrh společného referenčního rámce“ či „DCFR“).

⁷ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. [online] [cit. 10. 8. 2015]. Dostupné z

<<http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010>>

(dále citováno jako „Principy mezinárodních obchodních smluv UNIDROIT“ či „Principy UNIDROIT“).

⁸ Principles of European Contract Law. [online] [cit. 10.8.2015] Lex Mercatoria. Dostupné z

<<http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>>.

(dále citováno jako „Principy evropského smluvního práva“ či „PECL“)

Principy evropského smluvního práva (PECL) užiji spíše v omezené míře, neboť byly v oblasti mého bádání východiskem prací na Návrhu společného referenčního rámce (DCFR) a významně jej ovlivnily. Blíže in BAR, Ch. von. - CLIVE, E. et al. *Principles, definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Full Edition. Volume I. Oxford: Oxford University Press, 2010 (dále citováno jako „Bar - Clive 2010“), str. 1 a násl.

nedostatky každé z nich a v návaznosti na to je v závěru nabídnuto alternativní řešení (doktrína *best shot*).

Nakonec je vhodné uvést, že problematikou obchodních podmínek jsem se již zčásti zabýval v rámci Studentské vědecké a odborné činnosti v akademickém roce 2011/2012. Výsledkem byla stať publikovaná pod názvem „*Obchodní podmínky*“⁹. Předkládanou prací na ni navazuji.

⁹[online][cit. 30.7.2015] Dostupné z <http://svoc.prf.cuni.cz/sources/5/14/168.pdf>.

Kapitola 1 – Úvodní kapitola

1.1. Cíl a metodologie práce

1.1.1. Cíl a teze práce

V předkládané práci se věnuji specifickému způsobu uzavírání smluv, kdy část smluvních ujednání je smluvními stranami ponechána na úpravě v obchodních podmínkách. Konkrétně se zaměřuji na fakticky i právně problematickou situaci užití různých obchodních podmínek se vzájemně nesouladným¹⁰ obsahem. Na pozadí kontraktačního procesu, z něhož do popředí vystupuje jeho klíčová složka – konsensus, analyzuji možná řešení tzv. kolize (souboje) obchodních podmínek (v anglické terminologii „*the battle of the forms*“). Legislativní práce odrážejí dva základní přístupy k procesu uzavírání smluv, jež jsou doplněny řadou variant či jinak jemně nuancovány. Prvním ze základních přístupů je *zásada úplného konsensu*¹¹, při jehož aplikaci je nutno trvat na absolutním obsahovém souladu mezi nabídkou a přijetím nabídky. Druhý přístup je opakem prvního. V této práci využívám této kontradikce a označuji jej za *zásadu neúplného konsensu*. Uzavření smlouvy nebrání neshoda na části obsahu, tj. částečná absence konsensu.

V rámci zvolené problematiky lze předmět předkládané práce vyjádřit **dvěma otázkami**:

- a) při posuzování kontraktačního procesu je nutné nalézt bod, kde se strany mohou na takovou transakci spolehnout, tedy *stanovit od jakého okamžiku vznikajícího právního poměru*¹² je příliš pozdě konstatovat, že smlouva nevznikla. V tomto smyslu se nejedná o otázku vzniku smlouvy dle tradičního časového hlediska nabídky a jejího přijetí (např. uzavření smlouvy okamžikem, kdy se přijetí nabídky dostalo do právní sféry navrhovatele), ale o vývoj kontraktačního poměru z hlediska obsahu a tedy stanovení okamžiku, kdy je obsahová shoda

¹⁰ Přídavné jméno *nesouladné* používám v této práci jako *terminus technicus*, jenž vyjadřuje obsahovou neshodu jakkoli vyjadřovanou v normativních textech. Předně jej používám při řešení otázek vzniku smlouvy (srov. viz níže) jako obecný pojem, jenž souhrnně postihuje nesoulad ve smyslu dodatku (v anglické terminologii *additional term*) a odchylky (v anglické terminologii *different term*). Pro úplnost lze již na tomto místě předeslat užití stejného pojmu za stejným účelem, tj. postihnouti terminologické různorodosti normativních textů, i pro řešení otázky obsahu smlouvy při užití doktríny *knock-out* (k tomu viz níže).

¹¹ V anglické terminologii tzv. *mirror-image rule*.

¹² Užívám v této práci termínu „*právní poměr*“ namísto dříve upřednostňovaného pojmu „*právní vztah*“ v souladu s výkladem v pražské učebnici občanského práva hmotného: blíže DVOŘÁK, J. - ŠVESTKA, J. - ZUKLÍNOVÁ, M. a kol. *Občanské právo hmotné. Svazek 1. Díl první: Obecná část*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013 (dále citováno jako „**Dvořák - Švestka - Zuklínová 2013**“), str. 131-132. Shodně i starší česká literatura viz SEDLÁČEK, J. *Obligační právo*. 1. díl. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2010 (dále citováno jako „**Sedláček 2010**“), str. 6 a násl.

natolik široká, že vznik a platnost smlouvy musí být podpořeny a nikoliv naopak. Jinými slovy a lakonicky: *Vznikla smlouva při nesouladu v obsahu smluvních ujednání?*

- b) bude-li odpověď na první otázku kladná, neboť se podařilo nalézt vhodný „zlomový bod“ vývoje v kontraktačním procesu a došlo tak ke vzniku smlouvy, resp. právního poměru vzniklého na jejím základě, pozornost je nutné věnovat obsahu smluvního ujednání, totiž otázce: *Jaký je obsah vzniklé smlouvy?*

Cíl předkládané práce spatřuji v odpovědích na zmíněné dvě otázky. U obou vycházím z řešení nabízených ve vybraných legislativních textech – tj. v oblasti českého práva zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník¹³, zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník¹⁴ a zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník¹⁵, který tvoří jádro mé analýzy; v oblasti mezinárodního práva Vídeňská úmluva; v oblasti práva Spojených států amerických modelový zákoník Uniform Commercial Code ve znění z roku 1966 a z roku 2003; v oblasti nadnárodních kodifikačních dokumentů smluvního práva Návrh společného referenčního rámce, Principy UNIDROIT a Principy evropského smluvního práva – jejich popisu a analýze. V komparativním světle jsou posbírané závěry promítnutím teoretických schémat analyzovaných v abstraktní rovině. V rámci tohoto postupu je verifikována hlavní **hypotéza** práce:

Bez ohledu na volbu základního legislativního přístupu ke kontraktačnímu procesu, tj. zásady úplného či neúplného konsensu, nachází praxe adresátů norem, právní věda a aplikační praxe soudní řešení „své situace de lege lata“ v principu ekonomické efektivnosti smluv, tj. (zjednodušeně řečeno) v tendenci předejít plýtvání. I přesto, že tato cesta není ze strany právní praxe a právní nauky, vyjadřována explicitně, projevuje se v zájmu na stvrzení existence smlouvy a tím zachování a vynucení práv a povinností smluvních stran, jež jsou soudem interpretovány v souladu se zásadou autonomie vůle a principem spravedlivosti smluvního uspořádání.

1.1.2. Metodologie

Středobodem předkládané práce je analýza platné a účinné právní úpravy občanského zákoníku, její výklad a zhodnocení. Kladu si v tomto směru ambici hledat odpovědi na otázky praktického právního života. Neomezují však svůj záběr pouze k užití práce jako právní pomůcky či šablony. Předložené téma je naopak analyzováno v rovině komparativní a

¹³ Dále citováno jako „**ObčZ 1964**“ či „**občanský zákoník 1964**“.

¹⁴ Dále citováno jako „**ObchZ 1991**“ nebo „**obchodní zákoník 1991**“.

¹⁵ Dále citováno jako „**ObčZ**“ či „**občanský zákoník**“.

teoretické, neboť taková analýza nutně předchází možnosti dostatečného porozumění normativnímu textu.

Z teoretického hlediska je nezbytné analyzovat normativní právní konstrukce v úzkém vztahu k fakticitě lidského života. Důležitost tohoto vztahu je možné doložit i rozsáhlejší citací K. Eliáše. Vyjadřuje se k rozdílu mezi soukromým a veřejným právem, závěry jsou však obecnější a plně použitelné rovněž při řešení předestřených otázek: „*pozorujeme-li zdejší právnícké myšlení, nelze se ubránit dojmu, že se leckdy mezi obojím stále nedostatečně rozlišuje. Právo k tomu svádí formální stavbou, která mnohé láká podřizovat jí i obsah, jakož i sklonem k věčnému škatulkování, juristickému myšlení tak implikovanému, že se až chce říci „přirozeným“.* To je sice účelné pro udržení logické struktury právníckého myšlení, leč zároveň navádí i k osekávání života podle apriorních schémat. Zapomíná se, že právo má sloužit životu a že tomu není opačně. Právní věda je především vědou praktickou (Tilsch). I proto má právo, zvláště obchodní, motivovat hospodářsky aktivní osoby k rozhodnutím ekonomicky racionálním a ne jim v nich bránit.“¹⁶

Užití ekonomického argumentu racionality a efektivnosti vychází z přesvědčení, že analýza právních pravidel předpokládá uchopení sociální reality. Výzkum právních institutů se stěží může omezit na ryze normativní bádání, tj. na analýzu právních textů *largo sensu* a následnou klasifikaci a systematizaci jejich dílčích komponent (právních norem). Nutnost porozumění sociální interakci, do které jsou právní pravidla zasazena, je *conditio sine qua non* plnohodnotného pochopení právních pravidel a práce s nimi. Metodologický postup ekonomické analýzy, jež stojí v pozadí předkládané práce, je výrazem snahy o sblížení a porozumění normativity v realitě, právních pravidel v sociální interakci.

Komparativní metodu považují v situaci nové diskontinuitní úpravy občanského zákoníku za nezbytnou součást kvalitní analýzy. Jinými slovy, je vhodné se před hodnocením současné úpravy kvalifikovaně informovat o inspiračních a komparativních zdrojích, které jsou součástí právního života již po desetiletí. Cizozemské legislativní úpravy jsou však nejen zdrojem inspirace při aplikaci českého práva, ale i ukázkou jiných teoretických předpokladů, nabízených řešení i studnicí pro pochopení konvergentních a divergentních snah mezi dvěma výše uvedenými přístupy ke kontraktačnímu procesu, resp. k pojetí konsensu.

Legislativní text, jenž stojí v jádru rozboru této práce, je občanský zákoník. K jeho pochopení nelze opominout úvahy o řešení nabízeném občanským zákoníkem 1964 a obchodním zákoníkem 1991. Pro komparativní srovnání volím s ohledem na jejich vzájemné

¹⁶ ELIÁŠ, K. Variabilita života a právnícká schémata (K souběhu pracovního poměru s členstvím ve statutárním orgánu obchodní korporace). *Obchodněprávní revue*, č. 10, 2009, str. 271.

odlišnosti, východiska i bohatství a přístupnost zdrojů tyto legislativní texty¹⁷: Vídeňskou úmluvu, Uniform Commercial Code, Návrh společného referenčního rámce (resp. Principy evropského smluvního práva) a Principy mezinárodních obchodních smluv UNIDROIT. Okrajově zmíním řešení dílčích otázek, jak byla přijata v jiných evropských právních řádech.

1.2. Ekonomická teorie smlouvy

Klasická ekonomická analýza smluv si všímá a zkoumá situaci, při níž nedochází k simultánnímu poskytnutí plnění (např. současnému zaplacení kupní ceny a odevzdání zboží), ale (alespoň na jedné straně) pouze ke slibu¹⁸, že bude plněno v budoucnu (např. kupující zaplatí kupní cenu oproti slibu prodávajícího odevzdat zboží v budoucnu).¹⁹ Základní premisa ekonomické efektivnosti smluv stojí na požadavku právní závaznosti slibu a předpokladu, že obě strany v okamžiku uzavření smlouvy právní závaznost chtěly. Ve výše zmíněném příkladě, kdy prodávající oproti zaplacení kupní ceny pouze slibuje odevzdat zboží v budoucnu, mají zájem na právní závaznosti slibu prodávajícího obě strany: a) kupující s cílem zajistit pro sebe odevzdání zboží prodávajícím, popř. alespoň případný nárok na náhradu škody; b) prodávající s cílem pobídnout kupujícího ke koupi svého zboží. R. Cooter a T. Ulen konstatují, že právní závaznost slibu podporuje směnu a kooperaci mezi subjekty, a své tvrzení podporují jednoduchým ekonomickým modelem převzatým z teorie her, podle kterého právní závaznost smluv činí ze hry s nekooperativním výsledkem hru, při níž strany kooperují, resp. z celkového pohledu činí ze hry s neefektivním výsledkem hru, která je ekonomicky efektivní.²⁰ Uzavřením smlouvy se prodávající zavazuje kooperovat, neboť závazek jej omezuje v jiném postupu, totiž přisvojení si získané peněžité sumy bez odevzdání slíbeného protiplnění.

Popsaný příklad lze zobecnit i pro jiné případy právní závaznosti chování ekonomických subjektů. Závazek (resp. právní závaznost) totiž poskytuje ochranu i v jiných situacích odrážejících očekávání v chování druhé strany. Neprojevuje se pouze při časové

¹⁷ Výběr užívaných legislativních textů jistě není oproštěn od jisté míry arbitrárnosti. Při užití komparativní metody se tomuto asi plně vyhnout ani nelze – blíže např. in HOECKE, M. van. *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Oxford: Hart Publishing, 2004.

¹⁸ Pro účely této kapitoly můžeme odhlednout od teoretického sporu v oblasti právní vědy, jenž si klade otázku zda závazek vzniká ze slibu či smlouvy (blíže viz HULMÁK, M. Uzavírání smluv podle nového občanského zákoníku. *Právní rozhledy*, č. 1, 2012 (dále citováno jako „**Hulmák 2012**“), str. 25 a literaturu zde uvedenou; v kontextu této kapitoly tento spor totiž není relevantní.

¹⁹ Podrobně např. COOTER, R. B. - ULEN, T. *Law and Economics*. 6th edition. Harlow: Pearson, Pearson New International Edition, 2014 (dále citováno jako „**Cooter - Ulen 2014**“), str. 195 a násl.; GOETZ, C. J. - SCOTT, R. E. Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract. *Yale Law Journal*, ročník 89, č. 7, 1980 (dále citováno jako „**Goetz - Scott 1980**“), str. 1261 a násl.

²⁰ Cooter - Ulen 2014, str. 196-199.

prodlevě slíbeného (proti)plnění, ale např. i při posuzování kupujícím předem vynaložených investic, kupujícím odmítnutých jiných příležitostí koupě téhož zboží od jiného prodávajícího či – pro tuto práci relevantních – některých otázek kontraktačního procesu.²¹

Při zkoumání poměrů mezi stranami uzavírajícími smlouvu dochází k *ex post* hodnocení vzájemného chování a posouzení, zda ke vzniku smlouvy (závazku) došlo či nikoliv. Obecně totiž jedna ze stran odmítá vznik smlouvy (závazku) a cítí se svobodna ze svého předešlého jednání bez dalšího vystoupit, zatímco druhý subjekt vznik smlouvy (závazku) obhajuje, neboť tvrdí, že se na jednání druhé strany spoléhal (očekával ho). Klíčem pro posouzení vzniku smlouvy (závazku) se stává *pravidlo ekonomické efektivnosti očekáváníí*²² *smluvní strany ve vznik smlouvy*. Podobně jako očekáváníí kupujícího ve výše používaném příkladě, kde právní závaznost vedla k efektivnímu řešení, bude právo sankcionovat i obdobné případy vznikající v kontraktačním procesu, pokud bude splněno pravidlo ekonomické efektivnosti očekáváníí smluvních stran. Toto pravidlo tvoří implicitní ekonomické paradigma, jež leží v základu praktického působení práva vztahujícího se ke kontraktačnímu procesu, a to bez ohledu na sdílenou právní doktrínu (tj. zásadu úplného či neúplného konsensu).²³

R. Craswell vymezuje *očekáváníí (spolehnutí se)* jako investici do konkrétního vztahu. To zjednodušeně řečeno znamená, že strana spoléhající se na jednání druhé strany si a) polepší, bude-li druhá strana plnit, a b) si pohorší, jestliže plnit nebude.²⁴ Učiní-li tak např. kupující investici do zařízení, jež je funkčně nezbytné k užití zboží od prodávajícího, a nemá jistotu, že prodávající uzavře smlouvu, zařízení nelze prodat a nelze ho užít s jiným zbožím než nabízeným prodávajícím, je Craswellova definice očekáváníí splněna.²⁵ Jednání protistrany by mělo právo zaručovat vždy, když je očekáváníí smluvní strany ekonomicky efektivní, tj. vždy když potenciální výnosy převáží potenciální náklady při zvážení pravděpodobnosti jednání, resp. nejednání druhé strany.²⁶ Pro účely dalšího výkladu zůstanu u

²¹ CRASWELL, R. Offer, Acceptance, and Efficient Reliance. *Stanford Law Review*, ročník 48, č. 3, 1996 (dále citováno jako „**Craswell 1996**“), str. 492 a násl.

²² „Efficient reliance“ in Goetz - Scott 1980, str. 1261 a násl.; srov. také Craswell 1996, str. 483 a 489 a násl.

²³ Craswell 1996, str. 484.

²⁴ K podrobnější argumentaci Craswell, 1996, str. 490: „Reliance is a form of "relationship-specific investment." More specifically, it is any choice, be it action or inaction, which will (1) make S's [seller – pozn. aut.] performance more valuable to B [buyer – pozn. aut.] if S does in fact perform, but (2) make B worse off than if he had not relied if S fails to perform.“ Pozice kupujícího a prodávajícího jsou pro účely R. Craswellova příkladu zaměnitelné.

²⁵ Craswell, 1996, str. 490.

²⁶ Pro podrobnější ekonomickou argumentaci srov.: „Since reliance involves both potential losses and potential gains, the efficient level of reliance - that is, the level of reliance that will maximize the total expected value of the proposed transaction - can be defined by the balance of the potential gains and losses. More specifically, the efficient level of reliance depends on (1) the potential upside from the reliance, or the amount by which the reliance will increase B's gains if S does perform; (2) the potential downside from the reliance, or the amount by

příkladu nákupu zařízení: kupující je stranou, jež očekává (spoléhá se na) kontraktaci prodávajícího. Neexistuje-li právní závazek, prodávající nemusí přistoupit k plnění či může požadovat vyšší prémii (a snížit tak výnos kupujícího). Kupující je v nezáviděníhodné pozici: ponese veškeré náklady, ale nikoliv veškeré výnosy (o ně se bude dělit s prodávajícím), protože mezi kupujícím a prodávajícím neexistuje právní závazek a prodávající tak není nucen poskytnout protiplnění.

Z výše řečeného vyplývá, že právní závaznost je v zájmu kupujícího. Ve skutečnosti je ovšem i v zájmu prodávajícího. Jestliže je totiž očekávání kupujícího skutečně ekonomicky efektivní, přináší výnos i prodávajícímu. Jednoduše řečeno bez takového očekávání k žádné transakci nedojde, proto si ani prodávající nepolepší. Tímto se dostáváme zpět k základní premise efektivnosti smluvního práva: právní závaznost soud shledá za předpokladu, že obě strany v okamžiku uzavření smlouvy právní závaznost chtěly.

Totožně se dané pravidlo uplatní při obsahovém nesouladu mezi ofertou a právním jednáním na ofertu reagujícím. Právní závazek je namístě všude tam, kde očekávání (spolehnutí se) jedné ze stran je ekonomicky efektivní, tj. transakce přináší výnosy oběma stranám. Tehdy by měl právní řád umožnit soudu dojít k závěru, že právní jednání reagující na ofertu je akceptací, že tudíž právní jednání oferenta nemůže být již změněno či nemůže pozbýt platnosti, a vůbec má tedy soud deklarovat existenci závazku a vznik smlouvy.

Zmíněné dokresluje v otázce nesouladu mezi ofertou a akceptací následující případ z americké provenience, který řešil odvolací soud státu Minnesota²⁷ uplatňující zásadu common law, tj. princip úplného konsensu: nájemce nabídl pronajímateli ukončení nájmu včetně peněžité sumy kompenzující předčasné ukončení nájmu. Pronajímatel našel nového nájemce a uzavřel s ním smlouvu. V akceptaci k návrhu končícího nájemce však uvedl, že se částka, kterou bude požadovat, zvýší o polovinu nákladů, které vynaloží na zástupce, jenž ukončení nájmu projedná. Nájemce změnil názor a pokoušel se využít nesouladu v akceptaci a pokračovat v nájmu. Soud však pronajímatelovu odpověď považoval za akceptaci, požadavek na zaplacení dodatečných nákladů interpretoval toliko jako nezávazný doplňující návrh²⁸ a shledal existenci dohody mezi nájemcem a pronajímatelem o ukončení nájmu.

Výše představené závěry ekonomické analýzy práva jsou doktrínou činěny při vědomí obecnějších postulátů právního realismu, který mj. artikuluje požadavek, aby soudy právní

which the reliance increases B's losses if S fails to perform; and (3) the probability of each of these two outcomes (i.e., the probability that S will or will not perform).“ in Craswell, 1996, str. 491.

²⁷ Alpha Venture/Vantage Properties v. Creative Carton Corp., 370 N.W. 2d 649, 651 (Minn. Ct. App. 1985).

²⁸ „Request“, resp. „suggestion“.

pravidla neaplikovaly mechanicky a formalisticky, ale aby rovněž přihlížely k předpokládané vůli stran, okolnostem konkrétního případu a realitě lidského života vůbec.²⁹

²⁹ Pro oblast kontraktačního práva podrobný výklad in LLEWELLYN, K. N. On Our Case-Law of Contract: Offer and Acceptance, I. *Yale Law Journal*, ročník 48, č. 1, 1938; LLEWELLYN, K. N. On Our Case-Law of Contract: Offer and Acceptance, II. *Yale Law Journal*, ročník 48, č. 5, 1939.

Kapitola 2 – Kontraktační proces

2.1. Obecně o kontraktačním procesu

2.1.1. Paradigma kontraktačního procesu

Smlouva je jedním ze základních pilířů soukromého práva a tedy (soukromého) života vůbec. Z pohledu normativních teorií je smlouva právním titulem, resp. právní skutečností s níž objektivní právo spojuje právní následky, tj. vznik, změnu nebo zánik oprávnění a povinností. *Cumulative* platí, že smlouva „s hlediska smlouvajících stran je normou, neboť stanoví, že něco má být“.³⁰ Někteří autoři³¹ při vymezení předpokladů vzniku smlouvy hovoří o její struktuře, jež se rozpadá do tří složek. Jimi jsou nabídka (oferta), přijetí nabídky (akceptace) a konsensus. Zdůrazňují tak dvojí stranu smlouvy - formální (ofertu spojenou s následnou akceptací) a materiální (konsensus). V souladu s tímto rozlišením se v právní doktríně setkáváme se dvěma paradigmaty uzavírání smluv a) klasickým (tradičním) a b) moderním (alternativním).

a) **Klasické pojetí** vychází z posloupnosti oferty a akceptace, smlouva je sumou těchto dvou právních jednání (oferta + akceptace = smlouva).³² Klasické paradigma zdůrazňuje formální stránku procesu uzavírání smluv. Bez ohledu na předmluvní fázi lze v okamžiku uzavření smlouvy identifikovat ofertu a na ni navazující akceptaci, když právní jednání je označeno za nabídku, resp. přijetí výlučně na základě časového kritéria.³³

b) **Moderní pojetí** je doplněním klasického paradigmatu, neboť reaguje na situace, kdy chronologická posloupnost oferty a akceptace není seznatelná. Pro uzavření smlouvy postačí toliko existence materiální stránky, tj. smluvního konsensu. Abstrahuje tak od procedurální sekvence oferty a akceptace i od potřeby identifikovat stranu jako oferenta či akceptanta.

I. Sokolovski, který upřednostňuje teoretickou koncepci více paradigmat kontraktačního procesu, vyjmenovává³⁴ – užívaje argumentu empirického³⁵ – několik typových případů, kdy určení posloupnosti oferty a akceptace (a tedy i identifikace každé ze stran a okamžik

³⁰ Sedláček 2010, str. 6. *Expressis verbis* vyjádřeno v článku 1101 Code civil (francouzského občanského zákoníku) z 21. 3. 1804 (dále citováno jako „CC“ či „Code civil“).

³¹ FIALA, J. - KINDL, M. *Občanský zákoník: komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2009, str. 264; ŠVESTKA, J. - SPÁČIL, J. - ŠKÁROVÁ, M. - HULMÁK, M. a kol. *Občanský zákoník I: § 1 - 459. Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2008, str. 373.

³² SOKOLOVSKI, I. Analýza klasického paradigmatu uzavírání smluv. *Právní rozhledy*, č. 24, 2006 (dále citováno jako „Sokolovski 2006“), str. 888.

³³ HULMÁK, M. Proces uzavírání smlouvy. *Právník*, č. 7, 2003, str. 679-696 (dále citováno jako „Hulmák 2003“), str. 686.

³⁴ Sokolovski 2006, str. 889 a násl.

³⁵ Nutno dodat, že se ve zmíněném článku omezuje na spíše anekdotická pozorování právní krajiny.

konsensu) není dobře možná: uzavírání velkých a komplikovaných smluvních transakcí, postupné uzavírání smluv, resp. vytváření smluvního konsensu,³⁶ vytvoření smluvního dokumentu třetí stranou (např. notářem). P. Bonassies³⁷ k výše řečenému přidává případ souběžného učinění oferty a její akceptace³⁸ a konkludentní pokračování v zaniklém závazku.

Bez ohledu na představenou dichotomii je nutné zdůraznit, že základním pilířem smlouvy je konsensus. To ostatně vyplývá z hodnot, jež se zrcadlí v základních zásadách občanského práva, totiž hodnotách lidské důstojnosti a svobody. M. Zuklínová v tomto duchu zdůrazňuje: „*smlouva je konsenzuálním projevem vůle alespoň dvou stran.*“³⁹ Podstata smlouvy tak netkví v procesu jejího uzavření (formuli), nýbrž v souladném smluvním konsensu⁴⁰, ve volním projevu shody a vzájemné závaznosti. „*Smlouva stává se skutkem, jakmile setká se projev vůle dlužníkovy s projevem vůle věřitele*“⁴¹, vyjádřením téhož je konsensus, tj. srovnalá vůle stran⁴². Teoretické bádání, jež se táže po podstatě smlouvy, tj. po jejím pojetí, má i významné důsledky pro předmět této práce a pro právní praxi vůbec. Při odpovědích na otázky, jež jsou předmětem mého bádání a jež byly předestřeny výše, nelze opominout, že některé právní koncepce se bez formálního pojetí smlouvy neobejdou (viz níže).

2.1.2. Kontext českého práva

Již výše jsem zmínil jedno z důležitých východisek předkládané práce – zdůraznění přínosu teorie pro praktický právní život – kdy ambicí této práce je být příspěvkem v diskusi o způsobu uzavírání smluv v kontextu nového českého soukromého práva. Z tohoto důvodu se omezím při obecném pozorování institutu smlouvy a kontraktačního procesu toliko na české právní prostředí.

³⁶ Např. u tzv. faktického společenství. Příkladem může být společnost podle francouzského práva podle článku 1832 Code civil, jenž stanoví „*La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.*“ Dva obchodníci, kteří realizují obchod společně, po určitý čas a splňují subjektivní kritérium *affectio societatis* vytvoří smlouvu o společnosti. Smlouva vzniká při splnění podmínek postupem času.

³⁷ P. Bonassies in SCHLESINGER, R. B. (eds.). *Formation of Contracts: A Study on the Common Core of Legal Systems*. Dobbs Ferry, NY: Oceana Publications, 1968, str. 175.

³⁸ Jedná se o problematiku tzv. křížících se ofert – blíže in Sokolovski 2006, str. 890 a násl.; srov. rovněž ZUKLÍNOVÁ, M. *Smlouva (k otázkám československé občanskoprávní smluvní teorie)*. Praha: Academia, 1984, str. 117.

³⁹ Dvořák - Švestka - Zuklínová 2013, str. 168. Srov. rovněž podrobnější výklad M. Zuklínové in ELIÁŠ, K. a kolektiv autorů. *Občanský zákoník. Velký akademický komentář*. 1. svazek. Úplný text zákona s komentářem, judikaturou a literaturou podle stavu k 1.4.2008. Praha: Linde Praha, a.s., 2008, str. 278 a násl. Shodně Hulmák 2012, str. 25.

⁴⁰ Dvořák - Švestka - Zuklínová 2013, str. 168.

⁴¹ Sedláček 2010, str. 8.

⁴² Sedláček 2010, str. 56 a násl.

České soukromé právo za účinnosti občanského zákoníku 1964 lpělo na výlučnosti klasického paradigmatu uzavírání smluv. Proces uzavírání smluv byl upraven kogentně⁴³ v ustanoveních § 43a a násl. ObčZ 1964. Klasické paradigma uzavírání smluv se tak pyšnilo výlučností svého statusu, když pouze splnění procedurální sekvence (formule) oferty a akceptace vyústilo ve vznik smlouvy.⁴⁴ Tento závěr není dle mého názoru popřen ani recentním rozhodnutím velkého senátu Nejvyššího soudu České republiky⁴⁵, jehož zevrubnější analýza i přesto stojí za krátké shrnutí. Případ se týkal vzniku zástavní smlouvy, když zástavce (akceptant) zástavní smlouvu podepsanou oběma stranami nedoručil zástavnímu věřiteli (oferentovi), ale toliko podal návrh na vklad zástavního práva do katastru nemovitostí. Tento postup byl zástavním věřitelem a zástavcem předem dohodnut. Nejvyšší soud se musel zabývat otázkou, zda povaha⁴⁶ ustanovení § 43c odst. 2 a 45 odst. 1 ObčZ 1964 je dispozitivní či kogentní. Poté, co zdůraznil zásadu autonomie vůle, došel k závěru, „*podle něhož touto podmínkou [vzniku smlouvy – pozn. aut.] není skutečnost, že oblátem akceptovaný návrh došel zpět oferentovi, tehdy, bylo-li mezi stranami ujednáno, že akceptace návrhu smlouvy nabývá účinnosti k jinému okamžiku.*“⁴⁷ Ihned v následující větě však dodal: „*i v takové situaci totiž jsou naplněny všechny podmínky vzniku smlouvy – tj. návrh smlouvy, jeho přijetí a rovněž konsens účastníků ohledně obsahu smlouvy.*“⁴⁸ Ačkoliv je možné shledat významný posun od názoru o „absolutní“ kogentnosti úpravy týkající se kontraktačního procesu, je nutné poznamenat, že představený závěr se dotýká pouze dílčí komponenty postupu uzavírání smluv a především samotná soudní argumentace se při jeho přijetí opírá o klasické paradigma kontraktačního procesu. Lze tak jen hádat, zda by toto rozhodnutí mělo vliv na cestu k „úplné dispozitivnosti“ kontraktačního procesu nebo by jeho působnost v

⁴³ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 26. 3. 2001, sp. zn. 33 Cdo 2994/99 (publikováno pod C 355 in Balák, Fr. - Púry, Fr. a kol. Soubor rozhodnutí Nejvyššího soudu. Sv. 4. Praha: C. H. Beck, 2001, str. 71): „*Pouze zákon tak může stanovit zvláštní kontraktační proces odlišný od běžného uzavření smlouvy upravený v ust. § 43a a násl. obč. zák., kdy např. návrh na uzavření smlouvy není určen určitým osobám. Tato obecná právní úprava uzavírání smluv má ve smyslu ust. § 2 odst. 3 obč. zákona kogentní povahu a účastníci občanskoprávních vztahů se od ní dohodou nemohou odchýlit.*“ (zvýrazněno autorem).

⁴⁴ Shodně Hulmák 2012, str. 25.

⁴⁵ Dále jen „**Nejvyšší soud**“. Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 16. 1. 2013, sp. zn. 31 Cdo 1571/2010 (publikováno pod č. 39/2013 Sb. rozh. civ. in Sběrka soudních rozhodnutí a stanovisek, pod C 12404 in Soubor civilních rozhodnutí a stanovisek Nejvyššího soudu a v Právních rozhledech 8/2013, str. 302).

⁴⁶ Srov. ustanovení § 2 odst. 3 ObčZ.

⁴⁷ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 16. 1. 2013, sp. zn. 31 Cdo 1571/2010 (publikováno pod č. 39/2013 Sb. rozh. civ. in Sběrka soudních rozhodnutí a stanovisek, pod C 12404 in Soubor civilních rozhodnutí a stanovisek Nejvyššího soudu a v Právních rozhledech 8/2013, str. 302).

⁴⁸ Ibid. Navázal v tomto na svou – v citovaném rozsudku dříve učiněnou – analýzu, kde konstatoval, že: „*smlouva jako dvoustranný či vícestranný právní úkon vzniká dosažením konsensu, tj. úplným a bezpodmínečným přijetím (akceptací) návrhu na uzavření smlouvy (nabídky, oferty). Vznik smlouvy tak předpokládá existenci tří postupně za sebou jdoucích aktů: 1/ návrh - nabídku, ofertu, 2/ přijetí návrhu - akceptaci a 3/ vzájemnou shodu vůle subjektů - konsensus.*“

aplikační praxi zůstala omezena. S ohledem na argumentaci v citovaném rozhodnutí se však nedomnívám, že by mohlo vést až k osvojení si moderní koncepce uzavírání smluv. Postoj, který v této věci zaujal zákonodárce přijetím občanského zákoníku (viz níže), je kvalitativně zcela odlišný, v porovnání nejen s občanským zákoníkem 1964, ale i s rozebíraným rozhodnutím, takřka revoluční.⁴⁹ Pro úplnost analýzy k občanskému zákoníku 1964 ještě podotýkám, že k uzavření smlouvy se vyžadovala obsahová shoda mezi návrhem a přijetím návrhu.⁵⁰

Soukromé právo po 1. lednu 2014 silně akcentuje hodnoty lidské důstojnosti a svobody⁵¹, z nichž se odvozují obecné principy soukromého práva, mj. princip autonomie vůle. Omezování lidského chování zákonem je v obecné rovině eliminováno velmi široce formulovanou dispozitivností úpravy⁵² a tzv. materiálním pravidlem výkladu právních jednání⁵³, tj. zásadou *potius valeat actus quam pereat*⁵⁴. Komutativní spravedlnosti odpovídá zásada *pacta sunt servanda*.⁵⁵ Ve světle těchto východisek se proměňuje i pojetí kontraktačního procesu, oslabuje se jeho formální stránka a uvolňuje se obsahová sounáležitost projevů vůle spolukontrahentů⁵⁶.

S tímto jsou spojeny dva obecné závěry významné pro analýzu předkládaných otázek. Předně platí, že právní úprava uzavírání smluv je *expressis verbis* dispozitivní.⁵⁷ Pojetí postupu uzavírání smluv není již nadále formulováno výlučností klasické koncepce kontraktačního procesu, tedy pojetí smlouvy ve formálním smyslu (popř. v návaznosti na recentní judikaturu Nejvyššího soudu v její modifikované podobě – viz výše), ale lze uvažovat i o užití moderní koncepce způsobu uzavírání smluv a z toho vyplývajícího

⁴⁹ Nelze v této souvislosti opominout vliv občanského zákoníku na rozhodnutí Nejvyššího soudu, když sám výslovně (byť ne zcela přesně) přiznává svůj inspirační zdroj: „*Pouze pro úplnost a nad rámec výše uvedených skutečností, jež vedly k závěru o dispozitivní povaze § 43c odst. 2 a § 45 odst. 1 obč. zák., Nejvyšší soud dodává, že o uvedený závěr se opírá též platná úprava uzavírání smluv obsažená v zákoně č. 89/2012 Sb., občanském zákoníku, který výslovně v ustanovení § 1744 určuje, že „s přihlédnutím k obsahu nabídky nebo k praxi, kterou strany mezi sebou zavedly, nebo je-li to obvyklé, může osoba, které je nabídka určena, nabídku přijmout tak, že se podle ní zachová, zejména poskytne-li nebo přijme-li plnění. Přijetí nabídky je účinné v okamžiku, kdy k jednání došlo, došlo-li k němu včas.*“ (zvýrazněno autorem). Lze očekávat, že i na další rozhodnutí, jejichž hmotněprávní řešení bude ještě podléhat úpravě v občanském zákoníku 1964, bude mít současná úprava významný vliv.

⁵⁰ Ustanovení § 44 odst. 2 ObčZ 1964, v podrobnostech níže.

⁵¹ Ustanovení § 3 odst. 1 ObčZ a § 81 odst. 1 ObčZ.

⁵² Ustanovení § 1 odst. 2 ObčZ. K tomu srov. Beran, K. in Dvořák - Švestka - Zuklínová 2013, str. 133 a násl.

⁵³ TICHÝ, L. *Obecná část občanského práva*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014 (dále citováno jako „**Tichý 2014**“), str. 161 a násl.

⁵⁴ Ustanovení § 574 ObčZ.

⁵⁵ Tichý 2014, str. 48.

⁵⁶ V podrobnostech viz níže.

⁵⁷ Srov. ustanovení § 1770 ObčZ; taktéž in Hulmák 2012, str. 27: „*Návrh [občanského zákoníku – pozn. aut.] výslovně ponechává smluvním stranám možnost upravit si podle vlastních představ proces vzniku smluv mezi nimi. Úpravu kontraktačního procesu lze přiměřeně použít i na jiné formy uzavření smlouvy než formou návrhu a jeho přijetí...*“

materiálního pojetí smlouvy.⁵⁸ Za druhé je pouze na vůli stran ujednat si obsah smlouvy.⁵⁹ Smlouva je však v omezených případech uzavřena i při absenci shody na náležitostech smlouvy, jež byly předpokladem jejího vzniku⁶⁰, a za stanovených podmínek i při obsahovém nesouladu mezi ofertou a akceptací (k tomu v podrobnostech níže). U obou pravidel platí, že konsensus ve smyslu právním ustupuje konsensu faktickému (skutečnému).⁶¹ Závěrem je možné shrnout, že klíčovou složkou smlouvy se stává skutečný konsensus⁶², jenž je zároveň složkou nenahraditelnou⁶³.

2.2. Obchodní podmínky⁶⁴

Práva a povinnosti smluvních stran v závazkových právních poměrech jsou v první řadě (z pohledu hierarchie) určovány zákonem⁶⁵, resp. jeho kogentními ustanoveními.⁶⁶ Dále je smluvním stranám ponechána volnost v úpravě vzájemných poměrů a otevírá se jim tak prostor pro uzavírání smluv, prostor smluvní volnosti charakteristický pro soukromoprávní poměry, když teprve jeho nevyužití vede k úpravě smluvního zákona prostřednictvím jiných částí právního řádu, předně prostřednictvím dispozitivních zákonných ustanovení. Ujednání smluvních stran mohou být projednána individuálně, tedy tzv. **přímá smluvní ujednání**, která plynou ze samotného textu smluvní listiny.⁶⁷ Obsah ujednání může však existovat i mimo tento text, a přesto bude do kontraktu zahrnut a smluvní vztah se jím bude řídit. Teorie hovoří o tzv. **nepřímých smluvních ujednáních**.⁶⁸ K. Marek a L. Žváčková je definují jako „*pravidla, jež sice nejsou formulována ve smlouvě, avšak určují vzájemná práva a povinnosti*

⁵⁸ K tomu i ustanovení § 1725 věta první ObčZ.

⁵⁹ Ustanovení § 1725 věta druhá ObčZ.

⁶⁰ Jedná se toliko o jiné než podstatné náležitosti v případě tzv. skrytého dissensu (viz ustanovení § 1726 věta první ObčZ). Podrobněji in HULMÁK, M. a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054)*. Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014 (dále citováno jako „**Hulmák 2014**“), str. 36 a násled. Podrobněji i níže.

⁶¹ V podrobnostech viz níže.

⁶² K tomu srov. i vymezení institutu smlouvy v ustanovení § 1724 odst. 1 ObčZ.

⁶³ In Hulmák 2012, str. 27: „*I v rámci úpravy smluv a jejich uzavírání lze uvažovat o kogentnosti některých pravidel. Bylo by zřejmě v rozporu se samotným pojetím smlouvy, kdyby bylo ujednáno, že ji netvoří konsenzus, ale pouze vůle jedné strany, např. obecné připuštění jednostranných změn, které nebyly dohodnuty.*“

⁶⁴ Následující podkapitola byla po částečné úpravě převzata z mé práce „Obchodní podmínky“ publikované v rámci Studentské vědecké a odborné činnosti v akademickém roce 2011/2012. [online][cit. 30.7.2015] Dostupné z <<http://svoc.prf.cuni.cz/sources/5/14/168.pdf>>.

⁶⁵ Viz „*V mezích právního řádu...*“ v návěti ustanovení § 1725 věty druhé ObčZ.

⁶⁶ K „hierarchii“ pravidel, jež určují obsah závazku vzniklého ze smlouvy v obecné rovině blíže i DĚDIČ, J. a kol. *Obchodní zákoník. Komentář. Díl IV. § 221 - § 775*. 1. vydání. Praha: BOVA POLYGON, 2002, str. 3280.

⁶⁷ Předpokládáme pro účely tohoto vymezení písemnou formu právního jednání.

⁶⁸ M. Hulmák k tomu dodává: „*Nepřímým ujednáním mohou být různé ceníky, vzory, katalogy, obchodní podmínky, ale i vykládací pravidla.*“ in Hulmák 2014, str. 152.

stran, jelikož strany projevíly shodnou vůli se jimi řídit.⁶⁹ K představené dichotomii smluvních ujednání je však nutné přistupovat nikoliv formálně, tj. ve smyslu nepřímých smluvních ujednání jakožto separátních dokumentů, nýbrž materiálně, tj. za nepřímá smluvní ujednání považovat smluvními stranami (popř. tzv. odbornými nebo zájmovými organizacemi – srov. níže) „předpřipravená a opakovaně používaná ustanovení, ať už jsou kdekoli“⁷⁰, tedy i tehdy, jsou-li součástí těla smluvní listiny.⁷¹ Jedná se tak o smluvní ujednání, o nichž nebylo vyjednáváno přímo.

V praxi nejrozšířenějším typem nepřímých ujednání jsou obchodní podmínky. Jejich vymezení je ponecháno doktríně. J. Bejček obchodní podmínky vymezuje jako „*abstraktní a všeobecně formulované smluvní šablony, které jsou racionalizačním nástrojem zejména u hromadných a typizovaných obchodů.*“⁷² Přímá ujednání mají před nepřímými (včetně obchodních podmínek) přednost.⁷³ Obchodní podmínky představují praktický nástroj smluvních stran při uzavírání smluv. Právní úprava vychází vstříc praxi obchodníků⁷⁴ a zjednodušuje uzavírání smluv tím, že část jejich obsahu může být sjednána poukazem na obchodní podmínky. Vytváří tak praktický nástroj, který umožňuje snadněji a s menšími náklady uzavírat kontrakty, jejichž plnění je standardizováno nebo se pravidelně opakuje.

2.2.1. Obchodní zákoník 1991: všeobecné a jiné obchodní podmínky

Obchodní zákoník 1991 v ustanovení § 273 rozlišoval mezi dvěma typy obchodních podmínek, totiž mezi všeobecnými obchodními podmínkami a jinými obchodními podmínkami.

Všeobecné obchodní podmínky jsou vypracovány odbornými nebo zájmovými organizacemi, tj. organizacemi, které jsou schopné zajistit vysokou odbornou úroveň obchodních podmínek a zejména určitou vyváženost pro obě smluvní strany, tj. nesnaží se tyto „šít na míru“ konkrétním zájmům, resp. konkrétním kontrahentům. Příkladem této

⁶⁹ MAREK, K. - ŽVÁČKOVÁ, L. *Obchodní podmínky, obchodní zvyklosti a vykládací pravidla*. 1. vydání. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, str. 16.

⁷⁰ ŠVESTKA, J. - DVOŘÁK, J. - FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář*. Svazek V. Praha: Wolters Kluwer, a. s., 2014 (dále citováno jako „*Švestka - Dvořák - Fiala 2014*“), str. 70.

⁷¹ Švestka - Dvořák - Fiala 2014, str. 70. Odlišně Hulmák 2014, str. 160.

⁷² BEJČEK, J. *Obchodní závazky (obecná úprava a kupní smlouva)*. 2. aktualizované a doplněné vydání. Brno: Masarykova univerzita, 1994, str. 318.

⁷³ K tomu výslovně ve starém soukromém právu § 273 odst. 2 ObchZ 1991; nově § 1751 odst. 1 věta druhá ObčZ.

⁷⁴ Viz PELIKÁNOVÁ, I. a kol. *Obchodní právo*. 1. díl. 2. vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2010, str. 25: „*Obchodní právo je nástrojem ulehčující obchodní styk...*“.

organizace v českém prostředí je sdružení nevládních organizací pro oblast výstavby S.I.A. ČR – Rada výstavby (např. Všeobecné obchodní podmínky pro zhotovení stavby).⁷⁵

U tohoto typu obchodních podmínek zákonodárce presumuje znalost každým podnikatelem, který v daném oboru podniká a obchoduje s daným druhem zboží⁷⁶, proto pro jejich závaznost postačí pouhý odkaz. Nejsou-li podnikateli známé, má právo se s nimi seznámit. Uzavře-li i tak smlouvu bez znalosti všeobecných obchodních podmínek, nemůže se na jejich neznalost později odvolávat.⁷⁷

Podmínku přiložení nebo známosti (tak jak byla stanovena v ustanovení § 273 odst. 1 in fine ObchZ 1991) většina doktríny spojuje pouze s druhým typem obchodních podmínek (o nich níže). Objevily se však i názory, že by ji bylo možno vztáhnout i na všeobecné obchodní podmínky, „*když [jakékoliv obchodní podmínky – pozn. aut.] známé být nemusí, jsou-li přiloženy*“⁷⁸. Nemyslím si, že je tento názor správný, neboť všeobecné obchodní podmínky jsou známé ze své podstaty, resp. je to právě presumpce známosti, jež je odlišuje od druhého typu obchodních podmínek. Občanský zákoník nenechává již těmto úvahám žádného prostoru (viz níže).

Všechny ostatní obchodní podmínky, označované souhrnně jako **jiné obchodní podmínky** (někdy též podnikové obchodní podmínky)⁷⁹, se nestanou součástí smlouvy na základě pouhého odkazu, ale podmínkou jejich závaznosti je i jejich známost druhé smluvní straně nebo přiložení k textu samotné smluvní listiny.

Druhá možnost bývá pravidlem, když pouhý odkaz a konstatace známosti je představitelná v zásadě pouze mezi dlouhodobými obchodními partnery (zpravidla při opakovaných obchodech). Nesnáze tohoto řešení se ovšem mohou vyskytnout později, protože „*v případě sporu musí být znalost těchto podmínek prokázána*“⁸⁰. Z tohoto důvodu se praxe častěji uchyluje k přiložení obchodních podmínek, neboť „*přiložením se zakládá presumpce seznámení s jejich obsahem*“⁸¹.

⁷⁵ Blíže viz KOUKAL, P. Všeobecné obchodní podmínky pro zhotovení stavby. *Právní rádce*, č. 7, 2007, str. 4-6.

⁷⁶ ŠTENGLOVÁ, I. - PLÍVA, S. - TOMSA, M. a kol. *Obchodní zákoník. Komentář*. 13. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010 (dále citováno jako „*Štenglová - Plíva - Tomsa 2010*“), str. 924.

⁷⁷ Štenglová - Plíva - Tomsa 2010, str. 924.

⁷⁸ PELIKÁNOVÁ, I. *Komentář k obchodnímu zákoníku*. 3. díl. Praha: Linde Praha a.s., 1996 (dále citováno jako „*Pelikánová 1996*“), str. 514.

⁷⁹ BEJČEK, J. - ELIÁŠ, K. - RABAN, P. a kol. *Kurs obchodního práva. Obchodní závazky*. 5. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010, str. 60.

⁸⁰ Štenglová - Plíva - Tomsa 2010, str. 924 a násl. Obdobně též rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 24. 2. 1998, sp. zn. 5 Cmo 318/97 (publikováno v *Soudních rozhledech* 10/1998, str. 259-261): „*Kdo se těchto obchodních podmínek dovolává, musí však v případě pochybnosti prokázat, že byly druhé smluvní straně známy, anebo že byly ke smlouvě přiloženy.*“

⁸¹ Pelikánová 1996, str. 513.

2.2.2. Občanský zákoník: obchodní podmínky

Občanský zákoník dobové pojmosloví obchodního zákoníku 1991 nepřebírá a používá jednotný pojem **obchodní podmínky**. To ovšem neznamená, že by setřel distinkci mezi dvěma výše zmíněnými typy. I občanský zákoník rozlišuje dva druhy obchodních podmínek a to na základě stejného kritéria a stejné filosofie jako obchodní zákoník 1991. Oba dva typy jsou rozlišeny i systematicky, když dříve označované tzv. jiné obchodní podmínky jsou součástí úpravy v ustanovení § 1751 odst. 1 ObčZ a tzv. všeobecné obchodní podmínky jsou upraveny odstavcem třetím téhož ustanovení. Zcela se tím řeší částečná pochybnost formulovaná výše, co do podmínek způsobu, jakým se tzv. všeobecné obchodní podmínky stávají součástí smlouvy, když ze systematického členění ustanovení § 1751 vyplývá, že presumpce známosti je jejich základní charakteristikou a do smluvního ujednání jsou vsunuty na základě pouhého odkazu. Současně jednota pojmosloví upevňuje závěr, jenž M. Hulmák vyjadřuje následovně: „*pro určení, zda se jedná o obchodní podmínky, je rozhodující způsob, jakým se stávají součástí smlouvy. Nikoliv kdo je vytvoří.*“⁸²

Označování obchodních podmínek jako všeobecných je v současné soukromoprávní praxi neodůvodněné a v průběhu času může tato terminologická změna přispět k zamezení potíží, které vznikaly v souvislosti s označováním některých podnikových obchodních podmínek jako všeobecných (tuto praktiku si osvojily zejména banky), ačkoliv jejich známost mezi podnikateli zákon nepresumoval.⁸³ Na druhou stranu to znamená, že z pouhého označení nebude jejich „režim“ rozpoznatelný. Nemyslím si, že by to však mohlo působit nějaké nesnáze.

2.2.3. Obsah obchodních podmínek

Rozsah ujednání, jenž může být součástí obchodních podmínek, je v českém právním prostředí formulován velice široce. V judikatuře se lze odkázat na náleží Ústavního soudu České republiky⁸⁴, z něhož vyplývá, že obsahem obchodních podmínek může být tzv. prorogační doložka, tj. derogace zákonného pravidla určení místní příslušnosti soudu prvního stupně podle ustanovení § 89a o.s.ř.⁸⁵. Odůvodnění nálezu Ústavního soudu si zaslouhuje rozsáhlejší citaci, neboť je v něm naznačeno, že daný závěr může být použit i v obecné rovině: „*Právním předpisem není stanoveno, jaká smluvní ujednání musí být uvedena přímo v*

⁸² Hulmák 2014, str. 152.

⁸³ Z anekdotického pozorování právní praxe i právní teorie se však zdá, že výraz „*všeobecné obchodní podmínky*“ či akronym „*VOP*“ je i nadále používán, byť postrádá normativní význam. Jedná se o jeden z nepatrných důkazů jevu označovaného jako „*path dependency*“.

⁸⁴ Dále jen „*Ústavní soud*“. Nález Ústavního soudu ze dne 5. 10. 2005, sp. zn. II. ÚS 691/04 (publikováno ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu: N 191/39 SbNU 37).

⁸⁵ Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád (dále citováno jako „*o.s.ř.*“ či „*občanský soudní řád*“).

textu smlouvy a jaká ujednání se mohou stát součástí smlouvy jejich uvedením v obchodních podmínkách. Volba ohledně toho, která část ujednání bude obsažena v obchodních podmínkách, je tak zcela na vůli stran, a z tohoto hlediska nelze nic namítat proti uvedení dohody o prorogaci ve VOP.⁸⁶ Své rozhodnutí podepřel Ústavní soud v rovině ústavního práva důrazným vyzdvižením principu autonomie vůle.⁸⁷

Výklad, jenž souhlasí s možností upravit v obchodních podmínkách veškeré relevantní otázky, zastává i M. Hulmák v komentáři k občanskému zákoníku: „Obsahem obchodních podmínek mohou být i podstatné náležitosti vyžadované zákonem pro sjednání určité smlouvy. Opačný striktní závěr je nutné odmítnout. Obchodní podmínky jsou součástí smlouvy a je jedno, zda podstatné náležitosti pro určitý smluvní typ jsou sjednány ve vlastní smlouvě či v obchodních podmínkách. To platí i v případě, že je předepsána pro určitý smluvní typ či smluvní ujednání zvláštní forma, např. písemná. Součástí obchodních podmínek bývá například rozhodčí doložka, kde je vyžadována písemná forma (podle občanského zákoníku 1964 se jednalo i o smluvní pokutu). Stačí, že je písemnou formou kryt odkaz.“⁸⁸ Závěr týkající se právní formy (in fine citovaného názoru M. Hulmáka) je podporován starší judikaturou, která dovodila, že písemnost ujednání je splněna i tehdy, jestliže je stranami podepsáno toliko přímé smluvní ujednání, jehož součástí je odkaz na obchodní podmínky.⁸⁹ Podpořit lze předestřený výklad široce formulovaného obsahu obchodních podmínek i skutečností, že výjimku z této možnosti by mohl stanovit zákon zvlášť, jak i činí např. pro rozhodčí smlouvy pro řešení sporů ze spotřebitelských smluv⁹⁰.

Pro úplnost je nutné podotknout, že představený závěr nemusí být zcela nezpochybnitelný. Již i Ústavní soud totiž navzdory své původní judikatuře dovedl určité

⁸⁶ Nález Ústavního soudu ze dne 5. 10. 2005, sp. zn. II. ÚS 691/04 (publikováno ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu: N 191/39 SbNU 37).

⁸⁷ Ibid. K tomu Ústavní soud konstatoval „že čl. 2 odst. 3 Listiny ve své druhé dimenzi, v níž působí jako základní právo jednotlivce, je třeba aplikovat bezprostředně a přímo. V této dimenzi se nejedná o pouhé prozařování jednoduchým právem, nýbrž o subjektivní právo, které působí bezprostředně vůči státní moci. Orgány státní moci jsou proto povinny při aplikaci jednoduchého práva současně normy tohoto práva, v nichž se odráží čl. 2 odst. 3 Listiny a čl. 2 odst. 4 Ústavy jako objektivní ústavní princip, interpretovat rovněž tak, aby nezasáhly do subjektivního práva jednotlivce na autonomii vůle, jež garantuje také čl. 2 odst. 3 Listiny ve své druhé dimenzi. Obecné soudy si proto při interpretaci shora uvedených ustanovení jednoduchého práva musejí počínat tak, aby formalistickým výkladem právních norem nezasáhly do práva jednotlivce činit vše, co mu zákon výslovně nezakazuje, a nebýt nucen činit, co zákon výslovně neukládá.“

⁸⁸ Hulmák 2014, str. 154.

⁸⁹ K tomu rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 24. 2. 1998, sp. zn. 5 Cmo 318/97 (publikováno v Soudních rozhledech 10/1998, str. 259-261), jež mj. stanoví: „Tyto podmínky nemusí být smluvními stranami v takovém případě zvlášť podepisovány. Jinak by ostatně nebyl žádný rozdíl mezi doložkami, jež jsou přímo součástí textu smlouvy, a obchodními podmínkami, ale šlo by vždy jen o smlouvu na více listech. Tato zvláštní úprava právě počítá s tím, že součástí smluvních ujednání se stává text, jenž přímo součástí podepsaného textu smlouvy není.“

⁹⁰ Viz ustanovení § 3 odst. 3 zákona č. 216/1994 Sb. o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů.

mantinely obsahu obchodních podmínek.⁹¹ Dlužno však zdůraznit, že se v daném případě jednalo o smluvní poměr podnikatele se spotřebitelem. Ve vztahu k těmto situacím se Ústavní soud v obecné rovině důrazně vymezil, když konstatoval: „*Je třeba zdůraznit, že obchodní podmínky ve spotřebitelských smlouvách na rozdíl třeba od obchodních smluv mají sloužit především k tomu, aby nebylo nezbytné do každé smlouvy přepisovat ujednání technického a vysvětlujícího charakteru. Naopak nesmějí sloužit k tomu, aby do nich v často nepřehledné, složitě formulované a malým písmem psané formě skryl dodavatel ujednání, která jsou pro spotřebitele nevýhodná a o kterých předpokládá, že pozornosti spotřebitele nejspíše uniknou (například rozhodčí doložka nebo ujednání o smluvní pokutě). Pokud tak i přesto dodavatel učiní, nepočíná si v právním vztahu poctivě a takovému jednání nelze přiznat právní ochranu.*“⁹² Explicitně se vyjádřil k ustanovení o smluvní pokutě, o níž se vedl spor v daném případě, a k rozhodčí doložce, o níž s účinností od 1. 4. 2012 řečené platí *ex lege* (srov. výše). Leč nelze zcela vyloučit, že Ústavní soud nerozšíří své úvahy přiměřeně i pro poměry mezi podnikateli⁹³, ve prospěch „vytvoření“ katalogu ujednání, která nemohou být součástí obchodních podmínek, Ústavní soud argumentoval jen v oblasti spotřebitelských smluv.⁹⁴

V právních poměrech mezi podnikateli tak není vyloučeno, že součástí obchodních podmínek mohou být veškeré náležitosti smlouvy, když jedinou součástí přímého smluvního ujednání by byl toliko odkaz na obchodní podmínky. V případě kolize obchodních podmínek se tak *prima facie* zdá, že by mohlo (i v méně extrémním případě než nastíněném v předchozí větě) dojít k uzavření smlouvy, jejíž podstatné náležitosti (např. cenu zboží v případě kupní smlouvy) by upravovaly nesouladné obchodní podmínky a jejíž obsah by se tak odvíjel od řešení předvídaného ustanovením § 1751 odst. 2 ObčZ.⁹⁵ Lze však předpokládat, že takové situace nebudou v praxi příliš časté, neboť nejen že podobné klauzule nejsou obvyklou součástí obchodních podmínek, ale často by ani neobstála při testu určitosti právního jednání.⁹⁶

⁹¹ Odkázat se lze na nález Ústavního soudu ze dne 11. 11. 2013, sp. zn. I. ÚS 3512/11 (publikováno ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu: N 183/71 SbNU 201).

⁹² *Ibid.*

⁹³ Určité náznaky lze nalézt i v citovaném rozhodnutí: např. body 10-12 (str. 3) nálezu Ústavního soudu ze dne 11. 11. 2013, sp. zn. I. ÚS 3512/11 (publikováno ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu: N 183/71 SbNU 201). Základ argumentace Ústavního soudu se však vztahuje k poměrům podnikatele se spotřebitelem.

⁹⁴ Obdobně Hulmák 2014, str. 160.

⁹⁵ K možnosti vzniku této situace i souvisejícím otázkám v podrobnostech níže.

⁹⁶ K tomu viz usnesení Ústavního soudu ze dne 27. 1. 2015, sp. zn. II. ÚS 121/15.

2.3. Kontraktační proces a obchodní podmínky – the battle of the forms

Předmětem předkládané práce – jak již bylo výše vyloženo – je specifický případ procesu uzavírání smluv, při němž část obsahu smlouvy je součástí obchodních podmínek, jež nebyly předmětem přímého projednání, ale na něž strany smlouvy toliko odkazují. Užití tohoto kontraktačního postupu je v oblasti masové průmyslové velkovýroby časté.⁹⁷ Užívání standardizovaného postupu namísto zevrubné kontraktace je odůvodněno principiálně stejnými důvody jako samotná průmyslová velkovýroba, jež mu dala vzniknout. Z pohledu ekonomické teorie se hovoří o tzv. *economies of scale* (úsporách z rozsahu).⁹⁸ Transakční náklady⁹⁹ se v těchto případech snižují, neboť se ve srovnání s přímou kontraktací omezují na počáteční vypracování obchodních podmínek určených k opakovanému užití.

Užití obchodních podmínek v kontraktačním procesu toliko jednou smluvní stranou nevyvolává přílišné těžkosti.¹⁰⁰ Výjimečné komplikace se v procesu uzavírání smluv naskytnou až v případě, kdy každá ze smluvních stran užije při kontraktaci své obchodní podmínky. Právě tehdy se rozličné obchodní podmínky postaví proti sobě a právní teorie i praxe je postavena před otázku, jež si sama označila heslem: *the battle of the forms*, tj. souboj či kolize obchodních podmínek.

Pro přiblížení dané problematiky uijme jednoduchý případ. **Podnikatel A** (dále i „kupující“ či „kupující A“) má zájem na uzavření kupní smlouvy s **podnikatelem B** (dále i „prodávající“ či „prodávající B“). Podnikatel A adresuje druhé smluvní straně nabídku, ve které dostatečně podrobně specifikuje předmět koupě i kupní cenu. K této nabídce přiloží své **obchodní podmínky alfa**. Oblát, podnikatel B, nabídku přijme a s úmyslem završení

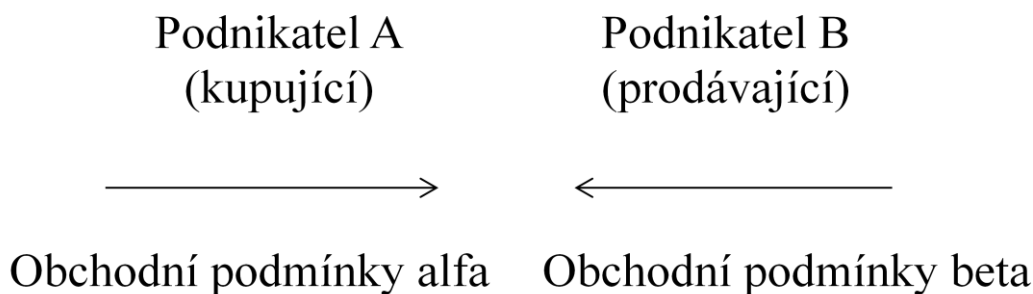
⁹⁷ Např. v USA tvoří více než 99 procent veškerých transakcí (v součtu pro poměry mezi podnikateli i pro poměry podnikatele ke spotřebiteli – in STEPHENS, C. A. *Escape from the Battle of the Forms: Keep it Simple, Stupid*. *Lewis & Clark Law Review*, ročník 11, č. 1, 2007 (dále citováno jako „**Stephens 2007**“), str. 234-235 a dále zde zmiňovanou literaturu (viz odkaz 4, str. 235).

⁹⁸ V. P. Goldberg popisuje volbu kontraktačního procesu smluvní stranou, tj. volbu mezi standardizací s užitím obchodních podmínek a specifikací veškerých náležitostí smlouvy těmito slovy: „*There is a tradeoff between obtaining the scale economies of standard forms and customizing the language to the particular needs of the parties.*“ in GOLDBERG, V. P. *The “Battle of the Forms”: Fairness, Efficiency, and the Best-Shot Rule*. *Oregon Law Review*, ročník 76, č. 1, 1997 (dále citováno jako „**Goldberg 1997**“), str. 157.

⁹⁹ Transakční náklady, s nimiž je existence smluv nevyhnutelně spojena, jsou projevem informační asymetrie existující mezi smluvními partnery. R. H. Coase je vymezuje jako „*náklady na vyhledání a získání informací, vyjednávání a rozhodování, a monitorování a vynucení plnění*“ převzato v českém znění z RICHTER, T. *Insolvenční právo*. 1. vydání. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, str. 52 a násl. (dále citováno jako „**Richter 2008**“), tam citováno z COASE, R. H. *The Firm, the Market, and the Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988. Jinými slovy musíme opustit analytický předpoklad, že „*smlouvy [jsou] uzavírané mezi plně informovanými stranami, jsou úplné a jsou okamžitě plněny a plně vynucovány státní mocí*“, tj. upustit od předpokladu tzv. nulových transakčních nákladů in Richter 2008, str. 52.

¹⁰⁰ Jiné otázky spojené s obchodními podmínkami, nikoliv však s procesem uzavírání smluv *stricto sensu*, na které pamatuje i české soukromé právo, jsou problematika jednostranné změny obchodních podmínek (k tomu ustanovení § 1752 ObčZ) a otázka tzv. překvapivých klauzulí (*surprising terms*, k tomu ustanovení § 1753 ObčZ). Obě musí zůstat v této práci z důvodu zamýšleného rozsahu a účelu opomenuto.

smluvního procesu¹⁰¹ odešle svou akceptaci¹⁰² podnikateli A. V akceptaci¹⁰³ souhlasí s předmětem koupě, jakož i s cenou, avšak přiloží namísto původních obchodních podmínek alfa své **obchodní podmínky beta**, jejichž obsah je od prve jmenovaných obchodních podmínek odlišný. Je lhostejné, zda-li tak učinil úmyslně či nikoliv.



Ze tří důvodů budu v následujícím textu z daného příkladu vycházet. Předně, leč lze připustit, že by podobná situace mohla nastat v případě uzavírání smlouvy podnikatele se spotřebitelem, nejeví se tato eventualita natolik reálnou, aby od ní nemohlo být upuštěno. Za druhé se – z důvodů metodologických – omezují na smlouvu kupní. Úprava českého soukromého práva dané omezení nezná¹⁰⁴, jinak je tomu však (s ohledem na působnost normativní úpravy) se dvěma komparativními texty, tj. s Vídeňskou úmluvou (čl. 19) a s Uniform Commercial Code (čl. 2). Za třetí platí, že vycházím z klasického paradigmatu kontraktace. Tím nemají být nijak zvráceny úvahy, které jsem již výše prezentoval ve vztahu ke koncepci kontraktačního procesu a k pojetí smlouvy, ale užití klasické koncepce a formálního pojetí uzavírání smluv je vhodnější po stránce metodologické, totiž názornější, a zároveň (a především) v jednom případě naprosto nezbytné, neboť od postavení stran je odvislé řešení představeného problému.¹⁰⁵ Přijaté závěry jsou však způsobilé zobecnění a zásadně platné i pro moderní pojetí procesu uzavírání smluv.¹⁰⁶

Problematika kolize obchodních podmínek se na první pohled přibližuje teoretickému problému, jenž je imanentní všem smlouvám, tj. tvrzení o neúplnosti smluv.¹⁰⁷ Zjednodušeně znamená, že smlouvy nemohou *ex ante* postihnout všechny budoucí stavy světa, tedy veškeré

¹⁰¹ Považuje tedy své právní jednání za akceptaci, jinými slovy jeho právní jednání vede z hlediska jeho vůle ke vzniku smlouvy. Tento předpoklad je dobré mít i pro účely dalšího textu na paměti.

¹⁰² Přesněji právní jednání obláta zamýšlené být akceptací.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Ustanovení § 1751 ObčZ nalezneme v hlavě I. části čtvrté občanského zákoníku, jež pojednává o všeobecných ustanoveních o závazcích.

¹⁰⁵ Podrobněji k tomu níže.

¹⁰⁶ Podrobněji k tomu níže.

¹⁰⁷ V české literatuře podrobněji in Richter 2008, str. 44 a násl.

situace, které mohou mezi smluvními stranami vzniknout, a obsahují tak nutně bílá místa, která musejí být vyplněna jinak. Kolize obchodních podmínek se však od neúplných smluv významně odlišuje. Neplatí totiž, že by strany opomněly danou záležitost v době uzavření smlouvy upravit, ba naopak obě vědí, jaké ujednání chtěly ujednat.¹⁰⁸ Z těchto důvodů se jedná o dvě oddělené problematiky. S trochou nadsázky by se souboj obchodních podmínek (v otázce řešení obsahu smlouvy) mohl připodobnit k *ex post* neúplné smlouvě.

Pro řešení výše představeného skutkového případu souboje obchodních podmínek je úkolem právních norem dát při zohlednění společenské reality spolehlivou odpověď na dvě otázky. První se ptá po existenci, resp. po vzniku smlouvy (resp. na jejím základě vzniklém závazku). Druhá otázka navazuje v případě kladného zodpovězení otázky první a věnuje se obsahu vznikuvší smlouvy (resp. zprostředkovaně právního poměru, tedy oprávněním a povinnostem vzájemně poutajícím jejich nositele). Jinými slovy: **a)** Vznikla mezi kupujícím A a prodávajícím B smlouva? a **b)** Pokud vznikla smlouva, jaký je její obsah? Odpovědi na první otázku je věnována kapitola 3, druhé otázce následně kapitola 4.

¹⁰⁸ KEATING, D. Exploring the Battle of the Forms in Action. *Michigan Law Review*, ročník 98, č. 8, 2000 (dále citováno jako „**Keating 2000**“), str. 2679.

Kapitola 3 – Vznik smlouvy

3.1. Obecně

Z předchozí kapitoly vyplývá, že pro účely této práce vycházím z klasického paradigmatu uzavírání smluv, tj. z formálně-procedurálního pojetí kontraktačního procesu. Platí tedy, že pro vznik smlouvy je určující sekvence oferty a akceptace a smlouva je jejich výsledkem. Tento model vychází z myšlenky zrcadlicího se vztahu mezi ofertou a akceptací, ale podobně lze užít pro vzájemný vztah dvou právních jednání dvou rozdílných subjektů (ve smyslu smlouvy jakožto výsledku těchto dvou právních jednání) a tedy zobecnit pro oba koncepty uzavírání smluv. Jedno právní jednání (resp. oferta) tu více, tu méně koreluje s druhým právním jednáním (resp. akceptací). Hovořím-li o korelaci, mám na mysli obsahovou korelaci těchto dvou právních jednání. Z toho plyne, že obsah oferty a akceptace¹⁰⁹ může být a) souladný či b) nesouladný¹¹⁰.

- a) Srovnalá vůle stran¹¹¹ mezi ofertou a akceptací se týká celého obsahu smlouvy. Akceptace v literatuře občas nese přívzvisko nemodifikovaná (k rozlišení od modifikované – viz níže).¹¹² Oblát svým právním jednáním akceptuje nabídku oferenta „vcelku“, aniž by se jakkoliv odchyloval od obsahu nabídky. V okamžiku, kdy akceptace dojde oferentovi je smlouva uzavřena, vznikne.¹¹³
- b) Existuje-li rozdíl mezi obsahem oferty a akceptace, nabízejí se dvě řešení:
 - ba) Zákonná úprava lpí na srovnalé vůli stran v celém rozsahu smluvního zákona. Smlouva tedy uzavřena není, nevznikne. Právní teorie označuje tento zákonný požadavek doktrínou úplného konsensu (*mirror-image rule*). Smlouva vznikne pouze kontraktací v souladu s bodem a). Zvláště je nutné řešit případ, kdy je „nevzniklá smlouva“ konzumována, tj. chovají-li se strany, jako by smlouva uzavřena byla.

¹⁰⁹ Pro zohlednění tzv. moderního pojetí kontraktačního procesu je dobré mít na paměti, že i přes užívání pojmů oferta a akceptace v následujícím textu, lze od tohoto označení abstrahovat. V rámci soudobého českého právního prostředí viz ustanovení § 1770 ObčZ.

¹¹⁰ Již výše bylo zmíněno, že *nesoulad* používám – při řešení otázek vzniku smlouvy – jako obecný pojem, který souhrnně postihuje obsahovou neshodu ve smyslu dodatku (v anglických textech *additional term*) a odchylky (v anglických textech *different term*). K anglickému názvosloví podrobněji viz např. Keating 2000, str. 2685.

¹¹¹ „*Meeting of the minds*“ v anglických textech – viz např. Keating 2000, str. 2683.

¹¹² CSACH, K. *Štandardné zmluvy*. Praha: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., 2009 (dále citováno jako „**Csach 2009**“), str. 95 a násl.

¹¹³ To platí v českém právním prostředí (viz ustanovení § 1745 ObčZ), není-li zákonem či smlouvou stanoveno jinak.

bb) Druhé řešení vyžaduje srovnalou vůli stran pouze ve vztahu k části obsahu smluvního zákona, jež nemůže být oblatem změněna. Vyvolá-li oblatovo právní jednání nesoulad v této části oferentovy nabídky, uplatní se doktrína úplného konsensu a smlouva nevznikne. Vyvolá-li však nesoulad ve zbylé části smluvního zákona smlouva vznikne a hovoříme o zásadě neúplného konsensu.

Z oblatovy strany – pro stanovení kritéria části, jež jím nemůže být změněna – rozlišujeme právní jednání, jež podstatně mění nabídku (tj. zasahuje do její „nezměnitelné části“), a právní jednání, jež nemění nabídku podstatně (nezasahuje do její „nezměnitelné části“). Mění-li oblát nabídku podstatně, výsledek se neliší od případu popsaného výše pod bodem ba). Naproti tomu, mění-li oblát nabídku nepodstatně, smlouva vzniká, hovoří se o tzv. modifikované akceptaci¹¹⁴. Poptává-li např. kupující kilogram jablek a prodávající „přijme“ jeho nabídku s tím, že mu prodá kilogram hrušek, nebude zásadně sporu o tom, že se prodávající dopustil změny oné „nezměnitelné části“, o akceptaci nemůže být řeči, k uzavření smlouvy nedošlo. V jiných případech je však situace složitější.¹¹⁵ Kritérium rozsahu „nezměnitelné části“ může být navíc stanoveno odlišně od výše představeného. Záležet bude na pojetí zvoleném v konkrétním legislativním textu, popř. i na rozlišení kontraktace bez (resp. s) obchodních podmínek.¹¹⁶

V teoretické rovině stojí v pozadí představené problematiky následující otázka: od jakého okamžiku by mělo právo vynucovat existenci vzájemně projevených slibů? V jakém okamžiku lze v závislosti na rozsahu obsahové shody hovořit o vzniku smlouvy? Už dříve bylo představeno, že klíčovým předpokladem vzniku kontraktu je smluvní konsensus. Smlouva vzniká konsensem.¹¹⁷ V této souvislosti není předmětem zájmu této práce analýza minimálního rozsahu obsahu smlouvy, na němž se strany nutně musejí shodnout¹¹⁸, aby smlouva vznikla. Cílem je posoudit, jak široce musí být obsah smlouvy smluvním konsensem zahrnut. Jinými slovy, je-li pro vznik smlouvy nezbytné, aby shodná vůle odrážela jednu každou náležitost vymezenou v ofertě, nebo jsou-li pro vznik smlouvy některé z nich natolik

¹¹⁴ Nutno zdůraznit, že jde o pojem ryze účelový, vyhovující právní kvalifikaci a teoretické systematice. *Stricto sensu* se (alespoň v obecném jazyce) o přijetí nejedná, neboť *de facto* jde o jakési přijetí s výhradou.

¹¹⁵ Podrobněji níže.

¹¹⁶ Podrobněji níže.

¹¹⁷ Pro oblast českého práva viz ustanovení § 1725 ObčZ.

¹¹⁸ Bez ohledu na skutečnost jedná-li se o nominátní či inominátní smlouvu.

nedůležité, že případný nesoulad nebude brán v potaz, smlouva vznikne a obsah smlouvy bude určen na základě zvláštních zákonných pravidel.

Z pohledu reality společenských vztahů se jedná o okamžik, který je ve vzájemné interakci smluvních partnerů již považován za nepřekročitelný, kdy je již vůle stran natolik srovnalá, že právo na chování stran reaguje a smlouvě dává vzniknout. V této souvislosti je vhodné vzpomenout výše formulované pravidlo ekonomické efektivnosti očekávání smluvní strany ve vznik smlouvy.

3.2. Úplný konsensus

3.2.1. Obecné poznámky

Doktrína úplného konsensu (*mirror-image rule*) vyžaduje ve své ryzí podobě úplný soulad mezi právním jednáním oferenta (kupujícího A) a akceptanta (prodávajícího B). Platí tedy, že na provedenou ofertu právní jednání zamýšlené být akceptací, jež však není obsahově zcela v souladu s ofertou (nezrcadlí obsah oferty, tj. není „*mirror image*“¹¹⁹), vůbec akceptací není a je toliko protinávrhem, kontraofertou. Smlouva mezi kupujícím A a prodávajícím B tedy nevznikne (doktrína *no contract*). Zároveň však platí, že na právní jednání prodávajícího B, tj. kontraofertu, může kupující A reagovat faktickým chováním vedoucím k naplnění smyslu a účelu smlouvy, tj. např. zaplacením kupní ceny či převzetím odevzdaného zboží. Smlouva vzniká faktickou konzumací, konkludentním právním jednáním kupujícího. (Kontra)oferentem takto vzniklé smlouvy je prodávající, kupující přijímá (proti)nabídku. Z hlediska obsahu bude smlouva naplněna náležitostmi vymezenými prodávajícím (tj. původním oblátem), právní věda hovoří o doktríně *last shot* (viz níže).

Důležitým aspektem této konstrukce je nezbytné setrvání na klasickém modelu uzavírání smluv. Doktrína úplného konsensu (*mirror-image rule*) předpokládá formálně-mechanický přístup postavený na ofertě a akceptaci, osobě oferenta a akceptanta. Ve své podstatě je celé řešení postaveno na principu „*oferent je pánem oferty*“¹²⁰, jež je důsledně naplňován. Zbývá nalézt oferenta a problém je vyřešen.

Kritika představeného přístupu se dotýká především tří bodů:

- a) Striktní aplikace pravidla úplného konsensu může vést k oportunistickému chování jedné ze smluvních stran, jež rozporuje existenci smlouvy, např. prodávající zjistí ještě před odevzdáním zboží, že došlo k růstu reálné tržní ceny

¹¹⁹ Keating 2000, str. 2683.

¹²⁰ „*Offeror is the master of the offer*“ viz např. Goldberg 1997, str. 160 či Stephens 2007, str. 237.

a smlouvu nesplní s poukazem na její neexistenci.¹²¹ D. G. Baird a R. Weisberg navrhli, ve svém článku¹²² publikovaném v období reflexe nedostatků legislativního řešení článku 2-207 UCC 1966¹²³, americkému právnímu světu návrat ke starému principu common law: *mirror-image rule*. Jejich argumentace k vyvrácení zmíněné kritiky pravidla úplného konsensu působí přesvědčivě.

Za prvé – konstatují – je ve většině případů problém kolize obchodních podmínek řešen, až po konzumaci smlouvy, tj. poté kdy prodávající odevzdá zboží a o uzavření smlouvy nemůže být již pochyb. Za druhé se zmínění autoři domnívají, že ojedinělé případy možného zneužití pravidla úplného konsensu oportunistickým chováním by mohly být korigovány při aplikaci práva soudem v konkrétním případě. Poukazují na praxi amerických soudů v době před přijetím Uniform Commercial Code 1966 (tj. při uplatnění zásady úplného konsensu), které – v reakci na oportunistické chování smluvní strany – přijaly extenzivní výklad pravidla úplného konsensu: omezily jeho účinek toliko na změny „podstatné“¹²⁴; aplikovaly maximu *de minimus non curat lex*¹²⁵; popřípadě konstatovaly, že změny v akceptaci jsou implicitní součástí oferty¹²⁶. V souladu s principy ekonomické efektivnosti smlouvy byl tak americkými soudy v těchto případech vznik smlouvy shledán.

¹²¹ Blíže např. BAIRD, D. G. - WEISBERG, R. Rules, Standards, and the Battle of the Forms: A Reassessment of § 2-207. *Virginia Law Review*, ročník 68, č. 6, 1982 (dále citováno jako „**Baird - Weisberg 1982**“), str. 1217 či Goldberg 1997, str. 159 a násl.

¹²² Baird - Weisberg 1982, str. 1231 a násl.

¹²³ K tomu podrobně níže.

¹²⁴ „Substantial“ in Baird a Weisberg 1982, str. 1234. Z četné judikatury zmiňme alespoň tři případy:

- (i) v prvním případě nebylo odlišnosti oferty a akceptace přisvědčeno, když oferta určila den plnění na konec září či začátek října a v akceptaci se den přijetí omezil pouze na říjen in *Propstra v. Dyer*, 189 F.2d 810, 812 (2d Cir. 1951) („where offer gave delivery as latter part of September or early October it would be highly artificial to construe an answer of October sellers option as a counteroffer“),
- (ii) ve druhém případě byla přijata nabídka pro dva druhy potravinového zrní, když oferent poptával toliko jeden druh. Právě pro tento jeden druh smlouva vznikla in *Barteldes Seed Co. v. Fox*, 134 Okla. 248, 250, 273 P. 258, 260 (1928) („acceptance of order for two types of seed where buyer actually ordered only one binding for the one agreed upon“),
- (iii) ve třetím případě nebylo přisvědčeno argumentu neexistence smlouvy při neshodě ohledně místa od něhož budou neseny dopravní náklady in *Kaw City Mill & Elevator Co. v. Purcell Mill & Elevator Co.*, 19 Okla. 357,3 58,9 1 P. 1022,1 023 (1907) („contract formed through exchange of telegrams though buyer and seller differed on the city from which freight would be charged“).

¹²⁵ K tomu z judikatury amerických soudů srovnání následujícího případu. Změna v akceptaci spočívala v zaplacení zálohy do dvou týdnů (oferta lhůtu nespecifikovala) a v modu dodání nákladním automobilem (oferta se omezovala na běžný dopravní prostředek). K námitce neexistence smlouvy nebylo přihlédnuto in *Washington Elec. Coop., Inc. v. Norry Elec. Corp.*, 193 F.2d 412, 414 (2d Cir. 1951) („buyer's acceptance of a contract for diesel generators required balance to be paid before shipment by common carrier; offer had stated balance in two weeks, shipment by truck; objections over differing terms held apparent afterthoughts“).

¹²⁶ Ať již z důvodu obchodních zvyklostí či konkrétních okolností případu.

- b) Leč lze souhlasit s tím, že nabízené řešení plně vyhovuje požadavku právní jistoty, je princip úplného konsensu jinak kritizován s poukazem na jeho formalismus a arbitrárnost. Pravidlo vychází z méně komplexní reality rurální minulosti, konkrétně z předpokladu znalosti smluvních stran o podmínkách smlouvy druhé strany i svých vlastních.¹²⁷ Výtky směřují k nerespektování reality společenského života, neboť princip úplného konsensu významně omezuje aplikační praxi v užití jiného než formálního přezkumu kontraktačního procesu.¹²⁸ Formalistický a arbitrární charakter se projevuje i ve vztahu k pravidlům upravujícím obsah smlouvy (viz níže).
- c) K tomu (ve stejném duchu) přistupuje skutečnost, že i nepodstatný nesoulad mezi ofertou a právním jednáním zamýšleném být akceptací nedává smlouvě vzniknout, tj. i přesto že by se o něm strany dohodly, věděly-li by o něm, resp. by jim přišel irelevantní.¹²⁹

3.2.2. Česká úprava v občanském zákoníku 1964

Občanský zákoník 1964 neupravoval zvláště kontraktační proces s obchodními podmínkami, veškeré odpovědi na dvě úvodní otázky byly ponechány na obecné úpravě uzavírání smluv, jež vycházela ze zásady úplného konsensu. Uplatnila se tak v souladu s výše popsaným závěrem doktrína *no contract*. Normativní základ představovalo následující ustanovení:

§ 44 odst. 2

*Přijetí návrhu, které obsahuje dodatky, výhrady, omezení nebo jiné změny, je odmítnutím návrhu a považuje se za návrh nový.*¹³⁰

Závěr o aplikaci doktríny *no contract* by ale s ohledem na slovní vyjádření § 44 odst. 2 in fine ObčZ 1964 nebyl úplný. Právní jednání zamýšlené být akceptací, k němuž jsou přiloženy jiné obchodní podmínky, se totiž současně považuje za nový návrh. Kontraktační proces se tak zahajuje od počátku. S ohledem na výše zmíněný modelový příklad to znamená, že podnikatel A se stává oblátem, a lze předpokládat, že nabídku (kontraofertu) podnikatele B přijme, a to zpravidla konkludentně a s mylným vědomím, že plní ze smlouvy, jejíž součástí jsou obchodní podmínky alfa. K tomu lze v obecné rovině

¹²⁷ Stephens 2007, str. 238.

¹²⁸ Keating 2000, str. 2684.

¹²⁹ Stephens 2007, str. 239.

¹³⁰ Zvýrazněno autorem.

poznámenat, že přijetí návrhu může být výslovné nebo konkludentní¹³¹, přičemž konkludentní přijetí je spojeno se zpříšňujícími podmínkami¹³².

Tímto řešením se česká úprava blížila doktríně *last shot*, tj. poslednímu výstřelu, ale nutno dodat, že účinky této doktríny nastávaly až zprostředkovaně. Prve zahájený smluvní proces (nabídka podnikatele A) totiž skončila neuzavřením kontraktu (*no contract*). Přímým účinkem „akceptace“ s připojením jiných smluvních podmínek (zde obchodní podmínky beta) bylo neuzavření smlouvy, teprve zprostředkovaně mohla být smlouva uzavřena (ve znění obchodních podmínek beta). K tomu však nedošlo *ex lege*, ale až na základě právní skutečnosti, která přistupuje k zákonu, tj. akceptace (byť nevědomě) kontraoferty. Nečinnost ke vzniku smlouvy nepovede. Proto přijetí kontraoferty je možné konstatovat až v okamžiku, kdy strana (podnikatel A) plní dle protinávrhu (např. zaplatí kupní cenu) či plnění přijme (např. převezme zboží).¹³³

Obsahová shoda mezi ofertou a akceptací byla interpretována velmi přísně. Aplikační praxe se ani v případech, které by z hlediska ekonomické efektivity vedly ke vzniku smlouvy (viz výše zmíněné případy americké aplikační praxe), nepřiklonila k odklonu od striktní aplikace zásady úplného konsensu. Dokladem budiž rozsudek Nejvyššího soudu¹³⁴, ve kterém nebylo shledáno uzavření zásilatelské smlouvy¹³⁵, neboť kamion zasílatele nebyl přistaven k nakládce dne 14. 4. 1998, jak požadoval příkazce ve své objednávce (nabídce), ale o jeden den později, tj. 15. 4. 1998.¹³⁶ Nejvyšší soud k tomu konstatoval: „*Má-li takový úkon*

¹³¹ Viz ustanovení § 44 odst. 1 ObčZ 1964.

¹³² Tento závěr se uplatní pouze pro závazky v působnosti obchodního zákoníku 1991 (např. pro – v této práci – presumované vztahy mezi podnikateli ve spojení s ustanovením § 261 ObchZ 1991) podle ustanovení § 275 odst. 4 ObchZ 1991, které stanoví: „*S přihlédnutím k obsahu návrhu na uzavření smlouvy nebo v důsledku praxe, kterou strany mezi sebou zavedly, nebo s přihlédnutím ke zvyklostem rozhodným podle tohoto zákona, může osoba, které je návrh určen, vyjádřit souhlas s návrhem provedením určitého úkonu (např. odesláním zboží nebo zaplacením kupní ceny) bez vyrozumění navrhovatele. V tomto případě je přijetí návrhu účinné v okamžiku, kdy byl tento úkon učiněn, došlo-li k němu před uplynutím lhůty rozhodné pro přijetí návrhu.*“ K uzavření smlouvy konkludentním právním jednáním srov. rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 31. 8. 2011, sp. zn. 23 Cdo 3558/2009. K tomu srov. odlišnou konstrukci § 43c ObčZ 1964, kde zvláštní podmínky chybí.

¹³³ Ilustrativním dokladem doktríny úplného konsensu a popsanych důsledků s ní spojených je rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 28. 7. 2010, sp. zn. 23 Cdo 55/2010-I. (publikováno pod C 8661 in Soubor civilních rozhodnutí a stanovisek Nejvyššího soudu). V daném případě prodávající k potvrzení objednávky připojil své obchodní podmínky, toto právní jednání tak nemohlo být akceptací (nedošlo k uzavření smlouvy), ale toliko kontraofertou, kterou kupující přijal konkludentně.

¹³⁴ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 20. 12. 2005, sp. zn. 32 Odo 397/2005 (publikováno pod C 4162 in Soubor civilních rozhodnutí a stanovisek Nejvyššího soudu).

¹³⁵ Podle ustanovení § 601 a násl. ObchZ. Využijme pro tuto chvíli jiného smluvního typu než kupní smlouvy, závěry jsou způsobilé zobecnění.

¹³⁶ Dřívější smlouva neexistovala.

vyjádřit souhlas s návrhem a má-li být tudíž dle § 275 odst. 4 obch. zák. posuzován jako přijetí návrhu, musí být v souladu se všemi (tedy nejen podstatnými) jeho náležitostmi.¹³⁷

K zajímavému závěru, který by rozvolnil pravidlo úplného konsensu, došla část české právní vědy při analýze tehdejšího pozitivního práva¹³⁸: „...konflikt různých obchodních podmínek znamená neurčitost projevu vůle, a není-li možné zjistit skutečnou vůli stran z vlastní smlouvy, byla by navzájem kolidující ustanovení obchodních podmínek neplatná a použila by se potom podpůrná úprava obchodních závazků ze zákona.“¹³⁹ Nabízená interpretace otevírá nejméně tři body k zamyšlení:

- a) Autoři tohoto výkladu z neznámého důvodu v kontextu kontraktačního procesu rozlišují mezi smluvními ujednáními, o nichž bylo výslovně kontrahováno, a oněmi, jež byla doplněna bez výslovné negociace (obchodními podmínkami). Obchodní podmínky jsou však součástí smluvního ujednání, když tento závěr odpovídá i dobové judikatuře¹⁴⁰: např. v rozsudku Vrchního soudu v Praze¹⁴¹, jehož kratší citace stojí za zmínku: „*odpůrce zřejmě mylně považuje smluvní podmínky, které jsou formálně vypracovány jako určitý soubor pravidel, tedy mají podobu určitého normativního díla, za právní předpis svého druhu. Tak tomu však není. Jde jen o pomůcku, na jejímž základě tvoří účastníci smluvní ujednání, a tedy tyto podmínky jsou bez dalšího právně bezvýznamné. Teprve tím, že účastníci učiní tyto smluvní podmínky součástí své smlouvy, povýší je na právně významnou skutečnost. Tedy tyto podmínky jsou významné jako součást určité konkrétní smlouvy.*“ Není tedy důvodu plně neaplikovat zmíněné ustanovení § 44 odst. 2 ObčZ 1964 a nekonstatovat, že nesouladné obchodní podmínky jsou překážkou, při níž k uzavření smlouvy vůbec nedojde.
- b) Jestliže bychom v souladu s nabízeným výkladem presumovali, že smlouva vznikne i přes kolizi smluvních ujednání v obchodních podmínkách, navrhuji autoři

¹³⁷ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 20. 12. 2005, sp. zn. 32 Odo 397/2005 (publikováno pod C 4162 in Soubor civilních rozhodnutí a stanovisek Nejvyššího soudu).

V jiném případě nedala obsahová neshoda vzniknout smlouvě na vyhotovení knihy, když nesoulad spočíval v ujednání o jejím formátu. Oferta specifikovala formát 240 x 330 mm, právní jednání obláta uvedlo 238 x 320 mm, a konečně právní jednání původního oferenta "souhlasilo" s formátem 240 x 322 mm. Smlouva však podle Nejvyššího soudu vůbec nevznikla. K tomu usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 25.2.2010, sp. zn. 23 Cdo 672/2008.

¹³⁸ Tj. občanského zákoníku 1964.

¹³⁹ Bejček, J. Obchodní závazky (obecná úprava a kupní smlouva). 2. aktualizované a doplněné vydání. Brno: Masarykova univerzita, 1994, str. 318. Opětovně citováno in HAJN, P. - BEJČEK, J. *Jak uzavírat obchodní smlouvy*. 2. vydání. Praha: Linde Praha, a.s., 2003, str. 134. Podobný závěr i Marek, K. - Žváčková, L. *Obchodní podmínky, obchodní zvyklosti a vykládací pravidla*. 1. vydání. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, str. 56.

¹⁴⁰ Dle mého názoru plně použitelné i v současné české právní krajině.

¹⁴¹ Rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 29. 6. 1998, sp. zn. 5 Cmo 55/97 (publikováno v časopise Soudní rozhledy 2/1999, str. 53-54).

revoluční řešení otázky obsahu smlouvy, jež však nemělo oporu v platném právu – pravidlo *knock out* (blíže viz níže). Za povšimnutí stojí i závěr, že skutečnou vůli stran (tj. subjektivní stránku) není možné seznat z obchodních podmínek, ale toliko ze „smlouvy“, tj. té její části, o níž proběhlo smluvní vyjednávání.¹⁴²

- c) V neposlední řadě lze rozebíraný výklad chápat jakožto rozmělnění pravidla úplného konsensu, kterého by mohlo být užito v těch případech, kdy by se jeho aplikace jevila příliš tvrdá, tj. v případech výše popsaného oportunistického chování jedné ze smluvních stran. Zrcadlení se akceptace v ofertě by bylo poměřováno kritériem určitosti, tj. na nesouladné právní jednání (byť patrně pouze v části týkající se obchodních podmínek) směřující k uzavření smlouvy by se hledělo jako na neurčitý projev vůle, který je možný překlenout výkladem, když výsledkem aplikace by byl výrok o tom, zda se o akceptaci jedná či nikoliv. V krajním případě by bylo možné jít ještě dále a pravidlem o částečné neplatnosti¹⁴³ udržet existenci smlouvy i v případě, že by neurčitost akceptace výkladem překlenout nebylo možné.

Výklad ad a) a b) je v režimu pravidla úplného konsensu nutno odmítnout. Na nesoulad obchodních podmínek by se mělo plně použít ustanovení § 44 odst. 2 ObčZ 1964. Výklad ad c) má však své opodstatnění a lze považovat za pokus o dobový způsob vyrovnání se s problémem výše zmíněného oportunistického chování spolukontrahentů, resp. pokus o udržení existence smlouvy všude tam, kde by to bylo ekonomicky efektivní.

Obecně lze zhodnotit, že aplikace pravidla úplného konsensu dostatečně nevyhovovala principu spravedlnosti. Zákonná úprava, která často v praxi vede k uzavření smlouvy ve znění oblatových smluvních podmínek, výrazně znevýhodňuje původního oferenta (podnikatele A) a nedůvodně favorizuje obláta (podnikatele B). Ten by však neměl těžit z rozdílné úpravy, kterou navrhuje, ledaže na příslušné změny sám upozorní.

3.3. Neúplný konsensus

3.3.1. Obecné poznámky

Některé právní řády umožňují vznik smlouvy i při nesouladu mezi ofertou a akceptací (tzv. modifikovaný akcept). Modifikace v akceptaci může spočívat v dodatku (*additional*

¹⁴² Shodně i Baird a Weisberg 1982, str. 1219-1220, podrobněji viz níže k výkladu obsahu smlouvy.

¹⁴³ Ustanovení § 41 ObčZ 1964.

term), tj. otázce, jež není ofertou vůbec otevřena¹⁴⁴, nebo odchylce (*different term*) od původní nabídky. Nesoulad vedoucí k uzavření smlouvy se bude zpravidla týkat pouze nepodstatných změn¹⁴⁵ mezi ofertou a akceptací (již zmiňovaným předpokladem je zde skutečnost, že vůle obláta směřuje k uzavření smlouvy); při užití zvláštních pravidel pro specifický způsob kontraktace s obchodními podmínkami však může být tento nesoulad významně širší (o tom viz níže). U modifikované akceptace mohou nastat tři modelové situace:

- i. smlouva je uzavřena: právní jednání obláta je akceptací a smlouva vznikne,
- ii. smlouva není uzavřena *ex post*: k tomu je však potřeba následného právního jednání oferenta, který s účinky *ex tunc* vyloučí vznik smlouvy¹⁴⁶,
- iii. smlouva není uzavřena *ex ante*: v právních řádech, jejichž defaultní pravidla stojí na principu neúplného konsensu, lze tohoto docílit pouze derogací dispozitivního ustanovení zákona právním jednáním navrhovatele¹⁴⁷, popř. podmínit modifikovanou akceptací souhlasem navrhovatele¹⁴⁸.

K. Csach¹⁴⁹ spojuje body i. a ii., když hovoří o uzavření smlouvy prostřednictvím mlčení na modifikovanou akceptaci a odvolává se mj. na text Vídeňské úmluvy¹⁵⁰. Domnívám se, že toto tvrzení není správné, neboť k uzavření smlouvy dochází již s účinností modifikovaného akceptu, nikoliv až po uplynutí lhůty bez zbytečného odkladu („*without undue delay*“) spojené s mlčením oferenta. Oferent může toliko svým dodatečným právním

¹⁴⁴ SCHLECHTRIEM, P. - SCHWENZER, I. (eds.). *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. Oxford: Oxford University Press, 2010 (dále citováno jako „**Schlechtriem - Schwenger 2010**“), str. 337.

¹⁴⁵ Pro určení právních následků je tak klíčové odlišit modifikaci podstatně měnící podmínky nabídky od modifikace měnící podmínky nabídky toliko nepodstatně.

¹⁴⁶ V českém právním prostředí viz ustanovení § 1740 odst. 3 věta první in fine ObčZ: „... *pokud navrhovatel bez zbytečného odkladu takové přijetí neodmítne.*“

¹⁴⁷ V českém právním prostředí viz ustanovení § 1740 odst. 3 věta druhá ObčZ: „*Navrhovatel může přijetí nabídky s dodatkem nebo odchylkou předem vyloučit již v nabídce nebo jiným způsobem, který nevzbuzuje pochybnost.*“

¹⁴⁸ Bar, Ch. von. - Clive, E et al.. *Principles, definitions and Model Rules of European Private Law : Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Full Edition. Volume I. Oxford: Oxford University Press, 2010 (dále citováno jako „**Bar - Clive 2010**“), str. 324.

¹⁴⁹ Csach, K. *Standardné zmluvy*. Praha: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., 2009 (dále citováno jako „**Csach 2009**“), str. 95.

¹⁵⁰ CISG v čl. 19 odst. 2 věta první: „*However, a reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additional or different terms which do not materially alter the terms of the offer constitutes an acceptance, unless the offeror, without undue delay, objects orally to the discrepancy or dispatches a notice to that effect.*“; v oficiálním českém překladu (tj. s odkazem na publikaci ve Sbírce zákonů jako Sdělení federálního Ministerstva zahraničních věcí pod č. 160/1991 Sb.): „*Avšak odpověď na nabídku, která se jeví přijetím, ale obsahuje dodatky nebo odchylky, které podstatně nemění podmínky nabídky, je přijetím, ledaže navrhovatel bez zbytečného odkladu ústně vznese proti rozdílům námitky nebo za tímto účelem odešle oznámení.*“ Oba texty zvýrazněny autorem.

jednáním zpětně uzavření smlouvy vyloučit. Uvedený závěr potvrzuje i komentář k Vídeňské úmluvě¹⁵¹ a dále vyplývá i z (přinejmenším) jazykového výkladu občanského zákoníku¹⁵².

3.3.2. Úprava v nadnárodních dokumentech (CISG a DCFR)

Vídeňská úmluva přijala doktrínu neúplného konsensu v rámci obecné úpravy kontraktačního procesu. Zvláštní úprava uzavírání smluv, jejichž součástí jsou obchodní podmínky, není v textu předvídána, pro všechny případy se tak použije úprava článku 19 CISG:

Article 19

(1) A reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additions, limitations or other modifications is a rejection of the offer and constitutes a counter-offer.

(2) However, a reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additional or different terms which do not materially alter the terms of the offer constitutes an acceptance, unless the offeror, without undue delay, objects orally to the discrepancy or dispatches a notice to that effect. If he does not so object, the terms of the contract are the terms of the offer with the modifications contained in the acceptance.

*(3) Additional or different terms relating, among other things, to the price, payment, quality and quantity of the goods, place and time of delivery, extent of one party's liability to the other or the settlement of disputes are considered to alter the terms of the offer materially.*¹⁵³

K uzavření smlouvy povede pouze nesoulad v akceptaci, jež „*podstatně nemění podmínky nabídky*“¹⁵⁴. Hovořím v tomto směru o **nepodstatné modifikaci**, když její opak budu označovat **modifikací podstatnou**. Pouze za předpokladu nepodstatné modifikace bude právní jednání obláta považováno za akceptaci a smlouva vznikne. Podstatná modifikace není přijetím nabídky, ale jejím odmítnutím, konstituuje kontraofertu (k tomu čl. 19 odst. 1 in fine

¹⁵¹ Schlechtriem - Schwenzer 2010, str. 345.

¹⁵² Viz ustanovení § 1740 odst. 3 věta první ObčZ: „*Odpověď s dodatkem nebo odchylkou, která podstatně nemění podmínky nabídky, je přijetím nabídky, pokud navrhovatel bez zbytečného odkladu takové přijetí neodmítne.*“ (zvýrazněno autorem).

¹⁵³ Pro úplnost uvádím oficiální český překlad (tj. s odkazem na publikaci ve Sbírce zákonů jako Sdělení federálního Ministerstva zahraničních věcí pod č. 160/1991 Sb.):

Článek 19

(1) Odpověď na nabídku, která se jeví přijetím, avšak obsahuje dodatky, omezení nebo jiné změny, je odmítnutím nabídky a je protinabídkou.

(2) Avšak odpověď na nabídku, která se jeví přijetím, ale obsahuje dodatky nebo odchylky, které podstatně nemění podmínky nabídky, je přijetím, ledaže navrhovatel bez zbytečného odkladu ústně vznesl proti rozdílům námitky nebo za tímto účelem odešle oznámení. Jestliže tak neučiní, jsou součástí smlouvy podmínky uvedené v nabídce se změnami obsaženými v přijetí.

(3) Dodatky nebo odchylky, 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, se považují za podstatnou změnu podmínky nabídky.

Oba texty zvýrazněny autorem.

¹⁵⁴ Srov. viz výše v textu k čl. 19 Vídeňské úmluvy: „*which do not materially alter the terms of the offer*“.

CISG) a řešení celé problematiky se navrácí zpět pod pravidlo úplného konsensu se všemi konsekvencemi, které byly již výše popsány.

Pro odlišení podstatné a nepodstatné modifikace nabízí Vídeňská úmluva explicitní řešení v čl. 19 odst. 3. Kritérium je postaveno na dvou základech: vytváří presumpci postavenou na charakteru ujednání, jejichž modifikace je podstatná (argumentem *a contrario* lze vyložit typy ujednání, jejichž modifikaci je nepodstatná) a používá kazuistickou metodu, když vyjmenovává ty smluvní klauzule, u nichž změnu (dodatek či odchylku) nelze považovat za nepodstatnou (jsou jimi klauzule o kupní ceně, placení, jakosti a množství zboží, místě a době dodání, rozsahu odpovědnosti jedné strany vůči druhé straně a řešení sporů). Vídeňská úmluva nabízí toliko vyvratitelnou právní domněnku výčtu klauzulí, jejichž modifikace je podstatná. K tomuto výkladu tuzemské právní prostředí navádí i oficiální český překlad.¹⁵⁵ Zároveň bylo ohledně něj dosaženo shody v oblasti právní vědy i aplikační praxe.¹⁵⁶ S ohledem na zvyklosti, praxi zavedenou mezi stranami či předkontrakční fázi smluvního procesu lze i změny týkající se smluvních ujednání vyjmenovaných v čl. 19 odst. 3 CISG považovat za nepodstatné.¹⁵⁷ Jestliže je změna, byť vyjmenovaných náležitostí, stanovena ve prospěch oferenta, neměla by být překážkou vzniku smlouvy.¹⁵⁸ Pravidlo čl. 19 odst. 3 CISG tedy připouští důkaz opaku, jehož břemeno bude v případě presumovaných podstatných modifikací tížit stranu tvrdící, že smlouva vznikla; v opačném případě (pro modifikace nepodstatné) ponese břemeno důkazní ten, kdo se dovolává neexistence smlouvy. Důsledkem čl. 19 odst. 3 CISG je tak především rozdělení důkazního břemene pro případ sporu.¹⁵⁹

Návrh společného referenčního rámce (DCFR) svým smyslem a účelem kopíruje ustanovení Vídeňské úmluvy.

4:208: Modified acceptance

(1) A reply by the offeree which states or implies additional or different terms which materially alter the terms of the offer is a rejection and a new offer.

¹⁵⁵ Ve smyslu terminologie užívané za účinnosti občanského zákoníku 1964 (blíže in Dvořák - Švestka - Zuklínová 2013, str. 210). Odlišně však občanský zákoník, kde výraz „považuje se“ představuje právní fikci in ELIÁŠ, K. a kol. *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou*. Ostrava: Sagit, 2012 (dále citováno jako „**Eliáš 2012**“), str. 53.

¹⁵⁶ Schlechtriem - Schwenger 2010, str. 340 a 341, včetně zde citovaných příkladů soudních rozhodnutí. Shodně KRÖLL, S. - MISTELIS, L. - PERALES VISCASILLAS, P. (eds.). *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). Commentary*. München: C. H. Beck, Oxford: Hart Publishing, 2011 (dále citováno jako „**Kröll - Mistelis - Perales Viscasillas 2011**“), str. 284-285.

¹⁵⁷ Kröll - Mistelis - Perales Viscasillas 2011, str. 285.

¹⁵⁸ Schlechtriem - Schwenger 2010, str. 341.

¹⁵⁹ Kröll - Mistelis - Perales Viscasillas 2011, str. 285, 294.

*(2) A reply which gives a definite assent to an offer operates as an acceptance even if it states or implies additional or different terms, provided these do not materially alter the terms of the offer. The additional or different terms then become part of the contract.*¹⁶⁰

Kritérium rozlišení podstatné a nepodstatné modifikace však formuluje odlišně. Vychází z předpokladu nemožnosti načrtnutí univerzálního pravidla, jež by rozlišovalo mezi podstatnou a nepodstatnou modifikací, rozhodování této věci je nutně vždy individuální, tj. spojené s konkrétními okolnostmi případu.¹⁶¹ Nelze tak *a priori* vyjmenovat změny, které jsou z povahy ujednání, jehož se týkají, podstatnou modifikací. Formulace pravidla musí naopak zohlednit každý jednotlivý případ, když o nepodstatnou modifikaci půjde všude tam, kde lze předpokládat, že by taková změna neovlivnila rozhodnutí oferenta uzavřít smlouvu nebo by neměla vliv ve vztahu k rozhodnutí oferenta co do obsahu smlouvy.¹⁶² Předpokladem se rozumí vědomost konkrétního obláta či vědomost každé rozumné osoby¹⁶³ na místě obláta o tom, zda by změna (ne)ovlivnila rozhodnutí oferenta. Jinými slovy jde o případ, kdy by rozumná osoba v pozici obláta mohla očekávat tacitní přijetí těchto změn oferentem.¹⁶⁴ Jedná se o výjimku z pravidla, která by měla být vykládána restriktivně.¹⁶⁵ Jsou tak respektovány principy poctivosti a dobré víry, resp. vychází se z kritéria rozumné osoby na místě obláta, tj. z objektivního kritéria, jež je subjektivizované na typizované situace. Důkazní břemeno ponese strana, která tvrdí, že smlouva nevznikla.¹⁶⁶

Na rozdíl od úpravy ve Vídeňské úmluvě nabízí Návrh společného referenčního rámce zvláštní pravidlo pro smluvní proces, jehož součástí jsou nesouladné obchodní podmínky.

¹⁶⁰ DCFR v části II, čl. 4:208, odst. 1 a 2 (zvýrazněno autorem). Shodně i PECL v čl. 2:208 odst. 1 a 2. Pro úpravu vzniku smlouvy se lze odkázat i na obdobné ustanovení čl. 2.1.11 Principů UNIDROIT, které zní:

(1) A reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additions, limitations or other modifications is a rejection of the offer and constitutes a counter-offer.

(2) However, a reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additional or different terms which do not materially alter the terms of the offer constitutes an acceptance, unless the offeror, without undue delay, objects to the discrepancy. If the offeror does not object, the terms of the contract are the terms of the offer with the modifications contained in the acceptance.

¹⁶¹ Bar - Clive 2010, str. 324. Shodně Schlechtriem - Schwenzer 2010, str. 339 i Kröll - Mistelis - Perales Viscasillas 2011, str. 284.

¹⁶² Bar - Clive 2010, str. 324.

¹⁶³ Zde lze vzpomenout českou právní úpravu v ustanovení § 4 a 5 ObčZ.

¹⁶⁴ VOGENAUER, S. - KLEINHEISTERKAMP, J. *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. Oxford: Oxford University Press, 2009 (dále citováno jako „**Vogenauer - Kleinheisterkamp 2009**“), str. 282.

¹⁶⁵ Vogenauer - Kleinheisterkamp 2009, str. 281.

¹⁶⁶ Vogenauer - Kleinheisterkamp 2009, str. 284.

4:209: *Conflicting standard terms*

If the parties have reached agreement except that the offer and acceptance refer to conflicting standard terms, a contract is nonetheless formed. The standard terms form a part of the contract to the extent that they are common in substance.¹⁶⁷

Působnost zvláštní úpravy se dotýká otázky vzniku (věta první čl. 4:209 DCFR) i obsahu (věta druhá čl. 4:209 DCFR) smlouvy. Vychází z předpokladu rozdílnosti mezi obchodními podmínkami a přímými smluvními ujednáními. Nesoulad mezi ofertou a akceptací (v části smluvního ujednání, které je upraveno obchodními podmínkami) není nutné rozlišovat ve smyslu podstatných a nepodstatných změn, neboť bez ohledu na toto členění (a tedy bez ohledu na rozsah nesouladu mezi ofertou a akceptací) povede právní jednání obláta vždy k uzavření smlouvy, bezvýjimečně lze tak hovořit o akceptaci. Ke vzniku smlouvy se nevyžaduje žádné dodatečné – byť konkludentní – právní jednání oferenta (kupujícího A), výměna obchodních podmínek k tomuto postačuje.¹⁶⁸

3.3.3. Americká úprava v UCC

V roce 1966 byl v části týkající se vzniku a obsahu kupní smlouvy novelizován americký modelový zákoník Uniform Commercial Code.¹⁶⁹ Cílem novelizace bylo reagovat na realitu obchodního života a zvrátit nežádoucí důsledky do té doby uplatňované zásady úplného konsensu. Výsledkem bylo (vedle jiného) ustanovení článku 2-207 UCC 1966¹⁷⁰, které stanovilo zvláštní pravidlo pro kontraktaci s obchodními podmínkami.¹⁷¹

¹⁶⁷ DCFR v části II, čl. 4:209, odst. 1. Obdobně i PECL v čl. 2:209, odst. 1. Pro úpravu vzniku smlouvy se lze odkázat i na obdobné ustanovení čl. 2.1.22 principů UNIDROIT, které zní: „*Where both parties use standard terms and reach agreement except on those terms, a contract is concluded on the basis of the agreed terms and of any standard terms which are common in substance unless one party clearly indicates in advance, or later without undue delay informs the other party, that it does not intend to be bound by such a contract.*“ Zvýrazněno autorem.

¹⁶⁸ Bar - Clive 2010, str. 329.

¹⁶⁹ Hlavními autory této novelizace byli K. Llewellyn, G. Gilmore, J. Honnold a R. Braucher.

¹⁷⁰ Tento článek stanoví:

Section 2-207. Additional Terms in Acceptance or Confirmation.

(1) *A definite and seasonable expression of acceptance or a written confirmation which is sent within a reasonable time operates as an acceptance even though it states terms additional to or different from those offered or agreed upon, unless acceptance is expressly made conditional on assent to the additional or different terms.*

(2) *The additional terms are to be construed as proposals for addition to the contract. Between merchants such terms become part of the contract unless:*

(a) *the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer;*

(b) *they materially alter it; or*

(c) *notification of objection to them has already been given or is given within a reasonable time after notice of them is received.*

(3) *Conduct by both parties which recognizes the existence of a contract is sufficient to establish a contract for sale although the writings of the parties do not otherwise establish a contract. In such case the terms of the particular contract consist of those terms on which the writings of the parties agree, together with any supplementary terms incorporated under any other provisions of this Act.*

Ustanovení bylo právní vědou kladně přijato co do úmyslu a cíle, ale široce kritizováno po stránce legislativně-technické.¹⁷² Úmysl autorů byl veden myšlenkou vzniku smlouvy ve světě právním všude tam, kde z pohledu obchodního (ekonomického) tato vznikla.¹⁷³ Skutečná (reálná) kontraktace¹⁷⁴ předchází kontraktaci ve smyslu právním (normativním)¹⁷⁵. Podle J. E. Murrayho jsou soudy povinny zkoumat vzorce chování smluvních stran s ohledem na konkrétní okolnosti případu. Musí proto za účelem hledání konsensu směřovat své úvahy i mimo rámec smluvní dokumentace a přihlídnout tak i k jiným projevům vzájemného pouta mezi stranami.¹⁷⁶

Pro účely této části práce je stěžejním odstavcem první článku 2-207 UCC 1966 (především zvýrazněná část):

*(1) A definite and seasonable expression of acceptance or a written confirmation which is sent within a reasonable time operates as an acceptance even though it states terms additional to or different from those offered or agreed upon, unless acceptance is expressly made conditional on assent to the additional or different terms.*¹⁷⁷

Tímto ustanovením opustila americká praxe doktrínu úplného konsensu (*mirror-image rule*). V citovaném odstavci, který je normativním výrazem zásady neúplného konsensu, je však možné narazit na celou řadu okruhů otázek, které vyvolávají interpretační a aplikační potíže.¹⁷⁸ Zaměřím se však výlučně na dva z nich, které se neomezují pouze na analýzu právního textu, ale jejichž obecnější charakter je v komparativním vyjádření způsobilý vrhnout světlo i na českou právní úpravu.

Citováno dle Uniform Commercial Code. 1987 Edition Official Text and Comments. Philadelphia: American Law Institute, 1987. Dostupné i online (avšak nikoliv v aktuálním znění, ale ve znění přijatém nejvíce americkými státy) z < <https://www.law.cornell.edu/ucc> > [online] [cit. 30.7.2015].

¹⁷¹ Tento závěr není ze samotného znění článku 2-207 UCC 1966 zcela zřejmý. Sporným je i v odborné literatuře, kde se diskutuje o jeho působnosti ve vztahu ke kontraktačnímu procesu vůbec, popř. ve vztahu ke smlouvám uzavíraným ústně nebo s toliko jednou sadou obchodních podmínek. Záměr autorů však směřoval k úpravě specifického způsobu uzavírání smluv s obchodními podmínkami, když judikatura se k tomuto výkladu rovněž přiklání. Diskuse této sporné otázky jde však nad rámec i rozsah předkládané práce a musí tak zůstat opomenuta. V tomto textu se přiklám k výkladu o zvláštním charakteru úpravy článku 2-207 UCC 1966, tj. úpravy týkající se toliko kontraktačního procesu s nesouladnými obchodními podmínkami. Ani opačný závěr by však obecnější otázky komparativního charakteru nikterak nefalzifikoval. V podrobnostech k nastíněné diskusi Baird - Weisberg 1982, str. 1220 a násl.; Stephens 2007, str. 234 a násl. a 251 a násl.

¹⁷² Např. in WHITE, J. J. - SUMMERS, R. S. *Uniform Commercial Code*. Vol. 1. Chapter 1 - 12. Fifth Edition. St. Paul: West Group, 2006 (dále citováno jako „**White - Summers 2006**“), str. 55. K podrobnému výčtu negativních reakcí viz Stephens 2007, str. 241.

¹⁷³ Komentář č. 2 k článku 2-207 in Uniform Commercial Code. 1987 Edition Official Text and Comments. Philadelphia: American Law Institute, 1987.

¹⁷⁴ V anglické terminologii: *bargain in fact*.

¹⁷⁵ V anglické terminologii: *bargain in form*.

¹⁷⁶ MURRAY, J. E., Jr. The Realism of Behaviorism Under the Uniform Commercial Code. *Oregon Law Review*, ročník 51, č. 2, 1972 (dále citováno jako „**Murray 1972**“), str. 269 a násl. Odišně Keating 2000, str. 2684.

¹⁷⁷ Zvýrazněno autorem.

¹⁷⁸ J. J. White a R. S. Summers jich napočítali na deset in White - Summers 2006, str. 56 a násl.

- i. Jakým standardem má být hodnoceno právní jednání reagující na ofertu s úmyslem završit kontraktační proces? Nemůže se jednat o akceptaci *stricto sensu* (obsahuje totiž dodatky a odchylky). Proto autoři novely vytvářejí fikci akceptace, a sice pro jednoznačné vyjádření vůle přijmout nabídku i přes existenci nesouladu ve vztahu k ofertě.¹⁷⁹ Jaký kritérium je však nutné spojit s oním jednoznačným vyjádření vůle, aby bylo zřejmé, že se o toto jedná? Objektivizovaný standard rozumného člověka v obdobném postavení, subjektivní kritérium spojené s jednáním obláta, či subjektivní kritérium vztahující se k představě oferenta?
- ii. Do jaké míry může být akceptace (ve smyslu bodu i.) nesouladná s ofertou? Samotné ustanovení ani komentář¹⁸⁰ k němu nestanovují žádný limit. Jinými slovy, smlouva vznikne i při podstatných nesouladech akceptace a oferty. I v případech, kdy právní jednání podstatně mění podmínky nabídky, bude toto označeno a bude s ním zacházeno jako s akceptací. To vše navzdory logice a zdravému rozumu, jež by popsané právní jednání patrně označilo za odmítnutí nabídky.¹⁸¹

Ačkoliv nerozřešení otázek u prvního okruhu (i.) není jistě žádoucí, závěr u okruhu druhého (ii.) je nutno považovat za alarmující. Jistě lze i tento závěr argumentačně podpořit. C. A. Stephens¹⁸² uvádí, že označení a normativní konstruování odmítnutí návrhu za jeho přijetí, může být spojeno s rozdílným pojmáním přímých a nepřímých ujednání. Lze vyjít z logické úvahy, že smlouvu, o jejíchž přímých ujednáních se strany výslovně dohodly, je nutno podržet takřikajíc za každou cenu, neboť ujednání v obchodních podmínkách jsou v obchodní praxi druhořadé a pro smluvní strany natolik nezajímavé, že se neobtěžují s nimi seznámit. Toto lze dále podpořit i tím, že takto striktní odlišení smluvních ujednání vychází ze smyslu a účelu obchodních podmínek jakožto racionalizačních pomůcek praxe obchodníků.

Na druhou stranu platí, že klauzule v obchodních podmínkách jsou i nástrojem řízení rizika, nástrojem od něhož smluvní strany odvíjejí např. cenu zboží.¹⁸³ Navíc se dostaneme na tenký led všude tam, kde (byť pouze v teoretické rovině) je připuštěno, že součástí

¹⁷⁹ „A definite expression of acceptance ...“ – viz výše v hlavním textu ustanovení čl. 2-207 odst. 1 UCC 1966, zvýrazněná část.

¹⁸⁰ Komentář č. 3 k článku 2-207 in Uniform Commercial Code. 1987 Edition Official Text and Comments. Philadelphia: American Law Institute, 1987.

¹⁸¹ K tomu i Stephens 2007, str. 243.

¹⁸² Stephens 2007, str. 244.

¹⁸³ Baird - Weisberg 1982, str. 1250, Keating 2000, str. 2689.

obchodních podmínek může být jakékoliv ujednání (včetně např. ujednání o ceně, předmětu, množství, okamžiku plnění apod.).

V roce 2003 byla schválena celková změna článku 2 UCC.¹⁸⁴ Úprava uzavírání a vzniku smlouvy byla přesunuta do obecných ustanovení, když dosavadní pravidlo čl. 2-207 UCC 1966 upravuje nově toliko otázku obsahu smlouvy (avšak ve vztahu ke všem kupním smlouvám, nejen při procesu uzavírání smluv s obchodními podmínkami)¹⁸⁵. Vybrané části ustanovení týkající se otázky vzniku smlouvy stanoví:

Section 2-204. Formation in general.

(1) A contract for sale of goods may be made **in any manner sufficient to show agreement**, including **offer and acceptance**, conduct by both parties which recognizes the existence of a contract, the interaction of electronic agents, or the interaction of an electronic agent and an individual.

Section 2-206. Offer and acceptance in formation of contract.

(3) A **definite** and seasonable **expression of acceptance** in a record **operates as an acceptance even if it contains terms additional to or different from the offer**.¹⁸⁶

Navzdory dřívějším upozorněním ve vztahu k problematickým bodům výkladu čl. 2-207 UCC 1966, neodpovídá novelizovaný článek na všechna z nich. Zejména nebyly v legislativním textu zodpovězeny otázky formulované výše pod okruhy i. a ii. Komentář k čl. 2-206¹⁸⁷, v reakci na otázky formulované pod okruhem ii. výše, konstatuje sice, že projev vůle obláta není akceptací, lze-li jej s ohledem na šíři obsahové neshody ve vztahu k ofertě bez pochybností považovat za návrh na uzavření jiného kontraktu, avšak tato úvaha, která není v komentáři dále rozvedena, nekoresponduje s legislativním textem. I přesto je dobré mít na paměti, že absence limitu neshody v obsahu mezi ofertou a akceptací není nadále jedinou možnou cestou úvah. Významnou změnou je však systematické rozdělení legislativní úpravy v ustanovení upravující uzavření smlouvy a ustanovení věnující se jejímu obsahu. Toto rozdělení bylo jedním z hlavních cílů v průběhu práce na revizi zákoníku.¹⁸⁸

¹⁸⁴ Modelový zákoník UCC je vypracováván společnou komisí (Permanent Editorial Board for the UCC), kterou tvoří dvě instituce (ty výsledný text rovněž schvalují): National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, která novelu čl. 2 UCC schválila v létě 2002 a American Law Institute, která tak učinila na jaře 2003. Nutno podotknout, že od změny čl. 2 UCC bylo v roce 2011 upuštěno, neboť nebyl ze strany státních legislativních orgánů ani průmyslové praxe přijat. Oficiální text tak nyní opět (víceméně) souzní se zněním přijatým v jednotlivých amerických státech. [online] [cit. 30.7.2015]. Dostupné z <<https://www.ali.org/permanent-editorial-board-ucc/>>.

¹⁸⁵ Stephens 2007, str. 257.

¹⁸⁶ Zvýrazněno autorem. Citováno dle Uniform Commercial Code. 2007 Edition Official Text and Comments. Philadelphia: American Law Institute, 2007.

¹⁸⁷ Komentář č. 2 k článku 2-206 in Uniform Commercial Code. 2007 Edition Official Text and Comments. Philadelphia: American Law Institute, 2007.

¹⁸⁸ Keating 2000, str. 2711; legislativní řešení článku 2-207 UCC 1966 bylo z tohoto důvodu předmětem kritiky – blíže in Goldberg 1997, str. 155.

3.3.4. Česká úprava v občanském zákoníku

Občanský zákoník opouští princip úplného konsensu, jež ovládal české právo až do 31. 12. 2013, a přihlašuje se souladně s obecnými principy soukromého práva a přístupy zahraničních legislativních dokumentů (obě viz výše) k zásadě neúplného konsensu. Tento princip vyjadřuje v ustanovení § 1740¹⁸⁹:

§ 1740

(1) Osoba, které je nabídka určena, nabídku přijme, projeví-li s ní včas vůči navrhovateli souhlas. Mlčení nebo nečinnost samy o sobě přijetím nejsou.

(2) Projev vůle, který obsahuje dodatky, výhrady, omezení nebo jiné změny, je odmítnutím nabídky a považuje se za novou nabídku. Přijetím nabídky je však odpověď, která vymezuje obsah navržené smlouvy jinými slovy.

(3) **Odpověď s dodatkem nebo odchylkou, která podstatně nemění podmínky nabídky, je přijetím nabídky**, pokud navrhovatel bez zbytečného odkladu takové přijetí neodmítne. Navrhovatel může přijetí nabídky s dodatkem nebo odchylkou předem vyloučit již v nabídce nebo jiným způsobem, který nevzbuzuje pochybnost.¹⁹⁰

Ještě před podrobnější analýzou ustanovení § 1740 ObčZ je nezbytné vyřešit jeho vztah k ustanovení § 1726 ObčZ. Existence obou z nich v jediné zákonné úpravě bez zřetelné systematické provázanosti budí nemalé výkladové obtíže, o to více když je každé z nich inspirováno úpravou vycházející z rozdílného pojetí kontraktačního procesu.¹⁹¹ Ustanovení § 1726 rozlišuje tzv. zjevný dissens¹⁹² a tzv. dissens skrytý¹⁹³. Jestliže smluvní strany vědí, že si neujednaly veškeré náležitosti, které ujednat chtěly, smlouva vzniknout nemůže. Nejsou-li si však vědomy, že jimi předvídanou náležitost¹⁹⁴ neujednaly, je smlouva i přesto uzavřena. Podmínkou je předpoklad, že by smlouvu, zejména s přihlédnutím k jejich následnému chování, byly bývaly uzavřely i bez tohoto ujednání, a že smlouvu považují za uzavřenou.¹⁹⁵ V tomto případě by – z hlediska otázky obsahu smlouvy – taková náležitost netvořila obsah smlouvy (byla by vypuštěna).

¹⁸⁹ Ve vztahu k modernímu pojetí kontraktačního procesu platí tento závěr přiměřeně - viz ustanovení § 1770 ObčZ.

¹⁹⁰ Zvýrazněno autorem.

¹⁹¹ Švestka - Dvořák - Fiala 2014, str. 17.

¹⁹² Ustanovení § 1726 věta druhá:

Dala-li však některá ze stran již při uzavírání smlouvy najevo, že dosažení shody o určité náležitosti je předpokladem uzavření smlouvy, má se za to, že smlouva uzavřena nebyla; tehdy ujednání o ostatních náležitostech strany nezavazuje, ani byl-li o nich vyhotoven zápis.

¹⁹³ Ustanovení § 1726 věta první:

Považují-li strany smlouvu za uzavřenou, ač si ve skutečnosti neujednaly náležitost, již měly ve smlouvě ujednat, hledí se na projev jejich vůle jako na uzavřenou smlouvu, lze-li, zvláště s přihlédnutím k jejich následnému chování, rozumně předpokládat, že by smlouvu uzavřely i bez ujednání této náležitosti.

¹⁹⁴ Může se jednat toliko o jiné než podstatné náležitosti. K tomu Švestka - Dvořák - Fiala 2014, str. 14; Hulmák 2014, str. 39.

¹⁹⁵ K výkladovým obtížím samotného ustanovení § 1726 ObčZ i jejich možnému překonání viz Švestka - Dvořák - Fiala 2014, str. 15-16.

Považuji ustanovení § 1740 (k jeho analýze podrobněji níže) za ustanovení speciální, na jehož základě smlouva vznikne i přes nesoulad mezi ofertou a akceptací, na vědomost stran o tomto nesouladu nehledě. Nesdílím názor, že se dané ustanovení užije toliko jako výjimka pro situaci tzv. zjevného dissensu s odůvodněním, že modifikovaná akceptace (prodávajícího B) je přijímána mlčením oferenta (kupujícího A).¹⁹⁶ Již výše jsem podrobněji předestřel, že smlouva vzniká přímo prostřednictvím modifikované akceptace nikoliv mlčením oferenta (kupujícího A). Vědomost stran o nesouladu mezi ofertou a akceptací je navíc pro postup podle ustanovení § 1740 ObčZ lhostejná. *Prima facie* se může zdát, že výjimka v ustanovení § 1740 ObčZ se vztahuje pouze na případy klasického pojetí kontraktačního procesu.¹⁹⁷ Již výše jsem svou práci ostatně omezil na analýzu, jež z tohoto pojetí vychází, a tento předpoklad tak může být vnímán ve smyslu vnitřního omezení samotné práce. S odkazem na ustanovení § 1770 ObčZ se však domnívám, že přiměřené užití ustanovení § 1740 ObčZ je možné i pro případ moderního přístupu ke kontraktačnímu procesu.

Ustanovení § 1740 ObčZ představuje obecnou úpravu kontraktačního procesu (tj. bez ohledu na to jsou-li jeho součástí obchodní podmínky). V souladu s úpravou ve Vídeňské úmluvě i obecnou úpravou v Návrhu společného referenčního rámce rozlišuje mezi právním jednáním obláta, kterým mění podmínky nabídky podstatně a nepodstatně, tj. mezi podstatnou a nepodstatnou modifikací. Pouze nepodstatná modifikace je akceptací (přijetím nabídky), na základě níž dochází ke vzniku smlouvy. O nepodstatnou modifikaci půjde všude tam, kde odpověď (právní jednání obláta) „*podstatně nemění podmínky nabídky*“¹⁹⁸.

Důvodová zpráva k tomuto ustanovení interpretaci a aplikaci pravidla příliš nepomáhá. Za nepodstatnou modifikaci označuje nesoulad ve způsobu balení či placení („*přijímám, ale baleno po 10 ks*“ či „*přijímám, platba v hotovosti*“).¹⁹⁹ Zahraniční právní věda (i aplikační praxe) však předně zdůrazňuje nutnost zohlednit okolnosti konkrétního případu (explicitně ve vztahu ke způsobu balení)²⁰⁰, na některé klauzule pak (opět s výhradou individualizujících okolností) nahlíží spíše jako na podstatné modifikace – např. na požadavek platby předem, rozhodčí a prorogační doložky, volbu práva, klauzule vztahující se k zajištění, smluvní pokutě

¹⁹⁶ Tento názor zaujali I. Pelikánová a R. Pelikán in Švestka - Dvořák - Fiala 2014, str. 17.

¹⁹⁷ Švestka - Dvořák - Fiala 2014, str. 17.

¹⁹⁸ Viz výše v hlavním textu citované ustanovení § 1740 ObčZ.

¹⁹⁹ Viz text aktualizované důvodové zprávy k ustanovení § 1740 ObčZ in Eliáš 2012, str. 711-712. Zcela shodné případy zmiňuje M. Hulmák: „*Často se zmiňují případy, kdy je doplněn v přijetí způsob placení nebo balení.*“ in Hulmák 2012, str. 28; shodně i starší text M. Hulmáka s výslovným příkladem změny ve způsobu placení in Hulmák 2003, str. 692.

²⁰⁰ Viz Schlechtriem - Schwenzer 2010, str. 342 či shodně Vogenauer - Kleinheisterkamp 2009, str. 283.

či právu odstoupit od smlouvy.²⁰¹ Důvodová zpráva tak při hledání příkladů, jež by naplnily hypotézu normy, nepůsobí beze zbytku přesvědčivě. Ba hůře, omezením se na pouhý výčet příkladů vytváří dojem, že úmyslem zákonodárce bylo použít, podle vzoru Vídeňské úmluvy, kazuistickou metodu výčtu klauzulí, jejichž změna je (ne)podstatná.²⁰² Ve smyslu závěrů představených v části této práce týkající se Návrhu společného referenčního rámce, se však přikláním k výkladu občanského zákoníku, který by *a priori* a *in abstracto* zohledňoval individualitu každé jednotlivé věci, tj. při němž by byl posuzován např. smysl, účel a obsah smlouvy, objem transakce, vztah smluvních partnerů, jejich ekonomická pozice apod.²⁰³ K tomuto výkladu dává prostor i důvodová zpráva, když se jako na svůj inspirační zdroj odkazuje na evropské projekty kodifikace smluvního práva.²⁰⁴ Ostatně se není potřeba ani odkazovat na zahraniční právní úpravy, neboť občanský zákoník, byť v jiné souvislosti, o rozlišení mezi podstatným a nepodstatným hovoří. Jedná se o ustanovení § 2002 ObčZ, které se vztahuje k odstoupení od smlouvy v případě, kdy druhá smluvní strana poruší svoji povinnost podstatným způsobem. Dle tohoto ustanovení jde o podstatné porušení povinnosti tehdy, jestliže „*strana porušující smlouvu již při uzavření smlouvy věděla nebo musela vědět, že by druhá strana smlouvu neuzavřela, pokud by toto porušení předvíдалa.*“²⁰⁵ Obdobně lze konstatovat, že strana podstatně změní podmínky nabídky tehdy, jestliže již při právním jednání směřující k završení kontraktace věděla nebo musela (případně mohla) vědět, že by druhá strana smlouvu neuzavřela, pokud by tuto změnu předvíдалa (resp. pokud by s ní byla seznámena).

Česká právní úprava tedy vychází z dvojkolejnosti postupu, kdy nepodstatná modifikace ke vzniku smlouvy povede²⁰⁶ a podstatná modifikace nikoliv. U podstatné modifikace bude postupováno v souladu s výše vyloženou zásadou úplného konsensu a důsledky z toho plynoucími. Smlouva tak vznikne až zprostředkovaně na základě přistupujícího právního jednání oferenta (podnikatele A), které bude zpravidla konkludentní. K tomu lze doplnit, že občanský zákoník vychází²⁰⁷ ze zásady, že mlčení nebo nečinnost samy o sobě nejsou přijetím

²⁰¹ Vogenauer - Kleinheisterkamp 2009, str. 283; Schlechtriem - Schwenger 2010, str. 342; CHLEBCOVÁ, R. Uzavření smlouvy dle čl. 19 Vídeňské úmluvy. *Právní fórum*, č. 7, 2008, str. 304 a násl.

²⁰² K tomuto závěru dochází i M. Hulmák in Hulmák 2012, str. 28.

²⁰³ Schlechtriem - Schwenger 2010, str. 342.

²⁰⁴ Eliáš 2012, str. 711-712. Projekty, jejichž cílem je kodifikace evropského smluvního práva jsou především Principy evropského smluvního práva – PECL, Návrh společného referenčního rámce – DCFR a Návrh evropského zákoníku o smlouvách (Code européen des Contrats) – CEC.

²⁰⁵ Ustanovení § 2002 odst. 1 ObčZ.

²⁰⁶ Smlouva však být uzavřena – v závislosti na právním jednání oferenta (podnikatele A) – nemusí. Oferent totiž může vznik smlouvy *ex post* či *ex ante* vyloučit. K tomu podrobněji viz výše.

²⁰⁷ Shodně s občanským zákoníkem 1964 (viz ustanovení § 44 odst. 1 ObčZ 1964).

návrhu.²⁰⁸ Přijetí návrhu (v popisovaném případě kontraoferty) tak musí být zásadně učiněno výslovně. Konkludentní přijetí má charakter „sekundární“, když se k jeho perfekci vyžaduje splnění zvláštních podmínek (vztah k obsahu nabídky, zavedená praxe stran nebo obvyklost).²⁰⁹

Oproti občanskému zákoníku 1964, upravuje současné české soukromé právo zvlášť kontraktační proces, jehož součástí jsou nesouladné obchodní podmínky. Zvláštní pravidlo předvídá v ustanovení § 1751 odst. 2, které stanoví:

*Odkáží-li strany v nabídce i v přijetí nabídky na obchodní podmínky, které si odporují, je smlouva přesto uzavřena s obsahem určeným v tom rozsahu, v jakém obchodní podmínky nejsou v rozporu; to platí i v případě, že to obchodní podmínky vylučují. Vyloučí-li to některá ze stran nejpozději bez zbytečného odkladu po výměně projevů vůle, smlouva uzavřena není.*²¹⁰

Ve vztahu k otázce vzniku smlouvy není z ustanovení zřejmé, je-li tato problematika vůbec v jeho působnosti. Důvodová zpráva k ustanovení § 1751 odst. 2 ObčZ mlčí.²¹¹

Prvním výkladem lze dojít k závěru, že v případě uzavírání smluv, jejichž součástí jsou obchodní podmínky, jsou otázky vztahující se ke kontraktaci systematicky rozděleny, když otázky vzniku smlouvy se věnuje ustanovení § 1740 ObčZ a otázky obsahu smlouvy ustanovení § 1751 ObčZ. Důvody ve prospěch „rozdvojení režimu“ kontraktace s obchodními podmínkami spatřuji v následujícím:

- i. Jazykový výklad nepřináší jednoznačnou odpověď. Návrh společného referenčního rámce, Principy UNIDROIT i Uniform Commercial Code 1966, které úpravu obou otázek ve vztahu ke kontraktaci s obchodními podmínkami spojují do jednoho zvláštního ustanovení, jazykově rozlišují oba problémy, tj. každý z nich upravují v samostatné větě. Český zákonodárce buď upravil obě otázky v jediné větě²¹², anebo působnost zvláštního ustanovení omezil pouze na otázku obsahu.
- ii. Systematický výklad občanského zákoníku vyznívá na první pohled jednoznačněji. Ustanovení § 1740 ObčZ je součástí oddílu 2 – Uzavření smlouvy²¹³, ustanovení § 1751 ObčZ spadá pod oddíl 3 – Obsah smlouvy²¹⁴. K

²⁰⁸ Ustanovení § 1740 odst. 1 věta druhá ObčZ.

²⁰⁹ Ustanovení § 1744 ObčZ. Tímto se občanský zákoník příklání k řešení v ustanovení § 275 odst. 4 ObchZ 1991.

²¹⁰ Zvýrazněno autorem.

²¹¹ Viz text aktualizované důvodové zprávy k ustanovením § 1751-1754 ObčZ in Eliáš 2012, str. 716-717.

²¹² Ustanovení § 1751 odst. 2 věta před středníkem ObčZ. Tak i Hulmák 2014, str. 158.

²¹³ Dílu 2 (Smlouva), hlavy I (Všeobecná ustanovení o závazcích), části čtvrté (Relativní majetková práva).

²¹⁴ Dílu 2 (Smlouva), hlavy I (Všeobecná ustanovení o závazcích), části čtvrté (Relativní majetková práva).

tomu je však nutné doplnit, že význam tohoto argumentu jistě nelze přeceňovat. Systematické začlenění ustanovení § 1751 ObčZ je navíc kritizováno částí české právní vědy.²¹⁵

- iii. Neakceptování tohoto prvního výkladu by vedlo k paradoxnímu rozdělení postupu při hledání řešení na otázku vzniku smlouvy (a následně i na otázku určení obsahu smlouvy) pro případ, kdy součástí oferty obchodní podmínky nejsou, a pro případ, kdy oferta na obchodní podmínky odkazuje; pro oba případy předpokládejme, že oblat odkazuje na své obchodní podmínky.

V prve zmíněném případě se bude postupovat podle ustanovení § 1740 odst. 2 a 3 ObčZ (hypotéza ustanovení § 1751 odst. 2 ObčZ na tyto situace nedopadá)²¹⁶, když odkaz na obchodní podmínky je zpravidla chápán jako podstatná modifikace²¹⁷ a smlouva nevznikne.

Ve druhém případě by se v souladu s prvním výkladem postupovalo rovněž podle ustanovení § 1740 odst. 2 a 3 ObčZ a pro vznik smlouvy by bylo nutné poměřit oblatovy obchodní podmínky kritériem podstatnosti, resp. nepodstatnosti změn ve vztahu k obchodním podmínkám oferenta.²¹⁸ V případě nepodstatné modifikace by smlouva vznikla, u podstatné modifikace by platil opak. K tomu je nutné poznamenat, že kritérium podstatnosti změny by u obchodních podmínek bylo patrně stanoveno jiným způsobem než v obecné úpravě, a to v tom smyslu, že by byla zohledněna zvláštní povaha obchodních podmínek. Lze si tak představit, že by stejná nesouladná klauzule byla v přímém smluvním ujednání prohlášena za podstatnou změnu a v obchodních podmínkách (a to výlučně z důvodu jejich povahy) za změnu nepodstatnou. Výklad, jenž by preferoval vznik smlouvy posuzovat prismatem ustanovení § 1751 odst. 2 ObčZ (druhý výklad – viz níže), by však vedl k závěru, že smlouva vznikne vždy, bez ohledu na rozsah nesouladu mezi nabídkou a jejím přijetím.

- iv. Absence kritéria v podobě nepodstatnosti změny v akceptaci otevírá těžko zodpověditelné otázky, které byly představeny již výše v souvislosti s úpravou v Uniform Commercial Code. Za akceptaci je chápán projev vůle, který v

²¹⁵ Švestka - Dvořák - Fiala 2014, str. 69: „... které [ustanovení § 1751 ObčZ – pozn. aut.] by možná více spadalo do rámce problematiky uzavírání smluv.“

²¹⁶ Viz návěť ustanovení § 1751 odst. 2 ObčZ: „Odkáží-li strany v nabídce i v přijetí nabídky...“ (zvýrazněno autorem).

²¹⁷ Schlechtriem - Schwenzler 2010, str. 342.

²¹⁸ Odlišně Schlechtriem - Schwenzler 2010, str. 354. Zmínění autoři považují odkaz na obchodní podmínky *ipso facto* za materiální modifikaci.

libovolném rozsahu mění podmínky nabídky. Důvodem otevření libovolného rozsahu změn v akceptaci je výlučně skutečnost, že nesouladné klauzule jsou vyjádřeny v obchodních podmínkách. Dochází tak ke striktnímu odlišení přímých a nepřímých smluvních ujednání, bez ohledu na preliminární podobnost spočívající v tom, že oba typy ujednání formují součást jediného smluvního zákona. K tomu přistupuje skutečnost, že obsah obchodních podmínek není nikterak omezen, tj. okruh otázek, které mohou strany ponechat na úpravě obchodních podmínek, zahrnuje i klauzule obecně vnímané obchodní praxí za zásadní.

Druhý výklad, který řešení obou otázek (včetně otázky vzniku smlouvy) nalézá ve zvláštním ustanovení § 1751 odst. 2 ObčZ²¹⁹, se opírá především o následující důvody:

- i. Vyjít je nutné z presumpce striktní oddělenosti přímých smluvních ujednání a obchodních podmínek. Tím je totiž zohledněna povaha obchodních podmínek jako racionalizačního nástroje obchodního styku ve spojení s předpokladem sekundárnosti (ba nedůležitosti) jejich klauzulí.²²⁰ Smlouva má proto vzniknout vždy, na obchodní podmínky nehledě.
- ii. Ve spojení s pravidly o určení obsahu smlouvy (viz níže) se při tomto výkladu vylučuje aplikace doktríny *last shot* a nahrazuje se doktrínou *knock out*.²²¹ Při prvním výkladu by se totiž doktrína *last shot* uplatnila všude tam, kde by obchodní podmínky obláta podstatně měnily obchodní podmínky oferenta. Právní jednání obláta by tak bylo kontraofertou, kterou by oferent konkludentním právním jednáním přijal. Doktrína *knock out* by se omezila toliko na nepodstatnou modifikaci, neboť v tomto případě smlouva vznikne a její obsah je určen zvláštním pravidlem pro uzavírání smluv s obchodními podmínkami, které tuto doktrínu předvídá.

Při druhém výkladu je bezvýjimečně aplikována doktrína *knock out*, neboť smlouva vznikne vždy, nehledě na rozsah nesouladu v obchodních podmínkách

²¹⁹ Tento výklad zastává M. Hulmák, když konstatuje: „Odkaz navrhovatele a příjemce na různé obchodní podmínky nebrání vzniku smlouvy. Pokud se liší nabídka a přijetí nejenom v odkazu na různé obchodní podmínky, je nutné nejdříve zjistit, zda jsou splněny podmínky pro vznik smlouvy podle § 1740 odst. 3.“ in Hulmák 2014, str. 158. Shodně vnímají toto pravidlo i I. Pelikánová a R. Pelikán, podle nichž by smlouva „bez zvláštní úpravy ... buď nevznikla, nebo by se v důsledku § 1726 nepoužily ani jedny z odkazovaných obchodních podmínek“ in Švestka - Dvořák - Fiala 2014, str. 70. Bližší výklad však ani v jednom komentářovém textu nenalezneme.

²²⁰ Podrobněji viz výše u výkladu Uniform Commercial Code.

²²¹ Hlavní předností doktríny *knock out* je, že lépe vyhovuje požadavku spravedlivosti smluvního uspořádání (podrobněji viz níže). Při prvním výkladu by tyto výhody byly omezeny, neboť by se dotýkaly užšího okruhu případů.

obláta (tj. i v případě podstatné modifikace) s obsahem určeným v souladu právě s touto doktrínou. Nutno podotknout, že tento závěr nemusí být absolutní, neboť vyloučí-li to některá ze stran *ex post* právním jednáním, smlouva uzavřena není. Učiní-li toto akceptant (prodávající B) a následně přistoupí k plnění, které oferent (kupující A) přijme, bude smlouva uzavřena ve znění původní akceptace prodávajícího B (a jeho obchodních podmínek), tj. při plném uplatnění doktríny *last shot*.

- iii. První výklad vylučuje část ustanovení § 1751 odst. 2 ObčZ z možnosti aplikace, tj. činí jej obsolentním. To se týká druhé věty zmíněného ustanovení²²², která s přistupujícím (*ex post*) právním jednáním oferenta spojuje neuzavření smlouvy (s účinky *ex ante*). V souladu s prvním výkladem by u podstatné modifikace totiž smlouva nevznikla a u nepodstatné modifikace by se postupovalo podle ustanovení § 1740 odst. 3 ObčZ, kde je komplexně řešena otázka uzavření smlouvy. Případně by se komplikovaně dovozovala odchylka²²³ formulovaná v ustanovení § 1751 odst. 2 ObčZ oproti ustanovení § 1740 odst. 3 ObčZ, když prve zmíněné ustanovení nestanoví v jakém právním jednání může k vyvolání účinků neuzavření smlouvy dojít, tj. může tomu tak být i v přijetí nabídky.
- iv. Výtka stran obsolentnosti části ustanovení § 1751 odst. 2 ObčZ by platila i pro větu první za středníkem.²²⁴ V souladu s prvním výkladem by se totiž vztahovala toliko k otázce obsahu smlouvy, nikoliv k otázce vzniku smlouvy. Obecně je však nutné trvat na tom, že taková klauzule²²⁵ nemůže být součástí obchodních podmínek²²⁶, nýbrž pouze individuálně projednána (tedy být součástí přímého smluvního ujednání).²²⁷ Toto pravidlo by se tak muselo komplikovaně (a extenzivně) dovozovat jako výjimka z ustanovení § 1740 odst. 3 ObčZ, dle něhož lze docílit neuzavření smlouvy při nesouladu v akceptaci *ex ante* právním jednáním oferenta, které deroguje dispozitivní ustanovení zákona.

²²² „Vyloučí-li to některá ze stran nejpozději bez zbytečného odkladu po výměně projevů vůle, smlouva uzavřena není.“ viz také ustanovení § 1751 odst. 2 ObčZ citované v textu výše.

²²³ Podrobněji in Hulmák 2014, str. 159.

²²⁴ Zvýrazněná část: „Odkáží-li strany v nabídce i v přijetí nabídky na obchodní podmínky, které si odporují, je smlouva přesto uzavřena s obsahem určeným v tom rozsahu, v jakém obchodní podmínky nejsou v rozporu; **to platí i v případě, že to obchodní podmínky vylučují.**“ viz také ustanovení § 1751 odst. 2 ObčZ citované v textu výše (zvýrazněno autorem).

²²⁵ V literatuře označovaná jako „*clause paramount*“ in Bar - Clive 2010, str. 330.

²²⁶ Švestka - Dvořák - Fiala 2014, str. 70.

²²⁷ Bar - Clive 2010, str. 329.

V obecné rovině je představený výkladový spor veden po linii povahy obchodních podmínek. První výklad zdůrazňuje jejich shodné vlastnosti s přímými smluvními ujednáními, druhý výklad vnímá jako primární vzájemné odlišnosti. Považuji oba nabízené výklady za legitimní a rovnocenné. Pro první výklad hovoří omezení důsledků vzniku smlouvy „za každou cenu“ a negativa s tím spojená. Za druhým výkladem však stojí obecný princip neinterpretovat právní předpis způsobem, jenž by aplikaci konkrétní právní normy (byť pouze její části) vylučoval. S ohledem na výhody a nevýhody u obou nabízených výkladů se domnívám, že řešení problematiky vzniku smlouvy, jejíž součástí jsou obchodní podmínky, nepřetrvává ve své ryzí podobě ani v jedné z nabízených variant, nýbrž lze očekávat, že pozitivní stránky každé z nich povedou aplikační praxi k hledání třetí – více či méně konvergentní – varianty.

Kapitola 4 – Obsah smlouvy

Je-li smlouva uzavřena, zbývá posoudit její obsah, tj. odpovědět na druhou otázku položenou úvodem této práce. Určení obsahu smlouvy je odvislé od způsobu, jakým tato vzniká. Dělicí linie je vedena zejména s ohledem na přístup ke kontraktačnímu procesu, tj. volbě mezi zásadou úplného či neúplného konsensu, a s ohledem na (ne)existenci zvláštních pravidel kontraktace s obchodními podmínkami. Pro všechny tyto případy se právní věda vybavila terminologickým aparátem, pod nímž otázku obsahu smlouvy analyzuje. Tímto jsou doktríny *last shot*, *first shot*, *knock out* a *best shot*.

Kapitola 4 je rozdělena do tří částí. První část stručně analyzuje doktrínu *last shot* a *first shot*, když se podrobněji věnuje prve zmíněné, a to zvláště při uplatnění pravidla úplného konsensu a zvláště pro pravidlo neúplného konsensu. Druhá část pojednává o doktríně *knock out*, která je užívána toliko zvláštními pravidly pro kontraktaci s nesouladnými obchodními podmínkami. S ohledem na recentní zavedení této doktríny do českého práva je částí nejrozsáhlejší. Třetí část nabízí právní vědou představené alternativní řešení v podobě doktríny *best shot*.

4.1. Doktríny last shot a first shot

4.1.1. Obecné poznámky

Doktríny *last shot* a *first shot* jsou kritizovány pro svůj formalismus a arbitrárnost. Dva základní předpoklady, které je charakterizují jsou a) pravidlo „oferent je pánem oferty“²²⁸ a b) přístup „všechno nebo nic“ („*all-or-nothing approach*“). O prvním předpokladu bylo pojednáno výše, druhý odráží skutečnost, že uzavřená smlouva je ovládána ustanoveními (včetně ustanovení obchodních podmínek) výhradně jedné smluvní strany.

Pouze jedna ze smluvních stran může být oferentem, když obsah nabídky (a tedy i oferentovy obchodní podmínky) určují obsah smlouvy.²²⁹ Obsah smluvního zákona se odvíjí výhradně od formalisticky aplikovaných právních pravidel vztahujících se k uzavírání smlouvy, které spočívají v hledání „skutečného oferenta“, tj. posledního (*last shot*) či prvního (*first shot*) z nich. Z tohoto vyplývá arbitrárnost určení výsledného obsahu smlouvy. K tomu přistupuje i arbitrárnost volby mezi doktrínou *last shot* a doktrínou *first shot*. Oferent (kupující A) má v úmyslu uzavřít smlouvu se svými obchodními podmínkami, prodávající B „přijme“ nabídku se svými obchodními podmínkami a odevzdá kupujícímu zboží. Nelze snad

²²⁸ V podrobnostech viz výše.

²²⁹ Goldberg 1997, str. 159.

logicky předpokládat, že tímto faktickým jednáním prodávající B mění podmínky nabídky, jež kupujícího A nerozporuje, tj. činí prodávající B kontraofertu, jež kupující A přijímá? Ale nelze snad logicky předpokládat i to, že tímto faktickým jednáním prodávající B akceptuje ofertu kupujícího A? Toto pravidlo tak nutí soudy postupovat od mechanického (juristicky implikovaného) hledání „oferenta“ k mechanické aplikaci neodůvodnitelné doktríny *last shot* (resp. právě tak odůvodnitelné jako její pravý opak, což je totéž).

Doktrína *first shot* bývá – jakožto legislativní řešení kontraktačního procesu s nesouladnými obchodními podmínkami (o to méně pro obecnou kontraktaci) – přijímána velmi zřídka. Příkladem zvolení tohoto postupu je nizozemská úprava smluvního práva.²³⁰ Nizozemský zákonodárce předpokládá, že odkaz na jiné obchodní podmínky než uvedené v nabídce je bez právního účinku. Konkludentním právním jednáním²³¹ akceptuje prodávající B ofertu kupujícího A, na změny v akceptaci nehledě. Akceptant (prodávající B) má totiž poslední možnost otevřít vyjednávání o změnách, které navrhuje, a vyjasnit vzájemné rozpory, když nečinnost v této věci jde k jeho tíži.²³²

4.1.2. Pravidlo úplného konsensu a doktrína *last shot*

Legislativní texty, které vycházejí z principu úplného konsensu, se zpravidla přiklánějí k doktríně *last shot*. Již výše byl tento princip (včetně přesahu do otázky obsahu smlouvy) podrobně analyzován v souvislosti s úpravou v občanském zákoníku 1964.

Vznik smlouvy je v tomto případě vázán na poslední ofertu a její poslední přijetí (to bude nejčastěji konkludentní). Smlouvu ovládnou ustanovení (včetně ustanovení obchodních podmínek) té smluvní strany, která učiní poslední nabídku (poslední výstřel). Je však nutné zdůraznit, že obsah smlouvy neovládnu tato ustanovení přímo, tj. na základě právního jednání původního obláta (prodávajícího B) směřujícího k uzavření smlouvy, nýbrž toliko zprostředkovaně, tj. na základě následného, k právnímu jednání původního obláta

²³⁰ Čl. 6:225 odst. 3 Burgerlijk Wetboek (nizozemský občanský zákoník) [online] [cit. 5.8.2015] Dostupné z <<http://www.wetboek-online.nl/wet/BW1.html>>;

v anglickém překladu <<http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>>.

Nizozemský úprava však předvídá možnost derogace doktríny *first shot* v obchodních podmínkách akceptanta. Z tohoto důvodu také tato speciální úprava často nenalézá své uplatnění a smluvní strany jsou odkázány na použití obecných ustanovení o uzavírání smluv. K podrobnějšímu komparativnímu srovnání viz HULMÁK, M. *Uzavírání smluv v civilním právu*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2008, str. 126-127. Zmíněné ustanovení citované v anglickém jazyce stanoví:

Where offer and acceptance refer to the application of different standard terms and conditions, the second reference is without effect if it does not explicitly rejects the application of the standard terms and conditions to which was referred firstly.

²³¹ Podle příkladu uvedeného v předchozím odstavci.

²³² Csach 2009, str. 96.

přístupujícího, právního jednání původního oferenta (kupujícího A). Bylo by možné v tomto smyslu hovořit o **prostředně doktríně last shot**.

4.1.3. Pravidlo neúplného konsensu a doktrína last shot

V jiném smyslu je doktrína last shot aplikována v případě, kdy je ke kontraktačnímu procesu přistupováno skrze pravidlo neúplného konsensu. Odlišnost spočívá ve způsobu kontraktace, kdy nepodstatná modifikace vede ke vzniku smlouvy (neuplatní se doktrína *no contract*). Mohlo by se v tomto smyslu hovořit o **bezprostřední doktríně last shot**.

Uvedené je možné prezentovat úpravou čl. 19 odst. 2 druhé věty Vídeňské úmluvy:

*If he does not so object, the terms of the contract are the **terms of the offer with the modifications contained in the acceptance.***²³³

Základ obsahu smlouvy tvoří oferta, avšak do výsledného obsahu bude zahrnuta nepodstatná modifikace, když změny z ní vyplývající budou mít před obsahem oferty přednost.²³⁴ Toto pravidlo se uplatní i pro uzavírání smluv s nesouladnými obchodními podmínkami.²³⁵

Obdobné pravidlo je vyjádřeno i v Návrhu společného referenčního rámce:

*The additional or different terms then **become part of the contract.***²³⁶

Důvodem pro užití tohoto pravidla je předpoklad, že se často jedná pouze o klauzule vyjasňující obsah smlouvy nebo klauzule nevědomě opomenuté.²³⁷ Klauzule nepodstatně modifikující ofertu tak doplní²³⁸ nebo vyruší²³⁹ ustanovení oferty. V tomto případě se zmíněná pravidla vztahují k obecné úpravě kontraktace (o zvláštních pravidlech pro uzavírání smluv s obchodními podmínkami – viz níže).

Komplikovanější je úprava v americkém UCC 1966:

*The additional terms are to be construed as proposals for addition to the contract. Between **merchants** such terms **become part of the contract unless:***

(a) the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer;

(b) they materially alter it; or

²³³ Zvýrazněno autorem.

²³⁴ Kröll - Mistelis - Perales Viscasillas 2011, str. 291; Schlechtriem - Schwenger 2010, str. 345.

²³⁵ Je vhodné poznamenat, že toto tvrzení není sdíleno bez výhrad. Shodně Kröll - Mistelis - Perales Viscasillas 2011, str. 289-290; Csach 2009, str. 98. Odlišně Schlechtriem - Schwenger 2010, str. 347-350.

²³⁶ DCFR v části II, čl. 4:208 odst. 2 druhá věta. Shodně i PECL v čl. 2:208 odst. 2 druhá věta. Obdobně i čl. 2.1.11 odst. 2 druhá věta Principů UNIDROIT (zde shodně s CISG – viz výše), která zní:

*„If the offeror does not object, the terms of the contract are **the terms of the offer with the modifications contained in the acceptance.**“* Obě zvýrazněno autorem.

²³⁷ Bar - Clive 2010, str. 324.

²³⁸ *Supplement* in Vogenauer - Kleinheisterkamp 2009, str. 283.

²³⁹ *Override* in Vogenauer - Kleinheisterkamp 2009, str. 283.

(c) notification of objection to them has already been given or is given within a reasonable time after notice of them is received.²⁴⁰

Ve shodných případech jako ve Vídeňské úmluvě a v Návrhu společného referenčního rámce, tj. v případě nepodstatné modifikace, se akceptace (a její obsah) stane v souladu s doktrínou *last shot* součástí smlouvy.²⁴¹ Smlouva však vzniká i v případě podstatné modifikace, neboť citovaný druhý odstavec se vztahuje pouze k řešení otázky obsahu smlouvy. Jednoznačnou odpověď však pro tuto situaci modelový zákoník nenabízí, když názory nauky oscilují mezi uplatněním doktríny *first shot*²⁴² a *knock out*^{243, 244}.

Občanský zákoník v ustanovení § 1740 předvídá sice pro vznik smlouvy obdobné pravidlo jako Vídeňská úmluva nebo Návrh společného referenčního rámce, avšak k jejímu obsahu se již nevyjadřuje. M. Hulmák přijímá řešení shodné s výše popsány, když konstatuje: „V takovém případě tvoří smlouvu obsah nabídky při zohlednění těchto nepodstatných odchylek a doplnění.“²⁴⁵ I přes nedostatek zákonného textu se domnívám, že v souladu s výše popsánymi úpravami, které byly pro českého zákonodárce inspiračním zdrojem, lze i v tomto případě z doktríny *last shot* vycházet. Řečené se dotýká obecné úpravy kontrakčního procesu, k určení obsahu smlouvy při nesouladu v obchodních podmínkách však obsahuje občanský zákoník pravidlo zvláštní (viz níže).

4.2. Doktrína knock-out

4.2.1. Obecné poznámky

Doktrína *knock out*²⁴⁶ je reakcí na nežádoucí důsledky spojené s doktrínou *last shot* (resp. *first shot*)²⁴⁷, především s její základní charakteristikou, jež je možné lakonicky vyjádřit souslovím „všechno nebo nic“. Smluvní zákon je totiž při aplikaci doktríny *last shot* tvořen výhradně obchodními podmínkami jedné strany (té, která učinila poslední výstřel). Doktrína

²⁴⁰ Čl. 2-207 odst. 2 UCC 1966 (zvýrazněno autorem).

²⁴¹ To vše za předpokladu, že na obou stranách smlouvy vystupují podnikatelé.

²⁴² ROSH, R. M. Demilitarizing the Battle of the Forms: A Peace Proposal. *Columbia Business Law Review*, č. 3, 1990 (dále citováno jako „**Rosh 1990**“), str. 561-563. C. A. Stephens hovoří o doktríně „*fall out*“, neboť změny obsažené v akceptaci odpadnou a obsah smlouvy je tvořen výhradně ofertou in Stephens 2007, str. 250.

²⁴³ RÜHL, G. The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observations. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, ročník 24, č. 1, 2003 (dále citováno jako „**Rühl 2003**“), str. 199-201. Stephens 2007, str. 250-251.

²⁴⁴ K tomu všemu přistupuje i další výkladový problém, když odstavec 2 čl. 2-207 UCC 1966 hovoří toliko o dodatcích (*additional terms*), nikoli však o odchylkách (*different terms*).

²⁴⁵ Hulmák 2014, str. 114. Shodně Hulmák 2012, str. 28. Bližší vysvětlení však ani v jednom textu nenabízí.

²⁴⁶ Rovněž označovaná jako tzv. teorie zbytkové platnosti in Csach 2009, str. 98. Shodně Hulmák 2014, str. 158.

²⁴⁷ V této a následující podkapitole (4.3. Doktrína *knock out* a 4.4. Doktrína *best shot* – alternativní řešení) se budu explicitně odkazovat pouze na doktrínu *last shot*, neboť se jí v legislativních textech užívá častěji. Vše o ní a k ní řečené však platí *promiscue* i pro doktrínu *first shot*. K podobnosti obou doktrín a k arbitrarnosti určení jedné z nich srov. viz výše.

knock out oproti tomu zohledňuje obchodní podmínky obou smluvních stran, když souladná²⁴⁸ ujednání obchodních podmínek zůstanou součástí smlouvy, nesouladná²⁴⁹ ujednání se vzájemně vyruší.²⁵⁰

Toto řešení lépe vyhovuje požadavku spravedlnosti²⁵¹, reaguje i na negativa arbitrárnosti a formalismu spojenými s doktrínou *last shot*. Naproti tomu vyvolává nové problémy, kterým musí právní věda a praxe čelit. Tyto je možné shrnout do tří následujících – formou otázek vyjádřených – bodů:

a) Co lze rozumět nesouladem ustanovení obchodních podmínek jedné a druhé strany?

Vyjděme z následujícího příkladu: *obchodní podmínky alfa podnikatele A i obchodní podmínky beta podnikatele B obsahují rozhodčí doložku. Rozhodčí doložka není však u obou obchodních podmínek totožná. Zatímco obchodní podmínky alfa stanovují arbitrabilitu všech sporů vzniklých ze smlouvy u rozhodčího soudu v Londýně, obchodní podmínky beta se pro stejný okruh případů odkazují na rozhodčí soud v Paříži.*²⁵² V tomto případě nebude patrně sporu o tom, že ustanovení obchodních podmínek nejsou v otázce místní příslušnosti rozhodčího soudu souladná a budou proto vyrušena.²⁵³ Ustanovení nejsou souladná ani z hlediska jazykového ani z hlediska smyslu a účelu každého z nich. Je záhodno, že řešení této otázky nemusí být pro všechny situace právě tak jednoznačné jako v načrtnutém příkladě. Bude zejména nutné vyřešit otázku podmínky nesouladu dvou ustanovení z hlediska jejich jazykového vyjádření na straně jedné a jejich smyslu a účelu na straně druhé, a případnou nejednotnost těchto dvou hledisek. Domnívám se, že o nesouladu lze hovořit pouze tam, kde jsou ustanovení nesouladná z hlediska smyslu a účelu, bez ohledu na jejich jazykové vyjádření.²⁵⁴

Modifikovali bychom výše zmíněný příklad následujícím způsobem: *zatímco obchodní podmínky alfa stanovují arbitrabilitu všech sporů vzniklých ze smlouvy, obchodní podmínky*

²⁴⁸ Pro účely této podkapitoly (4.3. *Doktrína knock out*) je termín *soulad* chápán jako zastřešující pojem pro různá legislativní vyjádření shody ustanovení dvou různých obchodních podmínek, především zahrnuje pozitivní vyjádření – „*are common in substance*“ viz shodně DCFR v části II, čl. 4:209, UNIDROIT v čl. 2.1.22 a PECL v čl. 2:209 – i vyjádření negativní – „*nejsou v rozporu*“ v ustanovení § 1751 odst. 2 ObčZ.

²⁴⁹ Pojem *nesoulad* používám v protikladu k pojmu *soulad* – viz poznámka pod čarou výše *a contrario*.

²⁵⁰ „*The conflicting terms "knock out" each other.*“ in Bar - Clive 2010, str. 330.

²⁵¹ Bar - Clive 2010, str. 330.

²⁵² Dále citováno jako „**příklad č. 1a**“.

²⁵³ Sporné zde však může být, zda existuje, i přes nesoulad ohledně místa, shoda na řešení sporu před rozhodčím soudem. Předpokládáme pro účely příkladu 1a, že tomu tak je. Řešení tohoto problému bude pro obdobné příklady nabídnuto níže (viz příklad č. 1c a příklad č. 3c).

²⁵⁴ Shodně Bar - Clive 2010, str. 330, kde se hovoří o: „*identity in result not in formulation*“. Byť zde je pro tento závěr odkazováno na formulaci „*common in substance*“. Shodně i Vogenauer - Kleinheisterkamp 2009, str. 344: „... *regard should be had to the object and effect of a term and not merely to its formulation.*“; stejně i v českém právním prostředí viz Švestka - Dvořák - Fiala 2014, str. 70, kde se zmiňuje „*obsahová shoda*“.

*beta se k této otázce nevyjadřují*²⁵⁵, je nutné vyjít z legislativního vyjádření souladu obchodních podmínek. V případě pozitivního vyjádření²⁵⁶ nejsou ustanovení obchodních podmínek v souladu a klauzule arbitrability bude vyrušena²⁵⁷, v případě negativního vyjádření²⁵⁸ je interpretace složitější a bude o ní pojednáno níže v souvislosti s českou úpravou.

Pozměnili bychom výše zmíněný případ ještě naposledy, tedy: *zatímco obchodní podmínky alfa stanovují arbitrabilitu všech sporů vzniklých ze smlouvy, obchodní podmínky beta se omezují toliko na arbitrabilitu sporů vzniklých z odpovědnosti za vady zboží*²⁵⁹, není situace jednoznačná. Vyjdeme-li však z již formulovaného závěru o existenci nesouladu ustanovení toliko při nesouladu z hlediska jejich smyslu a účelu, byl by spor vzniklý v otázce odpovědnosti za vady zboží řešen rozhodčím soudem a pro ostatní spory by se ustanovení vyrušila. Zcela však nelze vyloučit ani výklad, kdy by se ustanovení vyrušila pro všechny spory.²⁶⁰ Řešení je nad to závislé na individuálních okolnostech případu.²⁶¹

b) Čím lze vzniklý nesoulad zaplnit?

Pro určení obsahu smlouvy, resp. právního poměru vzniklého na jejím základě, v rozsahu „uprázdněných míst“ vzniknuvších v důsledku nesouladu ustanovení obchodních podmínek se nabízejí čtyři možná řešení.²⁶²

Prvním z nich je užití subsidiárních zákonných ustanovení pro stanovení obsahu smlouvy, resp. smluvního poměru. Nemohou-li dvě ustanovení obchodních podmínek vedle sebe obstát, je možným (chce se až říci intuitivním) řešením doplnění „uprázdněného místa“ **defaultní úpravou**.

Nabízené řešení je však spojeno se třemi problematickými body:

- i. Zákonná úprava není – především v jednotlivostech – v zásadě nikdy zcela neutrální.²⁶³ V souhrnném pohledu je možné (ba žádoucí), že zájmy (a tedy i jejich ochrana) obou smluvních stran budou v reflexi zákonné úpravy tvořit

²⁵⁵ Dále citováno jako „**příklad č. 1b**“.

²⁵⁶ Pro tento text se odkazují na výraz „*are common in substance*“ v části II, čl. 4:209 DCFR, v čl. 2.1.22 UNIDROIT a v čl. 2:209 PECL.

²⁵⁷ Podrobněji níže k výkladu o DCFR a UNIDROIT.

²⁵⁸ Pro tento text se odkazují na výraz „*nejsou v rozporu*“ v ustanovení § 1751 odst. 2 ObčZ.

²⁵⁹ Dále citováno jako „**příklad č. 1c**“.

²⁶⁰ Oba výklady připouští V. P. Goldberg in Goldberg 1997, str. 161; přiklání se však k prvnímu z nich, neboť v případě sporů vzniklých v otázce odpovědnosti za vady jsou rozhodčí klauzule obsahově shodná („*arbitration clauses agreed in substance*“).

²⁶¹ V již zmíněném obdobném problému u příkladu 1a může např. záležet, zda jeden ze spolukontrahentů volil pravomoc rozhodčího soudu jen za podmínky jím požadované místní příslušnosti in Bar - Clive 2010, str. 330.

²⁶² Obdobně Bar - Clive 2010, str. 329.

²⁶³ Zákonná ustanovení jsou (jde-li o úpravu smluvního práva) v jednotlivostech zpravidla legitimizována tu ochranou věřitele, jinde ochranou dlužníka.

vyrovnaný celek. Pro případ vsunutí jednotlivého pravidla či institutu do smluvního zákona však lze o podobném výsledku pochybovat. To by navíc bylo pravidlem, neboť zákonná úprava by vyplňovala „uprázdněné místo“ toliko v části, o níž by se vedl spor mezi smluvními stranami.

- ii. Výjimkou nemusí být případ, kdy zákonná úprava nebude vyhovovat ani jedné ze smluvních stran. Bude platit, že byly by bývaly strany výslovně kontrahovaly v této záležitosti, jejich výsledné ujednání by bylo od zákonného pravidla odlišné. Jinak řečeno, klauzule obchodních podmínek druhé strany je pro oba spolukontrahenty příznivější než zákonná úprava, ale ze tří možností (klauzule obchodních podmínek alfa, klauzule obchodních podmínek beta a zákon) se uplatní právě defaultní úprava, byť si ji nepřeje ani jedna ze smluvních stran. Dlužno podotknout, že tento závěr nemusí platit toliko v konkrétním případě (*in concreto*), tj. s ohledem na poměr mezi konkrétními smluvními partnery, nýbrž lze zobecnit i pro širší okruh obdobných situací (*in abstracto*), např. s ohledem na obchodní zvyklosti či obvyklou praxi v průmyslovém, finančním či jiném odvětví.
- iii. V řadě případů nedá zákonná úprava žádnou odpověď. Buď totiž toliko zmocňuje smluvní strany k odvozené normotvorbě²⁶⁴ (příklad smluvní pokuty – viz níže) či ustanovení obchodních podmínek upravují poměr mezi stranami v oblasti, ke které se právní řád (objektivní právo) vztahuje jediným pravidlem, tj. uznáním prostoru pro svobodnou vůli stran, tedy pro autonomní normotvorbu²⁶⁵.

Pokud bychom vztáhli tento způsob vyplnění nesouladných ustanovení obchodních podmínek (tj. těch, která byla vyrušena) na příklady formulované výše, došli bychom k těmto závěrům: v příkladě č. 1a by spor řešil rozhodčí soud v místě obecného soudu žalovaného²⁶⁶ a v příkladě č. 1b by rozhodování bylo – v případě vyrušení nesouladných klauzulí, když tento

²⁶⁴ Sedláček 2010, str. 6.

²⁶⁵ V českém právním prostředí s odkazem na čl. 2 odst. 3 usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky (dále citováno jako „**Listina základních práv a svobod**“) a čl. 2 odst. 4 ústavního zákona č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky (dále citováno jako „**Ústava České republiky**“).

²⁶⁶ V českém právním prostředí s odkazem na ustanovení § 84 o.s.ř. Předpokládáme zde zjednodušeně, že existuje shoda na řešení sporu před rozhodčím soudem, shoda panuje o povaze tohoto rozhodčího soudu (např. tzv. stálý rozhodčí soud) a takový v místě obecného soudu žalovaného existuje.

závěr byl již explicitně formulován pro případ pozitivního vyjádření souladu ustanovení obchodních podmínek – ponecháno v pravomoci soudu²⁶⁷.

Druhou možností je užití obchodních zvyklostí, popř. i praxe zavedené mezi stranami. Význam zde mohou sehrát především obchodní podmínky vypracované nezávislými třetími subjekty (v českém prostředí odbornými nebo zájmovými organizace).²⁶⁸ Obchodním zvyklostem a zavedené praxi stran by měla být dána přednost před defaultní zákonnou úpravou.²⁶⁹

Třetí možností je vyplnění „uprázdněných míst“ smlouvy soudem, hovořím o tzv. **soudcovských právních následcích**²⁷⁰. Soud totiž v tomto případě *de facto* konstruuje právní následky vyplývající ze smlouvy až v soudním rozhodnutí. *Soudcovské právní následky* jsou termínem, který používám s určitou mírou nadsázky. Jistě, jde o pojem, který je z pohledu normativní právní teorie nepřesný, ba zavádějící. Soudní rozhodnutí není v těchto případech konstitutivní, není právní skutečností, jež by vyvolala právní následky. Při vědomí zde řečeného lze však nabídnutého termínu v dále uvedeném smyslu užít.

Soud rekonstruuje kontraktaci ve smyslu jejího reálného (skutečného) průběhu. Jak již bylo poznamenáno výše, musí směřovat své úvahy i mimo rámec smluvní dokumentace, přihlídnout i k jiným projevům existujícím v kontraktačním procesu mezi smluvními stranami²⁷¹, popř. k jejich dlouhodobému poměru vůbec, a k okolnostem konkrétního případu (smyslu a účelu smlouvy, objemu transakce, ekonomické pozice kontrahentů apod.)²⁷². Jinými slovy je úkolem soudu deklarovat presumovanou vůli stran.²⁷³

Soud přistupuje ke smluvnímu poměru nad rámec jeho textu nedbaje však na klauzule vyjádřené v obchodních podmínkách kterékoli ze smluvních stran. Doplnění „uprázdněného místa“ vzniklého nesouladem klauzulí v obchodních podmínkách totiž nelze odvinout od obsahu samotných kolidujících si ustanovení obchodních podmínek.²⁷⁴ Tímto způsobem nelze rekonstruovat smluvní proces na základě subjektivního kritéria (tj. úmyslu stran), neboť – jak

²⁶⁷ V českém právním prostředí s odkazem na čl. 36 Listiny základních práv a svobod a čl. 90 Ústavy České republiky.

²⁶⁸ Bar - Clive 2010, str. 330.

²⁶⁹ Vogenauer - Kleinheisterkamp 2009, str. 344.

²⁷⁰ V návaznosti a rozvíjeje dichotomii právních následků, tj. právních následků v důsledku autonomního jednání, kdy „*právní řád autonomní normotvorbě propůjčuje právní platnost*“, a zákonných právních následků, které „*nastupují již ze zákona ipso facto*“ in Tichý 2014, str. 52-53.

²⁷¹ Murray 1972, str. 269 a násl. Odlišně Keating 2000, str. 2684.

²⁷² Schlechtriem - Schwenzler 2010, str. 342.

²⁷³ Csach 2009, str. 99.

²⁷⁴ Odlišně Vogenauer - Kleinheisterkamp 2009, str. 344.

upozornili D. G. Baird a R. Weisberg – souboj obchodních podmínek nastává toliko v okamžiku, kdy strany ponechaly ujednání mimo negociační proceduru.²⁷⁵

Čtvrtou možností, jež by mohla být ke spravedlivému uspořádání právního poměru smluvních stran užitá po marném vyčerpání všech předchozích,²⁷⁶ je užití principu spravedlnosti, resp. zásad, na nichž spočívá soukromoprávní uspořádání poměrů, především zásady dobré víry a zásady poctivého obchodního styku.²⁷⁷ V českém právním prostředí lze v tomto směru uvažovat o postupu v souladu s ustanovením § 10 ObčZ²⁷⁸, popř. se lze odkázat i na ustanovení § 577 ObčZ²⁷⁹. Dle posledně zmíněného ustanovení má soud za stanovených podmínek možnost konvalidovat neplatné právní jednání na základě vlastního uvážení, když explicitními směrnici jsou mu zásada spravedlivosti uspořádání právních poměrů mezi stranami a posouzení zbylého obsahu smlouvy z pohledu vůle stran být tímto vázán. Přiměřeně by mohlo být postupováno i v řešené problematice.

Pro všechny čtyři možnosti však platí obecná výtka formulovaná D. G. Bairdem a R. Weisbergem: obsah smlouvy musí být doplněn *něčím*, k čemu neexistuje (explicitní) souhlas druhé strany.²⁸⁰ Část obsahu smluvního zákona vzniká bez konsensu druhé strany, *de facto* intervenční činností soudu, jehož role je při aplikaci doktríny *knock out* stěžejní.

c) Je zpochybněn význam obchodních podmínek?

Subjekty vstupující do kontraktačního procesu jsou vystaveny problému volby mezi užitím obchodních podmínek a individuální kontraktací, tj. mezi nákladem standardizované smlouvy a nákladem smluvního vyjednávání konkrétní záležitosti. Význam obchodních podmínek tkví právě ve snížení transakčních nákladů kontraktačního procesu. Obchodní podmínky jsou normativním odrazem masové průmyslové výroby. Z pohledu ekonomického i

²⁷⁵ Baird a Weisberg 1982, str. 1219. Oba autoři k tomu konstatují: „*it is useless to ask what terms the parties intended to govern this transaction.*“

²⁷⁶ Bar - Clive 2010, str. 330.

²⁷⁷ Vogenauer - Kleinheisterkamp 2009, str. 344.

²⁷⁸ Toto ustanovení stanoví:

(1) Nelze-li právní případ rozhodnout na základě výslovného ustanovení, posoudí se podle ustanovení, které se týká právního případu co do obsahu a účelu posuzovanému právnímu případu nejbližšího.

(2) Není-li takové ustanovení, posoudí se právní případ podle principů spravedlnosti a zásad, na nichž spočívá tento zákon, tak, aby se dospělo se zřetelem k zvyklostem soukromého života a s přihlédnutím k stavu právní nauky i ustálené rozhodovací praxi k dobrému uspořádání práv a povinností.

Obdobný návod lze nalézt in Vogenauer - Kleinheisterkamp 2009, str. 344.

²⁷⁹ Toto ustanovení stanoví:

Je-li důvod neplatnosti jen v nezákonném určení množství, časového, územního nebo jiného rozsahu, soud rozsah změní tak, aby odpovídal spravedlivému uspořádání práv a povinností stran; návrhy stran přitom vázán není, ale uváží, zda by strana k právnímu jednání vůbec přistoupila, rozpoznala-li by neplatnost včas.

²⁸⁰ Baird a Weisberg 1982, str. 1219-1220.

tato standardizovaná ujednání jsou sama o sobě projevem stejného principu, tj. úspor z rozsahu²⁸¹.

Užití doktríny *knock out* je však spojeno – jak již ostatně vyplynulo z předchozího textu – s vysokou mírou nejistoty ohledně obsahu smlouvy, resp. obsahu smluvního závazku.²⁸² To vyvolává *ex ante* tlak na seznámení se s obchodními podmínkami spolukontrahenta, popř. dokonce tlak na individuální negociaci. Náklad na *něčím* doplněnou standardizovanou smlouvu může být vyšší než náklad na individuální projednávání jedné každé konkrétní záležitosti smluvního zákona. Tím vším je však zpochybňován ekonomický význam obchodních podmínek jakožto nástrojů snižujících transakční náklady smluvních stran.

4.2.2. Úprava v nadnárodních dokumentech (DCFR a UNIDROIT) a v UCC 2003

Nadnárodní projekty smluvního práva jsou nejvýznamnějšími pretendenty řešení otázky obsahu obchodních podmínek prostřednictvím doktríny *knock out* a rovněž inspiračním zdrojem úpravy v občanském zákoníku.

Návrh společného referenčního rámce (DCFR) k této problematice stanoví:

*The standard terms form a part of the contract to the extent that they are **common in substance**.*²⁸³

Obdobně Principy mezinárodních obchodních smluv UNIDROIT:

*Where both parties use standard terms and reach agreement except on those terms, a contract is concluded on the basis of the agreed terms and of any standard terms which are **common in substance** unless one party clearly indicates in advance, or later without undue delay informs the other party, that it does not intend to be bound by such a contract.*²⁸⁴

Soulad obchodních podmínek je vymezen pozitivně, ustanovení obchodních podmínek formující smluvní zákon jsou tedy ta, která jsou oběma obchodním podmínkám **společná**, tj. „*common in substance*“. O společná ustanovení jde tehdy, je-li dána jejich vzájemná obsahová shoda, tj. shoda z hlediska smyslu a účelu obou ustanovení (viz výše).

Tato množina společných ustanovení obchodních podmínek se však v některých případech může jevit příliš úzká. Vylučovala by totiž ze smluvního zákona části obchodních podmínek, i když takový postup by nemusel být shledán jako opodstatněný.²⁸⁵ Pro takové případy hledá právní věda řešení již v odpovědi na otázku, zda-li jsou ustanovení obchodních podmínek vůbec v konfliktu. Tím se „vrací zpět“ k posouzení působnosti právní normy, která

²⁸¹ Výraz „*economies of scale*“ je zde možné parafrázovat v sousloví „*economies of standard forms*“.

²⁸² Goldberg 1997, str. 168.

²⁸³ DCFR v části II, čl. 4:209 odst. 1; shodně Principy evropského smluvního práva (PECL) v čl. 2:209 odst. 1 „*The general conditions form part of the contract to the extent that they are **common in substance**.*“ Obé zvýrazněno autorem.

²⁸⁴ čl. 2.1.22. Zvýrazněno autorem.

²⁸⁵ Bar - Clive 2010, str. 329.

upravuje kolizi obchodních podmínek.²⁸⁶ Pravidlo o souboji obchodních podmínek lze užít totiž pouze tehdy, jestliže jsou ustanovení obchodních podmínek ve skutečném konfliktu²⁸⁷. Tomu tak nebude především v případě doplnění obchodních podmínek o další implicitní součásti (vyplývající např. z obchodních zvyklostí) nebo při nesouladu spočívajícím toliko v bližší specifikaci technických náležitostí.²⁸⁸ Zde nebude akceptační jednání měnit ofertu, nebude se tedy jednat o tzv. modifikovaný akcept.

O souboj obchodních podmínek půjde však tehdy, jestliže se ustanovení obchodních podmínek alfa odchyluje od dispozitivního ustanovení zákona a obchodní podmínky beta mlčí, avšak podnikatel B zamýšlel v akceptaci vyvolat právní následky předvídané dispozitivním ustanovením zákona (jinými slovy jde o případ inkorporace dispozitivního ustanovení zákona do akceptace).²⁸⁹ Mlčení obchodních podmínek jedné strany by mělo být chápáno jako její úmysl vyvolat i ty právní následky, jež jsou předvídané defaultními ustanoveními zákona, obchodními zvyklostmi, zavedenou praxí stran nebo rámcovými úmluvami.²⁹⁰ I tehdy bude mezi dvěma sadami obchodních podmínek vyvolán konflikt.

Novela UCC schválená v roce 2003²⁹¹ se v novém článku 2-207 UCC 2003 přiklonila k řešení v podobě doktríny *knock out*. Ustanovení se týká uzavírání smluv i tehdy, nejsou-li jeho součástí obchodní podmínky. Ve větě věnující se obsahu smlouvy stanoví:

... the terms of the contract, subject to Section 2-202, are:

(a) terms that appear in the records of both parties;

(b) **terms, whether in a record or not, to which both parties agree**; and

(c) terms supplied or incorporated under any provision of this Act.²⁹²

Za povšimnutí stojí především druhá (zvýrazněná) věta, když obsah smlouvy bude tvořen i ujednáními, které se nacházejí v obchodních podmínkách jedné strany nebo existují vůbec mimo text, jestliže se na nich strany shodly. Vytváří se tak větší prostor pro uvážení soudu při určování obsahu smlouvy.²⁹³

²⁸⁶ Jedná se tedy o otázku vymezení okruhu případů, které budou moct být podřazeny pod čl. 4:209 odst. 1 věta první v části II DCFR, který stanoví: „*If the parties have reached agreement except that the offer and acceptance refer to **conflicting standard terms**, a contract is nonetheless formed.*“

²⁸⁷ „*Real conflict*“ in Bar - Clive 2010, str. 329. Shodně Vogenauer - Kleinheisterkamp 2009, str. 343.

²⁸⁸ Bar - Clive 2010, str. 329.

²⁸⁹ Bar - Clive 2010, str. 329. Shodně i Vogenauer - Kleinheisterkamp 2009, str. 343: „... *as silence on such issues tacitly assumes that the default rules are effective* ...“.

²⁹⁰ Vogenauer - Kleinheisterkamp 2009, str. 344.

²⁹¹ K jejímu osudu však viz výše.

²⁹² Zvýrazněno autorem. Citováno dle Uniform Commercial Code. 2007 Edition Official Text and Comments. Philadelphia: American Law Institute, 2007.

²⁹³ Stephens 2007, str. 257-259.

4.2.3. Česká úprava v občanském zákoníku

V českém právním prostředí je otázka obsahu smlouvy (resp. obsahu smluvního poměru) v případě kolize obchodních podmínek řešena v ustanovení § 1751 odst. 2 ObčZ, jež stanoví, že smlouva je uzavřena „s obsahem určeným v tom rozsahu, v jakém obchodní podmínky **nejsou v rozporu**“²⁹⁴. Občanský zákoník se tímto přiklání k nadnárodním projektům smluvního práva²⁹⁵ a přijímá v souladu s nimi moderní doktrínu *knock out*. O ní i v českém prostředí platí vše, co bylo řečeno již výše. Od svých inspiračních zdrojů²⁹⁶ se však v odpovědi na otázku **kdy je dán soulad ustanovení obchodních podmínek prima facie** odklonil a otevřel tak pro českou právní vědu i praxi i další – dosud nezodpovězený – bod k analýze.

Již výše bylo představeno, že doktrína *knock out* rozděluje ustanovení obchodních podmínek do dvou „táborů“ – prvním jsou souladná ustanovení obchodních podmínek tvořící obsah smluvního závazku, druhým jsou nesouladná ustanovení obchodních podmínek, která se vyruší a do smluvního zákona nevstupují. Souladná ustanovení obchodních podmínek mohou být vymezena a tedy chápána dvěma způsoby:

- i. vymezení může být pozitivní a souladnými jsou tedy **společná** ustanovení obchodních podmínek,²⁹⁷
- ii. vymezení může být negativní a nesouladnými jsou tedy **bezrozporná (neodporující si)** ustanovení obchodních podmínek.

Občanský zákoník užívá – na rozdíl od výše zmíněných nadnárodních projektů – druhý způsob.²⁹⁸ Smluvní strany budou zavazovat všechna ustanovení obchodních podmínek, mezi nimiž neexistuje rozpor. Množina bezrozporných (neodporujících si) ustanovení se však intuitivně odlišuje od množiny ustanovení, která jsou oběma obchodním podmínkám společná. Společná ustanovení jsou podmnožinou²⁹⁹ ustanovení bezrozporných, *vice versa* řečené na první pohled neplatí. Množina bezrozporných ustanovení totiž *prima facie*

²⁹⁴ Zvýrazněno autorem.

²⁹⁵ Návrh společného referenčního rámce (DCFR), Principy mezinárodních obchodních smluv UNIDROIT a Principy evropského smluvního práva (PECL).

²⁹⁶ Hulmák 2014, str. 161.

²⁹⁷ Podrobněji viz výše.

²⁹⁸ Shodně i v polském občanském právu viz článek 385⁴ § 1: „*Umowa między przedsiębiorcami stosującymi różne wzorce umów nie obejmuje tych postanowień wzorców, które są ze sobą sprzeczne* [vzájemně rozporné – zvýrazněno a zvýrazněné přeloženo autorem].“ in Kodeks cywilny ze dne 23. května 1964 [online] [cit. 18.7.2015] Dostupné z

< <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU19640160093>>.

²⁹⁹ Chápejme ji jako jakousi nultou podmnožinu ve vztahu k první a druhé podmnožině, o nichž je pojednáno níže.

absorbuje i dvě jiné podmnožiny (bod a) a bod b) viz níže). Obě je možné si přiblížit příkladem:

- a) Pro **první podmnožinu** si lze představit následující příklad, resp. jeho tři variace:
- obchodní podmínky alfa ustanoví rozhodným právem právo francouzské, obchodní podmínky beta právě tak,*³⁰⁰
- obchodní podmínky alfa ustanoví rozhodným právem právo francouzské, obchodní podmínky beta právo italské,*³⁰¹
- obchodní podmínky alfa ustanoví rozhodným právem právo francouzské, obchodní podmínky beta mlčí*³⁰²

Příklad 2a spadá do množiny bezrozporných ustanovení i do podmnožiny společných ustanovení, rozhodným právem je tak právo francouzské. **Příklad 2b** nespadá do množiny bezrozporných ustanovení (tedy ani do žádné z jeho podmnožin), existuje tedy nesoulad v ustanoveních obchodních podmínek a ta se vyruší. **Příklad 2c** spadá do zde sledované první podmnožiny bezrozporných ustanovení.

Obsah obchodních podmínek beta, které neobsahují ujednání o rozhodném právu, není *prima facie* v rozporu s obsahem obchodních podmínek alfa, které toto ujednání obsahují. Z pouhé absence smluvní klauzule rozpor dovodit nelze.³⁰³ Není-li dán rozpor, jsou ustanovení obchodních podmínek v souladu a smluvní poměr se bude řídit právem francouzským, bude tedy ovládnut obchodními podmínkami alfa.

Tento závěr však nelze považovat za úplný. Je totiž nutné posoudit, zda k obchodním podmínkám beta nepřistupuje ještě „něco dalšího“, co by rozpor s obchodními podmínkami alfa mohlo způsobit, když „něčím dalším“ by mohla být především dispozitivní ustanovení zákona. Domnívám se, že tato úvaha je správná a lze ji podpořit třemi okruhy argumentů:

- i. Ustanovení § 1725 druhá věta ObčZ³⁰⁴ je provedením zásady autonomie vůle. Platí tedy, že je toliko na vůli stran, jaký obsah smlouvy si svým ujednáním určí. Tím se však nevyčerpává obsah vzniknuvšího závazku, protože tento nemusí být beze zbytku kryt vůlí stran.³⁰⁵ To vyplývá z ustanovení § 545 ObčZ³⁰⁶. M.

³⁰⁰ Dále citováno jako „**příklad č. 2a**“.

³⁰¹ Dále citováno jako „**příklad č. 2b**“.

³⁰² Dále citováno jako „**příklad č. 2c**“.

³⁰³ Shodně Švestka - Dvořák - Fiala 2014, str. 70.

³⁰⁴ Toto ustanovení stanoví: „V mezích právního řádu je stranám ponecháno na vůli svobodně si smlouvu ujednat a určit její obsah.“

³⁰⁵ Hulmák 2014, str. 32.

³⁰⁶ Toto ustanovení stanoví: „Právní jednání vyvolává právní následky, které jsou v něm vyjádřeny, jakož i právní následky plynoucí ze zákona, dobrých mravů, zvyklostí a zavedené praxe stran.“

Hulmák k tomu poznamenává: „*například jestliže strany uzavřou smlouvu, použije se dispozitivní právní úprava, není-li vyloučena. Vůle stran přitom nemusí směřovat k použití této úpravy, stačí, že ji nevyloučila.*“³⁰⁷ Citované závěry části české právní vědy se vztahují k závazku a jeho obsahu, nikoliv ke smlouvě a jejímu obsahu.³⁰⁸

Obdobně lze řečené užít pro právní jednání vůbec (zde např. akceptaci), a to ve smyslu rozlišení jeho obsahu a právních následků s ním spojených. S právním jednáním podnikatele B, tj. s akceptací, jsou tak spojeny i právní následky, které vyplývají ze zákona, dobrých mravů, zvyklostí či zavedené praxe stran. „Něčím dalším“ tak mohou být dispozitivní ustanovení zákona, dobré mravy, zvyklosti i zavedená praxe stran. Ustanovení obchodních podmínek alfa se tak může střetnout s „další částí“ obchodních podmínek beta, kterou by mohla být ve výše uvedeném příkladě 2c dispozitivní ustanovení zákona³⁰⁹, byl by tak dán nesoulad ustanovení obchodních podmínek³¹⁰ a v této části by se vzájemně vyrušila. Při tomto postupu je zapotřebí interpretovat pojem obchodní podmínky v ustanovení § 1751 odst. 2 ObčZ extenzivně.³¹¹

- ii. Ke stejnému závěru vede i srovnání komparativní. Podle nadnárodních projektů³¹², které byly inspiračním zdrojem přijaté úpravy, platí sice, že obsah smluvního ujednání je vymezen pozitivně, u všech tří dokumentů termínem „*common in substance*“ (pro příklad 2c z toho potom vyplývá, že ustanovení obchodních podmínek není součástí podmnožiny společných ustanovení, ta jsou

³⁰⁷ Hulmák 2014, str. 32.

³⁰⁸ K tomuto rozlišení srov. Dvořák - Švestka - Zuklínová 2013, str. 177 a str. 181 a násl.

³⁰⁹ Ustanovení § 87 odst. 1 zákona č. 91/2012 Sb., o mezinárodním právu soukromém (dále citováno jako „**ZMPS**“): „*Smlouvy se řídí právem státu, s nímž smlouva nejúžeji souvisí, pokud smluvní strany ne zvolily rozhodné právo. Volba práva musí být vyjádřena výslovně nebo musí vyplývat bez pochybností z ustanovení smlouvy nebo z okolností případu*“; resp. extenzivním výkladem § 545 ObčZ nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 593/2008 za dne 17. června 2008 o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Řím I): čl. 3 a 4.

³¹⁰ Předpokládejme defaultní řešení odlišné od francouzského práva.

³¹¹ Odlišně – avšak se stejným závěrem – postupují I. Pelikánová a R. Pelikán, když konstatují: „... *tam, kde je daná otázka pokryta dispozitivními zákonnými ustanoveními, musíme mlčení dokumentu [obchodních podmínek – pozn. aut.] chápat jako implicitní převzetí takové úpravy; pak tu bude konflikt a tedy i vyrušení pravidel.*“ in Švestka - Dvořák - Fiala 2014, str. 70. Obdobný závěr zastává i M. Hulmák (in Hulmák 2014, str. 158): „*V takovém případě tvoří součást obchodních podmínek dispozitivní pravidla.*“ Doplňuje navíc, s odkazem na ustanovení § 558 odst. 2 ObčZ obchodní zvyklosti. Bližší vysvětlení však není nabídnuto ani v jednom komentářovém textu. S ohledem na výše řečené se však domnívám, že závěr o vtažení dispozitivních ustanovení zákona do obsahu obchodních podmínek není zcela přesný.

³¹² Návrh společného referenčního rámce (DCFR), Principy mezinárodních obchodních smluv UNIDROIT a Principy evropského smluvního práva (PECL).

tedy v nesouladu a vyruší se), lze se však domnívat, že se český zákonodárce nechtěl v tomto od svých inspiračních zdrojů odklonit.

iii. Opačný závěr (ve smyslu, že rozpor v tomto případě dán není) by vedl k absurdní právní praxi, neboť ta by byla nucena – k tomu aby docílila nesouladu ustanovení obchodních podmínek – doplňovat obchodní podmínky o text subsidiárních dispozitivních právních norem. Přitom užití těchto norem se – jak již bylo zmíněno výše – presumuje, nejsou-li vyloučena.

- b) Pod **druhou podmnožinou** si lze představit následující případ, resp. jeho tři variace: *obchodní podmínky alfa obsahují ustanovení o utvrzení dluhu smluvní pokutou ve výši 50.000,- Kč, obchodní podmínky beta právě tak*^{313 314}, *obchodní podmínky alfa obsahují ustanovení o utvrzení dluhu smluvní pokutou ve výši 50.000,- Kč, obchodní podmínky beta mlčí*³¹⁵, *obchodní podmínky alfa obsahují ustanovení o utvrzení dluhu smluvní pokutou ve výši 50.000,- Kč, obchodní podmínky beta obsahují ustanovení o utvrzení dluhu smluvní pokutou ve výši 30.000,- Kč*³¹⁶.

Příklad 3a spadá do množiny bezrozporných ustanovení i do podmnožiny společných ustanovení, dluh je tedy utvrzen smluvní pokutou. **Příklad 3b** spadá do okruhu sledované druhé podmnožiny. Nespadá totiž ani do podmnožiny společných ustanovení, avšak liší se i od první podmnožiny analyzované výše pod bodem a). Ustanovení první podmnožiny (např. o rozhodném právu) totiž představuje odchylku od dispozitivního ustanovení zákona na rozdíl od ustanovení druhé podmnožiny (např. o smluvní pokutě), jež využívá zmocnění zákonodárce k autonomní normotvorbě.³¹⁷

Jsou však tato ustanovení obchodních podmínek v rozporu? M. Hulmák se domnívá, že tomu tak je, když konstatuje: „*O rozpor obchodních podmínek se bude jednat v případě, kdy obsahují různá pravidla, např. obchodní podmínky jedné strany obsahují ujednání o smluvní pokutě, zatímco druhé ne.*“³¹⁸ Myslím, že tento závěr je možné – s částečnou výhradou k argumentaci – podpořit.

³¹³ Resp. předpokládejme, že obchodní podmínky beta se smluvní pokutou obsaženou v obchodních podmínkách alfa vyjadřují explicitní souhlas. Obecně pak předpokládejme, že ve všech příkladech je působnost ustanovení o smluvní pokutě totožná, tj. vztahuje se k porušení vždy totožné smluvní povinnosti (resp. utvrzení jednoho a téhož dluhu).

³¹⁴ Dále citováno jako „**příklad č. 3a**“.

³¹⁵ Dále citováno jako „**příklad č. 3b**“.

³¹⁶ Dále citováno jako „**příklad č. 3c**“.

³¹⁷ Pro účely odlišení těchto dvou podmnožin ponechme stranou zvyklosti a případně i zavedenou praxi stran.

³¹⁸ Formulačně tak odlišuje druhou podmnožinu od podmnožiny první, o které píše: „*O rozpor obchodních podmínek se může jednat i v případě, kdy obchodní podmínky určitou otázku upravují, zatímco druhé obchodní podmínky ne.*“ Obě citace in Hulmák 2014, str. 158.

Příklady 2c a 3b se totiž shodují v tom, že obchodní podmínky beta danou otázku neupravují, tj. mlčí.³¹⁹ Odlišnost příkladu 3b je však dána tím, že obchodní podmínky beta nelze rozšířit o „další části“ (neexistuje totiž žádná defaultní úprava smluvní pokuty). V příkladě 3b však již samotné obchodní podmínky beta obsahují ustanovení odlišné od obchodních podmínek alfa a to tím, že mlčí. Zmocňuje-li zákon k autonomní normotvorbě, lze totiž bezrozpornosti ustanovení obchodních podmínek docílit toliko aktivním konáním, nikoliv pasivitou. Platí tedy výjimka z obecného pravidla, že absence klauzule obchodních podmínek nepovede k rozporu a tedy k vyrušení ustanovení obchodních podmínek.³²⁰

Příklad 3c³²¹ je obdobou příkladu 1c, lze ho tak v rámci této práce chápat jako doplnění již přijatých závěrů u tohoto příkladu. Nutné tak bude v tomto případě posuzovat nesoulad ustanovení obchodních podmínek z hlediska jejich smyslu a účelu, resp. i důsledku, ke kterému by nesoulad vedl. Musí tak být např. zohledněna skutečnost, že smluvní pokuta je paušalizovanou náhradou škody³²², a i z tohoto hlediska posouzeno, zda existuje soulad ustanovení v nižší částce smluvní pokuty.³²³ Postup bude obdobný jako při určování obsahu smlouvy po vyrušených ustanoveních prostřednictvím tzv. soudcovských právních následků.³²⁴

U obou podmnožin (pod bodem a) i pod bodem b)), které jsou prezentovány příklady 2c a 3b, docházím k závěru, že ačkoliv *prima facie* spadají pod množinu bezrozporných ustanovení, nebudou nakonec jejich součástí. Množina bezrozporných ustanovení je tak totožná s množinou společných ustanovení. Rozumný výklad nasvědčuje závěru, že negativní vymezení obsahu („*nejsou v rozporu*“) na rozdíl od pojetí pozitivního („*are common in substance*“), přináší českému právnímu světu pouze výkladové nesnáze, když věcné závěry jsou v obou případech totožné. Jedná se zde právě o ten typ právních problémů, kterému mohl český zákonodárce přesnější textací v novém soukromoprávním kodexu předejít. Zároveň se tak uplatní úvahy a závěry přijaté v souvislosti s analýzou úpravy v Návrhu společného referenčního rámce a Principech UNIDROIT.

³¹⁹ Srov. výše citované formulační odchylky M. Hulmáka.

³²⁰ Obecné pravidlo formulováno i I. Pelikánovou a R. Pelikánem in Švestka - Dvořák - Fiala 2014, str. 70. K výjimce se však nevyjadřují.

³²¹ Obdobné jsou i příklady rozdílné délky výpovědní lhůty, záruky či doby splatnosti in Hulmák 2014, str. 158.

³²² Ustanovení § 2050 ObčZ.

³²³ V našem příkladě 3c na místo 50 000,- Kč v částce 30 000,- Kč.

³²⁴ Podrobněji viz výše.

4.3. Doktrína best shot – alternativní řešení

Při hledání alternativní odpovědi na otázku obsahu smlouvy vzniklé kontraktací s nesouladnými obchodními podmínkami, která by odstranila nevýhody již nabídnutých (a zavedených) řešení, nachází část zahraniční právní vědy³²⁵ východisko v doktríně označované *best shot* (nejlepší výstřel). Stručně vyjádřeno – doktrína *best shot* vede, obdobně jako doktrína *last shot*, k výběru pouze jedné sady obchodních podmínek (oproti „tvorbě koláže“ z obou sad obchodních podmínek podle doktríny *knock out*); zároveň však nevybírání tuto jednu sadu obchodních podmínek na základě formálního a arbitrárního kritéria (jak je tomu u doktríny *last shot*), ale jejím cílem je dojít ke spravedlivému uspořádání poměrů smluvních stran (shodně s doktrínou *knock out*).

4.3.1. Doktrína best shot – obecné poznámky

Předobrazem této doktríny je klauzule *final offer arbitration*.³²⁶ Na jejím základě třetí nezúčastněná strana vybírá kupní cenu mezi dvěma alternativně navrhovanými, tj. dvěma cenami navrhovanými kupujícím na straně jedné a prodávajícím na straně druhé. Třetí straně není dána jiná možnost než vybrat jednu z navržených variant, v důsledku čehož se kupující i prodávající varují extrémních návrhů, jelikož se vystavují riziku sankce v podobě výběru „protivníkova“ návrhu. Obě strany mají tendenci směřovat se svými návrhy ke středu cenové škály, tj. k ceně, kterou můžeme označit za spravedlivou. Obdobný mechanismus s obdobným cílem nemusí sloužit pouze při střetu o výslednou cenu, ale mohl by být aplikován i při střetu obchodních podmínek.

Úlohou soudu by bylo vybrat ty obchodní podmínky, které se nacházejí blíže středu škály vedoucí od výrazně preferenčních obchodních podmínek kupujícího k výrazně preferenčním obchodním podmínkám prodávajícího, tj. ty obchodní podmínky, které jsou spravedlivější.

Kritérium spravedlivého uspořádání právních poměrů (a tedy i spravedlivosti ustanovení obchodních podmínek) nachází V. P. Goldberg v užití tzv. zlatého pravidla.³²⁷ V daném kontextu se jedná o poněkud vzletné pojmenování dále popsaného konceptu vyjádřeného biblickým: „*Co nechceš, aby ti jiní činili, nečiň ty jim.*“³²⁸ Pro posouzení obchodních podmínek alfa kupujícího A slouží jeho vlastní jiné obchodní podmínky, které

³²⁵ Např. Goldberg 1997; Rühl 2003; Rosh 1990. Toto řešení však není v současné době zakotveno v žádném legislativním textu.

³²⁶ Goldberg 1997, str. 166.

³²⁷ Goldberg 1997, str. 156, 167 a násl. Vylučuje zároveň, že defaultní zákonná pravidla jsou *prima facie* spravedlivá. Jinak by ostatně doktrína *best shot* byla marginalizována.

³²⁸ Tob 4,15.

užívá v pozici prodávajícího. Spravedlivost ustanovení obchodních podmínek bude posuzována z pohledu, jaký mu stejná osoba subjektivně přiznává, vystupuje-li na opačné straně kontraktu. Bude-li například tato osoba ve svých obchodních podmínkách jako prodávající omezovat svou odpovědnost za vady a jako kupující vylučovat taková omezení druhou stranou, lze dojít k závěru, že sama nebude vnímat vyloučení možnosti omezit odpovědnost za vady za spravedlivé, protože si ho jakožto prodávající nepřeje. Naopak spravedlivé by toto ustanovení v obchodních podmínkách kupujícího A bylo tehdy, kdyby je předpokládal i ve svých obchodních podmínkách jakožto prodávající (tj. neomezoval by svou odpovědnost za vady, popř. ji rozšiřoval apod.).

Nepoužívá-li tatáž osoba obchodní podmínky pro případ koupě i prodeje, ale např. toliko obchodní podmínky jakožto kupující, lze spravedlivost ustanovení těchto obchodních podmínek poměřovat shodným způsobem, když však na místo obchodních podmínek téže osoby jakožto prodávajícího, nastoupí obchodní podmínky, které by jako spravedlivé vnímala každá průměrná osoba vystupující v obdobném postavení jako kupující A.³²⁹ V praxi by s přihlédnutím k individualizačním okolnostem (např. objemu transakce, druhu trhu, ekonomické pozici kontrahentů) mohly být využity obchodní podmínky zpracované třetí neutrální stranou, popř. klauzule vyplývající z obchodních zvyklostí apod.

Soud by mohl na místo hlediska spravedlnosti a kritéria v podobě tzv. zlatého pravidla, použít hledisko efektivity.³³⁰ Ze dvou sad obchodních podmínek by – v rámci jejich srovnání jakožto celku – vybral takové, které by byly efektivnější.³³¹

Je zjevné, že i realizace této doktríny není lékem absolutním a na první pohled způsobuje určité těžkosti.³³² Může vést k „úplné“ standardizaci obchodních podmínek pro všechny případy, tj. i tam kde by se individuální přístup (např. v podobě vícera obchodních podmínek pro různé typy obchodů) jevil opodstatněný. Není zřejmé, jak se vyrovnat se situací většího množství obchodních podmínek vypracovaných jednou osobou pro stejný druh obchodu, resp. dokonce těch, které byly vypracovány jen pro účely sporu při užití doktríny *best shot*. Zvyšují se transakční náklady, jak v rámci samotné negociace, tak rovněž pro případ sporu, neboť relativní vágnost pravidla dává soudu větší prostor k diskreci.³³³

³²⁹ Jedná se tedy v tomto o objektivizaci daného kritéria.

³³⁰ Ke vztahu těchto dvou hledisek v obecné rovině srov. Richter 2008, str. 57 a násl.

³³¹ Rühl 2003, str. 221.

³³² O nich blíže in Goldberg 1997, str. 168 a násl.

³³³ Rühl 2003, str. 223.

4.3.2. Doktrína best shot – otázka stimulace

Počátek úvah o doktríně *best shot* tkví v hledání odpovědi na tzv. stimulační otázku.³³⁴ Při hledání řešení na otázku obsahu smlouvy vzniknuvší kontraktací s nesouladnými obchodními podmínkami se obrací k prvotní příčině celé problematiky, tj. ke skutečnosti, že obsah obchodních podmínek je rozdílný, resp. že obchodní podmínky obsahují extrémně jednostranná, ba nespravedlivá, ustanovení. Důvodem této situace je skutečnost, že ani jedna ze smluvních stran není stimulována k sepsání a užívání takových obchodních podmínek, které by braly v potaz zájmy druhé smluvní strany.

Nalezení řešení na tuto tzv. stimulační otázku bylo při formulování doktríny *best shot* stěžejní. Cílem je totiž stimulovat smluvní strany k sepsání a užívání spravedlivých, resp. efektivních³³⁵ obchodních podmínek. Doktrína *best shot* tak tímto reaguje na nedostatky doktríny *last shot* i *knock out*, které nechávají tuto prvotní příčinu konfliktu obchodních podmínek stranou zájmu.³³⁶ Nijak totiž nesankcionují tvorbu a užití jednostranně výhodných obchodních podmínek.³³⁷

Ve vztahu k doktríně *last shot* byl D. G. Bairdem a R. Weisbergem³³⁸ formulován i názor, že tato na stimulační otázku reaguje. Argumentovali disciplínou trhu. Prodávající budou dle nich stimulováni k sepsání a užívání vyrovnaných (neutrálních) obchodních podmínek, neboť sankcí extrémní jednostrannosti by byla ztráta obchodů s tou minoritou kupujících, kteří obchodní podmínky čtou. Jejich závěr však není příliš přesvědčivý. Proti jsou uváděny tyto důvody³³⁹: i. popírá jednu z výhod obchodních podmínek, tj. snížení nákladů za právní služby při kontraktaci, neboť tyto se omezují pouze na tvorbu obchodních podmínek; ii. reakce kupujících na jednostranně nastavená ustanovení obchodních podmínek může být (a zpravidla bude) méně dramatická, neboť bude-li kupující číst obchodní podmínky prodávajícího a objeví-li jednostrannou klauzuli, lze předpokládat, že o ni (nanejvýš) vyvolá s prodávajícím přímou negociaci, a ke změně obchodních podmínek tedy nedojde; iii. daný závěr není symetrický v tom smyslu, že nepředpokládá kontrolu obchodních podmínek kupujícího prodávajícím při aplikaci doktríny *knock out*. Jestliže by platil i zde závěr formulovaný D. G. Bairdem a R. Weisbergem, prodávající by preferoval vyrovnané (neutrální) obchodní podmínky kupujícího před defaultními ustanoveními zákona, což by

³³⁴ V. P. Goldberg hovoří o „*incentive question*“ in Goldberg 1997, str. 156.

³³⁵ Rühl 2003, str. 201.

³³⁶ Rühl 2003, str. 221.

³³⁷ D. Keating dochází empirickou analýzou k závěru, že užívání extrémně jednostranných ustanovení obchodních podmínek je obchodní praxí velmi časté in Keating 2000, str. 2701 a násl.

³³⁸ Baird a Weisberg, str. 1256 a násl.

³³⁹ Rosh 1990, str. 569; Goldberg 1997, str. 164 a násl.

prodávajícího vedlo k tomu, že by svých obchodních podmínek neužíval vůbec a k souboji obchodních podmínek by nedošlo.

Účelem doktríny *knock out* je tyto jednostranně zvýhodňující klauzule obchodních podmínek vyloučit z realizace *ex post*, tj. až poté, co je obchodní podmínky obsahují a vzájemně se střetávají. Doktrína *knock out* tak selhává při řešení stimulační otázky pro mechanismus, kterým se snaží rozdíly v obchodních podmínkách napravovat. Zároveň nemotivuje strany vytvářet obchodní podmínky odlišné od defaultní zákonné úpravy (při zjednodušené analýze předpokládající vyplnění „uprázdněných míst“ právě tímto způsobem), neboť takovému výsledku úpravy smluvního poměru se v samotných obchodních podmínkách bránit nelze.

K vytvoření vyrovnaných (neutrálních) obchodních podmínek by mohlo dojít i v praktické rovině. Nejde pouze o tvorbu obchodních podmínek třetím neutrálním subjektem (v českém právním prostředí se hovoří o tzv. odborných nebo zájmových organizacích), ale i samotnou „zaujatou“ smluvní stranu. V souladu s již výše formulovaným tzv. zlatým pravidlem lze tohoto při sepisu obchodních podmínek docílit, protože jejich vyrovnanost (neutrálnost) není poměřována v abstraktní rovině jakéhosi obecného etalonu, ale může jí být dosaženo v „konkrétním“ kontrakčním procesu, totiž při hypotetické kontraktaci sama se sebou.

Závěr

Předkládaná práce se na pozadí obecných úvah o procesu uzavírání smluv věnovala tématu kolize (souboji) obchodních podmínek (*the battle of the forms*). Vycházela z modelového případu uzavírání kupní smlouvy mezi podnikateli, když každý z nich odkazuje na rozdílné (např. své vlastní) obchodní podmínky. Další omezení spočívalo v užití aparátu klasického paradigmatu kontraktačního procesu, jenž počítá s posloupností oferty a akceptace. Význam klíčové složky smlouvy byl přiložen konsensu, který byl následně analyzován ve vztahu k šíři, kterou musí zahrnout náležitosti smlouvy, aby tato vznikla, i ve vztahu k formulování obsahu již vzniklé smlouvy.

V teoretické rovině byla při užití aparátu ekonomické analýzy práva vyslovena hypotéza o právní závaznosti jednání subjektů (resp. o aprobaci existence smlouvy) všude tam, kde je očekávání smluvní strany ve vznik smlouvy ekonomicky efektivní. Tato hypotéza byla verifikována u obou přístupů ke vzniku smlouvy. Při uplatnění zásady úplného konsensu byla patrná snaha shledat existenci smlouvy i v případě, kdy by striktní aplikace pravidla úplného konsensu ke vzniku smlouvy nevedla (judikatura amerických soudů dokládá, že i přes dílčí odchylky v akceptaci je v určitých případech na existenci smlouvy nutné trvat; k podobným pokusům se přiklonila část české právní vědy za účinnosti občanského zákoníku 1964 při kontraktaci s nesouladnými obchodními podmínkami). Opačný přístup, tj. striktní aplikace zásady úplného konsensu, byl však shledán v judikatuře českých soudů. Zde tedy byla hypotéza vyvrácena. Při uplatnění zásady neúplného konsensu je kritérium ekonomické efektivnosti zohledněno samotnými právními pravidly. Ta zpravidla podporují existenci smlouvy všude tam, kde odchylka v akceptaci podstatně nemění podmínky oferty. I tak je však nutné přihlídnout ke specifikům při řešení každého konkrétního případu. Obdobně v otázce obsahu smlouvy hraje kritérium efektivnosti roli všude tam, kde existuje prostor pro vyplnění „uprázdněných míst“, která vznikla po vyrušení odporujících si ustanovení obchodních podmínek, tj. při aplikaci doktrín *knock out* a *best shot*.

Česká úprava v občanském zákoníku byla analyzována v rámci komparativního srovnání s legislativními texty zahraniční provenience (zejména s CISG, UCC, DCFR a Principy UNIDROIT). V otázce vzniku smlouvy s nesouladnými obchodními podmínkami jsem došel ke dvěma rovnocenným výkladům. První interpretace vede k závěru, že pro posouzení otázky vzniku smlouvy se použije obecná úprava uzavírání smluv (tj. ustanovení § 1740 ObčZ), druhá se přiklání k aplikaci – výhradně pro tyto případy zamýšleného – zvláštního pravidla (tj. ustanovení § 1751 ObčZ). Jádrem výkladového dilematu leží za „černou

literou zákona“ v posouzení vztahu přímých a nepřímých smluvních ujednání. První výklad preferuje vzájemnou podobnost, druhý výklad vzájemnou odlišnost. Docházím k závěru, že aplikační praxe bude hledat cestu mezi těmito dvěma výklady, resp. přijme jeden z nich s modifikacemi vycházejícími z toho druhého, neboť ani jeden výklad není prost nevýhod, které jsou však výhodou výkladu opačného. Z hlediska obsahu smlouvy po vyrušení nesouladných ustanovení obchodních podmínek, tj. při použití doktríny *knock out*, byla i přes odlišnou formulaci shledána obsahová shoda s inspiračními zdroji (DCFR, PECL, Principy UNIDROIT).

České soukromé právo se přiblížilo k úpravám, které se snaží respektovat smluvní konsensus podporující kooperaci a ekonomickou efektivnost smluvního práva. Legislativně technické vyjádření těchto snah není prosto nepřesností, zásadně jsou však překlenutelné výkladem. K obchodním podmínkám se však pojí i celá řada dalších oblastí, které byly pro zvolené téma, nebo z důvodu jeho vnitřního omezení, opomenuty; namátkou se jedná o postavení spotřebitele a problematiku adhezních smluv, obranu před tzv. překvapivými klauzulemi, jednostrannou změnu obchodních podmínek. Právní pravidla týkající se obchodních podmínek tak vystavují, a zvláště v českém právním prostředí ještě budou vystavovat, právní praxi i právní nauku před řadu právně i společensky důležitých a zároveň složitých otázek.

Seznam použitých zdrojů

A. Monografie, komentáře a učebnice

BAR, Ch. von. - CLIVE, E. et al.. *Principles, definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Full Edition. Volume I. Oxford: Oxford University Press, 2010. ISBN 978-0-19-957385-1.

BEJČEK, J. *Obchodní závazky (obecná úprava a kupní smlouva)*. 2. aktualizované a doplněné vydání. Brno: Masarykova univerzita, 1994. ISBN 80-210-0601-3.

BEJČEK, J. - ELIÁŠ, K. - RABAN, P. a kol. *Kurs obchodního práva. Obchodní závazky*. 5. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010. ISBN 978-80-7400-337-0.

COASE, R. H. *The Firm, the Market, and the Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988. ISBN 0-226-11101-6.

COOTER, R. B. - ULEN, T. *Law and Economics*. 6th edition. Harlow: Pearson, Pearson New International Edition, 2014. ISBN 978-1-29202-184-3.

CSACH, K. *Štandardné zmluvy*. Praha: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., 2009. ISBN 978-80-7380-199-1.

DĚDIČ, J. a kol. *Obchodní zákoník. Komentář. Díl IV. § 221 - § 775*. 1. vydání. Praha: BOVA POLYGON, 2002. ISBN 80-7273-071-1.

DVOŘÁK, J. - ŠVESTKA, J. - ZUKLÍNOVÁ, M. a kol. *Občanské právo hmotné. Svazek 1. Díl první: Obecná část*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013. ISBN 978-80-7478-326-5.

ELIÁŠ, K. a kolektiv autorů. *Občanský zákoník. Velký akademický komentář*. 1. svazek. Úplný text zákona s komentářem, judikaturou a literaturou podle stavu k 1.4.2008. Praha: Linde Praha, a.s., 2008. ISBN 978-80-7201-687-7.

ELIÁŠ, K. a kol. *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou*. Ostrava: Sagit, 2012. ISBN 978-80-7208-922-2.

FIALA, J. - KINDL, M. *Občanský zákoník: komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2009. ISBN 978-80-7357-395-9.

HAJN, P. - BEJČEK, J. *Jak uzavírat obchodní smlouvy*. 2. vydání. Praha: Linde Praha, a.s., 2003. ISBN 80-7201-415-5.

HOECKE, M. van. *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Oxford: Hart Publishing, 2004. ISBN 1-84113-443-0.

HULMÁK, M. *Uzavírání smluv v civilním právu*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2008. ISBN 978-80-7400-062-1.

HULMÁK, M. a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054)*. Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014. ISBN 978-80-7400-535-0 IV.

KRÖLL, S. - MISTELIS, L. - PERALES VISCASILLAS, P. (eds.). *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). Commentary*. München: C. H. Beck, Oxford: Hart Publishing, 2011. ISBN 978-3-406-58416-9, ISBN 978-1-84946-170-9.

MAREK, K. - ŽVÁČKOVÁ, L. *Obchodní podmínky, obchodní zvyklosti a vykládací pravidla*. 1. vydání. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008. ISBN 978-80-7357-333-1.

PELIKÁNOVÁ, I. *Komentář k obchodnímu zákoníku*. 3. díl. Praha: Linde Praha a.s., 1996. ISBN 80-7201-047-6.

PELIKÁNOVÁ, I. a kol. *Obchodní právo*. 1. díl. 2. vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2010. ISBN 978-80-7357-525-0.

RICHTER, T. *Insolvenční právo*. 1. vydání. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008. ISBN 978-807357-329-4.

SEDLÁČEK, J. *Obligační právo*. 1. díl. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2010. ISBN 978-80-7357-519-9.

SHAVELL, S. *Economic Analysis of Contract Law*. Discussion Paper č. 403. Cambridge: Harvard Law School, 2003.

SCHLESINGER, R. B. (eds.). *Formation of Contracts: A Study on the Common Core of Legal Systems*. Dobbs Ferry, NY: Oceana Publications, 1968.

SCHLECHTRIEM, P. - SCHWENZER, I. (eds.). *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. Oxford: Oxford University Press, 2010. ISBN 978-0-19-956897-0.

ŠVESTKA, J. - SPÁČIL, J. - ŠKÁROVÁ, M. - HULMÁK, M. a kol. *Občanský zákoník I: § 1 - 459. Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2008. ISBN 978-80-7400-004-1.

ŠVESTKA, J. - DVOŘÁK, J. - FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek V*. Praha: Wolters Kluwer, a. s., 2014. ISBN 978-80-7478-638-9.

ŠTENGLOVÁ, I. - PLÍVA, S. - TOMSA, M. a kol. *Obchodní zákoník. Komentář*. 13. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010. ISBN 978-80-7400-354-7.

TICHÝ, L. *Obecná část občanského práva*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014. ISBN 978-80-7400-483-4.

VOGENAUER, S. - KLEINHEISTERKAMP, J. *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. Oxford: Oxford University Press, 2009. ISBN 978-0-19-929175-5.

WHITE, J. J. - SUMMERS, R. S. *Uniform Commercial Code*. Vol. 1. Chapter 1 - 12. Fifth Edition. St. Paul: West Group, 2006. ISBN 978-0-314-14607-6.

ZUKLÍNOVÁ, M. *Smlouva (k otázkám československé občanskoprávní smluvní teorie)*. Praha: Academia, 1984.

B. Statě a časopisecké články

BAIRD, D. G. - WEISBERG, R. Rules, Standards, and the Battle of the Forms: A Reassessment of § 2-207. *Virginia Law Review*, ročník 68, č. 6, 1982.

CRASWELL, R. Offer, Acceptance, and Efficient Reliance. *Stanford Law Review*, ročník 48, č. 3, 1996.

ELIÁŠ, K. Variabilita života a právní schémata (K souběhu pracovního poměru s členstvím ve statutárním orgánu obchodní korporace). *Obchodněprávní revue*, č. 10, 2009.

GOETZ, C. J. - SCOTT, R. E. Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract. *Yale Law Journal*, ročník 89, č. 7, 1980.

GOLDBERG, V. P. The "Battle of the Forms": Fairness, Efficiency, and the Best-Shot Rule. *Oregon Law Review*, ročník 76, č. 1, 1997.

HULMÁK, M. Proces uzavírání smlouvy. *Právník*, č. 7, 2003, str. 679-696.

HULMÁK, M. Uzavírání smluv podle nového občanského zákoníku. *Právní rozhledy*, č. 1, 2012.

CHLEBCOVÁ, R. Uzavření smlouvy dle čl. 19 Vídeňské úmluvy. *Právní fórum*, č. 7, 2008.

KEATING, D. Exploring the Battle of the Forms in Action. *Michigan Law Review*, ročník 98, č. 8, 2000.

KOUKAL, P. Všeobecné obchodní podmínky pro zhotovení stavby. *Právní rádce*, č. 7, 2007.

LLEWELLYN, K. N. On Our Case-Law of Contract: Offer and Acceptance, I. *Yale Law Journal*, ročník 48, č. 1, 1938.

LLEWELLYN, K. N. On Our Case-Law of Contract: Offer and Acceptance, II. *Yale Law Journal*, ročník 48, č. 5, 1939.

MURRAY, J. E., Jr. The Realism of Behaviorism Under the Uniform Commercial Code. *Oregon Law Review*, ročník 51, č. 2, 1972.

ROSH, R. M. Demilitarizing the Battle of the Forms: A Peace Proposal. *Columbia Business Law Review*, č. 3, 1990.

RÜHL, G. The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observations. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, ročník 24, č. 1, 2003.

SOKOLOVSKI, I. Analýza klasického paradigmatu uzavírání smluv. *Právní rozhledy*, č. 24, 2006.

STEPHENS, C. A. Escape from the Battle of the Forms: Keep it Simple, Stupid. *Lewis & Clark Law Review*, ročník 11, č. 1, 2007.

C. Seznam judikatury

Česká republika

Nález Ústavního soudu ze dne 5. 10. 2005, sp. zn. II. ÚS 691/04 (publikováno ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu: N 191/39 SbNU 37).

Nález Ústavního soudu ze dne 11. 11. 2013, sp. zn. I. ÚS 3512/11 (publikováno ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu: N 183/71 SbNU 201).

Usnesení Ústavního soudu ze dne 27. 1. 2015, sp. zn. II. ÚS 121/15.

Rozsudek Nejvyššího soudu ČR, sp. zn. 33 Cdo 2994/99 ze dne 26.3.2001 (publikováno pod C 355 in Balák, Fr. - Púry, Fr. a kol. Soubor soudních rozhodnutí Nejvyššího soudu. Sv. 4. Praha: C. H. Beck, 2001, str. 71).

Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 20. 12. 2005, sp. zn. 32 Odo 397/2005 (publikováno pod C 4162 in Soubor civilních rozhodnutí a stanovisek Nejvyššího soudu).

Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 25. 2. 2010, sp. zn. 23 Cdo 672/2008.

Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 31. 8. 2011, sp. zn. 23 Cdo 3558/2009.

Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 28. 7. 2010, sp. zn. 23 Cdo 55/2010-I. (publikováno pod C 8661 in Soubor civilních rozhodnutí a stanovisek Nejvyššího soudu).

Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 16. 1. 2013, sp. zn. 31 Cdo 1571/2010 (publikováno pod č. 39/2013 Sb. rozh. civ. in Sběrka soudních rozhodnutí a stanovisek, pod C 12404 in Soubor civilních rozhodnutí a stanovisek Nejvyššího soudu a v Právních rozhledech 8/2013, str. 302).

Rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 24. 2. 1998, sp. zn. 5 Cmo 318/97 (publikováno v Soudních rozhledech 10/1998, str. 259-261).

Rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 29. 6. 1998, sp. zn. 5 Cmo 55/97 (publikováno v Soudních rozhledech 2/1999, s. 53-54).

Spojené státy americké

Kaw City Mill & Elevator Co. v. Purcell Mill & Elevator Co., 19 Okla. 357,3 58,9 1 P. 1022,1 023 (1907).

Barteldes Seed Co. v. Fox, 134 Okla. 248, 250, 273 P. 258, 260 (1928).

Propstra v. Dyer, 189 F.2d 810, 812 (2d Cir. 1951).

Washington Elec. Coop., Inc. v. Norry Elec. Corp., 193 F.2d 412, 414 (2d Cir. 1951).

Alpha Venture/Vantage Properties v. Creative Carton Corp., 370 N.W. 2d 649, 651 (Minn. Ct. App. 1985).

D. Seznam internetových zdrojů

Burgerlijk Wetboek (nizozemský občanský zákoník)

[online] [cit. 5.8.2015] Dostupné z

<<http://www.wetboek-online.nl/wet/BW1.html>>;

v anglickém překladu <<http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>>.

Code civil (francouzský občanský zákoník) z 21. 3. 1804

[online] [cit. 18.7.2015] Dostupné z

<<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20150820>>.

Draft Common Frame of Reference (DCFR) [online] [cit. 10.8.2015]. Dostupné z

<http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf>.

Kodeks cywilny ze dne 23. května 1964

[online] [cit. 18.7.2015] Dostupné z

<<http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU19640160093>>.

Principles of European Contract Law. [online] [cit. 10.8.2015] Lex Mercatoria. Dostupné z

<<http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>>.

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts with Official Commentary

[online] [cit. 10. 8. 2015]. Dostupné z

<<http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010>>.

The United Nation Convention on Contract for the International Sale of Goods [online] [cit.

20.7.2015]. Dostupné z

<<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>>.

E. Další zdroje

Kočer, J. Obchodní podmínky. [online] [cit. 30.7.2015]. Dostupné z

<<http://svoc.prf.cuni.cz/sources/5/14/168.pdf>>.

Uniform Commercial Code. 1987 Edition Official Text and Comments. Philadelphia: American Law Institute, 1987.

Uniform Commercial Code. 2007 Edition Official Text and Comments. Philadelphia: American Law Institute, 2007.

Resumé: Konsensus a obchodní podmínky: teoretická a komparativní analýza

Předkládaná práce se na pozadí obecných úvah o procesu uzavírání smluv věnuje tématu kolize (střetu) obchodních podmínek (*the battle of the forms*). Vychází z modelového případu uzavírání kupní smlouvy mezi podnikateli, když každý z nich odkazuje na rozdílné (např. své vlastní) obchodní podmínky. Další omezení spočívá v užití aparátu klasického paradigmatu kontraktačního procesu, jenž počítá s posloupností oferty a akceptace. Význam klíčové složky smlouvy přikládám konsensu, který je analyzován ve vztahu k šíři, kterou musí zahrnout náležitosti smlouvy, aby tato vznikla, i ve vztahu k formulování obsahu již vzniklé smlouvy.

Cíl předkládané práce je dvojitý. V teoretické rovině, jež stojí v pozadí celé práce, je verifikováno, že bez ohledu na volbu základního východiska při odpovědi na otázku vzniku smlouvy (tj. zásady úplného anebo neúplného konsensu) je právní praxe i právní nauka v hledání řešení vedena zájmem na vzniku smlouvy všude tam, kde je její existence ekonomicky efektivní. Druhým cílem je analyzovat řešení, která k otázkám vzniku a obsahu smlouvy přijal český zákonodárce recentní rekonstrukcí soukromého práva. Z důvodu diskontinuity této úpravy v českém prostředí se obracím ke komparaci se zahraničními inspiračními zdroji a legislativními texty (k Úmluvě OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží, americkému Uniform Commercial Code, Návrhu společného referenčního rámce, Principům mezinárodních obchodních smluv UNIDROIT a Principům evropského smluvního práva).

Práce je rozdělena do čtyř kapitol. V první kapitole shrnuji cíle této práce a uvádím metodologický aparát, který je podrobně promítnut v ekonomickou analýzu smlouvy. V druhé kapitole se věnuji obecným otázkám kontraktačního procesu, tj. jeho pojetí klasickému a modernímu a významu konsensu u obou z nich, když obě reflektuji při analýze českého práva. Obecně také vymezuji pojem obchodních podmínek, jejich charakter a specifika kontraktace s nimi. Ve třetí kapitole hledám odpovědi na otázky týkající se vzniku smlouvy, resp. šíře obsahové shody, která musí mezi stranami existovat, aby smlouva vznikla. Kapitola je rozdělena mezi analýzu úplného a neúplného konsensu, když oba teoretické koncepty ilustrují příslušné legislativní úpravy. Čtvrtá kapitola navazuje na otázku vzniku smlouvy, neboť se táže po jejím obsahu, resp. po obsahu závazku vzniklého na jejím základě. Jsou v ní prezentovány právní praxí zavedené doktríny (*last shot, first shot a knock out*), analyzovány nedostatky každé z nich a v návaznosti na to je v závěru nabídnuto alternativní řešení (doktrína *best shot*).

Abstract: Consensus and commercial terms: theoretical and comparative analysis

This final thesis deals with the topic of the battle of the forms using the theoretical apparatus of rules governing the formation of contract. The problem is modeled (and therefore limited) for the case of formation of contract for the sale of goods concluded between merchants when each of them uses his/her own commercial (standard) terms. Another limitation of the thesis is connected with the use of classical contractual paradigm which is based on the continuity of offer and acceptance in the process of contracting. The key element of contract is found in consensus, therefore it is consensus which is analyzed in connection with extensiveness of terms, about which the minds have to meet in order to form the contract, and also in connection with the content of already formed contract.

The final thesis has two objectives. First, it is to verify on theoretical level that no matter what principle in the process of formation of contract is used (whether mirror-image rule or not) both law professionals and legal theory are forced to find solutions which are in accordance with the principle of economic analysis of contract. Second, it is to analyze solutions on the formation and content of contract which were adopted by Czech legislative body during the recent reenactment of the Czech civil law. The discontinuance of new civil law in the Czech Republic asks for comparative analysis. For this purpose following legal texts (including sources of inspiration for Czech legislator) are used: UN Convention on the International Sale of Goods, American Uniform Commercial Code, Draft Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.

The final thesis is divided into four chapters. First chapter describes the objectives of the thesis and used methodology while proceeds further with the description of economic analysis of contract. Second chapter examines general questions of contractual process, its classical and modern paradigm and importance of consensus, all in reflection of Czech civil law. Commercial (standard) terms and its characteristics including those connected with the contractual process are also described here. Third chapter is dedicated to answer questions about the formation of contract, foremost how broad the consensus about the content has to be in order to confirm the existence of contract. This chapter is divided into two parts. Based on the legislative texts which adopted either solution, each part reveals different principle about the formation of contract: mirror-image rule on one side and absence of full consensus on the other side. Fourth and final chapter proceeds further with the following question dealing with the content of the contract. It focuses on different rules regularly chosen by legislators (last

shot rule, first shot rule and knock out rule). Disadvantages lead to formulate an alternative solution which is found in the best shot rule.

Klíčová slova

- uzavření smlouvy
- konsensus
- obchodní podmínky
- kolize obchodních podmínek

Key words

- formation of contract
- consensus
- commercial (standard) terms
- battle of the forms